

Curso sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género: el caso Atala

Autora

Ximena

Gauché
Marchetti

Ximena Gauché Marchetti

Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción (Chile). Doctora en Derecho, Sobresaliente cum laude, por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Diplomada en Educación en Derechos Humanos por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (Costa Rica). Máster Interuniversitario en Diplomacia y Relaciones Internacionales, por la Escuela Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y la Universidad Complutense de Madrid (España). Sus principales líneas de investigación son la igualdad y no discriminación, y los mecanismos de promoción y protección de derechos de grupos especialmente sometidos a vulnerabilidad: diversidades sexuales, mujeres e infancia y adolescencia, fundamentalmente desde el derecho internacional de los derechos humanos. Se desempeña como profesora de Derecho Internacional, Derechos Fundamentales y Género en la Universidad de Concepción (Chile). Es autora del libro *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Desde 2012 es relatora para la Academia Judicial de Chile. Electa en 2017 como integrante del Directorio de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional para el período 2017-2019, reelecta en 2019 para el período 2019-2021.

Autora

Academia
Judicial
de Chile

Diseño y
Diagramación:
Estudio Real
somosreal.cl

Material
docente N° 7
ISBN N°
2021-A-2266
Santiago,
Chile 2020

Resumen

Este material docente busca facilitar la identificación de los estándares internacionales normativos y jurisprudenciales en temas de orientación sexual e identidad de género, entregando además una comprensión clara de tales conceptos, en el marco de los desarrollos teórico-conceptuales sobre sexualidad y género y su constante dinamismo.

Ello a fin de comprender tales categorías conceptuales y reconocer los principales desarrollos jurisprudenciales que favorezcan la labor del Poder Judicial en el acceso a la justicia efectivo para el respeto y garantía de los principios de igualdad y no discriminación. Se ha elaborado procurando favorecer el desarrollo de destrezas y criterios para el desempeño de la función jurisdiccional en materias relacionadas a tales temáticas, todo lo cual a su vez se inserta en el deber de incorporar la perspectiva de género en el quehacer jurisdiccional, con pleno respeto al principio de imparcialidad y cumplimiento de las obligaciones internacionales del estado chileno.

Palabras clave

Orientación sexual — Identidad de género — Derecho internacional de los derechos humanos — Sentencia caso Atala contra Chile

Índice de contenidos

Introducción	6
Objetivos	9
1. Marco teórico y conceptual sobre sexo, orientación sexual e identidad de género	11
1.1 Distintas perspectivas de análisis sobre la sexualidad humana	12
1.2 Sexualidad e identidad	30
1.3 Los aspectos biológicos, afectivos y sociales de la sexualidad humana. Hablando de sexo, de orientación sexual y de identidad de género.	40
1.4 Desarrollos en torno al concepto de género	54
2. Estándares internacionales en materia de igualdad y no discriminación	67
2.1 La igualdad y la prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos	68
2.2 Principales instrumentos internacionales y el trabajo de órganos internacionales en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos	80
2.3 Principal jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	87
3. La orientación sexual y la identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos	95
3.1 Evolución y desarrollos en el sistema universal y europeo de derechos humanos en torno a la orientación sexual y la identidad de género. Criterios y estándares fijados.	96
3.2 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. Criterios y estándares fijados.	103
3.3 Otras iniciativas del Sistema Interamericano a favor de la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género	127
4. Análisis del caso de Karen Atala y niñas contra Chile	129
4.1 Hechos del caso, alegaciones jurídicas y el contexto nacional en que se insertan	130
4.2 El caso internacional: cronología y análisis de la sentencia	136
4.3 Estado de cumplimiento de la sentencia y sus proyecciones en Chile	154
5. Principal regulación nacional en materia de orientación sexual e identidad de género	156
5.1 Marco constitucional y nacional sobre igualdad y no discriminación en relación a género	157
5.2 Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Descripción general.	159
5.3 Ley 20.830, sobre acuerdo de unión civil. Descripción general.	167
5.4 Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Descripción general.	173

6. Aplicación jurisprudencial de estándares internacionales sobre orientación sexual e identidad de género por el Poder Judicial chileno	176
6.1 Estándares internacionales de derechos humanos y derecho nacional	177
6.2 Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial chileno	184
6.3 Estereotipos e imparcialidad judicial en relación al acceso a la justicia de mujeres y personas LGBTQ+	187
6.4 Perspectiva de género en la función jurisdiccional	196
6.5 Propuestas para revisión jurisprudencial de sentencias dictadas por tribunales superiores de justicia y sus fundamentos	199
Bibliografía	201

Introducción

El 24 de febrero de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictó la primera sentencia condenando a un Estado por discriminación por orientación sexual (Humanos, 2012). Se trató del caso Atala y Niñas contra Chile, basado en la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Karen Atala Riffó debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R., y en un proceso disciplinario seguido en su contra. También, el caso se relacionó con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios.

A partir de ese caso, en otras tres oportunidades la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado a Estados (Colombia, Ecuador y Perú) por vulnerar derechos respecto de personas LGBTIQ+ (lesbianas, gays, bisexuales, trans, intersexuales, *queer* y otras), reforzando así los estándares internacionales sobre igualdad y no discriminación específicamente en materia de vulneraciones a derechos de tales personas.

Al primer semestre de 2020, se encuentra en etapa de fallo por la Corte IDH otro caso en que se alega contra Nicaragua, por la vulneración de derechos de personas trans.

Por vía consultiva (Humanos, 2017), la Corte IDH ya ha reconocido el derecho a la identidad de género como uno protegido por el Sistema Interamericano, por lo que existe un estándar en la materia.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha evacuado sendos informes en 2015 y 2019, dando cuenta de la realidad de personas LGBTIQ+ en el continente, relevando la importancia de garantizar el acceso a la justicia para este grupo de personas.

Todo lo anterior supone entonces que el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, del cual Chile forma parte, ha creado a través su jurisprudencia ciertos estándares que los Estados Partes deberían tener en cuenta, tanto al momento de legislar, de adoptar políticas públicas o de ejercer la función jurisdiccional.

Chile ha recogido parte de esos estándares dictando cuerpos legales destinados a reconocer derechos a personas LGBTIQ+, tales como la Ley 20.609 (discriminación), Ley 20.830 (acuerdo de unión civil) o, la Ley 21.120 (reconocimiento de identidad de género)

En materia de función jurisdiccional, en tanto, la Política de Igualdad de Género y No Discriminación adoptada en febrero de 2018 por la Excelentísima Corte Suprema establece como sus ejes estratégicos la no discriminación de género, el enfoque de género en el acceso a la justicia, la no violencia de género y la capacitación, y cita entre sus antecedentes justamente lo dispuesto por la Corte IDH en el caso Atala (Discriminación pág. 17).

Esto último es relevante toda vez que el citado tribunal internacional estableció, entre otras medidas de reparación, que el Estado de Chile debe continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI.

Adicionalmente, estableció que, dentro de dichos programas y cursos de capacitación, deberá hacerse una especial mención a la sentencia del caso Atala y a los diversos precedentes del *corpus iuris* de los derechos humanos relativos a la proscripción de la discriminación por orientación sexual y a la obligación de todas las autoridades y funcionarios de garantizar que todas las personas, sin discriminación por su orientación sexual, puedan gozar de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos

Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. La Corte IDH llamó a poner especial atención para este efecto, en normas o prácticas en el derecho interno que, sea intencionalmente o por sus resultados, pueden tener efectos discriminatorios en el ejercicio de derechos por personas pertenecientes a las minorías sexuales (Humanos, 2012)

En el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia de febrero de 2017, la Corte IDH consideró aún pendiente el cumplimiento satisfactorio de lo establecido en la sentencia y, reconociendo las iniciativas promovidas por la Academia Judicial de Chile, llamó a seguir la capacitación de funcionarios públicos, con carácter permanente y con una especial mención a la sentencia del caso Atala y niñas contra Chile.

Con ese contexto, para cumplir con lo que corresponde al Poder Judicial chileno, se hace indispensable contar con **materiales que faciliten la identificación de los estándares internacionales en temas de orientación sexual e identidad de género**, pero que además entreguen una comprensión clara de los conceptos de orientación sexual e identidad de género, en el marco de los desarrollos teórico-conceptuales sobre sexualidad y género y su constante dinamismo.

De esa forma, se favorecerá el desarrollo de destrezas y criterios para el desempeño de la función jurisdiccional en materias relacionadas a tales temáticas, todo lo cual a su vez se inserta en el deber de incorporar la perspectiva de género en el quehacer jurisdiccional, con pleno respeto al principio de imparcialidad y cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado chileno.

Objetivos

Se espera que, con este material docente, las personas que accedan al mismo queden en condiciones de identificar los estándares internacionales en materia de orientación sexual, identidad de género y otras diversidades, comprendiendo tales categorías conceptuales y reconociendo los principales desarrollos jurisprudenciales que favorezcan la labor del Poder Judicial en el acceso a la justicia efectivo para el respeto y garantía de los principios de igualdad y no discriminación.

Como objetivos específicos, se espera que, con este material docente, se obtenga como resultado:

- a. Identificar y comprender el significado de las categorías sexo, género, orientación sexual, identidad de género y expresión de género, entre otras, reconociendo la incidencia de tales categorías en la desigualdad social y discriminación, con las debidas precisiones conceptuales de diferentes categorías analíticas, en el marco del debate sexo-género.
- b. Identificar y reconocer los desarrollos normativos y jurisprudenciales sobre el principio de igualdad y no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos.
- c. Identificar y reconocer los estándares normativos y jurisprudenciales sobre discriminación por razón de sexo o género y las líneas jurisprudenciales más relevantes.
- d. Conocer los estándares y obligaciones nacidas para Chile a partir de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Atala Riffo y niñas contra Chile.
- e. Reconocer el concepto de juzgar con perspectiva de género y la vinculación posible entre la operación de los estereotipos sexuales y de género, y la vulneración de derechos fundamentales, desde la función jurisdiccional y el acceso a la justicia en un amplio sentido y la posible afectación de la imparcialidad de la decisión judicial.

- f. Conocer lineamientos jurisprudenciales desarrollados por el Poder Judicial chileno en aplicación de estándares internacionales en casos que involucran a personas LGBTIQ+.
- g. Desarrollar estrategias para un ejercicio del derecho con perspectiva de género a favor de la protección de la orientación sexual e identidad de género de las personas.

1

Marco teórico y conceptual sobre sexo, orientación sexual e identidad de género

**Presentación
de la unidad**

Introduce a los principales aspectos teórico-conceptuales necesarios para comprender los procesos de formación de la identidad sexual de las personas, desde una mirada interdisciplinaria.

**Síntesis de
contenidos de
la unidad**

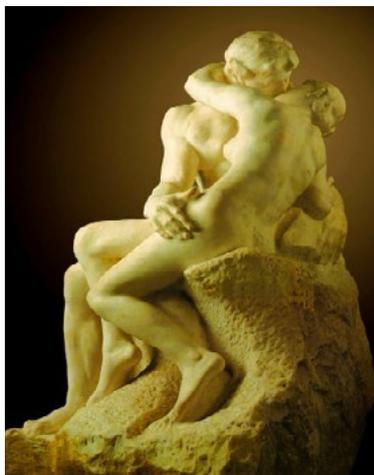
- Distintas perspectivas de análisis sobre la sexualidad humana
- Identidad y sexualidad humana
- Recorridos teórico-conceptuales sobre género

1.1 Distintas perspectivas de análisis sobre la sexualidad humana

En la actualidad, resulta frecuente que la sexualidad humana, y las dimensiones o contenidos que de ella derivan, estén presentes en los análisis sociales sin que genere sorpresa, sino sólo posibles diferencias de opiniones frente a algunas cuestiones. Hoy las expresiones de sexualidad, las diferencias entre las personas por su corporalidad y sexo, así como las múltiples formas en que el amor o el placer se manifiestan, están presentes en la familia, en los afectos, en las emociones, en el ocio, y también en la política, en la economía, en la educación, en el arte y, por cierto, en el derecho y la justicia.

Esta constatación no es en todo caso nueva. La sexualidad ha estado presente en la vida y devenir cotidiano de los seres humanos desde siempre. Así queda en evidencia tanto en las distintas expresiones culturales de la vida en sociedad, como en los distintos discursos de tipo científico para explicar esa misma vida en sociedad, como ha sido relevado en otros espacios por esta misma autora (Gauché Marchetti, 2011 págs. 38-71).

Lo que se puede observar es que ha sido principalmente con ojos de hombre que se ha construido y se ha moldeado la civilización humana, quedando las mujeres y sus logros o historias relegadas a una especie de segundo lugar, misma realidad vivida por toda identidad sexual que se presente como diversa al binario hombre/mujer o masculino/femenino.



El beso, de Augusto Rodin (aprox. 1882)

1.1.1 La sexualidad en las manifestaciones cotidianas de la cultura humana

En general, cuando se habla de “cultura”, se piensa en su acepción más clásica, como constitutiva de aquello que Giddens llama “los aspectos mentales más elevados”, como el arte, la literatura, la música y la pintura. Sin embargo, también debemos entender como comprensivas de cultura “las formas de vida de los miembros de una sociedad o de sus grupos”, incluyendo acá “el modo de vestir, las costumbres matrimoniales y la vida familiar, las pautas laborales, las ceremonias religiosas y la forma de emplear el tiempo libre” (Giddens, 2001 pág. 51).

Comprendida de esta forma, es posible constatar que tanto la pintura y la escultura, como manifestaciones más clásicas del arte y reflejo de la cultura de cada sociedad, así como la literatura, la música, el teatro, el cine, la televisión o hasta el deporte, han sido cauces o formas de manifestar la presencia de la sexualidad y su incidencia en la vida de las personas.

En esa línea, lo que se puede observar es que ha sido principalmente con ojos de hombre que se ha construido y se ha moldeado la civilización humana, quedando las mujeres y sus logros o historias relegadas a una especie de segundo lugar, misma realidad vivida por toda identidad sexual que se presente como diversa al binario hombre/mujer o masculino/femenino. Como dice una autora, “Hombres son los seres humanos cuyas vidas parecen ser casi las únicas dignas de ser contadas” (Renau, 2008 pág. 16).

Así, algunas de las esculturas o pinturas más famosas del mundo reflejan roles —o expectativas de determinados roles— entre hombres y mujeres, representaciones de los cuerpos humanos, referencias a comportamientos sexuales determinados, al placer y al erotismo o, derechamente, obsesiones con aspectos determinados de la sexualidad.

El beso, de Augusto Rodin (aprox. 1882), es el reflejo del amor de dos amantes. (Fuente: <http://www.musee-rodin.fr/es/colecciones/esculturas/el-beso>; acceso: 24 de febrero de 2020)



El gran masturbador, de Salvador Dalí (1929)

El gran masturbador, de Salvador Dalí (1929), se ha catalogado como el símbolo de las obsesiones sexuales del artista español (Fuente: <https://www.museoreinasofia.es/coleccion/obra/visage-du-grand-masturbateur-rostro-gran-masturbador>; acceso: 24 de febrero de 2020).

El erotismo se recoge en toda una colección de cuadros que forman parte medular de la colección de los reyes españoles de la Casa de los Austrias que alberga el Museo del Prado en Madrid. Desde las inmortales *Majas*, del alabado Francisco de Goya, hasta *Las tres gracias, ninfas y sátiros* o el significativo trabajo denominado *El rapto de Ganimides*, de Peter Paul Rubens; pasando por *Venus, el amor y la música*, y *Bacanal*, del maestro italiano Tiziano, o *La dama que descubre el seno*, de Tintoretto (Guerra de la Vega, 1995).



Templo de Kandariya Mahadevo, construido en la India en el año 1000 después de Cristo

En materia arquitectónica, también la sexualidad se ha reflejado. Un ejemplo es el Templo de Kandariya Mahadevo, construido en la India en el año 1000 después de Cristo y ornamentado con esculturas con claras referencias sexuales y eróticas (Fuente: <https://arte.laguia2000.com/arquitectura/templo-de-kandariya-mahadeva>; acceso: 24 de febrero de 2020).

La literatura en tanto ha hecho lo suyo en casi todas las civilizaciones y sus culturas, desde todos los tiempos.

Antes de Cristo, el poeta y pensador romano Ovidio escribía un manual para seducir, conocido como el *Arte de amar*, conteniendo una serie de consejos para lograr con éxito la tarea de seducir. Aunque el texto le costó el destierro, sus consejos calaron profundo en la sociedad romana de aquella era y ya marcaba pauta de que lo erótico estaría siempre presente en la narrativa o en las diversas manifestaciones de la escritura¹.

1 La segunda obra inmortal de Ovidio, *Las metamorfosis*, recoge en quince volúmenes una serie de leyendas y relatos mitológicos de claro contenido erótico que narran desde esa óptica la creación e historia del mundo de la mitología, sirviendo hasta estos días de obra básica de referencia para quienes se aproximan a estudiar ese universo de los mitos y las leyendas del antiguo mundo.

Más adelante, algunas historias girarán en torno a los placeres que provoca la sexualidad humana. Tal es el caso de *El burlador de Sevilla y convidado de piedra*, de Tirso de Molina, y *Don Juan Tenorio*, de José Zorrilla, ambas basadas en la idea de un hombre entregado a los placeres del sexo y dispuesto a todo con tal de acceder a la mujer que desea obtener, aun con el dolor de su amada. Desde el mundo del Medio Oriente, los relatos conocidos como *Las mil y una noches* reflejan claramente cómo el erotismo ha estado presente también en el mundo islámico desde antiguo. Allí se contienen relatos sobre tragedias, aventuras y penas, pero también historias de amor, como el propio relato que da inicio, y en torno a la cual se estructuran los otros, sobre el rey Schahriar, profundamente herido porque su esposa encontró el placer sexual en otro hombre, y luego enamorado de Schahrazada, quien logra evitar su asesinato contándole cada noche un nuevo relato que deja inconcluso. Así es cómo obliga al rey a mantenerla viva para conocer el fin de cada historia.

En la literatura moderna, en tanto, hoy existen obras consideradas clásicas ya sean del teatro o la narrativa, llevadas algunas al cine con gran éxito. Ejemplos son la obra *Un tranvía llamado deseo*, del estadounidense Tennessee Williams, cuya historia gira en torno a la pasión desenfadada que el marido rudo y violento ejerce sobre la mujer de clase acomodada que lo ha dejado todo por seguirlo.

Otras obras que giran sobre la sexualidad humana en sus tramas, clásicos hoy de la literatura, son, por ejemplo, la obra de Mario Vargas Llosa, *Pantaleón y las visitadoras*, llevada más de una vez a versiones cinematográficas, y donde el capitán del ejército Pantaleón Pantoja es requerido para buscar una forma de satisfacer los apetitos sexuales de los soldados destinados a la Amazonia peruana a través de las “visitadoras”; y la siempre cuestionada *Lolita*, del ruso Vladimir Nabokov, que gira en torno a la sufrida pasión sexual entre el profesor Humbert y su adolescente hijastra.

Una mención hay que hacer al aristócrata y filósofo francés Donatien Alphonse François de Sade, conocido mundialmente como Marqués de Sade, famoso en pleno siglo XVIII y hasta hoy por sus relatos eróticos basados en su filosofía de la libertad extrema, sin consideración a la moral, a la religión o a las leyes.

Hoy, lo sexual y erótico suelen estar presente en las filmaciones, sea formando parte central del argumento o sea como parte de la trama en forma secundaria, e incluyendo, cada vez de forma más recurrente, realidades que van más allá de roles estereotipados de hombres y mujeres heterosexuales y cisgéneros.

En manifestaciones más modernas y masivas de las culturas en tanto, la idea de la sexualidad también está presente de forma recurrente. Tal es el caso del cine, la televisión y la música.

En el ámbito del cine, un clásico del último tiempo del cine mudo es *Amanecer*, del director Friedrich Wilhelm Murnau, que narra la loca pasión de un hombre humilde por una mujer de la ciudad que lo lleva hasta pensar en matar a su propia esposa. Con el correr del siglo XX, y el desarrollo de este género artístico, la sexualidad siempre ha tenido un lugar, mostrando realidades, ficticias o históricas; generando mitos o construyendo ideas sobre lo que supone ser hombre o ser mujer, o estar en pareja, por ejemplo.

Ejemplos de la construcción de imaginarios sobre las mujeres, y cómo se debe ser sensual, se dan en *Nueve semanas y media* de Adrian Lynem, película técnicamente irrelevante si no fuera por el mito erótico construido en los años 80 en torno a Kim Basinger. Similar impacto tuvo, en los 90, *Bajos instintos*, consagrando a Sharon Stone después de su famoso cruce de piernas frente a la policía.

Hoy, lo sexual y erótico suelen estar presente en las filmaciones, sea formando parte central del argumento o sea como parte de la trama en forma secundaria, e incluyendo, cada vez de forma más recurrente, realidades que van más allá de roles estereotipados de hombres y mujeres heterosexuales y cisgéneros.

Ejemplos que empezaron a mostrar muy abiertamente otras identidades sexuales se empiezan a masificar desde los años 90 en adelante. Uno es el premiado film de 2005 sobre una relación homosexual en los sesenta, *Brokeback Mountain*, en que sus personajes, dos trabajadores de rancho, se juntan cuando están trabajando como pastores de ovejas y en el marco de un campamento de verano, compartiendo una carpa aislada y evidenciando la atracción del uno al otro. Antes, en 1992, la premiada *The crying game*, de Neil Jordan, combinaba el terrorismo con la fuerte relación entre un agente y una mujer transexual, y para 1999, *Boys don't cry* mostraría el caso de un hombre transgénero que fue golpeado, violado y asesinado brutalmente en Nebraska, al descubrirse que biológicamente no era un hombre.

La televisión en tanto, medio masivo para transmitir imágenes y contenidos, tampoco ha quedado al margen y así puede listarse una variedad de seriales, que han colocado o colocan a las relaciones entre los sexos, ciertas características estereotipadas de cada uno o nuevas manifestaciones de la sexualidad, como parte de las tramas centrales.

Desde *Magnum* o *Miami Vice*, que promovían la imagen del hombre muy “masculino”, exitoso en su labor y rodeado de bellas mujeres siempre dispuestas a complacerlo, hasta la más contemporáneas *Sex and the city*, que narra las aventuras y desventuras sexuales de cuatro mujeres solteras en la gran urbe neoyorkina; *Will & Grace*, que colocó abiertamente en la pantalla pequeña el tema de las relaciones y la vida de un profesional homosexual en pleno inicio de siglo XXI; o la reciente *Sex education*, en la plataforma Netflix, que remarca la importancia de la sexualidad para los adolescentes.

La música, en tanto, en distintos tiempos y culturas ha dado siempre espacio a la sexualidad, también fomentando el erotismo y el placer en relación al cuerpo y, en muchos casos, promoviendo discursos sobre el amor y las relaciones cargados de estereotipos o roles esperables de hombres y mujeres.

Íconos de la música contemporánea, como David Bowie, Elton John, Boy George o Madonna, han basado su carrera no sólo en el arte de cantar, sino también en el de seducir a partir del juego con su cuerpo o su propia sexualidad (o la particular definición de esta) y sus puestas en escena. En pleno tiempo de las revoluciones del siglo XX, el Festival Woodstock de 1969 empezaba a asociar la paz y el amor con la música, y esta, a su vez, con el placer del cuerpo, aunque a veces esta asociación no tuviera restricciones ni cuidados configurando a los excesos en la fuente principal del placer.

Hasta en el deporte ha encontrado espacio el discurso de la sexualidad, especialmente desde la última década. La cuestión del “qué es ser hombre” y “qué es ser mujer” se ha tomado algunos espacios para poner en movimiento la evidencia de los cuerpos que no responden al estándar binario de hombres y mujeres.

Además de las manifestaciones culturales que han ido expresando visiones o miradas sobre la sexualidad, también los discursos de las variadas disciplinas que explican las realidades sociales la han incorporado en sus comprensiones.

Prueba manifiesta ha sido la polémica en torno a Caster Semenya, atleta de origen sudafricano, quien se presentó y compitió como mujer durante el Campeonato Mundial de Atletismo de Berlín en 2009. Al tiempo se supo que es una persona intersexual, lo cual provocó una enorme conmoción mundial y una serie de episodios denunciados como discriminatorios en torno a su identidad, promovidos tanto desde los medios como desde la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo. La polémica se ha mantenido viva por años frente a su expresión concreta de intersexualidad: el hiperandrogenismo, es decir, niveles más altos de testosterona (Fuente: <https://mujeresconciencia.com/2019/05/30/el-caso-de-caster-semenya/>; acceso: 25 de febrero de 2020).

Como se aprecia entonces con este relato, y sus ejemplos, desde siempre han existido formas de manifestarse en torno al carácter sexuado de las personas. Existe un lenguaje oral y escrito del arte y sus expresiones que así lo evidencia.

1.1.2 La mirada desde los discursos científicos que explican la realidad social

Además de las manifestaciones culturales que han ido expresando visiones o miradas sobre la sexualidad, también los discursos de las variadas disciplinas que explican las realidades sociales la han incorporado en sus comprensiones. Ya sea para buscar explicaciones científico-médicas a los comportamientos o realidades sexuales de las personas; para explicar las desigualdades entre seres humanos, especialmente entre hombres y mujeres, o para justificar la construcción de algunas instituciones como la política o el derecho, por ejemplo. Así, el discurso de la sexualidad ha estado en las agendas de la medicina, la filosofía, la sociología, la psicología, la educación, la antropología, la economía, la política y el derecho.

Ello, sin olvidar su presencia recurrente en los sistemas de creencias religiosas de las distintas culturas, o en los mitos y leyendas que han trascendido tiempos y espacios, como es el caso del Eros y la Afrodita de los griegos, hasta el Cupido y la Venus de los romanos, por citar un ejemplo. Eros es considerado como el dios primordial responsable de la atracción sexual, el amor y el sexo, y es también venerado como dios de la fertilidad. De él, por cierto, viene la expresión erotismo. Cupido,

en tanto, del mundo romano, representa también hasta hoy al dios del amor; para algunos es el equivalente al griego Eros y significa en latín “deseo”. A él se le adjudica el nacimiento del amor y la pasión entre los mortales. De ahí que, en el lenguaje del amor y el sexo, de modo coloquial se diga que alguien obra de Cupido cuando intenta unir afectivamente a dos personas.

La psiquiatría y el psicoanálisis fueron desde sus orígenes, a inicios del siglo XX, dos campos médicos fructíferos para desarrollar creencias sobre la sexualidad y cómo comprenderla.

Una primera lectura sobre la sexualidad desde un punto de vista médico vino del psiquiatra vienés Richard Von Krafft-Ebing, pionero en estudiar sistemáticamente las variantes del deseo sexual prohibido. A través de un verdadero estudio de casos llevado a cabo a partir de las hojas de vida clínica de sus pacientes, acuñó términos como fetichismo, sadismo o masoquismo, conforme a la vida de seres humanos que en muchos casos fueron perseguidos y encerrados en cárceles o manicomios por sus conductas en materia sexual. Tales casos los dio a conocer en su obra *Psychopathía Sexualis*, publicada en 1886. Krafft-Ebing entendía que el fetichismo y el sadismo, así como otras variaciones sexuales, tenían por origen la masturbación, entendida como el principal pecado sexual del siglo XIX (Strong, y otros, 2005 pág. 50).

Unos años más tarde que Krafft-Ebing, siendo alabado y criticado, tanto por mujeres, a quienes consideraba seres inferiores a los hombres por carecer de pene, y por homosexuales, a quienes calificaba de enfermos psiquiátricos de inversión o de desviados sexualmente, el austriaco Sigmund Freud introduciría al discurso de la mente las explicaciones sobre ciertos comportamientos sexuales. A partir de explorar el subconsciente, particularmente a través de la búsqueda de entendimiento de los sueños, buscaba explicar tales comportamientos sexuales. Creía que la sexualidad comenzaba al nacer, y que en cuanto la sociedad y la cultura reprime los naturales impulsos sexuales, está dando a lugar a malestares y neurosis. Freud describió la personalidad humana como dividida en tres partes; el “ello, el “yo” y el “superyó”. El “ello” está presente desde el momento en que nacemos; es la reserva de energía psíquica e incluye a la libido, es decir, opera según el

principio del placer y por tanto puede ser bastante irracional. El “yo”, en tanto, opera según el principio de la realidad y mantiene al “ello” a raya, tratando de obtener interacciones realistas y racionales con los demás. El “superyó” por su lado es la conciencia que contiene los valores e ideales que se aprenden de la sociedad, y opera así sobre la base del idealismo. Inhibe los impulsos del “ello” y procura que el “yo” busque ideales y metas más morales que realistas. El “ello”, el “yo” y el “superyó” se desarrollan secuencialmente en la vida. A partir de ahí, entonces, el autor concibió cinco estados de desarrollo psicosexual en el ser humano que se suelen referenciar hasta hoy al hablar del desarrollo de la sexualidad infantil. En tal sentido, el gran aporte de Freud fue poner en la discusión pública el tema de la sexualidad y terminar con la idea de que la niñez era una etapa asexuada (Shibley Hide, 2006).

Pese al impacto de Freud y sus razonamientos, según alguna literatura, quien inaugura la “era de los sexólogos”, al derivar sus trabajos médicos propiamente hacia el estudio de la sexualidad humana, es el inglés Havelock Ellis, primeros en el gremio de los médicos y psicólogos, en introducir revolucionarias ideas sobre el sexo hacia los inicios del siglo XX, dando una nueva mirada, bastante más positiva, a todo lo vinculado a la sexualidad humana. En su obra *Studies in the Psychology of Sex*, publicada en seis volúmenes entre 1897 y 1910, Ellis realizó un verdadero estudio de casos a través de autobiografías y cartas personales, generando una importante contribución a partir de considerar la relatividad de los valores sexuales, principalmente en el marco de lo que fue la llamada “era victoriana” en el siglo XIX². Su mayor aporte fue la conclusión de que la homosexualidad no debía ser considerada una enfermedad, un crimen o una inmoralidad y, por tanto, no podía ser la esencia de la perversión, como se la consideraba en su tiempo. Concluyó que se trataba de una condición congénita y, por tanto, una persona nacía como homosexual, no se hacía homosexual, es decir, no elegía esa condición y, consecuente con ello, no podía entonces ser sancionado por ello o calificado como

2 Se conoce como la “era victoriana” el reinado de la reina Victoria de Inglaterra, entre 1819 y 1901, en que la sociedad británica se mostraba absolutamente contraria a las expresiones de la sexualidad, manifestando casi una repugnancia hacia el sexo, la que contrastaba con una serie de prácticas realizadas en privado y en clara oposición a las normas públicas de decencia y pureza impuestas por el régimen victoriano.

inmoral o criminal. Otras revolucionarias ideas para su época fueron la defensa de la eugenesia, aunque sólo respecto de una eugenesia selectiva por criterios de clase y raza; y la consideración de que la masturbación, aún la femenina, eran conductas normales y que cumplía una positiva función al generar un alivio a ciertas tensiones (Strong, y otros, 2005 pág. 52).

En el marco ya de la medicina, y de lo que se suele considerar como parte de las investigaciones científico-académicas sobre sexualidad con marcado carácter biológico, gran revolución en su tiempo causó el estadounidense Alfred Kinsey con sus masivas encuestas sobre conducta sexual en plena década de los 40 en su país. Su metodología consistió en realizar entrevistas confidenciales a cerca de 5.300 hombres y 5.900 mujeres de raza blanca, distintas edades, nivel socio educativo, opinión religiosa y lugar de residencia en Estados Unidos. Por la metodología empleada, algunos estiman que, pese a su formación como biólogo, sería en realidad el primer investigador en aplicar técnicas sociológicas (cualitativas y cuantitativas) al estudio del sexo y la sexualidad (Osborne, 2003 págs. 14-15). Este biólogo estadounidense generó importantes obras a partir de sus trabajos –*Sexual Behavior in the Human Male* (1948) y *Sexual Behavior in the Human Female* (1953)– volúmenes que contienen estadísticas documentadas sobre el comportamiento sexual de los estadounidenses. Su gran conclusión fue la separación radical que existía entre los estándares públicos de lo sexual y los reales comportamientos sexuales de las personas. Las entrevistas versaron sobre distintos ítems agrupados en nueve áreas: datos económicos y sociales, historia matrimonial, educación sexual, datos físicos y fisiológicos, sueños eróticos, masturbación, historia heterosexual, historia homosexual y contactos sexuales con animales. En lo medular, y desde un punto de vista cualitativo, sus trabajos demostraron la gran variedad de comportamientos sexuales de hombres y mujeres; reevaluó de modo positivo el rol de la masturbación como una manifestación del deseo sexual, especialmente en mujeres; identificó como muy corrientes las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo, contra la creencia de la época que minusvaloraba la frecuencia de los comportamientos homosexuales, y rechazó la dicotomía entre lo normal y anormal en materia de sexualidad. Con los años, sus conclusiones han sido discutidas principalmente por el énfasis puesto en cuantificar los comportamientos sexuales,

ignorando el componente o la dimensión psicológica, y porque que los resultados obtenidos no constituyen el reflejo de un grupo plenamente representativo de la población estadounidense (Strong, y otros, 2005 págs. 53-54). No obstante ello, los aportes de Kinsey son un referente que no se puede obviar al hablar de sexualidad humana, pese a los años transcurridos desde sus estudios. A su favor juega, sin duda, el hecho de haber considerado a la población en general y no a grupos específicos estigmatizados por sus “desviaciones sexuales” (prostitutas, homosexuales, etcétera), y por cuanto se aproximó a la realidad sin prejuicios morales (Osborne, 2003 pág. 15).

Junto a los estudios de Kinsey, otro referente contemporáneo sobre la sexualidad desde la visión médica es el trabajo de William H. Masters y Virginia E. Johnson. El interés del médico William Masters en problemas sexuales como la eyacuación precoz, los problemas de erección en los hombres y la falta de orgasmo de las mujeres, lo llevó a realizar su famoso estudio sobre los trastornos sexuales y la fisiología de la respuesta sexual en los años 60, los cuales son hasta hoy un referente casi obligado si se quiere hacer una aproximación interdisciplinaria a la sexualidad considerando la óptica médica, sea para compartir sus logros y aportes, o sea para criticarlos. De hecho, hasta inicios del siglo XXI, se estimaba que el único estudio a nivel mundial sobre las diferencias del coito humano entre hombres y mujeres es este estudio de Masters y su ayudanta Johnson, realizado con 382 mujeres y 312 hombres a partir de la observación de 10.000 coitos. Este estudio se tiene generalmente como referente para el análisis de las diferencias sobre la respuesta de unos u otras, desde el punto de vista de la fisiología sexual, ya que investigaciones posteriores han ido confirmando buena parte de sus conclusiones, a pesar de las críticas que se les han formulado en orden a que ignoraron los factores cognitivos y en cuanto a la selección no aleatoria de quienes participaron para ser parte del análisis. El estudio de los investigadores sexuales de Master y Johnson culminó en 1966 con la publicación de libro *Human Sexual Response* en que describieron cuatro etapas dentro de la respuesta sexual: la excitación, la meseta, el orgasmo y la resolución. Hasta el siglo XXI, los resultados de Master y Johnson siguen siendo citados (Shibley Hide, 2006 págs. 205-215).

Por su aporte al nacimiento de una nueva era para las reivindicaciones de mujeres, por su aporte al análisis histórico de la sexualidad desde su condición de homosexual declarado y asumido en tiempos en que ello no era fácil, y por cuestionar desde el sexo al género, respectivamente, nombres de referencia obligada son Simone de Beauvoir, Michael Foucault y Judith Butler.

De la misma época data el libro *The Transsexual Phenomenon* en que el médico endocrinólogo alemán Harry Benjamin recogió los resultados de su pionero trabajo sobre transexualidad, un término que él mismo venía acuñando desde la década del 50 cuando recibió del propio Alfred Kinsey, en 1948, un particular caso relativo a un paciente niño que aseguraba ser niña a pesar de haber nacido con los genitales de un varón. Más partidario de la transexualidad como un problema físico, Benjamin ha pasado a la historia por el desarrollo de un modelo de reasignación en estos casos en base al uso de hormonas y tratamientos quirúrgicos.

Ahora bien, desde otros enfoques disciplinarios, existen autores y autoras que, durante el siglo XX, particularmente desde la segunda mitad, desarrollaron teorías o construcciones determinadas que son un referente hoy al momento de hablar de sexualidad. Así, además de la medicina y la psiquiatría, en el siglo XX y hasta estos días, grandes desarrollos se han dado desde el mundo de la sociología y la filosofía contemporánea.

Por su aporte al nacimiento de una nueva era para las reivindicaciones de mujeres, por su aporte al análisis histórico de la sexualidad desde su condición de homosexual declarado y asumido en tiempos en que ello no era fácil, y por cuestionar desde el sexo al género, respectivamente, nombres de referencia obligada son Simone de Beauvoir, Michael Foucault y Judith Butler.

La francesa De Beauvoir (1908-1986), con su obra *El segundo sexo*, aportó a la idea de la mujer como sexo construido socialmente, expresado en la clásica máxima con que inicia su capítulo dedicado a la infancia: “No se nace mujer: se llega a serlo” (De Beauvoir, 1999 pág. 207). Generó una serie de movimientos de corte feminista, inaugurando una nueva etapa en la historia de las reivindicaciones por igualdad entre ambos sexos, y siendo antecedente directo del desarrollo de la idea de género. En su principal trabajo, De Beauvoir describe y analiza diferentes etapas en la vida de las mujeres y los distintos roles que a estas les toca cumplir, en muchos de los cuales ya hay una fuerte carga social que los impregna y les atribuye un cierto rol secundario, una cierta subordinación en cada civilización bajo el mito de la superioridad masculina; la infancia, la juventud, la iniciación sexual y hasta el reconocimiento



de la condición de lesbiana; y las diferentes situaciones en que la vida las sitúa como esposas, madres, prostitutas, como ancianas. Algo que resulta interesante en su investigación es la constatación sobre los datos de la biología, y cómo estos muestran las diferencias entre hombres y mujeres que ayudan a comprender a la mujer. Pese a ello, se muestra enemiga de que tengan que ser determinantes de un cierto destino petrificado, el cual gira en torno a la idea de la feminidad a que están llamadas, y a la idea de que el matrimonio es el destino que la sociedad ha dado a ellas tradicionalmente y respecto del cual reconoce los cambios que empieza a sufrir en los tiempos en que ella escribe –fines de la década del 40–. Usando siempre la idea de que respecto de las mujeres se habla de las “otras” pues todo se hace girar desde y hacia los hombres –partiendo por la historia– postula que las diferencias no bastan “para definir una jerarquía de los sexos; no explican por qué la mujer es lo Otro; no la condenan a conservar eternamente ese papel subordinado” (De Beauvoir, 1999 pág. 43).

Material de apoyo:

1. “No se nace mujer”, 2007.
<https://www.youtube.com/watch?v=tb0LONwpB2w>
2. *El segundo sexo*. Lectura colectiva, 2015.
<https://www.youtube.com/watch?v=sKRTWampdcE>

Por su parte, Michel Foucault (1926-1984) desarrolló su trilogía *Historia de la sexualidad* que comienza en un volumen que analiza la llamada época victoriana y todas las restricciones que ella supuso para la sexualidad en el mundo cristiano-occidental. La serie de estudios que inicia Foucault en esta materia pretende aclarar cuáles fueron las relaciones históricas “entre el poder y el discurso” que forjaron el dispositivo de sexualidad que nos afecta. Su discurso gira sobre la idea de que el hombre occidental se ha especializado durante los tres últimos siglos en el ejercicio de registrar minuciosamente sus placeres, lo que ha significado que en nuestra sociedad la *scientia sexuales* ha desplazado al *ars erótica*. Se han multiplicado los sermones sobre lo prohibido y existe un placer en saber sobre el placer, siendo así la sexualidad un discurso permanente desde que el Estado ejerce de administrador de los cuerpos. De ahí se daría paso a su construcción del “biopoder” como parte o

proyección que integra, en cierta medida, el tema de la soberanía en su concepción, y que supone que la vida es algo que controla quien detenta el poder, como una especie de derecho de vida y derecho de muerte que asiste al soberano. El biopoder fue, indica Foucault, un elemento indispensable en el desarrollo del capitalismo, el cual no pudo afirmarse sino al precio de la inserción controlada de los cuerpos en el aparato de producción y mediante un ajuste de los fenómenos de población a los procesos económicos. Para el francés, quien parece despreciar el amor y los ideales románticos, hasta antes del siglo XIX se hablaba de sexo de manera liberal y abierta, y la humanidad estaba dada a los placeres sexuales sin tanto remordimiento; sería en el siglo XIX –con su capitalismo auestas– en que, en virtud de las relaciones de poder y la importancia de la mano de obra, se dejaría el sexo y sus placeres relegados al ámbito estrictamente conyugal y considerando que sólo era permisible el placer destinado a la procreación. Esto lleva a un discurso silenciado y reprimido sobre el sexo que llama la “hipótesis represiva”. Dice que la historia de la sexualidad, centrada en los mecanismos de represión, tiene dos momentos de ruptura. Primero, durante el siglo XVII, en que nacen las grandes prohibiciones; se valora únicamente la sexualidad adulta y matrimonial; surgen imperativos de decencia; evitación obligatoria del cuerpo y los silencios y pudores imperativos del lenguaje. Segundo, durante el siglo XX, que vino a su entender una inflexión de la curva, más que una ruptura: se empiezan a aflojar los mecanismos de la represión; se pasa de las prohibiciones sexuales apremiantes a una tolerancia relativa sobre las relaciones prenupciales o extramatrimoniales; se atenúa la descalificación de los “perversos” y se borra en parte su condena por la ley, y se levantan buena parte de los tabúes que pesaban sobre sexualidad infantil. Se puede decir que el gran aporte de Foucault es consolidar la perspectiva de que lo sexual adquiere significado en el marco de lo que son las relaciones sociales de poder, buscando el significado que las conductas tienen para sus actores, quitando la cuestión individual moralista de que estaban revestidas las miradas que se daban a la sexualidad hasta esa fecha. Sus trabajos se han seguido por muchos, así como se ha seguido el tema de la sexualidad en general, transformándose en eje o parte al menos de los trabajos y reflexiones de muchos destacados pensadores del siglo XX y lo que va del XXI, constituyendo un buen documento histórico para entender la concepción de la sexualidad y las prácticas sexuales en los antiguos.

**Otras miradas
disciplinares también
han debido incorporar
la sexualidad, y todo
lo que ella puede
suponer, para explicar
las realidades sociales.
Así, la lógica binaria
hombres/mujeres ha
marcado a los estudios
y lógicas de la política
y el derecho, por
ejemplo.**

Material de apoyo:

1. Comentario a *La historia de la sexualidad*, partes 1, 2 y 3. Por Darin McNabb, 2013.

<https://www.youtube.com/watch?v=kDovxD3TSMA>

https://www.youtube.com/watch?v=4CiW1u_hsxE

https://www.youtube.com/watch?v=PtmU3_Gz1Rg

Judith Butler (1956), en el ámbito de los estudios de género, tiene un lugar por su aporte sobre la “reconstrucción” del género a partir de sus ideas en el marco de la llamada teoría *queer*. Con ellas, ha puesto el tema de las construcciones de nuevas formas de sexualidad en la discusión teórica desde los años 80 hacia adelante. En términos generales, esta teoría plantea un desarrollo de los estudios lésbicos y gays, en un sentido crítico a tales categorías cuando se les considera realidades cerradas que crean una especie de identidad tipo que se institucionaliza mediante las narrativas de “salir del armario”. Afirma que no sólo el género es una construcción social, sino también el sexo y la sexualidad. Sus obras de referencia *El género en disputa*, *El feminismo y la subversión de la identidad*, y *Desbacer el género*, son una referencia para entender los actuales movimientos críticos a las construcciones clásicas en torno al sexo y al género.

Como se ha presentado entonces hasta acá, desde fines del siglo XIX, el mundo ha visto nacer a un grupo de intelectuales que, desde sus respectivos campos de trabajo –sean la medicina, la filosofía o la sociología, por ejemplo– han abordado el desafío de introducirse en el terreno que busca explicar uno de los aspectos más privados y a la vez públicos de la vida humana, y que es parte integrante en la construcción de la identidad y las relaciones sociales de cada persona.

Otras miradas disciplinares también han debido incorporar la sexualidad, y todo lo que ella puede suponer, para explicar las realidades sociales. Así, la lógica binaria hombres/mujeres ha marcado a los estudios y lógicas de la política y el derecho, por ejemplo.

La mayoría de los discursos jurídicos han tomado su carácter prescriptivo desde visiones determinadas de lo que son o deben ser las personas, cómo estas deben comportarse y cuáles son las relaciones que deben darse.

En la política, el tema de las diferencias entre hombres y mujeres se ha dejado sentir, desde la casi total omisión de las mujeres en la historia de las relaciones internacionales (que no es más que la historia de la política internacional), hasta la caracterización del poder como lo masculino.

Un ejemplo ya clásico: en el ámbito de la teoría política, el estadounidense Robert Kagan, al hacer su análisis político sobre las relaciones entre Estados Unidos y Europa a partir del 11 de septiembre de 2001, parecía realizar una metáfora entre ambos actores internacionales usando la clásica construcción social que presenta a la mujer como el sexo débil. En efecto, en su obra de referencia señala –aparentemente para denostar a la Unión Europea– que esta es Venus, en lo que podría ver como una clara alusión a su asimilación con una mujer y, en su opinión entonces, a la debilidad. Estados Unidos, en tanto, sería Marte, es decir, representa al hombre, esto es, al fuerte. Incluso más, la portada de su obra fue ilustrada en la traducción al español con un guante de box con la bandera de los Estados Unidos y con un guante de cocina para reflejar a la Unión Europea (Kagan, 2003).

El derecho ha sido, por siglos, un buen espejo de la sexualidad y su incidencia en la vida de las personas desde antiguo. La mayoría de los discursos jurídicos han tomado su carácter prescriptivo desde visiones determinadas de lo que son o deben ser las personas, cómo estas deben comportarse y cuáles son las relaciones que deben darse.

En el matrimonio de los griegos, ya Aristóteles daba cuenta de que se construye sobre una relación desigualitaria entre hombre y mujer. Cuando analiza la naturaleza política del lazo conyugal, es decir, el tipo de autoridad que se ejerce en esta institución, da cuenta de esta diferencia pues es función del hombre gobernar a la mujer, siendo la situación inversa contra la naturaleza cuando ello llega a ocurrir (Foucault, 2008 pág. 51).

Por el otro lado, difícil es entender el derecho romano –del cual derivan gran parte de las construcciones jurídicas contemporáneas en el mundo latinoamericano– sin atender a las diferencias que se hacían entre hombres y mujeres, justamente por su sexo. Ejemplo claro de ellos es la institución de la *manus*, entendida en términos simples

como el poder que detentaba sólo el padre (el *pater familia*) sobre los esclavos, los hijos y sobre su mujer, quien pasaba a una condición de subordinación asignada sólo por ser tal.

Con el nacimiento de Cristo, nace una nueva era que, recogiendo las influencias del judaísmo antiguo, marca el inicio de la expansión de un nuevo sistema de valores y creencias que incidirá en buena parte del mundo hasta hoy, y donde la presencia de lo sexual y una determinada comprensión de ello serán eje de varias instituciones jurídicas. Así las cosas, es sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer el que legitima las relaciones sexuales y el placer que de ellas derivan. Otras temáticas afectadas por pensamiento han sido la homosexualidad, la anticoncepción o la interrupción voluntaria de un embarazo, por ejemplo. En su trabajo sobre sexualidad, el francés Foucault justamente argumenta que el siglo XVII fue el inicio de una época de represión en el cual, indica, aún estaríamos inmersos –propia de las llamadas sociedades burguesas– y en que tendría una fuerte influencia el discurso sobre la sexualidad proveniente del derecho canónico y la pastoral cristiana. Claramente, este discurso al que refiere el francés debe entenderse que es el que llega desde los escritos de San Agustín y Santo Tomás de Aquino, quienes en la Edad Media dieron una idea de que el sexo sólo era útil a efectos de la procreación, y que la Iglesia lo consideraba como algo malo en sí mismo, de lo cual no se debía disfrutar (Shibley Hide, 2006, pág. 516). Según su estudio, en el siglo XVIII comenzó la liberación, y el discurso sobre sexo empezó a integrar los distintos planos, especialmente el del poder. Para ese tiempo, había tres códigos explícitos que regulaban las prácticas sexuales: el derecho canónico, la pastoral cristiana y la ley civil; cada una, a su estilo, fijaba la barrera de lo lícito y lo ilícito, pero todo centrado en la sexualidad dentro del matrimonio. Este tipo de relación sexual (la matrimonial) era la que más se regulaba y de la que más se hablaba, a diferencia de otras (ejemplo: sodomía o sexualidad en los niños) en que todo estaba más confuso (Foucault, 2008 pág. 39). El análisis de Foucault resulta útil para comprender el impacto de la doctrina católica en el comportamiento sexual siendo lo cierto que, pese al proceso de secularización que se vivió desde fines del siglo XIX y fundamentalmente en el siglo XX, dicha doctrina –y, en general, otras religiones también– siguen teniendo un enorme impacto en la forma en que muchos viven y manifiestan su sexualidad en el mundo. Se llega así, en algunos casos,

El derecho internacional de los derechos humanos como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial ha ido logrando, progresivamente, avances sustanciales en los discursos jurídicos referidos a la sexualidad.

a condicionar incluso los discursos normativos cuando logran gran influencia social, más allá de declaraciones formales de separación o laicidad. En algunas sociedades occidentales, las discusiones y acuerdos sobre la naturaleza del matrimonio como relación contractual entre personas, sobre los derechos de personas homosexuales, o sobre cuándo es posible interrumpir voluntariamente un embarazo, por ejemplo, han sido lentas por la influencia que logra la representación religiosa en dar a conocer la posición oficial sobre temas y derechos de las personas.

Así las cosas, el empoderamiento que ha nacido a partir del reconocimiento de los derechos humanos como límite a las potestades estatales, desde 1945, y la nueva institucionalidad internacional han favorecido la ampliación de los márgenes del ejercicio de derechos que derivan de la sexualidad humana y las diferencias entre las personas. El derecho internacional de los derechos humanos como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial ha ido logrando, progresivamente, avances sustanciales en los discursos jurídicos referidos a la sexualidad.

1.2 Sexualidad e identidad

1.2.1 El concepto de identidad y cómo se construye

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, identidad es el “conjunto de rasgos propios de una persona o de una colectividad que los caracteriza frente a los demás”. En forma adicional, señala que es la “conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”.

Dice Nogueira que la identidad está compuesta por dos dimensiones: una de ellas es la constitución física de la persona, y la otra es la constitución psicológica-intelectual. En sentido similar se ha dicho que, dado que la identidad es una construcción permanente, que incorpora la trayectoria de la persona y siendo un sentido otorgado por el sujeto a su propia experiencia, no puede ser compartida. Cada actor construye su propia identidad, aunque pueda compartir historias, entornos y experiencias con otros miembros de los colectivos a los cuales pertenece, existiendo entonces tantas identidades como sujetos. A ello podemos agregar que es un concepto dinámico, que tiene que ver con el ser mismo de cada quien, con cómo cada quien se ve y espera ser visto y reconocido por la sociedad, incluyendo todos los aspectos que forman la personalidad individual, sean estos estáticos o cambiantes y teniendo presente las interacciones sociales en las que a cada persona le toca participar. En la misma línea, pero incorporando expresamente la importancia del contexto, Benavente indica que la identidad es el conjunto de rasgos propios de una persona que la caracteriza frente a los demás, así como la propia conciencia que la persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás, en relación con su entorno contiguo o más cercano, político, cultural y jurídico (Gauché Marchetti, 2017 pág. 188).

Desde una postura que concibe al ser humano como un ser que no es cerrado o acabado como las cosas, y que es libre, de la identidad personal se ha dicho que es “(...) el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’. Este plexo de características de la personalidad de ‘cada

En esta construcción tiene especial importancia el proceso que los expertos denominan de “socialización”, para referir las maneras en que la sociedad transmite a la persona sus normas o expectativas en cuanto a su comportamiento.

cual’ se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona (...) en lo que ella es en cuanto específico ser humano. La identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos, pero, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro. La identidad es fluida, como el ser mismo. No es algo acabado y finito, sino que ella se crea en el transcurso del tiempo, con el tiempo (...). Los atributos y características que, en su totalidad, definen objetivamente la personalidad que se exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables, salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior (...). Entre estos cabe señalar a los signos distintivos, como podrían ser el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que diferencian a una determinada persona de las demás (...). La identidad que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad (...). Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior” (Gauché Marchetti, 2017 págs. 189-190).

Reconociendo estas ideas y elementos, de la identidad se puede compartir que se da a partir de una verdadera construcción única para cada persona.

En esta construcción tiene especial importancia el proceso que los expertos denominan de “socialización”, para referir las maneras en que la sociedad transmite a la persona sus normas o expectativas en cuanto a su comportamiento (Shibley Hide, 2006 págs. 339-341).

La socialización puede ser vista como un proceso por el cual los individuos, en su interacción con otros, desarrollan las maneras de pensar, sentir y actuar que son esenciales para su participación eficaz en la sociedad (Vander Zanden, 1986).

La construcción y determinación de la identidad de una persona es entonces compleja y dinámica, y determina que existan tantas identidades como personas o sujetos.

En este proceso tienen incidencia muchos intervinientes: los progenitores y la familia nuclear y la extendida; los educadores, la escuela y los grupos de iguales y amistades; los medios de comunicación y las redes sociales. Cada uno de ellos, sean personas o instituciones, se transforman así en verdaderos agentes de socialización, frente a los cuales la influencia es recíproca. También ellos se ven influenciados por todas las interacciones que se producen en el medio social a lo largo de la vida. Se trata entonces de un proceso que es indefinido en su duración y empieza desde la primera infancia, como intercambio de ideas, conocimientos, normas, valores, formas de sentir y pensar.

Es, así, un proceso único, aunque se compartan experiencias comunes. Deriva en un resultado que jamás es equivalente para cada individuo, aun dentro de una misma sociedad (Strong, y otros, 2005 págs. 65-72). La construcción y determinación de la identidad de una persona es entonces compleja y dinámica, y determina que existan tantas identidades como personas o sujetos.

Así las cosas, en la construcción de la identidad de cada ser humano resulta básica la dinámica de socialización que cada uno experimenta. Se puede explicar más sencillamente caracterizándola como la forma en que vamos creando o construyendo la idea que tenemos de nosotros mismos –y de los demás– a partir del juego de cinco ideas que, desde el punto de vista sociológico, ayudan a organizar nuestra vida cotidiana: la interacción, el cuerpo, la emoción, la biografía y, por cierto, la identidad (Gauché Marchetti, 2017 pág. 189).

En cuanto proceso complejo, dinámico y único, la sexualidad es determinante y parte de este proceso.

La identidad sexual, entonces, tiene que ver con cómo cada ser humano se proyecta a sí mismo y espera ser visto por la sociedad desde su cuerpo y su sexo, su vivencia del género y su orientación sexual, como manifestaciones principales de la sexualidad humana. El conjunto de características sexuales que nos hacen genuinamente diferentes a los demás, la orientación sexual, los sentimientos o las

actitudes frente al sexo y las prácticas sexuales. Ello sin perjuicio de los otros elementos a partir de los cuales cada persona se autoidentifica y espera ser reconocida.

A partir de esas ideas, el derecho a la identidad, entendiendo que alcanza también a la identidad sexual de cada persona, tiene una directa relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, al nombre, a la vida privada, a la honra, a la propia imagen y a otros derechos, especialmente aquellos de carácter personalísimo.

Esta cuestión es relevante ya que no reconocer el derecho a la identidad expone a las personas a mayor vulnerabilidad, sea en la forma de discriminación (exclusiones, distinciones o restricciones en el ejercicio de derechos) o a diversas manifestaciones de violencia (física, psicológica, verbal, simbólica o, incluso, institucional). El reconocimiento de la identidad sexual de cada persona es así determinante para el proceso de inclusión social y para participar en condiciones de igualdad con el resto de los integrantes del grupo social.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos, se ha dado reconocimiento al derecho a la identidad. Si bien no se contempla expresamente el derecho a la identidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la relación interpretativa de sus normas que se puede hacer con fundamento en su artículo 29, es posible entender el derecho a la identidad como parte del *corpus iuris* de derechos que protege ese instrumento, encontrando que ha habido un desarrollo notable que apunta en ese claro sentido progresivo y en vinculación con otros derechos (teoría de los derechos implícitos). Así, la jurisprudencia del Sistema Interamericano cuenta casos significativos por el aporte que han dejado a la conceptualización y descripción de este derecho. Entre tales, Gelman con Uruguay (2011); Contreras y otros con El Salvador (2011); Fornerón con Argentina (2012), Atala Riffo y niñas con Chile (2012); y Artavia Murillo y otros con Costa Rica (2012).

De ellos, un antecedente aporta especialmente la sentencia del caso Artavia Murillo. En ella se une identidad con derechos como la vida privada, la libertad, el desarrollo personal y la autonomía. Dice la

Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior (Humanos, 2012 pág. 143). Asimismo, que la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que la persona se ve a sí misma y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. (Gauché Marchetti, 2018 págs. 175-222).

1.2.2 Sexualidad e identidad sexual en niños, niñas y adolescentes.

Desde hace varios años a la fecha, el mundo ha ido presenciando la aparición en público de personas menores de edad que, desde muy temprano, han reclamado que su identidad no está conforme con el sexo asignado al nacer, o que se sienten atraídos por otros niños o niñas de su mismo sexo y que, además, sufren violencia y discriminación por tales razones. También, hay niñas o adolescentes que reclaman el derecho de interrumpir voluntariamente un embarazo, o que son víctimas de vulneraciones graves a su indemnidad sexual.

Videos:

1. La historia de Tiziana en Salta, Argentina.
<https://www.mundotkm.com/actualidad/2018/04/20/una-nena-10-anos-cambio-genero-hija-no-hijo/>
<https://www.facebook.com/todono-ticias/videos/10157324460404863/>

Material de apoyo:

1. Encuesta Nacional de Clima Escolar en Chile 2016, realizada por la Fundación Todo Mejora.
<https://todomejora.org/wp-content/uploads/2016/08/Encuesta-de-Clima-Escolar-2016-Fundacion-TODO-MEJORA.pdf>
2. Encuesta T, desarrollada por iniciativa de OTD.
<https://otdchile.org/encuesta-t-primer-estudio-que-caracteriza-a-la-poblacion-trans-en-chile/>

Considerando que, en general, ha existido una visión adultocéntrica frente a la sexualidad, la visibilidad que han tenido estos casos ha puesto en movimiento la necesidad de reconocer que los niños y niñas son personas sexuadas también, y que, entonces, hay que preocuparse especialmente de ellos y ellas desde la primera infancia. Lo anterior se aviene con el marco normativo de protección integral y universal de los derechos de niños, niñas y adolescencia, y debe jugar con el principio de interés superior y de autonomía progresiva.

3. Video: “La clase de baile, la historia de Juliana”.
<https://vimeo.com/78376761>

En todo caso, desde antes de la idea siquiera de los derechos de la infancia y la adolescencia, que nace jurídicamente, hacia 1959, con la Declaración de Derechos del Niño que se adopta ese año en las Naciones Unidas, la presencia de la sexualidad en el desarrollo de las personas desde sus primeros años. El primero en entrar en el tema fue el austriaco Sigmund Freud (1856-1939). Otros modelos teóricos que se encuentran en la literatura como formas de explicación de la sexualidad en la infancia son, por un lado, el del psicólogo suizo Jean Piaget (1896-1980), conocido como teoría del desarrollo cognitivo, y, así mismo, el que elaboró Erik Erikson (1902-1994), y que se conoce como teoría del desarrollo psicosocial, reinterpretando parte de los postulados de Freud.

Como se apuntó, Freud ha pasado a la historia por su búsqueda de explicaciones en torno a muchos comportamientos sexuales, su descripción de la personalidad humana como dividida en tres partes –el

“ello, el “yo” y el “superyó”— y por poner en la discusión pública el tema de la sexualidad, terminando con la idea de que la niñez era una etapa asexuada (Shibley Hide, 2006).

Para Freud, el “ello” está presente desde el momento en que nacemos; es la reserva de energía psíquica e incluye a la libido, es decir, opera según el principio del placer y, por tanto, puede ser bastante irracional. El “yo”, en tanto, opera según el principio de la realidad y mantiene el “ello” a raya, tratando de obtener interacciones realistas y racionales con los demás. El “superyó”, por su lado, es la conciencia que contiene los valores e ideales que se aprenden de la sociedad y opera así sobre la base del idealismo. Inhibe los impulsos del “ello” y procura que el “yo” busque ideales y metas más morales que realistas. En la lógica freudiana, el “ello”, el “yo” y el “superyó” se desarrollan secuencialmente en la vida; el “ello” contiene los instintos presentes al nacer, el “yo” se va desarrollando a medida que el niño aprende a interactuar con su ambiente y las personas que lo forman, y el “superyó” se desarrolla al final, en la medida que el niño va aprendiendo valores.

El autor concibió, a partir de ello, cinco estados de desarrollo psico-sexual en el ser humano:

1. **Primero, desde el nacimiento hasta el primer año de vida.** Durante esta etapa el erotismo del niño está concentrado en la boca, y es el deseo de succionar que causa placer. También es la boca una de las principales zonas del cuerpo a la hora de explorar el entorno y sus elementos, y esto explicaría la propensión de los más pequeños a intentar morderlo todo. Se conoce como “etapa oral”.
2. **Segundo, entre 1 y 3 años de vida.** Es lo que llama la “etapa anal”, ya que el placer erótico se concentra en el ano, también como autoerotismo. Para Freud, esta actividad está vinculada al placer y la sexualidad.
3. **Tercero, desde los 3 a 5 años.** Es la “etapa fálica”, pues todo gira en torno al pene y los niños exhiben interés en sus genitales. De este modo, la principal sensación placentera sería la de orinar, pero también se originaría en esta fase el inicio de la curiosidad por las

diferencias entre hombres y mujeres, niños y niñas, empezando por las evidentes diferencias observadas en la forma de los genitales y terminando en intereses, modos de ser y de vestir, etcétera.

4. **Cuarto, desde los 6 a 11 años.** En este tiempo, los niños entran en la etapa que califica de “latencia”, pues no hay impulsos sexuales activos. Aparecen los primeros cambios fisiológicos y algunos conflictos mentales: son adultos-infantiles a la vez, hay inestabilidad de la afectividad, se produce el inicio de la relación con grupos del mismo sexo. Por ello es importante fortalecer autoestima y valoración positiva de la amistad.
5. **Quinto, en la pubertad.** Entran los niños en una “etapa genital” en que comienza el verdadero interés sexual a partir de actividades sexuales con los genitales, especialmente teniendo relaciones sexuales. La zona erógena relacionada con este momento vital vuelve a ser la de los genitales, pero a diferencia de lo que ocurre en la fase fálica, aquí ya se han desarrollado las competencias necesarias para expresar la sexualidad a través de vínculos de unión de carácter más abstracto y simbólico que tienen que ver con el consenso y el apego con otras personas. Es el nacimiento de la sexualidad adulta.

La etapa crítica según Freud en este desarrollo es la que llama etapa fálica; los niños desarrollan interés sexual en sus madres (“complejo de Edipo”), y las niñas desarrollan interés y enamoramiento hacia el padre (“complejo de Electra”) y al darse cuenta de que carecen de pene comienzan a desarrollar envidia de los niños por esa causa. Los aportes freudianos sobre sexualidad y deseos reprimidos a partir del desarrollo de los conceptos del “ello”, “yo” y “superyó”, y de los llamados “complejo de Edipo” y “complejo de Electra”, que denotarían una de las fases más importantes del desarrollo de cada ser humano según el vienes, son un referente recurrido cuando se trata de ver las explicaciones sobre las variantes de la sexualidad humana. Sin embargo, con los años, sus conclusiones han sido muy discutidas principalmente por dos razones: la falta de estudios empíricos y la inadecuada descripción del desarrollo femenino (Strong, y otros, 2005 pág. 51).

En la actualidad, el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos se ha conjugado con los derechos de la infancia.

La etapa de la pubertad es, sin duda, relevante para la construcción de la identidad sexual. Decirse o hacerse hombre o mujer es una construcción en la que naturalmente interfiere, en gran medida, el contexto en el que la persona adolescente se desarrolla: su socialización. Se trata de acceder a un nuevo lugar que siempre se presenta como inadecuado, fortuito o azaroso. En ese sentido, el cambio biológico de la polución y la menstruación marcan la diferencia que hace sentirse otro, lo que puede llevar a conflictos por los cambios físicos y emocionales que se experimentan desde el punto de vista sexual.

En la actualidad, el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos se ha conjugado con los derechos de la infancia. Esto para ir reconociendo que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a determinar su identidad sexual y a exigir derechos en torno a ello, lo que, por cierto, tiene que ir en relación a la responsabilidad parental y la propia capacidad evolutiva de cada persona menor de 18 años. En la materia, existen estudios que han puesto en evidencia los estándares que existen y su problematización (Arango, 2017 págs. 127-146).

En esa línea, en 2013, el Comité de Derechos del Niño afirmó que, entre los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño o la niña, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, se encuentra la identidad. Agrega luego que “los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la convención (art. 8º) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño” (Niño, 2003).

Lo propio ha hecho el Sistema Interamericano, especialmente en cuanto a reconocer que los niños y niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos, debiendo contar con medidas especiales de protección dada su condición, y reconociendo su derecho a que se reconozca su identidad de género autopercebida en su Opinión Consultiva 24, referida a las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de los vínculos entre parejas del mismo sexo (Humanos, 2017). El tema ha sido materia de documentados trabajos que fundamentan el reconocimiento de este derecho, además, como uno de carácter constitucional (“Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: una cuestión de derechos”, 2019).

Material de apoyo:

1. Informe “Violencia contra personas LGTBI”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Doc. 36. 12 noviembre 2015. CAPÍTULO 5 | VIOLENCIA E INTERSECCIÓN CON OTROS GRUPOS. D. Niños, niñas y adolescentes, párrafos 301-330.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

Videos de apoyo (Academia Judicial):

1. Mónica González Contró (Abogada, académica UNAM)
<https://vimeo.com/436433948/94197f23b6>
<https://vimeo.com/436221341/72237d9e60>
<https://vimeo.com/436220009/e7d5050a8c>
2. Mónica Flores (Psicóloga, Fundación Renaciendo)
<https://vimeo.com/436485617/273e2d7354>

1.3 Los aspectos biológicos, afectivos y sociales de la sexualidad humana. Hablando de sexo, de orientación sexual y de identidad de género.

La sexualidad humana involucra más que el sexo de una persona. Incluye cómo se ve a sí misma desde las construcciones sociales, su orientación sexual, lo erótico, el amor, las formas de reproducción, las formas de manifestar el deseo sexual y otros aspectos que son, a la vez, contenido y proyección de la condición humana de ser sexuado.

1.3.1 La variedad infinita de la diversidad sexual

La sexualidad humana involucra más que el sexo de una persona. Incluye cómo se ve a sí misma desde las construcciones sociales, su orientación sexual, lo erótico, el amor, las formas de reproducción, las formas de manifestar el deseo sexual y otros aspectos que son, a la vez, contenido y proyección de la condición humana de ser sexuado.

Todos estos aspectos toman distintas formas y se expresan de diversos modos en cada ser humano, sea a través de palabras, gestos, sentimientos, valores, fantasías o creencias.

Se van construyendo a lo largo de la vida por la interacción de agentes biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales, en el marco del proceso de socialización que vive cada ser humano, marcando las relaciones sociales, los lugares y espacios que se ocupan en la sociedad, el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de derechos.

Las formas de vivir y expresar la sexualidad humana, entonces, son infinitamente diversas porque cada persona se reconoce a sí misma desde su cuerpo y siente el amor, el placer y la afectividad de acuerdo a su propio contexto y realidad, sea individual o social. Por ello, las relaciones de amor o placer entre los seres humanos y las identidades son tan variadas como tantas personas existen.

Reconocer la forma en que una persona se ve a sí misma, y cómo decide proyectarse hacia los demás desde su sexualidad, es una condición indispensable para el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad y para la cohesión social en las democracias contemporáneas.

No obstante, a lo largo de la historia de la humanidad, no todas las identidades sexuales han recibido igual valoración ni han podido participar de manera igualitaria en relaciones de poder, principalmente

por el desarrollo de construcciones deterministas sobre lo que es “normal” “correcto” o “bueno” en temas de la sexualidad y tipos de cuerpos, y sobre lo que deben representar y cumplir los seres humanos.

Las mujeres, durante siglos, han sido en extenso excluidas de los espacios de distribución de poder en las sociedades, especialmente cuando no responden a los imaginarios, roles y expectativas de comportamiento que sobre ellas se han ido construyendo.

Por otra parte, las personas que desde sus cuerpos o afectos han desafiado la “normalidad” dada por los binarios sexuales hombre/mujer, y sus consecuencias, se han visto limitadas a vivir una vida no plena y llena de exclusiones y carencias de derechos. Durante años se usó la expresión “minorías sexuales” para referir a tales personas: quienes tenían identidades no conformes con esa normalidad definida por cuerpos de hombres o mujeres heterosexuales y viviendo su género acorde al sexo asignado al nacer. Minorías sexuales, entonces, es un concepto que puede englobar así a lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT) con significaciones cuantitativas y sociopolíticas. En el primer caso, haciendo referencia al hecho de que la población LGBT es menor en cantidad a la heterosexual, mientras que, en el segundo, resaltando que la diversidad sexual tiene menos derechos y está subordinada a la mayoría de las personas, sólo producto de la diferente valoración que se hace de sus identidades desde las construcciones sociales.

Con los años, en los planos sociales, políticos, mediáticos y hasta jurídico, la sigla LGBT.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce su uso para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de roles de género masculino y femenino, y entendiendo que es algo sometido a permanente evolución (Humanos, 2017). Frente al tema, ha dicho que “(...) suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos, así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente

delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. Por todo ello, la corte procurará, en la presente opinión, evitar hasta donde sea posible, caer en esas definiciones conceptualmente problemáticas y, cuando deba hacerlo, advierte que lo hará con la mayor amplitud y provisionalidad, sin asumir ni defender ninguna posición conceptual y menos aún irreductible” (párrafo 31).

1.3.2 El sexo de las personas y sus distintas expresiones

En general, supone la referencia a los aspectos biológicos de cada persona: el cuerpo. Es decir, las diferencias que se proyectan en la anatomía, la fisiología y la respuesta sexual.

Se suele recoger en la literatura ciertos componentes que marcan la pertenencia a un sexo u otro:

- La composición cromosomática
- Los órganos reproductores: los genitales externos y los genitales internos
- El componente hormonal
- Las características sexuales secundarias

También, se ha indicado que las diferencias entre cuerpos estarían dadas por lo:

- Genético o cromosómico (XY: hombre o XX: mujer)
- Gonadal (glándulas reproductivas sexuales: testículos y ovarios)
- Morfológico interno (determinado luego de tres meses de gestación: vesículas seminales-próstata/vagina-útero-trompas de Falopio)
- Morfológico externo (genitales: pene-escroto/clítoris-labios)
- Hormonal (andrógenos y estrógenos)
- Fenotípico (características sexuales secundarias: pelo facial/senos)
- Asignado y el género de crianza
- Identidad sexual

No obstante, hay que precisar que existen personas en que los cromosomas, gónadas y genitales no corresponden al “estándar” aceptado. Son las personas que se conocen como intersexuales

En función de estos componentes, el sexo se define, generalmente, en términos de hombre o mujer, cada uno determinado al nacer por la presencia de estas características.

No obstante, hay que precisar que existen personas en que los cromosomas, gónadas y genitales no corresponden al “estándar” aceptado. Son las personas que se conocen como intersexuales:

“Intersexualidad es un término que en general se usa para una variedad de situaciones del cuerpo, en las cuales, una persona nace con una anatomía reproductiva o sexual (genitales, gónadas, niveles hormonales, patrones cromosómicos) que no parece encajar en las definiciones típicas de masculino o femenino. Por ejemplo, una persona puede nacer con formas genitales típicamente de mujer, pero en su interior puede tener testículos. O una persona puede nacer con genitales que parecen estar en un Estado intermedio entre los típicos genitales masculinos y femeninos, por ejemplo, un bebé puede nacer con un clítoris más largo que el promedio, o carecer de la apertura vaginal, o tener un conducto común en donde desemboca la uretra y la vagina” (Fuente: <https://brujulaintersexual.org/2015/01/19/que-es-la-intersexualidad/>; acceso: 25 de febrero de 2020).

Una expresión de intersexualidad es el hiperandrogenismo (niveles más altos de testosterona). Tal es el caso de la atleta intersex y lesbiana Caster Semenya, ya comentado anteriormente.

Material de apoyo:

1. <https://www.mambaonline.com/2019/02/18/caster-semenya-fights-for-her-career-and-her-rights/>
2. <https://www.theguardian.com/sport/2019/feb/18/caster-semenya-hearing>
3. <https://www.businesslive.co.za/bd/sport/other-sport/2019-02-19-ten-experts-to-testify-for-caster-semenya-at-iaaf-case/>

Dada esta realidad, es posible pensar en distintas clases de sexo para la identificación de las personas. Así, se puede hablar de categorías o dimensiones si se pretende ser precisos sobre el sexo de

una persona: sexo cromosómico, sexo gonadal, sexo hormonal, sexo genital y sexo fenotípico. La Ley uruguaya N° 18.620, de Identidad de Género así lo reconoce en su artículo 1°: “Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme con su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro”.

Estudios teóricos desde el derecho han abordado esta cuestión para reconocer la influencia de la medicina y lo biológico en la lógica binaria con que se ha construido la idea de los dos sexos y sus caracterizaciones, lo cual ha tenido una incidencia directa en la forma de construir e interpretar el derecho. La autora argentina Laura Saldivia postula la idea de entender la sexualidad como un “continuado” (*continuum*) para referir a que la construcción identitaria se puede expresar más allá de los extremos hombre y mujer, sino como la manifestación de las distintas experiencias de cada persona que, a su vez, se va redefiniendo a lo largo de la vida, como un proceso en desarrollo. A partir de ello, entonces, critica la construcción binaria de la sexualidad que la concibe como algo cerrado en extremos y que plantea identidades normales y otras no. Este sistema excluye a personas cuya expresión o morfología no se identifican con esos dos extremos y asume un determinismo biológico que categoriza y limita la expresión de las identidades (Saldivia, 2009 págs. 98-119, 2017 págs. 35-61).

1.3.3 La orientación sexual

La orientación sexual de una persona tiene que ver con la atracción amorosa, afectiva, erótica o sexual hacia otras personas, con carácter relativamente permanente o estable. No queda así definida la orientación sexual de una persona por un comportamiento sexual determinado en un solo momento:

“La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas” (Fuente: Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en

relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, 2006
<http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/>; acceso: 24 de
febrero de 2020).

Hoy, la literatura, así como las reivindicaciones identitarias desde el mundo social y activista, muestran que existen variadas y distintas orientaciones sexuales:

- Del mismo sexo (homosexualidad, llamando gays a hombres atraídos por otros hombres, y lesbianas a mujeres atraídas por otras mujeres)
- Del sexo contrario (heterosexualidad)
- Hacia ambos (bisexualidad)
- Hacia toda persona sin atención a su sexo y/o género (pansexualidad)
- Asexualidad (sin experimentar atracción sexual)
- Sólo hacia personas con quienes se ha desarrollado vínculo emocional o romántico (demisexualidad)

Hasta los primeros años del siglo XX, sólo se asumía la existencia de la heterosexualidad y la homosexualidad era considerada una enfermedad siquiátrica. Ello por ir en contra de la naturaleza de la especie al impedir la reproducción que no podría producirse a partir de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, estimando así que la reproducción es el elemento más relevante de la sexualidad humana.

En esa lógica, a tal “enfermedad” se le buscaron todo tipo de curas y remedios, desde operaciones quirúrgicas, pasando por terapias de electroshock, de medicamentos y hasta psicoanálisis. Recién en 1973, la American Psychiatric Association eliminó la homosexualidad de su reconocido *Manual DSM (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders)* usado como clasificación estándar por los profesionales de la salud mental en los Estados Unidos respecto de los desórdenes mentales. La evidencia de años demostró que la homosexualidad (gay

o lesbiana) no es patológica. La iniciativa fue al tiempo seguida por la American Psychological Association y por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en los años 90.

Históricamente, ha sido la heterosexualidad la orientación sexual que se ha entendido como la más frecuente y que se ha presentado como la “normal” o “correcta”. Esto, a su vez, respondiendo a la lógica binaria de entender el sexo como hombre/mujer de forma complementaria y relevando que la diferencia sexual entre las personas es “natural” y necesaria, especialmente para la formación de la familia. Así, muchas instituciones normativas, como el derecho regulador de la familia y la filiación, se han establecido bajo la premisa de la heteronormatividad.

Esta se define como un “sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales, y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes” (Humanos, 2017).

Hoy no existe consenso ni pruebas, ni en el mundo científico ni en el mundo social, sobre las causas que definen la orientación sexual de una persona, sino que se ha visto como parte de la definición de la identidad de esta, en el marco de un proceso en que no existen razones sólo biológicas, sino una combinación de factores también ambientales y sociales.

Por ello es que se ha instalado la necesidad de ir deconstruyendo la forma de ver el mundo a partir sólo de las miradas heterosexuales.

Desde el año 1968, con los conocidos disturbios de Stonewall en Estados Unidos, la presencia de personas reivindicando vivir sus vidas conforme a sus orientaciones sexuales se encuentra presente en la agenda de los Estados y las organizaciones internacionales, y ha promovido cambios en algunas instituciones y el progresivo fin de sanciones penales, exclusiones y discriminaciones, basadas esencialmente en la homofobia.

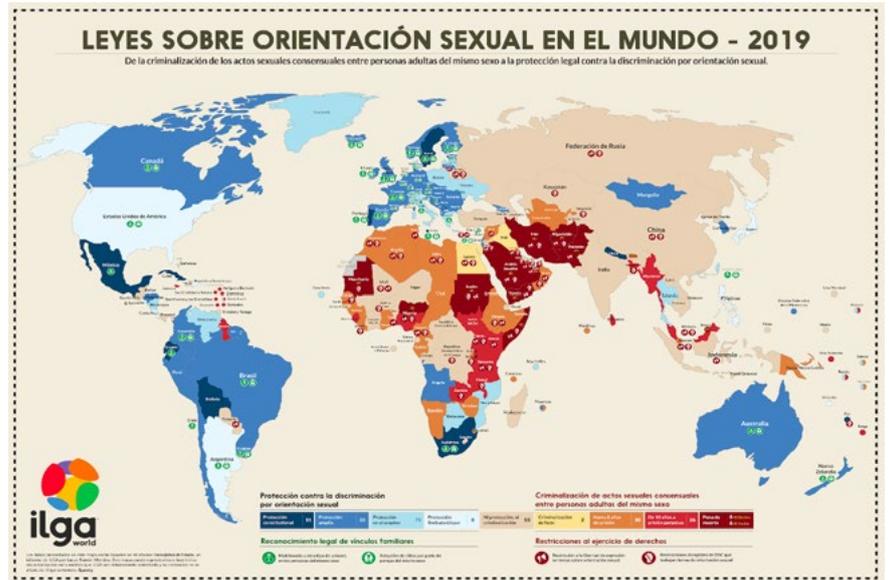
**La homofobia
ha sido
conceptualizada
por la Corte
Interamericana de
Derechos Humanos
como “un temor, un
odio o una aversión
irracional hacia las
personas lesbianas,
gays o bisexual (...)”
(Humanos, 2017).**

La homofobia ha sido conceptualizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas, gays o bisexual (...)” (Humanos, 2017). “Mistificar la heterosexualidad y negar la maleabilidad sexual humana deriva en la heteronormatividad imperante, que es la base de la homofobia. Distinguir la reproducción de la sexualidad es el primer paso para desechar la idea de que la sexualidad humana requiere complementariedad. La distinta función reproductiva de mujeres y hombres no determina los deseos eróticos ni los sentimientos amorosos. La sexualidad es un continuum de elementos variables y variantes, y su concreción (la conducta específica que se vive) es producto del proceso de socialización, de las prácticas disciplinarias y de las tradiciones y ritos culturales” (Lamas, 2014 pág. 64).

Una de las situaciones que afectan de forma especial a las mujeres lesbianas, de quienes se ha visto la homofobia con características diversas (lesbofobia) (Viñuales, 2002), es el tema de la filiación. En ello, la temática se cruza con los reclamos de derechos reproductivos y las actuales técnicas de reproducción médicamente asistida, en una mirada que es distinta y más compleja que los reclamos de personas homosexuales en el ámbito de la familia, por ejemplo, sobre adopción o vientre de alquiler (Benítez Piraino, 2018 pág. 14). También, las lógicas vivenciales de las relaciones de pareja lésbicas es un tema que tiene sus propias particularidades en cuanto vínculos, como ha sido manifestado en un estudio académico realizado en el medio chileno (Lorenzini, 2010).

Material de apoyo:

1. Nota de prensa “Stonewall, la histórica noche en que los gays se rebelaron en un bar de Nueva York y cambiaron millones de vidas”. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48718688> (acceso: 27 de febrero de 2020)
2. Mapa sobre la orientación sexual en el mundo, diciembre de 2019 (Fuente: ILGA, o la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Transexuales e Intersex en español). Puede ser reproducido citando la fuente: <https://ilga.org/es/mapas-legislacion-sobre-orientacion-sexual>



1.3.4 La identidad de género

La identidad de género tiene que ver con cómo se siente cada persona consigo misma, la adscripción individual a lo que cada sociedad considera que es lo masculino o lo femenino.

“Identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (Fuente: Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género 2006, <http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/>; acceso: 24 de febrero de 2020).

La identidad de género es la vivencia o adscripción interna e individual frente a lo que cada sociedad considera es lo masculino o lo femenino, en cuanto roles de género construidos socialmente. Esta identidad puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento.

En los casos en que no existe esta coincidencia, se habla de personas trans. Cuando sí existe, lo que es en la mayoría de los casos, se habla de personas cis.

-
- **Trans:** vivir con una disociación entre la identidad de género y el sexo asignado biológicamente al nacer (trans significaría “del otro lado”, “transitar”).
 - **Cis:** vivir con una correspondencia entre la identidad de género y el sexo asignado biológicamente al nacer (cis significaría “de este lado”).
-

1.3.4.1 ¿Qué significa ser una persona trans?

Se entiende, en general, que el término incluye distintas identidades que tienen en común alguna forma de disociación entre su identidad de género y el sexo biológicamente asignado al nacer.

La expresión “persona trans” se usa como el término marco.

“Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa’afafine, *queer*, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual” (Humanos, 2017).

De esta forma, persona trans o persona transgénero puede incluir así a personas que se autoidentifican como:

- **Transgéneros**
- **Transexuales**

Dado entonces que existen variadas identidades de género no conformes con el sexo biológico asignado al nacer, es necesario hacer precisiones para el adecuado reconocimiento de la identidad y derechos de todas las personas. Se trata de entender el género como algo fluido: hay tantas identidades como personas.

- **Travestis**
- **Transformistas**
- **De género fluido**
- **De género no binario**
- **De otras identidades diversas**

Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como personas pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social (Humanos, 2017). La transexualidad es una de las realidades menos abordadas y suele ser erróneamente confundida con la homosexualidad, el travestismo o el transformismo. Generalmente se piensa que una persona transexual es “un hombre gay vestido de mujer” o “una mujer lesbiana vestida como hombre”. Ser transexual no tiene ninguna relación con la orientación sexual; con ser gay, lesbiana, bisexual o heterosexual. En otras palabras, el hecho de ser y sentirse hombre o mujer no se vincula necesariamente con la atracción por personas de igual o distinto sexo.

Las personas travestis manifiestan su identidad de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

Las personas transformistas son aquellas que representan personajes del sexo opuesto para espectáculos.

Dado entonces que existen variadas identidades de género no conformes con el sexo biológico asignado al nacer, es necesario hacer precisiones para el adecuado reconocimiento de la identidad y derechos de todas las personas. Se trata de entender el género como algo fluido: hay tantas identidades como personas. Mientras la mayoría de las personas viven conformes con el sexo

y el género, otras personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, algunas se identifican como ambos y otras con ninguna construcción social en torno al género.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha reconocido al señalar que “(...) asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente” (Humanas, 2017).

Material de apoyo:

1. Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de noviembre de 2017. Específicamente ver el apartado “Glosario”, párrafos 30 y siguientes.
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
(acceso: 24 de febrero de 2020)

1.3.4.2 Identidad de género y orientación sexual

Si un hombre transexual:

- Siente atracción amorosa y erótica por los hombres, se estará en presencia de un transexual masculino gay.
- Siente atracción amorosa y erótica por las mujeres se identificará como un transexual masculino heterosexual.

Si una mujer transexual:

- Siente atracción amorosa y erótica hacia las mujeres, se estará en presencia de una transexual femenina lesbiana.
- Siente atracción por los hombres es una mujer transexual heterosexual.

Si una mujer o un hombre transexual:

- Siente atracción por ambos sexos, se estará en presencia de una persona trans bisexual.

1.3.4.3 Identidad de género y disforia de género

Durante muchos años, la transexualidad ha sido vista como una enfermedad, bajo el concepto de disforia de género. En términos simples, se podría caracterizar que la disforia de género ha sido entendida y tratada médicamente como la identificación persistente con un sexo diverso al asignado al nacer, asociada a malestar, ansiedad, irritabilidad o depresión. Por ello, hay que aclarar lo siguiente:

- La condición trans de una persona, sea niño, niña, adolescente o adulta, no es una enfermedad.**
- Una persona trans no necesariamente tiene disforia de género: no siempre hay malestar o sufrimiento por la propia condición.**
- La gran mayoría de las personas trans puede sufrir por la presión y la realidad que viven en sociedades transfóbicas que no les reconocen su identidad.**

La transfobia ha sido conceptualizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas trans” (Humanos, 2017).

“Los problemas que se les pudieran presentar guardan relación con la sociedad que no los admite y los excluye, los segrega y los estigmatiza. La aparición de cualquier patología es meramente ocasional y accidental. No hay ninguna patología que se pueda unir de una manera intrínseca con la transexualidad en forma de comorbilidad propia. La cuestión estriba (...) en reconocer que no hay disforia per se. No todas las personas transexuales tienen disforia, ni todas la padecen de la misma forma (...). Nunca hay normas establecidas para considerar el rechazo o la aceptación, no ya del cuerpo ni de los genitales, sino de la propia vida. Pero nunca esos niveles de rechazo y malestar proceden de sí mismos” (Gavilán Macías, 2016 pág. 13).

Como patología, la transexualidad fue eliminada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el año 2018. Antes, en 2012, el *Manual DSM (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders)* en su quinta versión también eliminó la referencia a la transexualidad como patología mental, conservando sí la disforia de género, es decir la angustia que puede sufrir una persona por su condición de trans.

Ambas iniciativas se han alineado así con la idea de desmedicalizar la sexualidad y despatologizar las identidades de género trans. De hecho, desde el año 2009 existe un movimiento de nivel mundial conocido como STP, como acrónimo de “Stop Trans Pathologization” (Alto a la Patologización Trans).

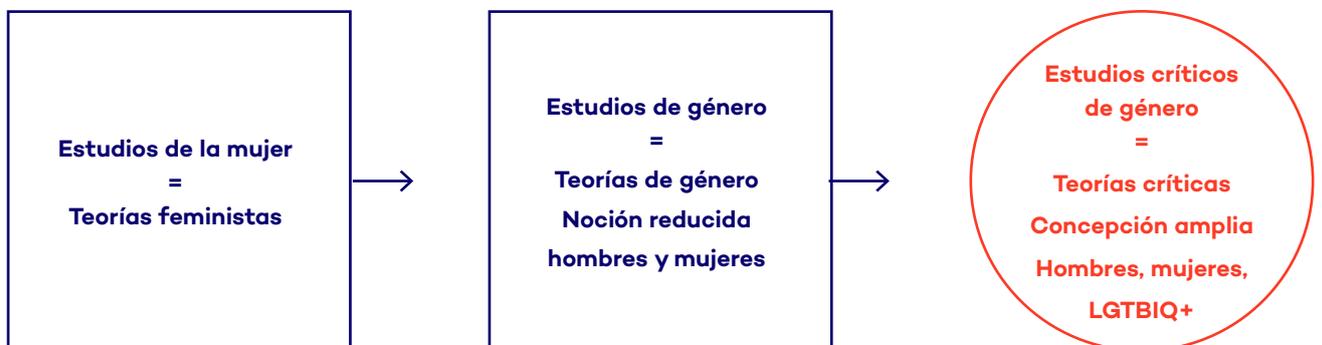
1.4 Desarrollos en torno al concepto de género

1.4.1 De los estudios de mujeres a los estudios de género: recorridos teórico-conceptuales

La realidad, como ha ido quedando en evidencia con los contenidos de esta unidad, muestra que cuando hablamos de “asuntos de género”, hay que ir más allá de los “asuntos de mujeres”.

Dar un carácter restrictivo al término género significa privar a esta categoría social de toda utilidad que hoy tiene para explicar la realidad social, especialmente cuando se trata de la promoción y protección de derechos humanos, la distribución del poder en la sociedad, o la construcción de variadas instituciones, como la familia y el propio derecho.

La noción de género ayuda para entender la idea de la sexualidad como parte de las construcciones sociales. La trayectoria académica en torno a la noción y los aportes teóricos desde los estudios de género han ayudado, en efecto, a una mejor comprensión de la realidad social. Los estudios de mujeres, y luego los estudios de género, favorecieron la acumulación de conocimiento teórico (disciplinas de las ciencias sociales y la filosofía) para explicar la importancia de la diferencia sexual en el sistema de relaciones sociales y de poder.



El aporte del feminismo académico ha sido demostrar que el conocimiento está situado históricamente. Cuando un colectivo social está ausente como sujeto y como objeto de la investigación, ese conocimiento no es suficiente ni adecuado.

1.4.1.1 ¿Por qué nacen las teorías feministas?

La teoría feminista, en sus diversas variantes, se ha clasificado como parte de la llamada teoría crítica, caracterizada por una posición crítica con aquellas estructuras que producen desigualdad o discriminación, y que busca explicar la realidad y desvelar los mecanismos y dispositivos de la opresión.

La teoría feminista, al conceptualizar la realidad, pone al descubierto los elementos de subordinación y desventaja social que privan de recursos y derechos la vida de las mujeres, y propone su transformación.

El aporte del feminismo académico ha sido demostrar que el conocimiento está situado históricamente. Cuando un colectivo social está ausente como sujeto y como objeto de la investigación, ese conocimiento no es suficiente ni adecuado.

Ha generado impacto en la forma de producir conocimiento en las ciencias sociales (impacto epistemológico y agenda de investigación).

Los feminismos comprenden las teorías críticas que explican la subordinación, dominación y exclusión de las mujeres en la sociedad, promoviendo su emancipación (Fries, 2013).

1.4.1.2 ¿Qué es el feminismo?

El feminismo, o los feminismos, puede ser descrito como:

- Movimientos políticos, culturales y económicos que tienen como objetivo la igualdad de derechos entre varones y mujeres.
- Un conjunto heterogéneo de teorías sociales que critican la posición desigual de las mujeres respecto a los hombres.

1.4.1.3 Diferentes tipos de feminismos

Algunos tipos de feminismos son:

- Feminismos de la igualdad: se levantan sobre la idea de que las mujeres son oprimidas porque no se les trata de la misma manera que a los hombres.

- Feminismos de la diferencia: se levanta sobre la idea de que las mujeres son oprimidas porque no se considera su diferencia respecto de los hombres.

Cronología de los feminismos

Tiempo histórico	Tipo de reivindicaciones	Autores y obras destacadas
Feminismo moderno (1789-1870) Absolutismo Ilustración Liberalismo	Reclamo por autonomía y libertad	Rousseau (1762) <i>Emilio</i> Mary Wollstonecraft (1792) <i>Vindicación de los derechos de la Mujer</i> Olympe de Gouges (1791) <i>Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana</i>
Primera Ola Siglo XX	Derecho al sufragio femenino Igual derecho de propiedad y de obrar en relación a los hombres Igualdad de derechos en el matrimonio	Declaración de Senaca Falls (1848) Movimiento de sufragistas John Stuar Mill y Harriet Taylor Mill
Segunda Ola Siglo XX	Cuestionando los roles asignados a las mujeres. Desigualdad no-oficial Sexualidad Derechos de reproducción Trabajo	Simone de Beauvoir (1949) <i>El segundo sexo</i> Betty Friedan (1963) <i>La mística de la feminidad</i>
Tercera Ola Finales siglo XX y siglo XXI	Los reclamos más radicales y críticos Múltiples modelos y formas de ser mujer determinado por cuestiones sociales, étnicas, culturales, etc.	Kate Millet (1969) <i>Política Sexual</i>

Material de apoyo para escuchar y comprender el pensamiento de Simone De Beauvoir:

1. “No se nace mujer”, 2007.
<https://vimeo.com/188533022>
2. *El segundo sexo*. Lectura colectiva, 2015.
<https://www.youtube.com/watch?v=sKRTWampdcE>

1.4.1.4 ¿Cómo se llega a los estudios de género?

Es durante la década del 60, en el ámbito de la psicología (corriente médica o clínica) donde empieza a pensarse en una idea que luego será entendida como el concepto de género. Surge para reconocer y destacar un acontecimiento hasta entonces no valorado: la existencia de algo “fuera” del sexo biológico que determina la identidad y el comportamiento.

El género nace, así, como la categoría que tiene que ver con la construcción social y simbólica de las diferencias sexuales. Muestra que la condición varón-mujer, más que una realidad biológica, ha sido traducida a una realidad simbólico-cultural.

Es importante remarcar que la comunidad científica validó por años las estructuras e instituciones sociales levantadas sobre la diferencia sexual como uno de sus soportes principales, dando diferentes roles a hombres y mujeres con base en sus diferencias biológicas.

El psicólogo Robert Stoller aportó entonces por aquella década del 60 esta nueva idea, a partir de sus estudios sobre los trastornos de la identidad sexual en personas en que existía disonancia con el sexo biológico.

Muy genéricamente, se puede decir que se evidenció en aquel tiempo que el peso y la influencia de las asignaciones socioculturales a los hombres y las mujeres, a través de –entre otros– los ritos, las costumbres y la experiencia personal, constituían los factores que determinan la identidad y el comportamiento femenino o masculino y no el sexo biológico, siendo entonces la socialización un elemento clave en la adquisición de la identidad femenina o masculina.

1.4.1.5 El (debate) sexo-género

El género nace, así, como la categoría que tiene que ver con la construcción social y simbólica de las diferencias sexuales. Muestra que la condición varón-mujer, más que una realidad biológica, ha sido traducida a una realidad simbólico-cultural.

Al instalarse como concepto, dio lugar a lo que por mucho tiempo ha sido conocido como el debate sexo-género, poniendo al elemento biológico como lo principal en la distinción, cuestión abordada en diferentes estudios teóricos (*Sobre la categoría de género. Una introducción teórico-metodológica*, 1992).

Sexo:	Género:
Biológico	Cultural
Innato	Aprendido socialmente
Inmodificable	Puede cambiar
Universal	Varía entre culturas y épocas
Diferencias biológicas (hoy LGTBI)	Desigualdad social entre hombres y mujeres

1.4.1.6 El género como categoría relacional, descriptiva, analítica, y como una variable de análisis de la realidad

Por su carácter relacional, el género como categoría involucra tanto a las mujeres y/o lo femenino, como los varones y/o lo masculino y requiere analizar la dinámica entre ambos, sus tensiones e intersecciones. La evidencia histórica demuestra que lo masculino ha estado, y continúa estando, en posición de predominio. El mundo y buena parte sus instituciones se han construido sobre una matriz sin mayores matices, no sólo adultocéntrica, sino principalmente androcéntrica y patriarcal, generando así modelos normativos hetero y cisnormativos.

¿Qué es el adultocentrismo?

La hegemonía de la visión de las personas adultas respecto del mundo y sus instituciones. De ella se deriva la existencia de una relación social asimétrica entre niños, niñas y adolescentes, y las personas adultas.

¿Qué es el androcentrismo?

Una visión del mundo que sitúa al hombre como centro de todo.

¿Qué es el patriarcado?

El predominio o mayor autoridad de un hombre en una sociedad o grupo.

¿Qué es la heteronormatividad?

Una visión que sólo concibe hombre y mujer, sin matices, y sólo la posibilidad de afectos y relaciones entre personas de diferente sexo. “Sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales, y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género” (Humanos, 2017).

¿Qué es la cisnormatividad?

“Idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres” (Humanos, 2017).

Las relaciones de poder que existen en la sociedad, vistas desde un enfoque de género, permiten visibilizar la existencia de órdenes, regímenes e ideologías de género que inciden en los comportamientos sociales.

Así descrita, el género es una categoría que muestra y permite analizar:

1. **Categoría descriptiva:** permite dar visibilidad a las diferencias y desigualdades existentes entre hombres y mujeres y entre personas de la diversidad sexual.
2. **Categoría analítica:** permite una interpretación más completa y precisa de los fenómenos sociales en torno a las políticas públicas, el desarrollo, la pobreza, las relaciones laborales, formas de producción, educación y participación social y política.

Como variable, la categoría social género aporta en tres sentidos:

- a. Cultural, en la medida que incorpora la dimensión simbólica.
- b. Socioeconómica, ya que se usa para analizar funciones, responsabilidades, limitaciones, oportunidades.
- c. Sociopolítica, en cuanto hace referencia a una de las formas de distribución del poder en la sociedad y de participación en los procesos de adopción de decisiones en todas las esferas y niveles.

1.4.1.7 Órdenes, regímenes e ideologías de género

Las relaciones de poder que existen en la sociedad, vistas desde un enfoque de género, permiten visibilizar la existencia de órdenes, regímenes e ideologías de género que inciden en los comportamientos sociales.

De estas construcciones pueden derivarse roles y representaciones, así como estereotipos que afectan la vida de las personas en sociedad y, en muchos casos, el ejercicio de sus derechos.

Género y poder Connell R.W. (1987) *Gender and Power*

Orden de género

Remite al mundo normativo, a las reglas formales e implícitas, que se construyen y reproducen en las instituciones sociales, en especial, en la escuela, la familia, los ámbitos laborales, fijando posiciones, roles y prescripciones diferenciales para varones y mujeres.

**Régimen
de género**

Son las **prácticas cotidianas** que se desarrollan en esos ámbitos.

En ellas se encarnan y perpetúan un determinado orden de género, como por ejemplo, las mujeres asumen como propio el trabajo doméstico y la crianza de los hijos e hijas, y los hombres el rol del proveedor.

**Ideologías
de género**

Representaciones que, tanto en un plano simbólico como imaginario, justifican un determinado orden de género, estableciendo así una vinculación entre lo social y lo subjetivo. Se expresan tanto en las **creencias** de sentido común como en religiones, y también en discursos “científicos”. A lo largo de la historia, las ideologías de género han “neutralizado” las diferencias entre varones y mujeres, atribuyéndolas a cuestiones biológicas y, por ello, justificándolas como universales e inmutables.

Fuente para la elaboración: Connell, R. W. (1987) *Gender and Power*, Cambridge. Polity Press.

Material de apoyo:

1. Anuncio “emblemático” Coñac Soberano.
<https://www.youtube.com/watch?v=4O-g9jXuJm0>
2. Publicidad machista en la Historia.
<https://www.youtube.com/watch?v=4O-g9jXuJm0>

Estereotipos de género: Aquellas representaciones construidas y fuertemente arraigadas, en función de las cuales se les asigna un atributo (positivo, negativo o mixto) de forma indiscriminada o generalizada al grupo de hombres, mujeres, homosexuales, transexuales, u otros. Se refieren a la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres, en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Su significado es fluido y cambia con el tiempo en torno a la cultura.

Roles de género: El comportamiento socialmente esperado (y también construido y naturalizado) para los miembros de un grupo de acuerdo a su sexo o género. Por ejemplo, se espera que el principal proveedor económico sea el hombre, se espera que las labores domésticas y de cuidado de niños las realicen mujeres. Los roles de género se ven apoyados por la familia, el Estado, la educación, las religiones, las ciencias y el derecho, todos los cuales han servido para mantener y reproducir los roles esperados dependiendo de cada identidad.

Representaciones sociales: Son estructuras simbólicas que tienen su origen en la capacidad creativa del psiquismo humano y en las fronteras que imponen las dinámicas sociales. Es a través de estas que una sociedad elabora, interpreta y expresa su realidad, donde es entendida, determinada y aceptada socialmente como tal.

Fuente: Proyecto de Investigación FONDEF ID1710111, Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad, Universidad de Concepción. Marco teórico.

1.4.2 Perspectivas críticas del género

Con todo, y los aportes de la categoría social del género para explicar la realidad y la superación en buena medida de la perspectiva biológica para ver la sexualidad, los roles y las expectativas construidas en torno a las personas, con los años, han venido siendo también sometidas a críticas o a nuevas miradas.

Estas otras miradas buscan explicar la sociedad y las vidas y relaciones humanas que, en muchos casos, no se alcanzan a identificar con las construcciones teórico-conceptuales que ha ido generando la comunidad científica o que siguen siendo sometidas a contrastes.

Tal es el caso, por ejemplo, de los actuales estudios sobre masculinidades, que ponen en tensión la hegemonía de los asuntos de varones como involucrando a todos los hombres (masculinidades hegemónicas vs. las que no lo son) o que postulan cambios notables en las expresiones de afectividad de los varones.

Otra temática ha sido la puesta en movimiento de una deconstrucción del propio concepto de género, de la que es principal referente la filósofa post-estructuralista, Judith Butler, autora de lo que se conoce en general como teoría *queer*, traducida informalmente al lenguaje español como “teoría torcida del género”.

La teoría *queer* de Judith Butler

Rechaza la clasificación de los individuos en categorías universales o etiquetas binarias. Insiste en la autodesignación de la identidad de género y propone que el sexo y la sexualidad, lejos de ser algo natural, son, como el género, algo construido. Propone la creación de actos performativos en torno a la identidad: una serie de prácticas que, creando nuevos significados, se reproducen más allá de cualquier sistema binario

Su teoría crítica se basa en la existencia de actos performativos en la constitución del género. A continuación, algunos de sus principales elementos:

- El género no está pasivamente inscrito sobre el cuerpo, y tampoco está determinado por la naturaleza, el lenguaje, lo simbólico o la apabullante historia del patriarcado.
- El género es lo que uno asume, invariablemente, a diario e incesantemente, con ansiedad y placer. Pero tomar erróneamente este acto continuo por un dato natural es renunciar al poder de ampliar el campo cultural corporal con performances subversivas de diversas clases. Por ejemplo, el uso del lenguaje.
- De acuerdo con la teoría de la performatividad, el género es un efecto discursivo. Según Butler, un efecto discursivo son todas aquellas consecuencias que tienen un conjunto de prácticas reguladoras de la identidad de género que, a través de la imposición de la heterosexualidad obligatoria, la tornan uniforme y estable.
- La identidad femenina y masculina nunca son, además, completas, sino que se encuentran en un permanente proceso de construcción y, por consiguiente, pueden ser resignificadas.

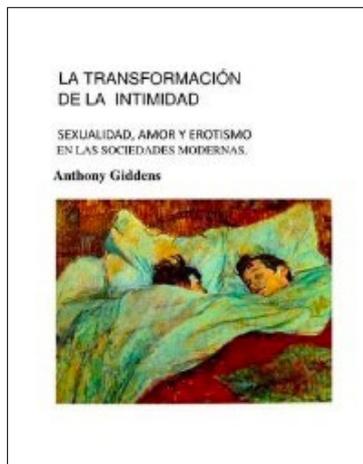
Los análisis convencionales le dan al género una falsa estabilidad que oculta las discontinuidades en las prácticas e identidades heterosexuales, bisexuales, gay y lésbicas. Butler, en cambio, insiste en la inestabilidad de las categorías analíticas sexo y género.

Material de apoyo para escuchar y comprender la teoría de Judith Butler:

1. Sobre la performatividad del género
<https://www.youtube.com/watch?v=4d-87MV05ZY>
2. Entrevista a Butler
<https://www.youtube.com/watch?v=qhVWedXlk80>
3. Documental
<https://www.youtube.com/watch?v=KkB8O7-jGoM>
<https://www.youtube.com/watch?v=z0bpayvVy58>
<https://www.youtube.com/watch?v=F40x7h3YX8U>
4. Conferencia “Cuerpos que todavía importan”, 2015, Argentina.
<https://www.youtube.com/watch?v=-UP5xHhz17s>
5. Conferencia “Crítica, disenso y el futuro de las humanidades”, 2019, Chile.
<http://www.inap.uchile.cl/videos/152550/judith-butler-critica-disenso-y-el-futuro-de-las-humanidades>
6. Conversatorio, 2019, Chile.
<https://www.youtube.com/watch?v=X8E4rk3vIvQ>

Lecturas complementarias recomendados para la unidad 1

1. **Giddens, Anthony.** *La transformación de la intimidad. Sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas.*

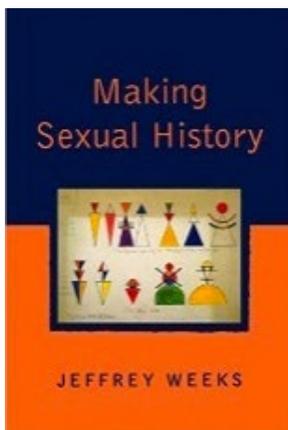
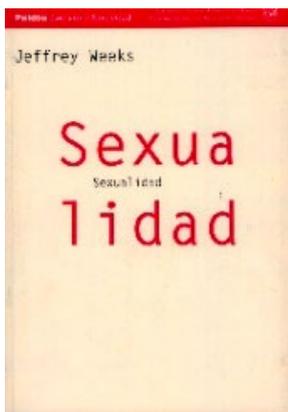


Este autor inglés ha dedicado alguna de sus obras a la búsqueda de la identidad y del yo –en los tiempos que llama modernos–. Considera de gran importancia todas las transformaciones que ha tenido la intimidad, la sexualidad y el erotismo, criticando de paso la construcción foucaultiana del biopoder y de la hipótesis represiva por estimar que tanto los aspectos generativos como distributivos del poder no tienen nada que ver con la sexualidad, sino que se relacionan con aspectos vinculados con propiedades específicas de los grupos e individuos, así como con contextos que varían y con los modos de lo que llama reflexividad institucional. Giddens discute en esta obra muchas de las interpretaciones dominantes del papel de la sexualidad en la cultura moderna. En su discurso sobre las transformaciones de la intimidad,

denomina “sexualidad plástica” a la sexualidad liberada de su relación intrínseca con la reproducción, la cual analiza en términos de desarrollo a largo plazo del orden social moderno y de las influencias sociales de las últimas décadas. La llamada revolución sexual de las pasadas décadas tuvo como condición previa para el autor la separación de la integración ancestral de la sexualidad con la reproducción, el parentesco y las generaciones, e implica dos elementos básicos: la revolución en la autonomía sexual femenina y el florecimiento de la homosexualidad masculina y femenina. Argumenta que la transformación de la intimidad, en la que las mujeres han desempeñado la función más destacada, encierra la posibilidad de una democratización radical de la esfera personal.

2. Jeffrey Weeks

El escocés Jeffrey ha aportado nuevos desarrollos a la idea de que la sexualidad es algo construido históricamente a partir de los distintos desarrollos socioculturales. En su planteamiento, las prácticas sexuales constituyen un producto histórico y social, más que una consecuencia universal de nuestra biología común. La sociedad opera como el principio indispensable de producción de conductas sexuales y de las significaciones que les están ligadas. La experiencia subjetiva de la vida sexual es un producto de los significados y símbolos intersubjetivos, asociados con la sexualidad en diferentes situaciones sociales y culturales. De este modo, la sexualidad es, a la vez, una experiencia histórica y personal. La fisiología y la morfología del cuerpo —es decir, la biología— crean las condiciones previas para la sexualidad humana: condicionan y limitan lo que es posible pero no son causa de las formas de vida sexual. Los cuerpos y la sexualidad no tienen significados intrínsecos, sino que se debe concebir como un conjunto de creencias, relaciones e identidades históricamente conformadas y socialmente construidas. Sobre sus estudios en la materia véase especialmente Weeks, J., *Sexualidad*, Traducción de Mónica Mansour, 1ª edición, Editorial Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 1998.

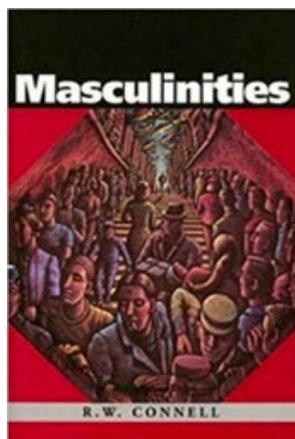




3. Pierre Bourdieu

El orden de las cosas, que se entiende como uno natural, no es tal, sino una construcción mental. Es una forma de ver y entender el mundo desde el hombre satisfaciendo su necesidad de dominio. La mujer, la víctima, ha asumido esta forma de actuar a tal punto que acepta de manera inconsciente su inferioridad. El autor hace su análisis basado en la sociedad cabileña, reserva del inconsciente mediterráneo, donde se pueden ver reflejadas estas conductas en una sociedad que no se ha visto influenciada ni interrumpida por otros grupos etnográficos. Busca evidenciar esta naturalización y explorar las instituciones simbólicas que buscan y logran perpetuar el androcentrismo y la dominación masculina hasta el presente (familia, escuela, Iglesia, Estado). El orden social, como una inmensa máquina simbólica, tiende a ratificar la dominación masculina en la que se apoya, reduciendo las cosas a la oposición de lo femenino con lo masculino, situando a los hombres en lo público, exterior, lo oficial, y a las mujeres en el campo de lo interno, lo húmedo, lo de abajo. Al no conocer otro tipo de relación, esta dominación se asimila de forma natural. Los esquemas para percibirse y apreciarse son el producto de la asimilación de estas clasificaciones ya naturalizadas. Introduce el concepto de *habitus*, para referir a las concepciones o representaciones individuales y sociales que se traducen en prácticas donde el pasado se perpetúa en la mitología colectiva.

4. R.W. Connell



Académica trans que antes de su transición fue conocida como Robert Williams Connell. Todas sus publicaciones anteriores las suscribió con el nombre neutral de género "R.W. Connell". Desde el año 2006, en todas sus publicaciones aparece como Raewyn Connell. Es pionera en el desarrollo del campo de investigación que trata la masculinidad como construcción social, siendo reconocida mundialmente por su trabajo. *Masculinidades* es una obra que se propone dilucidar la naturaleza de la masculinidad, exponiendo su desarrollo en el ámbito científico, entregando un marco conceptual e ideas para el desarrollo de este campo de investigación. Connell parte de la base de que el mundo está determinado por el género. Así, las masculinidades son configuraciones de prácticas sociales en que influyen factores personales,

económicos, culturales, sociales y políticos. Por lo tanto, su objeto de conocimiento son las relaciones de género, y para su análisis, se centra en tres ámbitos: el poder, la producción, y la afectividad y sexualidad. Luego de determinar el marco teórico, se vuelca a la práctica, al conocimiento empírico, a las historias de vida de cuatro grupos de hombres que, dentro del escenario de las relaciones de género, avanzan en un trayecto hacia el esquema de masculinidad hegemónica o reniegan de dicha imposición. Aunque tienen un lugar privilegiado en la sociedad, se hallan en un constante estado de cuestionamiento social. Para la autora existe una subordinación y dominación al interior del género masculino, existiendo cuatro tipos: la masculinidad hegemónica, la masculinidad subordinada, la masculinidad cómplice y la masculinidad marginada. La última parte del libro se refiere al estudio de las masculinidades modernas y su relación con el imperio, y la creación de la economía global. Finaliza planteando las nuevas formas de política de la masculinidad y la orientación que deben tener los planes y programas en búsqueda de la justicia social en un mundo dependiente del género.



Estándares internacionales en materia de igualdad y no discriminación

**Presentación
de la unidad**

Entrega los principales aspectos normativos y jurisprudenciales en relación a la igualdad y no discriminación como principios relevantes del derecho internacional de los derechos humanos.

**Síntesis de
contenidos de
la unidad**

- Evolución histórica
- Principales tratados internacionales
- Referencias a jurisprudencia relevante

2.1 La igualdad y la prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos

Hasta mitad del siglo XX, el Derecho Internacional (DI) se limitaba a regular las relaciones interestatales, esto es, a establecer derechos y obligaciones entre Estados con relación a sus ámbitos externos de actuación. El sujeto del derecho internacional por excelencia eran los Estados, y las relaciones al interior de los mismos no eran –por regla general– reguladas por este sistema jurídico.

Así las cosas, el ámbito de regulación del DI se relacionaba con las reglas sobre relaciones diplomáticas y consulares, las cuestiones fronterizas, de comercio y navegación, la solución de controversias, entre otras materias interestatales. Un denominador común de ellas es la escasa probabilidad de que el derecho interno tuviera regulaciones distintas o contradictorias a las del DI. De esta forma, el impacto que tenían los tratados y demás fuentes internacionales en el derecho doméstico de un Estado era muy limitado.

Hoy la situación es diferente, pues el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, desde 1945 a la fecha, y a través principalmente de tratados internacionales, ha significado ir limitando progresivamente la libertad de acción de los Estados en dominios que estaban entregados tradicionalmente a su propio arbitrio.

Hoy la situación es diferente, pues el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, desde 1945 a la fecha, y a través principalmente de tratados internacionales, ha significado ir limitando progresivamente la libertad de acción de los Estados en dominios que estaban entregados tradicionalmente a su propio arbitrio. Ello ha ido incrementando la importancia de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

En ese contexto, en sus relaciones con otros Estados, ningún Estado puede invocar sus propias normas internas para evadir o justificar cumplimientos o incumplimientos de normas impuestas por el derecho de gentes, ni aun cuando se trate de amparar en normas de rango constitucional.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 codificó un principio universalmente aceptado en su artículo 27 al señalar que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

En efecto, un Estado no puede invocar irregularidades en la celebración del tratado según la ley interna, “a menos que esta violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”, a lo que hay que sumar la famosa regla del *pacta sunt servanda* en materia de tratados (“lo pactado obliga”) y la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales.

El año 1945 significa un cambio en la situación de los derechos de las personas desde el punto de vista jurídico internacional al crearse la Organización de Naciones Unidas (ONU):

“Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida han infringido a la Humanidad sufrimientos inabarcables, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana (...) hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios” (Preámbulo, Carta de las Naciones Unidas, 1945).

Con el tiempo, estos propósitos se concretaron en los llamados **sistemas internacionales de protección de derechos**, que pueden caracterizarse como conjuntos sistemáticos de normas, órganos y mecanismos llamados a la promoción de los derechos humanos y brindar protección a los derechos cuando los Estados no son capaces de hacerlo. Se conforman a partir del desarrollo de normas (instrumentos, como los tratados de derechos humanos), órganos (como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y por mecanismos (como el derecho de petición individual o los informes periódicos) respecto de los cuales los Estados se comprometen a través de tratados internacionales en la mayor parte de los casos.

Tales sistemas tienen un carácter subsidiario en cuanto a los mecanismos internos, lo que se manifiesta en el requisito de “agotamiento de los recursos internos”, los que a su vez deben ser ciertos y eficaces pues el Estado es el primer obligado a respetar y hacer respetar los derechos. Además, tienen un carácter complementario en lo sustantivo: la norma interna de derechos se enriquece eventualmente con el contenido de la norma internacional.

Dentro del derecho internacional de los derechos humanos, la igualdad y no discriminación se ha transformado en una de las normas más importantes, reconocida como tal en la mayor parte de tratados y otros instrumentos internacionales, y perfeccionada en sus alcances, conforme el desarrollo de los tiempos, a través del trabajo de los diversos órganos internacionales de derechos humanos, sean jurisdiccionales o no.



Dentro del sistema universal, los pactos de derechos humanos adoptados en el año 1966 son relevantes pues forman la parte vinculante de lo que se conoce como Carta Internacional de Derechos Humanos, siendo los tratados sobre derechos humanos más importantes en relación al ámbito de aplicación debido a su vocación de universalidad.

Dentro del sistema universal, los pactos de derechos humanos adoptados en el año 1966 son relevantes pues forman la parte vinculante de lo que se conoce como Carta Internacional de Derechos Humanos, siendo los tratados sobre derechos humanos más importantes en relación al ámbito de aplicación debido a su vocación de universalidad.

Se entiende que la Carta Internacional de Derechos Humanos se integra por los siguientes textos:

1. **La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).** El artículo 1° establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, mientras que el artículo 2° agrega que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la declaración “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. El artículo 7° establece la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley, como también el derecho a la igual protección contra toda discriminación y contra la provocación a tal discriminación. Esa disposición se complementa y refuerza por el artículo 10 que señala que toda persona tiene derecho “en condiciones de plena igualdad” a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial. El derecho a contraer matrimonio contenido en el artículo 16 queda garantizado “sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión”. Se otorga derechos iguales a hombres y mujeres en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de la disolución del mismo. El artículo 23, en tanto, garantiza a todos el derecho a igual salario por trabajo igual.
2. **El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),** ambos de 1966 y en vigor de 1976³.

3 Chile firmó el PIDCP el 16 de septiembre de 1969 y lo ratificó el 10 de febrero de 1972. D.O. 29/04/1989. Por declaración del 7 de septiembre de 1990, Chile reconoció la competencia del Comité de Derechos Humanos, creado en el PIDCP con el límite temporal del 11 de marzo de 1990. Chile firmó el PIDESC el 16 de septiembre de 1969 y lo ratificó el 10 de febrero de 1972. D.O. 27/05/1989.

3. El PIDCP se complementa con dos Protocolos Facultativos. El primero (en vigor desde 1976) incluye el mecanismo de quejas individuales⁴. El segundo (en vigor desde 1991) va destinado a abolir la pena de muerte⁵.

4. El PIDESC, en tanto, cuenta con un Protocolo Facultativo de 2008 para quejas individuales, en vigor desde 2013⁶.

Además de la Carta Internacional de Derechos Humanos, existe un conjunto de tratados específicos, algunos adoptados incluso antes de que se llegara a los acuerdos de 1966, y que conforman lo que se suele llamar Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En forma adicional, existen varias otras convenciones internacionales adoptadas por los organismos especializados que forman la llamada “familia” o sistema de Naciones Unidas, y que se consideran también como tratados de derechos humanos.

Tal razonamiento podría aplicarse para el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en vigor en Chile.

Si bien no todos contienen un catálogo de derechos, suelen ser considerados en una expresión en sentido amplio de lo que son tratados internacionales de derechos humanos.

A continuación se detalla la lista de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas (o del sistema universal):

4 Chile adhirió al Primer Protocolo Facultativo del PIDCP el 27 de mayo de 1992, con la reserva temporal del 11 de marzo de 1990.

5 Chile firmó el Segundo Protocolo Facultativo al PIDCP el 15 de noviembre de 2001 y lo ratificó el 26 de septiembre de 2008, con reserva respecto de la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra.

6 Chile firmó este protocolo en 2009 pero no lo ha ratificado.

Convenio	Año	Chile
1. Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	1965	Sí
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	1966	Sí
Primer Protocolo Facultativo al PIDCP (1966, sobre quejas individuales)		Sí
Segundo Protocolo Facultativo al PIDCP (1989, para abolir pena de muerte)		Sí
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	1966	Sí
Protocolo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2008)		No
4. Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer	1979	Sí
Protocolo para Quejas Individuales a la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (1979)		
5. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanas o Degradantes	1966	Sí
Primer Protocolo		Sí
Segundo Protocolo		No
6. Convención sobre los Derechos del Niño	1989	Sí
Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2002)		Sí
Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (2002)		Sí
Protocolo Facultativo relativo al mecanismo de quejas individuales (2014)		Sí
7. Convención de NU sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias	2003	Sí
8. Convención de NU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	2006	Sí
Protocolo Facultativo a la Convención (2006)		Sí
9. Convención de NU sobre la Desaparición Forzada de Personas	2010	Sí

Fuente: <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>

La igualdad y no discriminación en los pactos internacionales de 1966

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra las ideas de igualdad y no discriminación en varios de sus artículos. Las normas más relevantes son, a estos fines, los artículos 2º N° 1 y 26.

- El artículo 2º N° 1 a propósito del compromiso de los Estados Partes de respetar y garantizar los derechos del pacto sin distinción y que eleva entonces a rango de norma convencional y, por tanto, obligatoria para los Estados, la prohibición de discriminar. Esto es aún más relevante teniendo en cuenta su vocación de universalidad geográfica y la existencia del Primer Protocolo Facultativo que permite la presentación de quejas al Comité de Derechos Humanos.
- El artículo 26, en tanto, consagra la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley sin discriminación y una amplia prohibición de toda discriminación por los motivos que se indican, pero sin entregar una definición de qué se entiende por discriminación en el marco de este acuerdo. Dice este artículo: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Otros artículos del PIDCP que se refieren a la igualdad y no discriminación son:

- Artículo 3º (en el marco de la garantía del goce de derechos por igual para hombres y mujeres y que ha sido el punto de partida para la protección posterior de las mujeres en cuanto grupos vulnerables, habida cuenta que la Declaración Universal no se refiere a este derecho en forma expresa sino sólo lo refiere en el preámbulo y en el artículo 16, a propósito del derecho de hombre y mujer a casarse y formar una familia);
-

- Artículo 4º N° 1 (en relación a que, en los casos de situaciones excepcionales de suspensión de las obligaciones del pacto, esta suspensión no debe entrañar discriminación alguna);

- Artículo 14 (a propósito de la igualdad de toda persona ante los tribunales y cortes de justicia);

- Artículo 20 N° 2º (en el marco de la prohibición de toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación y que a la vez actúa como límite al ejercicio de otros derechos también comprendidos en el pacto como la libertad de expresión del artículo 19 o la libertad de asociación del artículo 22);

- Artículo 23 N° 4 (a propósito de la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos en cuanto al matrimonio);

- Artículo 24 N° 1 (en relación a las medidas de protección a que tiene derecho todo niño, las que han de ser sin discriminación, norma que se vio reforzada con la entrada en vigor de la Convención sobre Derechos del Niño que establece en el artículo 2º la obligación estatal de no discriminar a los niños);

- Artículo 25 (a propósito del ejercicio de derechos por los ciudadanos);

- Artículo 27 (que establece la consagración de los derechos de las personas que pertenezcan a minorías).

El PIDCP cuenta con un órgano de vigilancia que se instituye en el artículo 28: el Comité de Derechos Humanos (CDH). Si bien no es un órgano jurisdiccional, trabaja en el marco de sus potestades contribuyendo a la determinación del sentido y alcance de la igualdad y no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos. Cuenta con atribuciones para recibir quejas individuales y emitir comentarios generales sobre los artículos del PIDCP.

Así las cosas, el concepto, alcance y sentido de la idea de discriminación del PIDCP han sido complementados y ampliados a través del trabajo de este comité, sea por la vía de las resoluciones que pronuncia en el marco del procedimiento de quejas individuales establecido en el Primer Protocolo Facultativo, sea en el marco de

las observaciones generales que ha ido emitiendo desde su creación, para ir desarrollando y a la vez limitando el alcance de los distintos derechos consagrados en el pacto.

En el marco de su trabajo, y frente a la ausencia de una definición en el mismo tratado, el Comité de Derechos Humanos ha dado un concepto de discriminación a través de su Observación General (OG) N° 18, de 29 de marzo de 1996 que, tomando elementos de la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial y contra la Mujer, indica en el párrafo 7 que, en virtud del PIDCP, la discriminación se debe entender como:

“(…) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el idioma, la religión, el origen nacional o social, el nacimiento o cualquiera otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”⁷.

En tanto, al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU indica que:

- Discriminación no significa identidad de trato en toda circunstancia.
- No toda diferenciación de trato constituirá discriminación, si los criterios para la diferenciación son razonables y objetivos y persiguen un propósito legítimo.
- El listado de categorías sospechosas no es taxativo.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también trae referencias a la no discriminación incluyendo además las ideas de igualdad y tolerancia en diversos artículos.

La principal norma en relación a la idea de discriminación es el artículo 2º N° 2 que, en lo general, se refiere a las medidas que deben adoptar los Estados, por separado, o a través de la asistencia y cooperación internacionales, para lograr la plena efectividad de los derechos que reconoce el PIDESC y sobre el que ha habido un importante desarrollo en el trabajo del órgano de control respectivo. Al respecto, indica: “Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Otros artículos del PIDESC que se refieren a la igualdad y no discriminación son:

- Artículo 2º N° 2 (referido a la adopción de medidas por parte de los Estados para garantizar los derechos del pacto);

 - Artículo 3º (a propósito de la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de los derechos que reconoce el pacto);

 - Artículo 7º a.i. (a propósito de la igualdad de salario por trabajo de igual valor, sin distinciones);

 - Artículo 10 (a propósito de las medidas especiales de protección y asistencia que se deben adoptar a favor de los niños y adolescentes, sin discriminación por razón de filiación u otra condición);

 - Artículo 13 (a propósito del derecho a la educación, la cual debe favorecer la tolerancia y la amistad entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos).
-

En la práctica, las obligaciones jurídicas que asumen los Estados frente a los derechos económicos, sociales y culturales son de un carácter diverso a aquellas adoptadas para la garantía de los derechos civiles y políticos.

En la práctica, las obligaciones jurídicas que asumen los Estados frente a los derechos económicos, sociales y culturales son de un carácter diverso a aquellas adoptadas para la garantía de los derechos civiles y políticos. Por un lado, normalmente son obligaciones de medio y no de resultado, y, por el otro, quedan sometidas al principio de desarrollo progresivo.

El mismo comité se ha encargado también de establecer que la enumeración de criterios de discriminación no es exhaustiva y, por consiguiente, deben también impedirse otras formas de discriminación injustas que afecten el ejercicio de los derechos del pacto.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), que vigila la implementación del pacto, ha dicho en su Observación General N° 3, de 14 de diciembre de 1990, que si bien se contempla una realización paulatina teniendo en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de recursos con que cuenta el Estado obligado, existen obligaciones en el pacto que tienen efecto inmediato. Una de ellas es que los Estados se comprometen a garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación⁸, lo que transforma esta obligación en una de comportamiento, lo que se ha reforzado en 2009 al señalar en la Observación General N° 20 que la no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el pacto⁹.

El mismo comité se ha encargado también de establecer que la enumeración de criterios de discriminación no es exhaustiva y, por consiguiente, deben también impedirse otras formas de discriminación injustas que afecten el ejercicio de los derechos del pacto: “La inclusión de ‘cualquier otra condición social’ indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría”¹⁰.

La Observación General N° 20, de 2 de julio de 2009, bajo el epígrafe “Motivos prohibidos de discriminación” agrupa el desarrollo de aquellos “motivos expresos” y de todos los que se incluyen en la expresión “otra condición social”, desarrollando acá la discapacidad, la edad, la nacionalidad, el estado civil y la situación familiar, la orientación sexual y la identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia y la situación económica y social¹¹, constituyéndose así en un instrumento adoptado por los órganos de vigilancia de los tratados que da cuenta de una recepción ampliada de los motivos que no se consagran expresamente en el derecho internacional convencional.

8 Doc. NU E/1991/23.

9 Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 7.

10 Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 15.

11 Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafos 18 al 35.

Asimismo, ha dicho el comité en el año 2000¹², que deben terminarse las discriminaciones de *iure* y de *facto* que afecten el goce de esta clase de derechos. Además, que el pacto no sólo obliga a los Estados a desistir de cualquier comportamiento discriminatorio y a modificar las leyes y prácticas que permitan la discriminación, sino que también establece el deber de los Estados de prohibir a los particulares y a los organismos (terceros) practicar la discriminación en cualquiera esfera de la vida pública¹³. Esto es lo que se conoce como el efecto horizontal de las normas de no discriminación.

Todos estos desarrollos han venido a reforzarse y completarse en un sentido coherente con un desarrollo progresivo de la materia con la referida Observación General N° 20¹⁴, relativa a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales conforme el tenor del artículo 2.2 ya citado:

“(...) por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el acto”¹⁵.

Material de apoyo (Academia Judicial):

1. Prof. Nicolás Espejo (ONU), Igualdad y no discriminación en el sistema universal.
<https://vimeo.com/435889961/8528b83689>
2. Prof. Tomás Vial (UDP), Igualdad y no discriminación en el sistema europeo.
<https://vimeo.com/435889892/e3f7888ce4>

12 Doc. NU E/C.12/2000/13.

13 Folleto Informativo N° 16 (Rev.1). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

14 Doc. NU E/C.12/GC/20.

15 Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 7.

2.2 Principales instrumentos internacionales y el trabajo de órganos internacionales en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

La Carta de la Organización de Estados Americanos, en el artículo 3º I, proclama la igualdad y no discriminación: “Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”.

La Carta de la Organización de Estados Americanos, en el artículo 3º I, proclama la igualdad y no discriminación:

“Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”.

También se encuentra en el artículo 45 de la misma una disposición similar, lo cual es importante pues afecta a todos los miembros de la organización, incluso a aquellos que no han firmado y ratificado el Pacto de San José de Costa Rica.

Por su parte, la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001, pese a no tener fuerza vinculante, en su capítulo II artículo 9º dice que:

“La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica o racial, y de la diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y a la participación ciudadana”. La referencia expresa a la idea de género y a los pueblos indígenas es un gran aporte y, por cierto, parece consecuente y lógico para un continente con una fuerte presencia de grupos indígenas y vulneraciones por género.

Como sistema de protección, el interamericano tiene su punto de partida en la **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre**, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948.

Esta declaración, anterior a la Declaración Universal, contiene expresamente una referencia a los deberes del hombre y usa en su título la expresión “hombres” y no personas. En su preámbulo dice:

“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”.

Luego, en el artículo 2º, señala que:

“Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

Al igual que la Declaración Universal, no tratándose de un tratado, ha logrado respaldo por el trabajo tanto de la Comisión Interamericana como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos que han dicho que es fuente de obligaciones para los países miembros de la OEA.

En tal sentido se ha pronunciado la corte en la Opinión Consultiva N° 10, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 14 de julio de 1989, promovida por una consulta del gobierno colombiano sobre el punto. La mencionada obligatoriedad surge también a partir de un texto que sí es vinculante, el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que señala en su artículo 20, letra a: “En relación con los Estados miembros de la organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes: a) prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”.

El principal texto vinculante dentro del sistema regional interamericano es la **Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica**, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969, y en vigor desde el 18 de julio de 1978¹⁶.

Contiene la referencia a la discriminación en el artículo 1º N° 1, a propósito de la obligación estatal de respetar los derechos y libertades reconocidos en la propia convención y garantizar su libre y pleno ejercicio “(...) sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Es decir, se trata de una norma no autónoma que usa también la fórmula residual pero restrictiva de “otra condición social” y en la que no se observa una definición de discriminación.

En el resto del articulado, es posible ver que la igualdad y la no discriminación son relevantes a los derechos que el Pacto de San José de Costa Rica consagra:

-
- Artículo 8º (sobre las garantías judiciales que se deben conceder en plena igualdad;
-

16 Chile, en 1969, firmó este tratado, con declaración de que quedaba sujeta su ratificación a la posterior aprobación parlamentaria conforme a la normativa interna sobre la materia. No sería sino hasta 1990 en que se depositó el instrumento de ratificación y fue promulgado a través del Decreto Promulgatorio N° 873, de 23 de agosto de ese año. D.O. 5/01/1991, con la siguiente declaración: “a) El Gobierno de Chile declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la mencionada convención. b) El Gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62. Al formular las mencionadas declaraciones, el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que se ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Igualmente, el Gobierno de Chile, al conferir la competencia a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declara que estos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la convención, no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona”.

-
- Artículo 13 (a propósito de la libertad de pensamiento y expresión, en el marco de la cual se prohíbe toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional);
-
- Artículo 17 (en cuanto a la protección de la familia, en que se establece que las condiciones que fijen las leyes internas para contraer matrimonio, no debe afectar el principio de no discriminación);
-
- Artículo 22 (sobre el derecho de circulación y residencia de los extranjeros, los cuales no pueden ser expulsados o devueltos a lugares en que su vida o libertad personal corran peligro a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas);
-
- Artículo 23 (sobre derechos políticos, los cuales pueden ser restringidos sólo por los criterios que allí se mencionan: edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena penal);
-
- **Artículo 24 (que consagra la igualdad ante la ley y que todos tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley);**
-
- Artículo 25 (que garantiza el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales de justicia ante los actos que violen sus derechos fundamentales y que, por la relación con el artículo 1º. debe ser garantizado sin discriminación);
-
- Artículo 27 (a propósito de la suspensión de garantías en los casos que menciona la norma, lo que en caso alguno puede entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social).
-

Otros textos vinculantes del Sistema Interamericano también se refieren a la igualdad y no discriminación, como, por ejemplo:

- **Protocolo Adicional al Pacto de San José de Costa Rica o Protocolo de San Salvador**, de 1988, en vigor desde 1999¹⁷. En su artículo 3º, establece la obligación de no discriminación en el ejercicio de los derechos que se enuncian en el acto “(...) sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.
- **Convención Interamericana para la Prevención y la Sanción de la Tortura** (1985)
- **Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas** (1994)
- **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, o Convención de Belem Do Pará** (1994)
- **Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad** (1999)
- **Convención Interamericana contra el Racismo** (2013)
- **Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia** (2013)
- **Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores** (2015)

AG/RES. 2804 (XLIII-O/13) 5 de junio de 2013; Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia

1. “Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce

17 Fue firmado por Chile en el año 2001, pero a enero de 2012 no ha sido aún ratificado.

o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

2. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.
3. Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.
4. Discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada.
5. No constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos.

6. Intolerancia es el acto o conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias. Puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos”.

2.3 Principal jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Principales sentencias de la Corte Interamericana de DDHH (en materia de igualdad y no discriminación)

Caso	País	Año
De la Cruz	Perú	2004
Comunidad Indígena Yakye Axa	Paraguay	2005
Yatama	Nicaragua	2005
Acosta Calderón	Ecuador	2005
Niñas Yean y Bosico	República Dominicana	2005
Masacre de Mapiripán	Colombia	2005
López Alvarez	Honduras	2006
Comunidad Indígena Sawhoyama	Paraguay	2006
Ximenes Lopes	Brasil	2006
Penal Castro Castro	Perú	2006
Pueblo Saramaka	Suriname	2007
Atala Riffo y otros	Chile	2012
Artavia Murillo	Costa Rica	2012
Norín Catrیمان y otros	Chile	2014
Duque	Colombia	2016

Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de DDHH (en materia de igualdad y no discriminación)

Materia	Año
Opinión Consultiva N° 4, Propuesta de modificación de la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización	1984
Opinión Consultiva N° 17, Condición jurídica y derechos humanos del Niño	2002
Opinión Consultiva N° 18, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados	2003
Opinión Consultiva N° 24, Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo	2017

Opinión Consultiva N° 4 (año 1984):

“55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose ‘en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos’ definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando ‘carece de justificación objetiva y razonable’. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en

desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

58. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.

59. En esa perspectiva, la corte reitera el ya expresado señalamiento según el cual, a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones

que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente (...).”

Opinión Consultiva N° 17 (año 2002):

“VI. Igualdad

43. (...) es preciso puntualizar el sentido y alcance del principio de igualdad con respecto al tema de los niños. En ocasiones anteriores, este tribunal ha manifestado que el artículo 1.1 de la Convención Americana obliga a los Estados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Todo tratamiento que pueda ser considerado como discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la convención es, per se, incompatible con esta **La corte remite acá a lo establecido en la OC N° 4 y sentencias en que lo recoge.**

(...)

55. Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquella.

(...)

IX. Procedimientos judiciales o administrativos en que participan los niños. Debido proceso y garantías

(...)

95. Las garantías consagradas en los artículos 8º y 25 de la convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.

96. Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

97. A este respecto, conviene recordar que la corte señaló en la Opinión Consultiva acerca del derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal cuando abordó esta materia desde una perspectiva general, que, para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses (...).

(...) Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

98. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones

especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”.

Opinión Consultiva N° 18 (año 2003):

“VI. Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación

(...)

83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (...) al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este tribunal ha indicado que en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”.

La diferenciación entre “distinguir” y “discriminar”, y las referencias a la OC N° 4, sentencias e instrumentos internacionales. Párrafos 84 y siguientes:

“85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional”.

Carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación:

“97. La corte procede ahora a considerar si este principio es de *jus cogens*.

(...)

101. (...) este tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”.

Efectos del principio de igualdad y no discriminación. Párrafos 102 y siguientes:

“102. De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. A continuación, la corte se referirá a los efectos derivados de la aludida obligación”.

Material de apoyo:

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes, 2019.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf>
2. Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes. Anexo 1. Estándares y recomendaciones, 2019.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-discriminacion-mujeres-Anexo1-es.pdf>
3. Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes. Anexo 2. Impacto de casos, 2019.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-discriminacion-mujeres-Anexo2-es.pdf>
4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Compendio. Igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos, 2019.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-Igualdad-NoDiscriminacion.pdf>
5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Reconocimiento de derechos de personas LGBTI, 2019.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>
6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres, 2015.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EstandaresJuridicos.pdf>

3

La orientación sexual y la identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos

Presentación de la unidad

Identifica cómo ha sido el recorrido histórico para la protección de derechos de personas LGBTIQ+ en el derecho internacional de los derechos humanos.

Síntesis de contenidos de la unidad

- Evolución histórica de criterios y estándares
- Principales desarrollos del Sistema Interamericano

3.1 Evolución y desarrollos en el sistema universal y europeo de derechos humanos en torno a la orientación sexual y la identidad de género. Criterios y estándares fijados.

Al iniciar el tiempo del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, la prohibición de discriminación se instaló en los sistemas internacionales de protección.

Al iniciar el tiempo del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, la prohibición de discriminación se instaló en los sistemas internacionales de protección, incluyendo diversas cláusulas y recogiendo un listado de las “categorías sospechosas” o motivos prohibidos de discriminación. En sus inicios, eran considerados como tales el sexo, la raza, idioma y religión.

Así, a diferencia de lo que ocurrió con el sexo como una categoría sospechosa –fundamentalmente como reconocimiento a la histórica situación de exclusión de las mujeres–, la identidad de género y la orientación sexual no tuvieron, como es lógico, ningún tipo de reconocimiento expreso en algún instrumento internacional vinculante, sino hasta las convenciones de la OEA de junio de 2013 que las mencionan al definir discriminación.

Fue entonces, por vía de la jurisprudencia internacional, cómo se fue creando un marco de protección y reparación frente a las discriminaciones por orientación sexual o identidad de género.

Ello fue a través de dos posibles caminos jurídicos:

- a. La tendencia a la interpretación amplia de la expresión “sexo”.
 - b. La utilización de cláusulas abiertas de discriminación para la inclusión de la orientación sexual o la identidad de género como una condición social y la vinculación con la vulneración de otros derechos.
- a. **La tendencia a la interpretación amplia de la expresión “sexo”**
Se refiere a una comprensión de la categoría “sexo” como una que incluye toda manifestación de la sexualidad por la cual una persona puede ser discriminada.

Desde el punto de la protección de los derechos, ello fue un avance, esencialmente en el marco del sistema universal, para tiempos en que no se hablaba expresamente de orientación sexual o identidad de género. No obstante, presenta la desventaja de invisibilizar toda la riqueza que existe en las diversas manifestaciones de sexualidad humana.

Caso emblemático del sistema universal: Toonen contra Australia (1992). Doc. CCPR/C/50/D/488/1992

El Comité de Derechos Humanos desarrolló una jurisprudencia histórica para el sistema de protección de derechos humanos en materia de discriminaciones que pueden afectar a personas por su orientación sexual en el ámbito de las relaciones que forman parte de la vida privada. Así, conforme el artículo 17 del PIDCP, la expresión “sexo” (artículo 2.1) incluye a la orientación sexual.

Otros casos con la misma línea interpretativa:

- Caso Edward Young contra Australia (2003)
- Caso X contra Colombia (2007)

b. La utilización de cláusulas abiertas de discriminación para la inclusión de la orientación sexual o la identidad de género como una “condición social” y la vinculación con la vulneración de otros derechos

A partir del uso de la expresión “otra condición social” en varios tratados internacionales de derechos humanos, se fue entendiendo que orientación sexual e identidad de género son parte de esas condiciones y, como tal, están protegidas en las cláusulas de no discriminación.

Ello se fue relacionando a su vez con la afectación alegada por vulneración o discriminación en el ejercicio de derechos tales como la vida privada, la honra, derechos de familia, libertad de expresión u otros, y haciendo parte de la teoría que considera a los tratados internacionales de derechos humanos como “instrumentos vivos” y, por lo tanto, sometidos a “interpretación evolutiva”.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha trabajado esta línea desde hace ya muchos años, vinculando la orientación sexual y la identidad de género con la vulneración de otros derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos humanos (CEDH), tales como el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8º CEDH), y el derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH).

En una mirada muy general, los problemas de discriminación más frecuentes de los grupos LGBT recogidos por la jurisprudencia europea antes del caso Atala tuvieron que ver con el derecho a la privacidad de sus relaciones (penalización de relaciones sexuales en privado y consentidas entre adultos homosexuales); al ámbito de la familia (adopción o tuición por homosexuales solteros o parejas gays, obtención de prestaciones sociales derivadas de relaciones de convivencia entre personas del mismo sexo), o a la actividad militar (investigaciones sumarias y bajas provocadas sólo por confesar homosexualidad).

Desde el año 2012, con la sentencia dictada en el caso Atala e hijas contra Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adopta una interpretación similar a la del sistema europeo, al incluir la orientación sexual dentro de la expresión “otra condición social” que usa el artículo 1º del Pacto de San José de Costa Rica.

Casos emblemáticos del sistema europeo en relación a la orientación sexual

1. La discriminación en el derecho a la privacidad de las relaciones personales.

- Caso Dudgeon contra Reino Unido, promovido en 1976 y fallado el 22 de octubre de 1981.

La doctrina fue reiterada años más tarde en asuntos similares.

- Caso Norris contra Irlanda (1988)
- Caso Modinos contra Chipre (1993)
- Caso ADT contra Reino Unido (2000)

El tribunal siguió una línea argumental en casos de homosexuales activistas que alegaban sufrir hostigamiento por las leyes criminales internas que penalizaban sus relaciones adultas y libremente consentidas, estimando que se violaba así su derecho a la privacidad y que no existían las justificaciones suficientes a las injerencias en este derecho a que apelaban los Estados.

2. La discriminación en el ámbito de la familia

Sobre custodia de hijos o hijas por homosexuales:

- Caso Salgueiro de Silva Mouta contra Portugal (1999)

Sobre adopción de hijos o hijas por homosexuales:

- Caso Frette contra Francia (2002)
- Caso E.B. contra Francia (2008)
- Caso X y otros contra Austria (2013)

Sobre derechos derivados de convivencias homosexuales:

- Caso Karner contra Austria (2003)
- Caso Korelc contra Eslovenia (2009)
- Caso Kozak contra Polonia (2010)

Sobre uniones y matrimonio entre personas del mismo sexo:

- Caso Schalk and Kopf contra Austria (2010)
- Caso Vallianatos y otros contra Grecia (2013)
- Caso Chapin y Charpentier contra Francia (2015)
- Caso Orlandi y otros contra Italia (2017)

3. La discriminación en la actividad militar

- Caso Smith & Grady contra Reino Unido (1999)
- Caso Lustig Prean y Beckett contra Reino Unido (1999)
- Caso Brown contra Reino Unido (2003)
- Caso Hunt and Miller contra Reino Unido (2009)

4. La discriminación en otros ámbitos (derecho a la salud, derecho de reunión, otros)

- Caso Laskey, Jagard y Brown contra Reino Unido (1997)

Casos emblemáticos del sistema europeo en relación a la identidad de género

Así como la orientación sexual ha sido estimada por la jurisprudencia europea como integrante de la vida privada que protege el artículo 8º del TEDH, lo mismo ha ocurrido respecto de la determinación de la congruencia del sexo y género de una persona. El ámbito en que se han ventilado la mayoría de los asuntos que han llegado al TEDH tiene que ver con la cuestión principal del derecho a contraer matrimonio (consagrado en el artículo 12 del TEDH), aplicado a

Así como la orientación sexual ha sido estimada por la jurisprudencia europea como integrante de la vida privada que protege el artículo 8º del TEDH, lo mismo ha ocurrido respecto de la determinación de la congruencia del sexo y género de una persona.

situaciones de transexuales, o al derecho a formar familia por parte de estas personas, y no directamente en todos los casos invocando discriminación.

Se trata de decisiones jurisdiccionales relevantes porque alojan al final situaciones de exclusión o limitación de personas trans en el goce de algunos derechos.

1. El primer caso: Caso Van Oosterwijck contra Bélgica (1980)

La primera ocasión para que el TEDH entrara a esta temática fue a partir de la reclamación de un varón transexual que había recibido tratamiento hormonal y cirugía para la reasignación, quien reclamó por la negativa a inscribir en el registro civil su cambio de sexo, y contra la consecuencia derivada de la imposibilidad de contraer matrimonio. Alegó la violación de los artículos 8º y 12, y además del artículo 3º, al estimar el peticionario que en su caso había una “muerte civil” que constituía un trato inhumano y degradante. A pesar de lo interesante y vanguardista del tema para aquellos años, en este caso el TEDH no entró al fondo del asunto por entender que no se habían agotado los recursos internos por lo cual no se pudo conocer cuál habría sido su postura de fondo frente a esta presentación.

2. La discriminación en el derecho a la vida privada (primera etapa jurisprudencial)

Las primeras veces que se planteó esta cuestión ante este tribunal con éxito fue en:

- Caso Rees contra Reino Unido (1986)
- Caso Cossey contra Reino Unido (1990)

De ambos se puede decir como cuestión general que el tribunal consideró a la transexualidad en el ámbito de la vida privada protegida por el artículo 8.1 del CEDH, y se dio por entendida la conexión entre el supuesto derecho al reconocimiento de la transexualidad y el derecho de este artículo, si bien reconoce que las obligaciones positivas del Estado surgidas del artículo 8º no

pueden llegar tan lejos, como para condenar al Estado por no realizar este reconocimiento con efectos retroactivos; por ejemplo, modificando las actas de nacimiento.

3. La discriminación en el derecho a la vida privada (segunda etapa jurisprudencial)

El punto de inflexión en el derecho de los transexuales al matrimonio y el inicio de una segunda línea argumental por el sistema europeo de derechos humanos, lo marcan las sentencias de los siguientes asuntos:

- Casos I. y Christine Goodwin contra Reino Unido (2002). El TEDH deja de lado la excesiva ampliación de la teoría jurídica del margen de apreciación nacional (desarrollada por el mismo tribunal), estableciendo que el Estado ya no puede seguir alegando este margen en la materia y que ningún factor importante de interés público se opone al interés particular de la recurrente de obtener un reconocimiento jurídico de su conversión sexual. Es el inicio del abordaje del tema vinculado a la sexualidad humana y como cuestión de derechos y desde la óptica social y legal, más que desde la perspectiva médico-psicológica, siendo abordado por juristas en ese sentido (A propósito de las sentencia Goodwin e I o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH, 2003 (I)).

3.2 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. Criterios y estándares fijados.

El primer caso. Marta Álvarez Giraldo contra Colombia (1996)

El primer caso de derechos humanos y orientación sexual en el Sistema Interamericano fue promovido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia. La peticionaria era una mujer confinada en una cárcel de mujeres a quien se le negó el derecho a tener visitas íntimas con su pareja del mismo sexo. La comisión decidió admitir la petición, dictaminando que en principio esta se refiere a hechos que podrían suponer una violación de la Convención Americana, en cuanto hubiera injerencias abusivas o arbitrarias en su vida privada.

El primer caso de derechos humanos y orientación sexual en el Sistema Interamericano fue promovido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia. La peticionaria era una mujer confinada en una cárcel de mujeres a quien se le negó el derecho a tener visitas íntimas con su pareja del mismo sexo. La comisión decidió admitir la petición, dictaminando que en principio esta se refiere a hechos que podrían suponer una violación de la Convención Americana, en cuanto hubiera injerencias abusivas o arbitrarias en su vida privada.

Material de apoyo:

1. Informe de admisibilidad 71/99 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Colombia11656.htm> (acceso: 12 de marzo 2020)

El caso emblemático del Sistema Interamericano: caso Atala Riffo y niñas contra Chile (sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 24 de febrero de 2012)

Este caso internacional tiene su origen en el alegato de responsabilidad internacional de la jueza de la república, doña Karen Atala Riffo, ante el Sistema Interamericano por vulneración de derechos fundamentales en contra del Estado de Chile, por la privación de la tuición de sus hijas según resolución de la Corte Suprema y un proceso disciplinar interno que tuvo lugar en su contra en el Poder Judicial, a partir de hacer pública su orientación sexual homosexual, luego de la separación con su cónyuge y de haber acordado con él que ella quedaría con el cuidado de las tres hijas menores del matrimonio.

A juicio de la Corte Suprema chilena de la época, ser una mujer lesbiana era una condición de la Sra. Atala Riffó en cuanto madre, que no garantizaba a las niñas el desarrollo normal de su vida familiar, las dejaba en un estado de vulnerabilidad en su medio social y constituía una causa calificada prevista en la legislación nacional (artículo 225 del Código Civil de la época) para entregar el cuidado personal de las hijas al padre en lugar de a la madre.

El caso nacional llegó a la Corte Suprema a través de un recurso de queja interpuesto por el padre de las niñas, luego de haber intentado ante los respectivos tribunales de menor jerarquía de la región de la Araucanía, sin éxito procesal, privar del cuidado personal a doña Karen Atala Riffó.

En el caso internacional, no sólo se establecieron estándares sobre igualdad y no discriminación en relación a la orientación sexual (y también a la identidad de género), sino que además se analizó y reprobó la interpretación de la Corte Suprema sobre el principio del interés superior del niño, reconocido internacionalmente y aceptado convencionalmente por Chile. De acuerdo a los estándares internacionales, en la aplicación de este principio se debe analizar cada caso en particular, considerando las individuales circunstancias de cada niño o niña y no asumir, a modo de prejuicios, ideas preconcebidas sobre los hechos.

Material de apoyo:

1. Sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile, de fecha 31 de mayo de 2004, Causa Rol 1193-03.
2. Fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, de fecha 31 de mayo de 2004, Santiago:

Vistos y teniendo únicamente presente:

PRIMERO.- Que don Jaime López Allende ha recurrido de queja en contra de los Ministros y la Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Temuco don Fernando Carreño Ortega, don Héctor Toro Carrasco y doña Tatiana Román Beltramin, por estimar que procediendo arbitraria e injustamente y actuando

contra derecho, confirmaron la sentencia de primera instancia que otorgó la tuición de sus hijas Matilde, Victoria y Regina a su madre doña Jacqueline Karen Atala Riffo;

SEGUNDO.- Que en el escrito respectivo se imputan a los magistrados recurridos las siguientes faltas o abusos graves, que fundamentan el recurso: a) Haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas; b) Haber faltado a su deber legal de proteger la vulnerabilidad de las menores, contrariando lo ordenado en normas constitucionales y legales relativas a la materia; c) Haber transgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia;

TERCERO.- Que la resolución objetada por el recurso se dictó en los autos sobre tuición definitiva de las menores antes individualizadas, hijas matrimoniales del demandante don Jaime López Allende y de la demandada doña Jacqueline Karen Atala Riffo;

CUARTO.- Que del examen de los antecedentes reunidos en dichos autos, que se tuvieron a la vista, es posible tener por acreditados los hechos que se reseñan a continuación: 1° Que el demandante y la demandada contrajeron matrimonio el día 29 de marzo de 1993 y sus hijas nacieron en agosto de 1994, enero de 1998 y diciembre de 1999, de modo que en la actualidad cuentan con diez, seis y cuatro años, respectivamente; 2° Que la vida conyugal y familiar de matrimonio se alteró por problemas de convivencia que condujeron a la separación de hecho de los cónyuges en febrero del año 2002, quedando de común acuerdo a cargo de la madre la tuición y cuidado personal de las menores; 3° Que, con posterioridad, doña Jacqueline Karen Atala Riffo, asumiendo explícitamente su condición homosexual, llevó a vivir con sus hijas a una pareja de sexo femenino;

QUINTO.- Que, en las circunstancias descritas, el padre de las menores dedujo su demanda dirigida a obtener la tuición de sus hijas, sobre la base de argumentar que la decisión adoptada por la madre siguiendo su tendencia homosexual, provoca daños en el desarrollo integral psíquico y en el ambiente social de las tres menores; que el interés de sus hijas hace necesario precaver las

consecuencias perniciosas que les provocará criarse bajo el cuidado de una pareja homosexual y que, en cambio, la vida junto al actor, les brindará un ambiente en el que psicológica y emocionalmente tendrán mayores seguridades en su desarrollo personal;

SEXTO.- Que para resolver sobre el recurso de queja entablado en contra de los jueces que se pronunciaron en segundo grado sobre la tuición de las menores antes individualizadas, es preciso tener en cuenta que las normas que rigen la materia se contienen básicamente en el título 9° del libro I del Código Civil y han sido aplicadas en la sentencia que motiva el presente recurso disciplinario;

SÉPTIMO.- Que entre esas disposiciones, que tratan “De los Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos”, los incisos 1° de los artículos 224 y 225 versan sobre el “cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”, el que radican de consuno en los dos padres o únicamente en la madre, si ellos viven separados, estableciendo en ambos casos lo que se denomina un derecho-deber para los progenitores, tal como lo reconoce expresamente el artículo 236 del mismo título al referirse a la educación de los hijos;

OCTAVO.- Que, en efecto, la tuición que ellos pueden ejercer en conjunto o únicamente la madre, en caso de separación, no sólo importa el ejercicio de facultades, como las señaladas en el artículo 234 del mismo Código Civil o la de “escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”, que contempla el inciso 4° del N° 11 del artículo 19 de la Constitución Política, sino especialmente obligaciones y responsabilidades para quienes tienen a su cargo el cuidado personal de los hijos;

NOVENO.- Que el ejercicio de las potestades y la ejecución de los deberes que comprende la tuición debe llevarse a cabo en el marco del principio básico que orienta en la materia el ordenamiento jurídico nacional y que recoge, entre otros preceptos, el inciso 2° del artículo 222 del mismo Código Civil al declarar que “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo...” y al que responden igualmente las disposiciones de los párrafos primeros de los artículos 3° y 9° de la Convención

Internacional sobre Derechos del Niño” ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le conciernan, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres;

DÉCIMO.- Que los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación en la materia, cuanto porque así lo manda el legislador al establecer, en el inciso 2º del artículo 242 del código citado, que “en todo caso, para adoptar sus resoluciones, el juez, atenderá como consideración primordial, el interés superior del hijo...”;

UNDÉCIMO.- Que la mencionada regla del inciso 1º del artículo 225 del Código Civil, que previene que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos toca a la madre, no es una norma absoluta y definitiva. El inciso 2º del mismo artículo prescribe que, “no obstante, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, suscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre” y su inciso 3º dispone que “en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal a otro de los padres...”;

DUODÉCIMO.- Que, en consecuencia, el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una causa calificada que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo;

DÉCIMO TERCERO.- Que la situación planteada en los autos en que se ha entablado el presente recurso de queja, revela que los jueces recurridos no consideraron debidamente los efectos que

ella puede acarrear en el cabal resguardo de los intereses de las hijas y cometieron falta o abuso grave tanto al aplicar las normas legales que rigen la materia, como al apreciar los antecedentes de la causa en que pronunciaron la sentencia que ha originado el recurso;

DÉCIMO CUARTO.- Que, en ese sentido, cabe anotar que en el campo de los asuntos de familia o que afectan a menores, las decisiones que la ley comete al tribunal también son y deben ser de resorte y responsabilidad propia e indelegable de los jueces respectivos, de suerte que los informes o dictámenes de psicólogos o asistentes sociales u otros profesionales que se alleguen por las partes a la causa o que ordene el tribunal, son sólo elementos de la convicción que deben formarse personalmente los jueces, al ponderar en su conjunto los medios de prueba;

DÉCIMO QUINTO.- Que en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro. Por su parte, el testimonio de personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja;

DÉCIMO SEXTO.- Que, en el mismo orden de consideraciones, no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de estas;

DÉCIMO SÉPTIMO.- Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirseles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas;

DÉCIMO OCTAVO.- Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal;

DÉCIMO NOVENO.- Que las condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia;

VIGÉSIMO.- Que al no haberlo estimado así los jueces recurridos, por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y haber 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, han incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja; y

EN CONFORMIDAD, además, con lo dispuesto en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, SE ACOGE el recurso de queja deducido a fojas 24 y, por ello, SE INVALIDAN, tanto la sentencia de treinta de marzo de dos mil cuatro, escrita a fojas 768, como el fallo de primer grado de fecha veintinueve de octubre de dos mil tres, que se lee a fojas 659 y SE DECLARA que se concede a don JAIME LOPEZ ALLENDE la tuición de sus hijas menores Matilde, Victoria y Regina López Atala, haciéndose lugar a la demanda de lo principal de fojas 18.

Acordada con el voto en contra de los ministros señores José Benquis C. y Orlando Álvarez H., quienes estuvieron por rechazar el recurso de queja de que trata, en virtud de las reflexiones que siguen:

1°) Que este tribunal debe decidir el recurso de queja interpuesto por don Jaime López Allende en contra de los jueces de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Temuco, por haber confirmado la sentencia de primer grado que otorgó a la madre la tuición de sus tres hijas menores de edad.

2°) Que antes que nada se hace indispensable precisar que el recurso sublite no es un recurso procesal que habilite a este tribunal para resolver todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes en el pleito. Es plenamente sabido, ya que así lo dispone el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, que el recurso de queja es un recurso disciplinario, cuya exclusiva finalidad es la corrección de las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de una resolución jurisdiccional, a través, a) de la

invalidación de ella y b) de la aplicación de medidas disciplinarias a los jueces que incurrieron en la grave falta o abuso contenida en la resolución anulada.

3°) Que, entonces, y descartando por imperativo legal que el recurso de queja pueda significar en esta Corte Suprema la apertura de una tercera instancia –que nuestro sistema procesal no acepta– o que fuese un medio apto para imponer opiniones o interpretaciones discutibles, corresponde examinar si los jueces impugnados han incurrido en alguna falta o abuso grave al entregar a su madre, doña Jacqueline Karen Atala Riffo el cuidado de sus tres hijas menores, Matilde, Victoria y Regina López Atala, de 10, 8 y 4 años.

4°) Que la materia en cuestión se encuentra regida por el artículo 225 del Código Civil que en lo pertinente dispone: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”.

“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de sus padres.” Como se advierte, el legislador hizo primar por sobre las pretensiones de los padres el interés superior del niño, dando de esta forma aplicación a la Convención sobre los Derechos del Niño. En cuanto a la redacción que los legisladores dieron al artículo 225 aludido, la doctrina ha interpretado que al establecer una preferencia legal respecto de la madre en la tuición de sus hijos menores no se ha hecho otra cosa que hacer primar el principio del interés superior del niño por sobre el principio de igualdad (Claudia Schmidt, “Relaciones filiales personales y patrimoniales”; Claudia Schmidt y Paulina Veloso, *La filiación en el nuevo derecho de familia*, Conosur, 2001).

5°) Que, para una más acabada interpretación de la normativa, si se recurre a la historia fidedigna de la ley que modificó en el Código Civil el estatuto de la filiación, se advierte que primó en los legisladores la idea de privilegiar, cuando los padres estuvieren separados, la opción de la madre en el cuidado de los hijos menores, por estimar que ello constituye un hecho natural. En

efecto, de acuerdo con lo que aparece en las actas respectivas de la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, “la mayoría de la comisión integrada por los HH Senadores Sres. Fernández, Larraín y Otero estimó que, en principio, el cuidado personal de los hijos pertenece naturalmente a la madre, por ser más idónea, y las indicaciones sólo consagran esa realidad al darle el carácter de regla general”. La minoría –los HH Senadores Sres. Hamilton y Sule– hizo presente que, aunque mantenía sus prevenciones, como creía que, en esta materia, por ser tan delicada, era conveniente que la comisión tuviere un criterio unánime, se sumaría a la idea de establecer que, si los padres viven separados, toca a la madre el cuidado personal de los hijos. Ello motivó que la citada indicación fuera aprobada por unanimidad en la comisión.

En el informe emanado de la comisión aparece que “La radicación legal del cuidado de los hijos (...) evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos” (Anexo Documentos, sesión 12).

6°) Que, como ya se vio, esta regla general admite modificaciones “cuando el interés del niño lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada”, en cuyo caso el juez podrá (no es imperativo) entregar su cuidado personal al otro de los padres. Por consiguiente, el juez no puede variar la norma general de la radicación del cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un “indispensable” interés del niño.

7°) Que no aparecen de los autos tenidos a la vista que existan antecedentes de los que pudiera especularse que la madre (de profesión abogado y que se desempeña como jueza) hubiese maltratado o descuidado a sus hijas.

Ya se mencionó que puede originar la alteración de la citada regla general la existencia de una “causa justificada”. Lo cual lleva a asentar que la calificación de la justificación no puede estar

regida por el mero capricho o arbitrio del juez. El padre de las menores imputa a la madre una supuesta inhabilidad moral para ejercer el cuidado de sus hijas porque esta, luego de la ruptura matrimonial, manifestó una opción homosexual y se encuentra conviviendo con una pareja femenina.

8°) Que para armonizar las diferentes disposiciones legales aplicables en la especie e interpretar debidamente a qué tipo de causa se refiere el ya referido artículo 225, conviene examinar el artículo siguiente (art. 226, inc.1°), el cual previene que “podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.”

El concepto de inhabilidad física o moral se encuentra expresamente definido en el artículo 42 de la Ley de Menores, que señala : “Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 1°) cuando estuvieren incapacitados legalmente; 2°) cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3°) cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4°) cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad...; 5°) cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6°) cuando maltrataren o dieren malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de este en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7°) cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material” .

9°) Que, al respecto, en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que, desde una perspectiva psicológica o psiquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. De ello puede desprenderse que está también habilitada, como sucede en la realidad para ejercer como Jueza, cargo para en cuyo desempeño no aparece cuestionada su moralidad.

En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad –como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas– involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria.

10°) Que, en síntesis, de lo reflexionado –a lo que cabe añadir que en este tipo de materias los jueces tienen la facultad de apreciar la prueba en conciencia– corresponde concluir que, en opinión de estos disidentes, los Jueces recurridos al dictar sentencia confirmando el fallo de primera instancia que entregaba la tuición de sus hijas a la madre, no sólo no han cometido ninguna falta o abuso grave, que los haga merecedores de ser castigados disciplinariamente, sino que por el contrario han dado correcta aplicación a la normativa vigente.

Pasen estos antecedentes al Tribunal Pleno, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese, agréguese copia autorizada de esta resolución a los autos originales tenidos a la vista, los que serán devueltos en su oportunidad, hecho, archívese.

Nº 1.193-03.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores José Benquis C., José Luis Pérez Z., Orlando Álvarez H., Urbano Marín V. y Jorge Medina C. Santiago, 31 de mayo de 2004.

Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos Meneses Pizarro.

Luego del caso Atala, el Sistema Interamericano ha emitido otros pronunciamientos en relación a la orientación sexual y la identidad de género, los que se revisarán en las siguientes páginas.

Tres sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Caso Duque contra Colombia

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 26 de febrero de 2016.

El caso se refiere a la exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una “pensión de sobrevivencia” tras la muerte de su pareja, supuestamente con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo.

Se alegó que el concepto de familia referido por el Estado sería limitado y estereotipado, excluyendo supuestamente de manera arbitraria formas diversas de familia como las formadas por parejas del mismo sexo.

Por resolución de 12 de marzo de 2020, la corte dio por concluido el caso Duque, estimando que Colombia dio cumplimiento a la sentencia de febrero del año 2016.

- Sentencia: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf (acceso: 12 de marzo 2020)
- Ficha Técnica del caso: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=444&lang=es (acceso: 13 de abril 2020)
- Sobre cumplimiento: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/duque_12_03_20.pdf (acceso: 13 de abril 2020)

2. Caso Flor Freire contra Ecuador

Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 31 de agosto de 2016.

El caso se refiere a la separación de don Homero Flor Freire como funcionario militar de la Fuerza Terrestre ecuatoriana, con base en el entonces vigente Reglamento de Disciplina

Militar, específicamente, en aplicación de la norma que sancionaba con la separación del servicio los actos sexuales entre personas del mismo sexo.

Dicho reglamento contemplaba una sanción menos lesiva para los “actos sexuales ilegítimos”, en comparación con los “actos de homosexualidad”, por lo que alegó que dicha diferencia de trato era discriminatoria.

A marzo de 2020, la corte no ha dado por concluido el caso Freire por estimar que Ecuador no ha cumplido la sentencia.

- Sentencia: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf (acceso: 12 de marzo 2020)
- Ficha técnica del caso: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=418&lang=es (acceso: 13 de abril 2020)

3. Caso Azul contra Perú

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 12 de marzo de 2020.

El caso se relacionó con la alegada privación de libertad ilegal, arbitraria y discriminatoria de Azul Rojas Marín, quien fue privada de su libertad el 25 de febrero de 2008, supuestamente con fines de identificación.

Se alegó que no había elementos relacionados que permitieran justificar la detención por la posible prevención de un delito, sino que por el contrario la detención se basó en apreciaciones subjetivas que no tienen relación con ese fin. Asimismo, el caso se refirió a alegatos de violencia física y psicológica en su contra por funcionarios policiales, y agresiones verbales y sexuales con reiteradas referencias a su orientación sexual mediante expresiones denigrantes. Ello se habría hecho con un especial ensañamiento derivado de la percepción, en ese momento, de ella como un hombre gay.

La corte estableció que los hechos fueron constitutivos de tortura contra Azul Rojas Marín, persona que hoy se identifica como trans.

— Sentencia: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf (acceso: 13 de abril 2020).

Material de apoyo (Academia Judicial):

1. Abogada Daniela Santana Silva, Comentario a Casos Duque y Freire.
<https://www.youtube.com/watch?v=lqyes6RcKLA>
2. Fernández, Mariano, “La protección contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en “Género y Derechos”, Maffia, Diana y Gómez, Patricia (coordinadora), en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 43, número 97, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Abeledo Perrot, 2018.
http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-2018-ii.pdf (acceso: 2 de marzo 2020)
3. Troncoso, Camila, y Morales, Natalia, “Caso Duque con Colombia: un caso de discriminación estructural”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, N° 13, 2017.
<https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/46895>
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillos de Jurisprudencia. Sobre LGBTI.
<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo19.pdf>

Una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica.

Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1º de la Convención Americana sobre derechos humanos):

— http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
(acceso: 12 de marzo 2020)

Conforme indica el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes de la Organización de Estados Americanos pueden consultar a la Corte Interamericana acerca de la interpretación de la convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, a solicitud de un Estado Miembro de la organización, la corte puede darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

El 18 de mayo de 2016, la República de Costa Rica, con fundamento en tal normativa de la Convención Americana, y de conformidad con lo establecido en el reglamento de la corte, presentó una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.2, 18 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 17 del mismo instrumento.

En relación a tales derechos garantizados, Costa Rica presentó la solicitud de opinión consultiva con el fin de que el tribunal americano se pronunciara sobre:

- a. La protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1º de la Convención Americana al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una.

- b. La compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica de 1887 a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1° de la convención.
- c. La protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1° de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

Material de apoyo:

- a. Gauché Marchetti, Ximena. “Comentarios a la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de identidad de género”, *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, diciembre 2018, pp. 175-202. http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2019/01/AnuarioDerPub_2018_INTERIOR_ok.pdf

Glosario de la Opinión Consultiva 24/17:

En el marco de las consideraciones generales de este instrumento internacional, la Corte Interamericana se hizo cargo de la complejidad de la temática en lo que tiene que ver con dar definiciones en la materia, por el riesgo de encasillar a las personas lo que debe ser evitado:

“31. Esta corte debe abordar estas temáticas teniendo en cuenta que en ellos suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos, así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. Por todo ello, la corte pro-

curará, en la presente opinión, evitar hasta donde sea posible, caer en esas definiciones conceptualmente problemáticas y, cuando deba hacerlo, advierte que lo hará con la mayor amplitud y provisionalidad, sin asumir ni defender ninguna posición conceptual y menos aún irreductible”.

Este enfoque seguido es acertado y coincidente con el rápido desarrollo que las diferentes categorías de identificación de una persona, desde el punto de vista de su sexualidad, ha ido teniendo en la literatura científica.

En ese contexto, la corte aporta en esta Opinión Consultiva con un glosario de términos, como forma de orientar el uso de las expresiones que se hace en el Sistema Interamericano.

“32. A mero título ilustrativo e incluso demostrativo de la dificultad antes señalada —e insistiendo en que no los asume como propios en esta opinión—, la corte recuerda que los siguientes conceptos, tomados de diferentes fuentes orgánicas internacionales, al parecer son los más corrientes en el plano internacional:

- a. Sexo: En un sentido estricto, el término sexo se refiere a las 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 se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer. En ese sentido, puesto que este término únicamente establece subdivisiones entre hombres y mujeres, no reconoce la existencia de otras categorías que no encajan dentro del binario mujer/hombre.
- b. Sexo asignado al nacer: Esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen

sobre los genitales. La mayoría de las personas son fácilmente clasificadas pero algunas personas no encajan en el binario mujer/hombre.

- c. Sistema binario del género/sexo: Modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber, masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías (como las personas trans o intersex).
- d. Intersexualidad: Todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino. Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o como mujer o como ninguna de las dos cosas. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son.
- e. Género: Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.
- f. Identidad de género: La identidad de género es 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. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la autoidentificación, y que hace referencia a la

vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos.

- g. Expresión de género: Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida.
- h. Transgénero o persona trans: Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa'afafine, *queer*, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual.
- i. Persona transexual: Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

- j. Persona travesti: En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que manifiestan una expresión de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.
- k. Persona cisgénero: Cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer.
- l. Orientación sexual: Se refiere a 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. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona.
- m. Homosexualidad: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género, así como a las relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Los términos gay y lesbiana se encuentran relacionados con esta acepción.
- n. Persona heterosexual: Mujeres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídas por hombres; u hombres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídos por mujeres.
- o. Lesbiana: Es una mujer que es atraída emocional, afectiva y sexualmente de manera perdurable por otras mujeres.
- p. Gay: Se utiliza a menudo para describir a un hombre que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraído por otros hombres, aunque el término se puede utilizar para describir tanto a hombres gays como a mujeres lesbianas.

- q. Homofobia y transfobia: La homofobia es un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas, gay o bisexual; la transfobia denota un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas trans. Dado que el término 'homofobia' es ampliamente conocido, a veces se emplea de manera global para referirse al temor, el odio y la aversión hacia las personas LGBTI en general.
- r. Lesbofobia: Es un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas.
- s. Bisexual: Persona que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraída por personas del mismo sexo o de un sexo distinto. El término bisexual tiende a ser interpretado y aplicado de manera inconsistente, a menudo con un entendimiento muy estrecho. La bisexualidad no tiene por qué implicar atracción a ambos sexos al mismo tiempo, ni tampoco debe implicar la atracción por igual o el mismo número de relaciones con ambos sexos. La bisexualidad es una identidad única, que requiere ser analizada por derecho propio.
- t. Cisnormatividad: Idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo o femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres.
- u. Heterormatividad: Sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales, y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes.
- v. LGBTI: Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero e Intersex. Las siglas LGBTI se utilizan para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. Sobre esta sigla en particular, la corte recuerda que la terminología relacionada con estos grupos humanos no

es fija y evoluciona rápidamente, y que existen otras diversas formulaciones que incluyen a personas Asexuales, *Queers*, *Trasvestis*, *Transexuales*, entre otras. Además, en diferentes culturas pueden utilizarse otros términos para describir a las personas del mismo sexo que tienen relaciones sexuales y a las que se auto identifican o exhiben identidades de género no binarias (como, entre otros, los hijra, meti, lala, skesana, motsoalle, mithli, kuchu, kawein, *queer*, muxé, fa’afafine, fakaleiti, hamjensgara o dos-espíritus). No obstante lo anterior, si la corte no se pronunciará sobre cuales siglas, términos y definiciones representan de la forma más justa y precisa a las poblaciones analizadas, únicamente para los efectos de la presente opinión, y como lo ha hecho en casos anteriores, así como ha sido la práctica de la Asamblea General de la OEA, se utilizará esta sigla de forma indistinta sin que ello suponga desconocer otras manifestaciones de expresión de género, identidad de género u orientación sexual”.

Material de apoyo:

1. Landa, César. “De los derechos fundamentales de los grupos vulnerables en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” pp. 227-258, en el libro *La América de los derechos*, Pablo Santolaya e Isabel Wences (coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
2. Troncoso, Camila y Morales, Natalia. “Caso Duque con Colombia: un caso de discriminación estructural”. *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 13, 2017, pp. 135-145.
3. Arrubia, Eduardo y Brocca, Mariana. “La construcción del estigma como límite a los derechos sociales de las personas trans desde una perspectiva internacional”. *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, núm. 13, 2017, pp. 87-96.
4. Piovesan, Flavia; “Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales: La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffó vs. Chile”. *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2013.

5. Estefan Vargas, Soraya; “Discriminación estatal de la población LGTB. Casos de transgresiones a los derechos humanos en Latinoamérica”. *Revista Sociedad y Economía* N° 25. 2013, pp. 183-204.

A abril del año 2020, ante la Corte Interamericana se encuentra pendiente una sentencia en relación a la identidad de género, la que se revisa a continuación:

Caso Vicky Hernández y familia contra Honduras

El caso se relaciona con la ejecución extrajudicial de Vicky Hernández, mujer trans y defensora de derechos humanos, entre la noche del 28 de junio y la madrugada del 29 de junio de 2009, mientras estaba vigente un toque de queda. La comisión estableció que la muerte de Vicky Hernández ocurrió en dos contextos relevantes. Por una parte, el contexto de violencia y discriminación contra personas lesbianas, gay, bisexuales y trans en Honduras, con alta incidencia de actos cometidos por la fuerza pública y, por otra, el contexto del golpe de Estado ocurrido en el año 2009. La comisión consideró que tomando en cuenta tales contextos, el hecho de que las calles estaban bajo control total de la fuerza pública, así como la falta de esclarecimiento judicial de lo sucedido, existen suficientes elementos para concluir la responsabilidad directa del Estado por la muerte de Vicky Hernández y que lo que le sucedió constituyó un supuesto de violencia por prejuicio con base en su identidad y expresión de género en que no se investigó adecuadamente, con la debida diligencia y en un plazo razonable

La Comisión Interamericana sometió el caso a la jurisdicción de la corte el 30 de abril de 2019.

Material de apoyo:

1. Comunicado de prensa CIDH, “CIDH presenta caso sobre Honduras a la Corte IDH”.
<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/112.asp>
(acceso: 12 de marzo de 2020)

3.3 Otras iniciativas del Sistema Interamericano a favor de la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género

1. Creación de la Unidad para los Derechos de las Lesbianas, los Gays y las Personas Bisexuales, Trans e Intersexo, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Hoy es la Relatoría sobre los Derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex.

<http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>
(acceso: 4 marzo 2020)

- a. Su plan de trabajo inicial incluyó la preparación de un informe hemisférico sobre esta materia y la elaboración de un glosario de términos adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Glosario de términos “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género”: algunos términos y estándares relevantes. 2012): http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf (acceso: 26 febrero 2020).

- b. Informe “Violencia contras personas LGBTI” (2015): <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Violencia-PersonasLGBTI.pdf> (acceso: 4 marzo 2020).
- c. Informe “Reconocimiento de derechos de personas LGBTI” (2019): <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf> (acceso: 4 marzo 2020).

2. El Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la identidad”, que se viene trabajando en la OEA desde 2007.

En junio de 2008, se aprobó una resolución que adopta este programa, dando lugar al Programa de Universalización de la Identidad Civil en las Américas (PUICA), enmarcado en el Departamento para la Gestión Pública Efectiva de la Secretaría de Asuntos Políticos de la OEA.

Busca cumplir con el registro universal de nacimiento, a través del cual se asegura el derecho a la identidad, con énfasis en las personas en situación de pobreza y vulnerabilidad. Desde 2012, la “identidad trans” se ha introducido en el trabajo de este programa.

<http://www.oas.org/es/sap/dgpe/puica.asp>
(acceso: 4 marzo 2020)

3. Desde 2008, la adopción de las resoluciones de la OEA sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, en el marco de la asamblea general cada año.
- Entre otros puntos, en esta resolución los Estados manifestaron su preocupación por los actos de violencia y violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual o identidad de género.

http://www.oas.org/es/sla/ddi/derechos_humanos_orientacion_sexual_identidad_genero_resoluciones_AG.asp
(acceso: 4 marzo 2020)

4. En 2013, se aprueban en la OEA dos nuevas convenciones para el Sistema Interamericano que definen discriminación e incluyen la orientación sexual y la identidad y expresión de género en el listado de categorías sospechosas, de forma expresa.
- a) AG/RES. 2804 (XLIII-O/13) 5 de junio de 2013. Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia:
- “2. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”.

b) AG/RES. 2805 (XLIII-O/13) 5 de junio de 2013. Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.

<http://www.oas.org/es/sap/dgpc/puica.asp>
(acceso: 4 marzo 2020)

4

Análisis del caso de Karen Atala y niñas contra Chile

**Presentación
de la unidad**

Explica los principales aspectos del caso y de la sentencia dictada contra Chile, de cara a la configuración a partir de ella de estándares internacionales de derechos humanos.

**Síntesis de
contenidos de
la unidad**

- Hechos que motivan el caso
- Principales estándares de la sentencia
- Estado de cumplimiento por Chile

4.1 Hechos del caso, alegaciones jurídicas y el contexto nacional en que se insertan

El caso internacional fue motivado por la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual.

El caso internacional fue motivado por la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual. Esto tanto en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R., como también en el proceso disciplinario que se llevó adelante en su contra por la Corte Suprema.

Específicamente, el caso inicia en el Sistema Interamericano luego de agotados todos los recursos internos contra las decisiones del Poder Judicial de Chile en torno a la materia.

En concreto, la última decisión fue de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile, en su sentencia de fecha 31 de mayo de 2004 (Causa Rol 1193-03).

Durante noviembre del año 2004, las representantes de la señora Karen Atala interponen la denuncia contra el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El 23 de julio de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró admisible tal denuncia por estimar que se habían vulnerado sus derechos al privársele por la Corte Suprema de Chile de la tutela de sus hijas por su orientación sexual de lesbiana.

En sus alegaciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estimó admisible la presentación por vulneración de los derechos establecidos en los artículos:

- Artículo 8° N° 1 (garantía judicial de ser oída por un tribunal imparcial)
 - Artículo 11 N° 2 (derecho a no ser sujeto de injerencias abusivas o arbitrarias en el marco del derecho a la honra y la dignidad)
 - Artículo 17 N° 1 (protección a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad)
 - Artículo 24 (igualdad ante la ley)
 - Artículo 25 (protección judicial)
 - Ellos en conexión con los artículos 1° (obligación de respetar los derechos sin discriminación) y 2° (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y los artículos 19 (derechos del niño a medidas de protección) y 17 N° 4 (obligación de los Estados de tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en el marco de la necesaria protección de los hijos) en relación a los derechos de las niñas
-

Material de apoyo:

1. Informe 42/08 Admisibilidad Caso 12.502, Karen Atala e hijas contra Chile, 23 julio 2008.
<http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/Chile12502.sp.htm>
(acceso: 12 de marzo 2020)

El caso Atala Riffo y niñas contra Chile fue ingresado por la Comisión a la Corte Interamericana con fecha 17 de septiembre de 2010 al estimar que el Estado de Chile no acogía las recomendaciones que se habían dado.

2. Muñoz, Fernando; “El núcleo fundamental de la sociedad: los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta”, *Revista Ius et Praxis*, Año 19, N° 1, 2013, pp. 7 – 34. ISSN 0717 – 2877. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

El caso Atala Riffo y niñas contra Chile fue ingresado por la Comisión a la Corte Interamericana con fecha 17 de septiembre de 2010 al estimar que el Estado de Chile no acogía las recomendaciones que se habían dado.

En efecto, en su tiempo el Poder Judicial se negó a sumarse a intentos para buscar políticas públicas, programas y reformas legislativas para prohibir y terminar con la discriminación por orientación sexual.

Material de Apoyo:

1. “Presidente de la Suprema niega discriminación en caso de la jueza Atala. Milton Juica dijo que no integrará la mesa de trabajo coordinada por el Gobierno para analizar el informe desfavorable de la Comisión Interamericana de DD.HH.” (Fuente: Diario La Tercera).
<https://www.latercera.com/noticia/presidente-de-la-suprema-niega-discriminacion-en-caso-de-jueza-atala-2/> (acceso: 12 de marzo de 2020)

Así, al no prosperar una solución amistosa al caso entre julio de 2008 y el fin del año 2009, la comisión emitió su Informe de Fondo 139/09 el 18 de diciembre de 2009 concluyendo que el Estado había violado los derechos de los artículos 11 N° 2, 17 N° 1, 17 N° 4, 19, y 8 N° 1 y 25 N° 1 del Pacto de San José de Costa Rica en relación con el 1° N° 1, recomendando al Estado reparar integralmente a Karen Atala y sus hijas por las violaciones a sus derechos, tomando en consideración sus perspectivas y necesidades; y adoptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia, debiendo estas

medidas acompañarse de recursos humanos y financieros adecuados para garantizar su implementación y programas de capacitación para funcionarios involucrados en garantizar estos derechos.

El Informe de Fondo fue notificado a Chile el 17 de enero de 2010, indicando un plazo de dos meses para informar sobre las recomendaciones, plazo que fue ampliado luego a cuatro meses más por petición del Estado y con la oposición de los peticionarios, bajo el argumento de que el informe había sido puesto en conocimiento de los organismos estatales pertinentes, a los cuales se les solicitó la designación de un representante a fin de conformar una mesa de trabajo sobre las vías a través de las cuales se puede estudiar la implementación de las recomendaciones señaladas en el informe de fondo, y basándose también en la existencia de nuevas autoridades en el país y la emergencia vivida a causa del terremoto del 27 de febrero de 2010 en Chile.

Al otorgar la ampliación de plazo, la comisión solicitó al Estado la presentación de dos informes durante ese tiempo para dar cuenta del estado de cumplimiento.

El primero, para el 29 de junio de 2010, y el segundo, para el 29 de agosto siguiente.

1. En el primero de estos informes, el Estado dio cuenta de las reuniones de la mesa de trabajo en que habían participado representantes del Ministerio de Justicia, Ministerio Secretaría General de Gobierno, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Servicio Nacional de la Mujer, Consejo de Defensa del Estado y Ministerio de Relaciones Exteriores. Asimismo, dio cuenta que esta mesa proponía a la Sra. Atala promover un juicio de hacienda contra el Estado ante los tribunales ordinarios de justicia para que el Consejo de Defensa tomara parte en los intereses fiscales de Chile. Se refirió además a la tramitación de un proyecto de ley sobre no discriminación en el Congreso Nacional, pero dando cuenta que existían algunas dificultades en la tramitación de esta iniciativa por la preocupación con que dicho proyecto era mirado por grupos religiosos con quienes se habían reunido es-

pecialmente. No hubo entonces en esta oportunidad mención a reuniones con actores de la sociedad civil, más que estos grupos de carácter religioso. En este primer informe, el Estado propuso nuevas medidas como realizar seminarios y cursos de capacitación y profundización a la Academia Judicial para interiorizarse del Sistema Internacional de Derechos Humanos, redactar manuales, reglamentos y llevar adelante concursos de buenas prácticas y, curiosamente, potencias a la sociedad civil.

2. En su segundo informe, el de finales de agosto de 2010, el Estado hizo explícita referencia a la no participación del Poder Judicial en la mesa de trabajo. Expresamente, dijo el informe de Chile, que la Corte Suprema señaló que “carece de iniciativa legal y no tiene atribuciones para participar y adoptar eventuales medidas de reparación a favor de la reclamante”. Además de esta referencia, el segundo informe volvió a reiterar la sugerencia a la Sra. Atala de iniciar un juicio de hacienda y ofreció becas de escolaridad para sus hijas para reparar el daño sufrido “por la exposición pública del caso”. Sobre las medidas a adoptar, señaló nuevamente la tramitación del proyecto de ley en el Congreso sobre no discriminación y refirió una serie de jornadas de capacitación para funcionarios públicos; concursos de buenas prácticas; y reuniones con diferentes actores que representan a minorías sexuales, pidiendo nueva prórroga. Esta, sin embargo, no le fue concedida a Chile, estimando que ni se había buscado reparar las víctimas, ni se habían adoptado medidas adecuadas, pues las mencionadas por el Estado son de carácter general y no arrojan resultados concretos sobre su implementación.

Así las cosas, el 17 de septiembre de 2010, fue ingresada la demanda en contra de Chile, solicitando en concreto la comisión a la corte la condena por la violación de los artículos antes señalados y a partir de ello que se ordenara al Estado que:

1. Reparara el daño material e inmaterial causado como consecuencia de las violaciones alegadas en la demanda.

2. Investigara e impusiera las consecuencias legales que correspondan por el actuar de funcionarios judiciales que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida privada y familiar de Karen Atala, y que incumplieron sus obligaciones internacionales de asegurar el interés superior de las niñas.
3. Reconociera públicamente su responsabilidad internacional y publique las partes pertinentes de la sentencia que eventualmente emita el tribunal.
4. Dispusiera medidas de rehabilitación.
5. Adoptara medidas de no repetición que incluyan legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia; y pague las costas y gastos legales.

Material de apoyo:

1. Macarena Sáez, abogada y profesora universitaria. Comentario sobre el contexto de preparación de la estrategia de litigación internacional en el caso Atala.
<https://vimeo.com/436132386/dadda714f6>
2. Karen Atala, abogada, jueza y víctima. Comentarios sobre la heteronormatividad en el derecho chileno.
<https://vimeo.com/436432783/320093ed05>

4.2 El caso internacional: cronología y análisis de la sentencia

La cronología

Noviembre 2004 Denuncia ante la
Comisión.

Julio 2008 Informe admisibilidad
(Artículos 8.1;11.1;17.1; 24, 25 en relación
a los artículos 1º y 2º, 19 y 17.4).

Julio 2008 a Diciembre 2009 Intentos
de solución amistosa.

Diciembre 2009 Informe de Fondo
(Artículos 11.2, 17.1, 17.4, 19 y 8.1 y 25.1
del Pacto de San José en relación con
el 1.1).

Enero 2010 Notificación al Estado de
Chile.

Junio y Agosto 2010 Presentación
Informes.

Septiembre 2010 Ingreso Demanda a
Corte.

Agosto 2011 Audiencias Públicas.

Febrero 2012 Sentencia.

Marzo 2012 Notificación de la senten-
cia al estado de Chile.

Diciembre 2012. Acto de disculpas
pública como desagravio.

Febrero 2017. Supervisión de
cumplimiento.

La sentencia

Fue emitida como sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, el 24 de febrero de 2012.

En la sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó claro que la controversia entre el Estado de Chile y la señora Atala no era decidir quién ofrecía un mejor hogar a las niñas, sino que se relacionaba con dos aspectos:

- El juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas.
- Un proceso disciplinario llevado en contra de la señora Atala.

Al resolver, la corte declaró que Chile es responsable internacionalmente por violar derechos humanos a los que el Estado se ha obligado internacionalmente y dispuso una serie de medidas de reparación.

Al resolver, la corte declaró que Chile es responsable internacionalmente por violar derechos humanos a los que el Estado se ha obligado internacionalmente y dispuso una serie de medidas de reparación.

En ese sentido, la corte declaró lo siguiente:

“Por unanimidad, que:

1. El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1° N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 94 a 99, 107 a 146 y 218 a 222 de esta Sentencia.

Por unanimidad, que:

2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1° N° 1 de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 150 a 155 de esta sentencia.

Por unanimidad, que:

3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11 N° 2, en relación con el artículo 1° N° 1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 161 a 167 y 225 a 230 de esta sentencia.

El juez Diego García-Sayán y las juezas Margarette May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet votaron a favor del siguiente punto resolutivo. Los jueces Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco y Alberto Pérez votaron en contra. En consecuencia, en aplicación de los artículos 23 N° 3 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y 16.4 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se declara que:

4. El Estado es responsable de la violación de los artículos 11 N° 2 y 17 N° 1, en relación con el artículo 1° N° 1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 168 a 178 de esta sentencia.

Por unanimidad, que:

5. El Estado es responsable por la violación del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8° N° 1, en relación con los artículos 19 y 1° N° 1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R., de conformidad con lo establecido en los párrafos 196 a 208 de esta sentencia.

Por unanimidad, que:

6. El Estado es responsable por la violación de la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8° N° 1, en relación con el artículo 1° N° 1 de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo, de conformidad con lo establecido en los párrafos 234 a 237 de esta sentencia.

Por cinco votos a favor y uno en contra, que:

7. El Estado no violó la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el artículo 8° N° 1 de la Convención Americana, en relación con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica, en los términos de los párrafos 187 a 192 de la presente sentencia.

Disiente la jueza Margarette May Macaulay”.

En materia de reparaciones, la corte dispuso:

“Por unanimidad, que:

1. Esta sentencia constituye per se una forma de reparación.
2. El Estado debe brindar, la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten, de conformidad con lo establecido en los párrafos 254 y 255 de la presente sentencia.
3. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 259 de la presente sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

‘259. Al respecto, la corte estima, como lo ha dispuesto en otros casos, que el Estado deberá publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente sentencia:

- el resumen oficial de la presente sentencia elaborado por la corte, por una sola vez, en el Diario Oficial;
- el resumen oficial de la presente sentencia elaborado por la corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y
- la presente sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial’.

4. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con lo establecido en los párrafos 263 y 264 de la presente sentencia.

‘263. La corte ha determinado que en ciertos casos se justifica que los Estados realicen un reconocimiento de responsabilidad que debe realizarse en un acto público para que surta sus efectos plenos. En el presente caso procede adoptar una medida de dicha naturaleza y el Estado deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente sentencia. El Estado deberá asegurar la participación de las víctimas que así lo deseen, e invitar al evento a las organizaciones que representaron a las víctimas en las instancias nacionales e internacionales. La realización y demás particularidades de dicha ceremonia pública deben consultarse previa y debidamente con los representantes de las víctimas. Para cumplir con esta obligación el Estado cuenta con un plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia.

264. En cuanto a las autoridades estatales que deberán estar presentes o participar en dicho acto, el tribunal, como lo ha hecho en otros casos, señala que deberán ser de alto rango. Corresponderá al Estado definir a quienes se encomienda tal tarea. Sin embargo, deberá existir representación del Poder Judicial en el acto’.

5. El Estado debe continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y

particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en los párrafos 271 y 272 de la presente sentencia.

‘271. El tribunal toma nota de los desarrollos llevados a cabo por el Estado en materia de programas y acciones de capacitación dirigidos a capacitar a funcionarios públicos. Sin perjuicio de lo anterior, la corte ordena que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Los cursos deben estar dirigido a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.

272. Dentro de dichos programas y cursos de capacitación deberá hacerse una especial mención a la presente sentencia y a los diversos precedentes del *corpus iuris* de los derechos humanos relativos a la proscripción de la discriminación por orientación sexual y a la obligación de todas las autoridades y funcionarios de garantizar que todas las personas, sin discriminación por su orientación sexual, puedan gozar de todos y cada uno de los derechos establecidos en la convención. Debe ponerse especial atención para este efecto, en normas o prácticas en el derecho interno que, sea intencionalmente o por sus resultados, pueden tener efectos discriminatorios en el ejercicio de derechos por personas pertenecientes a las minorías sexuales’.

6. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 294 y 299 de la presente sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, en los términos del párrafo 306 de la misma.

‘294. Finalmente, en relación a los gastos relacionados con el tratamiento médico y la compra de medicamentos, la corte observa que obra prueba en el expediente respecto a dichos gastos y su relación con los efectos que tuvo en la señora Atala la pérdida de la tuición de sus niñas. El tribunal considera que dicha prueba es razonable para concluir que las violaciones declaradas en la presente sentencia pudieron tener efectos negativos respecto al bienestar emocional

y psicológico de la señora Atala. Sin embargo, el monto solicitado por los gastos en medicamentos realizados hasta 2010 (US\$ 14.378) no se desprende de manera clara de los certificados anexados. De otra parte, la corte observa que la señora Atala recibía atención médica por la afectación de su salud desde antes del proceso de tuición. Por lo tanto, la corte no puede determinar con precisión qué componentes del tratamiento médico se relacionaron exclusivamente con las afectaciones sufridas por las violaciones declaradas en el presente caso. Respecto al pago de los gastos futuros del tratamiento médico por el periodo 2012-2017, la corte considera que dicho gasto será cubierto por medio de la implementación de la medida de rehabilitación de asistencia médica y psicológica ya ordenada (supra párr. 254 y 255). Por lo tanto, la corte fija, con base en un criterio de equidad, la suma de US\$ 10.000 por concepto de los gastos ya realizados por atención médica y psicológica.

299. Al respecto, la corte observa que las violaciones declaradas generaron en las víctimas diversos daños en su cotidianidad, diversos niveles de estigmatización y desasosiego. En atención a las indemnizaciones ordenadas por el tribunal en otros casos, y en consideración de las circunstancias del presente caso, los sufrimientos ocasionados a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron, la corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US\$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) para la señora Atala y de US\$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las niñas M., V. y R. por concepto de indemnización por daño inmaterial.

306. Teniendo en cuenta los alegatos presentados por las partes, así como la ausencia de material probatorio, la corte determina en equidad que el Estado debe entregar la cantidad de US\$12.000 (doce mil dólares de los Estados Unidos de América) a la víctima, por concepto de costas y gastos. Dicha cantidad deberá ser cancelada dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia. La señora Atala entregará, a su vez, la cantidad que estime adecuada a quienes fueron sus representantes en el fuero interno y en el proceso ante el Sistema Interamerica-

no. Igualmente, el tribunal precisa que, en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la presente sentencia, podrá disponer el reembolso a la víctima o sus representantes, por parte del Estado, de los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal’.

7. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta sentencia, rendir al tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
8. La corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma”.

Alcances de la sentencia y los estándares fijados en materia de igualdad y no discriminación e interés superior de las niñas, en relación al juicio de tuición iniciado a nivel interno por el padre de las niñas

En el pronunciamiento de la Corte Interamericana, hay cuatro puntos que se desarrollan y que fueron determinando los estándares construidos por la corte en esta sentencia internacional.

1. Sobre los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación.
2. Sobre la orientación sexual como una categoría protegida por el artículo 1° N° 1 de la Convención Americana.
3. Si existió en el caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual.
4. Si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, para lo cual se evaluó por la Corte en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato en razón del interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las tres niñas.

1. Sobre los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación:

Sobre el carácter de la igualdad y la no discriminación (párrafo 79), la Corte lo releva con una referencia a su Opinión Consultiva 4/84 (párrafo 55): la noción de igualdad se desprende de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad –el principio de igualdad y no discriminación ha entrado al dominio del *ius cogens*–.

El tribunal recuerda que ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias (párrafo 80).

Luego entra a la cuestión de cuál es la definición internacional de discriminación, relevando el trabajo de los órganos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales desde los instrumentos internacionales para la precisión de qué va a entender como discriminación en el caso (párrafos 81 y siguientes).

2. Sobre la orientación sexual como una categoría protegida por el artículo 1° N° 1 de la Convención Americana:

La Corte va a concluir que la Convención Americana incorpora la orientación sexual en el listado de categorías protegidas. Señala que un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1° N° 1 de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la convención (párrafo 93).

Para llegar a esa conclusión y fijar este estándar, recurre a la inclusión de la “orientación sexual” en el listado de categorías sospechosas a partir del trabajo de los órganos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales desde los instrumentos internacionales (párrafo 87 y siguientes, especialmente párrafo 91).

Es decir, recoge la tesis de que los tratados son “instrumentos vivos y su interpretación se tiene que adaptar a la evolución de los tiempos y condiciones de vida actuales” (párrafo 83).

La expresión “cualquier otra condición social” siempre debe interpretarse desde el principio pro persona, es decir, según el principio de la norma más favorable al ser humano, considerando que tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1° N° 1 de la convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano (párrafo 84).

También va a fijar como estándar que el listado de categorías sospechosas es uno abierto. En efecto, dice que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1° N° 1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1° N° 1 de la convención es interpretada por la corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo (párrafo 85).

Recuerda además la corte que, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios

basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios.

De esta forma, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1° N° 1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la convención. Por ello está proscrita por la convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual (párrafo 91).

En lo que respecta al argumento esgrimido por Chile, de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte Interamericana resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que esta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana (párrafo 92).

Como la Corte Interamericana concluye que las decisiones de la Corte Suprema tuvieron como fundamento principal la orientación sexual de la señora Karen Atala, entra a analizar si la diferencia de trato recibida por ser lesbiana podía ser calificada de discriminación.

3. Si existió en el caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual:

El tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión (párrafo 94). Toma al respecto como un antecedente el caso Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal, en que el Tribunal Europeo concluyó que el tribunal interno, al considerar la convivencia del padre con otro hombre como tal, asignó a la orientación sexual del peticionario un factor decisivo para el fallo judicial final, siguiendo similar argumental para decidir.

A partir de ello, hace en la sentencia un análisis por separado del presunto trato discriminatorio que alegaba Karen Atala, tanto en la sentencia que resolvió el recurso de queja como en la decisión de tuición provisional (párrafos 95 y siguientes).

En ambos casos, la Corte Interamericana concluye que las decisiones de la Corte Suprema tuvieron como fundamento principal la orientación sexual de la señora Karen Atala.

4. Si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, para lo cual se evaluó por la corte en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato en razón del interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las tres niñas:

Como la Corte Interamericana concluye que las decisiones de la Corte Suprema tuvieron como fundamento principal la orientación sexual de la señora Karen Atala, entra a analizar si la diferencia de trato recibida por ser lesbiana podía ser calificada de discriminación.

Hay que recordar que la propia corte ha dicho, en diversos pronunciamientos, que no toda distinción puede ser considerada discriminatoria.

Para determinar si dichas diferencias de trato constituyeron discriminación, la corte entró a analizar la justificación que hizo el Estado para efectuarlas, es decir, la alegada protección del interés superior del niño y los presuntos daños que las niñas habrían sufrido como consecuencia de la orientación sexual de la madre, revisando los alegatos de las partes.

La Comisión Interamericana hizo girar sus alegatos sobre el interés superior y los estereotipos esgrimidos (párrafos 100 y 101).

Los representantes de las víctimas se centraron en la falta de prueba del interés superior como un fin real (párrafos 102 a 104), mientras que los alegatos del Estado pusieron el punto en el interés superior como causa cualificada para alterar el régimen de cuidado personal y la adecuada ponderación en el caso (párrafos 105 y 106).

Frente a estas argumentaciones, la corte concluye dos cuestiones relevantes:

1. La protección del interés superior del niño es un fin legítimo e imperioso (párrafo 108):

“El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir ‘medidas especiales de protección’”.

2. La necesidad del análisis concreto y no especulativo (párrafos 109 a 113):

“(…) la corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe

hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

En conclusión, la Corte Interamericana observa que, al ser, en abstracto, el ‘interés superior del niño’ un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

Por otra parte, el tribunal resalta que, si bien dentro del proceso de tuición se produjo prueba relacionada con algunos alegatos específicos del Estado sobre como el padre presuntamente ofrecería un mejor ambiente para las niñas, la corte sólo tomará en cuenta, para el análisis de la adecuación de la medida, aquellas pruebas y argumentación que hayan sido explícitamente utilizadas para la motivación de sus decisiones por la Corte Suprema o el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria.

El tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la señora Atala: i) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala; ii) la alegada confusión de roles que habrían presentado las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo ; iii) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas , y iv) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre . La Corte Suprema concluyó que los jueces recurridos fallaron en ‘no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso’ y que al ‘haber preterido el derecho preferente de las menores [de edad] 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 deb[ía] ser corregido por la vía de acoger el [...] recurso de queja’. La decisión de tuición provisoria utilizó como fundamento principal la supuesta prevalencia de intereses y el alegado derecho de las niñas a vivir en una familia tradicional (supra párr. 41), por lo que en estos puntos el examen se realizará de manera conjunta”.

Sobre los cuatro fundamentos directamente relacionados sólo con la orientación sexual, el análisis de la corte concluye que no fue probada en el caso concreto la afectación al principio de interés superior (párrafo 146).

“Teniendo en cuenta todo lo anterior, este tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (...) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (...), por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora

Atala. Por tanto, la corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1° N° 1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo”.

Cuatro fundamentos directamente relacionados sólo con la orientación sexual y el análisis de la corte para ver si se cumplió el fin del “interés superior del niño”

1. Presunta discriminación social a las niñas (párrafos 115 a 122)
2. Alegada confusión de roles (párrafos 123 a 131)
3. Alegado privilegio de intereses de la madre por sobre las niñas (párrafos 132 a 140)
4. El alegado derecho a una familia “normal y tradicional” (párrafos 141 a 145)

Alcances de la sentencia y los estándares fijados en otras materias a propósito del juicio de tuición

1. **Sobre el derecho a la vida privada, sus restricciones y la proporcionalidad en ella (párrafos 164 y 165):**

“164. El tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias.

“164. El tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.

165. Al respecto, la corte resalta que la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de ‘idoneidad, necesidad y proporcionalidad’. Distinto es que en el marco de un proceso de tuición se puedan analizar las conductas parentales concretas que, supuestamente, pudieran haber ocasionado un daño en el niño o la niña”.

2. Sobre la imparcialidad de los jueces (párrafos 186 y 187):

“186. Para analizar si en el presente caso se desconoció la garantía de independencia judicial al aceptar el recurso de queja, la corte recuerda que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces, cuyo objetivo radica en evitar que el sistema judicial y sus integrantes se vean sometidos a restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación. Además, la garantía de la independencia judicial abarca la garantía contra presiones externas, de tal forma que el Estado debe abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes, es decir, con relación a la persona del juez específico, y debe prevenir dichas injerencias e investigar y sancionar a quienes las cometan.

187. La corte considera que en este caso no existen suficientes elementos probatorios que permitan inferir la existencia de presiones externas contra los jueces que conocieron de la causa dirigidas a fallar en contra de la señora Atala. Por otra parte, dado que los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco que fueron sancionados por el recurso de queja no son presuntas víctimas en el presente caso, ello limita el pronunciamiento que puede hacer el tribunal en relación con una posible violación del artículo 8° N° 1 de la convención por dicha decisión sancionatoria”.

3. Sobre el alcance del “derecho de los niños a ser oídos” (párrafos 196 y siguientes):

“196. La corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el tribunal observa que el artículo 8° N° 1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se de-

terminen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de este y no redunde en perjuicio de su interés genuino”.

Alcances de la sentencia y los estándares fijados en materia de igualdad y no discriminación e interés superior de las niñas, en relación al proceso disciplinario llevado adelante contra la señora Atala por el Poder Judicial chileno

1. Sobre las verdaderas consideraciones en el informe: la orientación sexual y el uso de implementos del juzgado para uso personal (párrafo 218):

“218. El tribunal nota que la Corte de Apelaciones de Temuco recibió el 17 de marzo de 2003 una denuncia contra la señora Atala por el uso de implementos y personal del juzgado para asuntos de interés personal (supra párr. 210). Sin embargo, la corte observa que, de acuerdo con lo plasmado en el informe del ministro visitador, se expresaron otras consideraciones para llevar a cabo la visita al sitio de trabajo de la señora Atala. Ellas estaban expresamente referidas a su orientación sexual, pues se relacionaban con ‘las publicaciones aparecidas en el diario *La Cuarta* de fecha 28 de febrero de [2003] y en *Las Últimas Noticias* de fecha 1 de marzo [de 2003], en las cuales se d[ió] a conocer a la opinión pública el contenido de una demanda de tuición entablada por el [señor López] en contra de su esposa [...] porque esta última sostendría una relación lésbica con otra mujer’. De manera que uno de los motivos de la visita al sitio de trabajo de la señora Atala era constatar lo manifestado por las publicaciones de prensa respecto a su orientación sexual”.

2. Sobre el fin legítimo de la investigación y la protección de la imagen del Poder Judicial de Chile (párrafo 221):

“221. Ahora bien, respecto al fin legítimo que se perseguía con dicha investigación, en el informe presentado no fue precisado con claridad

cuál era el fin de la visita respecto a la indagación de la orientación sexual, por cuanto sólo se hizo referencia a las noticias de prensa que se habían publicado. En este sentido, si bien el fin legítimo no fue explicitado en el reporte, de lo expresado en el informe se podría llegar a inferir que mediante la indagación respecto a la orientación sexual de la señora Atala se buscaba proteger la ‘imagen del Poder Judicial’. Sin embargo, la alegada protección de la ‘imagen del Poder Judicial’ no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Además, el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo debe ser concreto y no abstracto. En el caso concreto, el tribunal no observa relación alguna entre un deseo de proteger la ‘imagen del Poder Judicial’ y la orientación sexual de la señora Atala. La orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual”.

3. Sobre la arbitrariedad en la investigación (párrafo 230):

“230. La corte constata que, si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, sí se indagó en forma arbitraria sobre ello, lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de la señora Atala, el cual se extendía a su ámbito profesional. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11 N° 2 en relación con el artículo 1° N° 1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo”.

4.3 Estado de cumplimiento de la sentencia y sus proyecciones en Chile

La Corte Interamericana estableció, entre las medidas de reparación, que Chile debe continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y, particularmente, a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI.

Adicionalmente, estableció que dentro de dichos programas y cursos de capacitación deberá hacerse una especial mención a la sentencia del caso Atala y a los diversos precedentes del *corpus iuris* de los derechos humanos relativos a la proscripción de la discriminación por orientación sexual, y a la obligación de todas las autoridades y funcionarios de garantizar que todas las personas, sin discriminación por su orientación sexual, puedan gozar de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. La Corte llamó a poner especial atención para este efecto, en normas o prácticas en el derecho interno que, sea intencionalmente o por sus resultados, pueden tener efectos discriminatorios en el ejercicio de derechos por personas pertenecientes a las minorías sexuales (Humanos, 2012).

En el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia de febrero de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró aún pendiente el cumplimiento satisfactorio de lo establecido en la sentencia y, reconociendo las iniciativas promovidas por la Academia Judicial de Chile, llamó a seguir la capacitación de funcionarios públicos, con carácter permanente y con una especial mención a la sentencia del caso Atala y niñas contra Chile.

El caso Atala es relevante no sólo por ser el primer caso de orientación sexual del Sistema Interamericano, sino además porque a partir de dicha sentencia, el Poder Judicial de Chile ha desarrollado acciones para cumplir con lo que allí se dispone. Así, hace parte del marco de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación aprobada en 2018 por la Corte Suprema (Discriminación).

Material de apoyo para el seguimiento del cumplimiento de la sentencia:

1. http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_supervision_cumplimiento.cfm?lang=es
(acceso: 13 de marzo de 2020)

El caso Atala es relevante no sólo por ser el primer caso de orientación sexual del Sistema Interamericano, sino además porque a partir de dicha sentencia, el Poder Judicial de Chile ha desarrollado acciones para cumplir con lo que allí se dispone. Así, hace parte del marco de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación aprobada en 2018 por la Corte Suprema (Discriminación).

A 2020, Chile enfrenta ante el Sistema Interamericano otro caso vinculado a la reclamación de vulneración de derechos por la orientación sexual de lesbiana. Se trata del caso de la profesora de religión Sandra Pavez.

Material de apoyo:

1. “Caso Sandra Pavez: separación Iglesia-Estado, Poder Judicial y reincidencia del Estado chileno por vulneración de derechos fundamentales”, *Diario Constitucional*.
<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/caso-sandra-pavez-separacion-iglesiaEstado-poder-judicial-y-reincidencia-del-Estado-chileno-por-vulneracion-de-derechos-fundamentales/>
(acceso 10 de marzo de 2020)

5

Principal regulación nacional en materia de orientación sexual e identidad de género

Presentación de la unidad

Identifica los aspectos normativos centrales vigentes en Chile en relación a personas LGBTIQ+.

Síntesis de contenidos de la unidad

- Referencias al marco constitucional
- Descripción de principales leyes relacionadas: Acuerdo de Unión Civil, discriminación e Identidad de género

5.1 Marco constitucional y nacional sobre igualdad y no discriminación en relación a género

En materia de igualdad y no discriminación, la Constitución Política consagra la igualdad ante la ley y la prohibición de diferencias arbitrarias en el artículo 19 N° 2, recogiendo a su vez el reconocimiento a diversas dimensiones de acceso a la justicia en el numeral 3 del mismo artículo, consagrando así aspectos centrales del debido proceso.

A su vez, entre las bases de la institucionalidad, la Constitución indica en su artículo 1° que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que el Estado está al servicio de la persona humana, siendo su finalidad promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a cada persona su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a sus derechos.

Diversas leyes, en tanto, han ido recogiendo el reconocimiento de determinados derechos a fin de favorecer la igualdad debida entre todas las personas.

En este sentido, constituyen avances la Ley 19.284 sobre plena integración social de personas con discapacidad; la Ley 20.348, que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones; la Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad; la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación; la Ley 20.830, que crea el acuerdo de unión civil; o la Ley 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. También, otras leyes han ido recogiendo figuras o regulando situaciones que afectan de manera diferenciada a mujeres. Tal es el caso de la Ley 20.005, que sanciona y tipifica el acoso sexual, o las Leyes 20.066 y 20.480, regulatorias de la violencia intrafamiliar.

5.2 Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Descripción general.

El contexto

En marzo de 2005, bajo el gobierno de Ricardo Lagos, ingresó el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, sin avances sustanciales durante casi siete años.

Existen algunos antecedentes de derecho comparado que se tuvieron especialmente en vista, tales como, algunas constituciones de la región que consagran principio de no discriminación: Colombia (art. 13 N° 2), Venezuela (art. 21), Puerto Rico (art. 2° , sección 1), Brasil (art. 3° N° 4) Ecuador (art. 11 N° 2).

También, al tiempo de su discusión legislativa, se tuvo en cuenta antecedentes de derecho europeo (Directiva del Consejo UE 2000/78/CE); antecedentes de derecho internacional, tales como los tratados internacionales relacionados a la materia firmados y ratificados por Chile y, por cierto, el caso Atala Riffo y niñas contra Chile (“Análisis crítico a la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del DIDH y las convenciones de la OEA contra la discriminación”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*. Enero-abril 2014. Vol. 5, pp. 11, 2014).

Si bien la ley vigente nace del proyecto que ingresa en 2005, pasaron varios años sin mayor movimiento, hasta que a mitad de 2011 fue reactivado en el trabajo parlamentario, consecuencia de la acción de la sociedad civil y en forma paralela a la tramitación internacional del caso Atala.

A inicios de 2012, se activó un gran interés en la opinión pública por este proyecto de ley a partir de dos hechos relevantes: la muerte del joven Daniel Zamudio y la condena internacional a Chile en el caso Atala Riffo y niñas.

A inicios de 2012, se activó un gran interés en la opinión pública por este proyecto de ley a partir de dos hechos relevantes: la muerte del joven Daniel Zamudio y la condena internacional a Chile en el caso Atala Riffo y niñas.

Luego de ello, se aceleró la tramitación, y en mayo de 2012 fue finalmente promulgada, siendo publicada en julio de 2012 como Ley 20.609, conociéndose popularmente como “Ley contra la Discriminación” o “Ley Zamudio”.

Aspectos principales de la Ley 20.609

a. ¿Cuál es el propósito de la Ley 20.609?

La ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria (art. 1° inciso 1°).

Cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de sus competencias, debe elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a todas las personas, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos, reconocidos en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales (art. 1°, inciso 2°).

b. ¿Qué es discriminación arbitraria para la Ley 20.609?

“Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad” (art. 2°, inciso 1°).

- c. En materia de categorías sospechosas, ¿Qué categorías se incluyen? ¿Es un listado abierto?

“Categorías sospechosas”: raza, etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Durante la tramitación de la ley hubo un intenso debate por las categorías vinculadas a la sexualidad. Incluso en algún momento se quiso incorporar la siguiente disposición:

“Inc. 2º segunda parte: De esta manera, por ejemplo, no podrá reclamar discriminación por orientación sexual una persona que deba responder por actos sexuales violentos, incestuosos, dirigidos a menores de edad cuando tengan el carácter de delito, o que, en los términos de la ley vigente, ofendan el pudor”.

Tras rechazarse, se introdujo la siguiente propuesta:

“Inc. 3º: Se considerarán siempre razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso 1º, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11, 12, 15, 16 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.

Material de apoyo:

1. Historia de la Ley 20.609.
<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4516/>
(acceso: 14 de marzo de 2020)

d. Cláusula de limitación general y su problema práctico (art. 2º, inciso 3º)

Se consideran razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en algunos de los criterios mencionados, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otros derechos fundamentales, en especial los referidos en siguientes números del artículo 19 de la CP 1980 o en otra causa constitucionalmente legítima.

- 4 (honra)
- 6 (libertad de conciencia)
- 11 (libertad de enseñanza)
- 12 (libertad de emitir opinión e informar)
- 15 (derecho de asociación)
- 16 (libertad de trabajo y su protección) y
- 21 (derecho a desarrollar cualquier actividad económica)

e. Aspectos procesales del ejercicio de la acción de no discriminación arbitraria

- Sujetos activos de la acción de no discriminación arbitraria: toda persona lesionada en su derecho (por sí misma o por cualquiera a su nombre) (art. 4º).
- Acto discriminatorio pudo ser una acción u omisión.
- Sujetos pasivos de la acción de no discriminación arbitraria (a quien se puede demandar): el acto puede haber sido efectuado por agentes del Estado o por particulares (se presume entonces el efecto horizontal de la garantía de igualdad y no discriminación: rige entre particulares/privados).
- Plazo: 90 días corridos desde la ocurrencia de la acción u omisión o desde que se tuvo conocimiento de ella. En ningún caso podrá ser deducido luego de un año de acontecido dicha acción u omisión (art. 5º).

- Formalidades: por escrito y en casos urgentes verbalmente, levantándose acta en la secretaría del tribunal competente (art. 5°).
- Tribunal competente: Juez de letras del domicilio del afectado o ante el domicilio del responsable de dicha acción u omisión (art. 3°).
- Admisibilidad: artículo 6°
 - a) Cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido. Tampoco se admitirá cuando se haya requerido tutela en los términos de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo (se trata entonces de una acción incompatible con protección y tutela laboral).
 - b) Cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes.
 - c) Cuando se objeten sentencias emanadas de los tribunales creados por la Constitución o la ley.
 - d) Cuando carezca de fundamento. El juez deberá decretarla por resolución fundada.
 - e) Cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo.
- Se puede solicitar la suspensión provisional del acto reclamado en cualquier momento del juicio (art. 7°).
- Juez solicitará un informe a la persona denunciada y a quien estime pertinente, otorgándoles al efecto un plazo de 10 días hábiles desde la notificación (art. 8°).
- Procedimiento: sumario con audiencia, en que se produce un llamado obligatorio a conciliación.

Evacuados los informes o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal fijará audiencia para el 5° día hábil contado desde la última notificación que de esta resolución se haga a las partes, la que se deberá practicar por cédula.

La audiencia se realizará con la parte que asista.

Si una parte de no asiste o no hay conciliación, en la misma audiencia el juez citará a las partes a oír sentencia si no hay hechos sustanciales pertinentes y controvertidos.

Si los hay, en la misma audiencia debe recibir la causa a prueba. Esta resolución es impugnabile por reposición y apelación subsidiaria, la que se concederá en el sólo efecto devolutivo y deberá deducirse dentro de tercero día hábil contado desde el término de la audiencia.

- En cuanto a la prueba: las partes tienen el plazo de 3 días hábiles para proponer al tribunal los medios de prueba de que piensa valerse, debiendo presentar lista de testigos si es del caso; la prueba se recibe en una audiencia de recepción de pruebas (art. 9°).
- Respecto de los medios de prueba: se admiten todos los medios de prueba obtenidos por medio lícitos, que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe.
- Prueba se aprecia conforme las reglas de la sana crítica (art. 10). Identificar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en virtud de las cuales asigne valor a los instrumentos probatorios o los desestime, tomando en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice.

Medidas para mejor resolver (art. 11) deben cumplirse en un plazo de 15 días hábiles

- Sentencia: (art. 12)

Plazo: 15 días hábiles

Declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto.

Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Junto con la sentencia, se aplica una multa de 5-50 UTM a beneficio fiscal. Si la sentencia establece que la denuncia carece de todo fundamento el recurrente será sancionado con una multa de 2-20 UTM.

La sentencia puede ser apelada ante la Corte de Apelaciones que corresponda. Se ve preferentemente en tabla, y se escucharán los alegatos de las partes si se ofrecen por escrito hasta el día previo al de la vista de la causa (art. 13).

No hay un procedimiento especial de cumplimiento de sentencia. Se debería seguir procedimiento general.

- Aplicación de las reglas generales de procedimiento. En todo lo no previsto se aplican libros I y II del CPC (art. 14).

Material de apoyo sobre la aplicación de la Ley 20.609:

1. Casas, Lidia, y Lagos, Catalina. “Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2014, pp. 127-137. <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/31699/33500>
2. Muñoz León, Fernando. “No a ‘separados pero iguales’ en Chile: un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 11, número 2, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, 2013, pp. 201-228. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200006

3. Muñoz León, Fernando. “La Ley Zamudio en acción: sentencias de primera instancia sobre acción antidiscriminación emitidas entre diciembre 2012 y marzo 2015”, *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2015, pp. 172-190.
<http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/Anuario2015.pdf>
4. Muñoz León, Fernando. “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Volumen XXVIII, número 2, diciembre 2015, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, 2013, pp. 145-167.
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502015000200008&script=sci_abstract
5. Muñoz León, Fernando. “La necesidad de una interpretación pro discriminado de la acción judicial contra la discriminación”, *Revista de Derecho*, Vol. XXXI, N° 2, diciembre 2018, pp. 175-192.
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-09502018000200175&lng=pt&nrm=iso
6. Dirección de Estudios Corte Suprema (2018). “Análisis Estadístico de la Ley 20.609: Una mirada desde el acceso a la justicia a cinco años de su vigencia”, *Revista DECS*: 74-121.
<http://decs.pjud.cl/analisis-estadistico-de-la-ley-20-609-una-mirada-desde-el-acceso-a-la-justicia-a-cinco-anos-de-su-vigencia/>

5.3 Ley 20.830, sobre acuerdo de unión civil. Descripción general.

El contexto

La familia es una realidad cambiante y que hoy toma múltiples formas y experiencias. El matrimonio es una institución respecto de la cual muchas sociedades están cambiando su definición y que ya no es necesariamente la base de cada familia. No puede decirse categóricamente, entonces, que hoy exista consenso en torno a que sólo podrían formar un matrimonio un hombre y una mujer.

A 2020, hay varios países que han cambiado su legislación, regulando diferentes formas de familia y uniones de personas con diversos nombres para reconocer esas realidades y sus efectos. Tal es el caso de países que ya cuentan con una regulación para las uniones afectivas entre personas del mismo sexo: Holanda (1998), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010), Dinamarca (2012), Uruguay (2013), Nueva Zelanda (2013), Brasil (2013), Francia (2013), Reino Unido (2013), EE.UU. y México (algunos Estados), Irlanda (2015), Colombia (2016), Alemania (2017), Finlandia (2017), Ecuador (2019), Costa Rica (2020).

En Chile, la cuestión de la regulación de uniones afectivas diferentes al matrimonio es un tema de larga data, manifestado en la existencia histórica del concubinato, varios proyectos de ley y discusión en los últimos años, hasta llegar a la Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, junto con reclamos nacionales en sede jurisdiccional y ante el Tribunal Constitucional que derivaron en denuncias ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, por cierto, con diferencias de opinión en la academia nacional.

Aspectos principales de la Ley 20.830

a. ¿Qué es el Acuerdo de Unión Civil?

En cuanto al concepto y naturaleza del acuerdo de unión civil, es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán “convivientes civiles” y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil (art. 1°).

b. ¿Cuáles son sus características?

Se trata de un contrato entre dos personas, sean de igual o distinto sexo, que regula efectos jurídicos derivados de la vida afectiva en común. Tiene carácter estable y permanente, crea el estado civil de pareja civil “convivientes civiles”, y no puede sujetarse a plazo, condición o modo algunos.

c. ¿Quiénes pueden celebrarlo?

Quienes tengan la mayoría de edad y la libre administración de sus bienes (también el disipador) (art. 7°). No podrán celebrar este acuerdo entre sí (art. 9°):

- Los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad
- Los colaterales por consanguinidad en el segundo grado
- Aquella persona que esté sujeta a vínculo matrimonial o a un acuerdo de unión civil vigente

d. ¿Cuáles son las formalidades de celebración?

- Ante el Registro Civil (art. 5°)
- Admite mandato solemne y especial (comunidad)
- Registro especial del acta (art. 6°)
- Se replica el impedimento de segundas nupcias arts. 124 y 126 CC (art. 10 y 11).

e. ¿Cuáles son los efectos principales del Acuerdo de Unión Civil?

- Ayuda mutua (art. 14)
- Solventar los gastos generados por su vida en común (art. 14)
- Indemnizaciones por fallecimiento del conviviente (art. 20)
- Régimen de bienes (art. 15)
- Separación de bienes: regla general
- Pacto comunidad: con acuerdo expreso e irrevocable al momento de la celebración
- Bienes adquiridos durante la vigencia a título oneroso se consideran indivisos por mitades (salvo muebles de uso personal)
- Reglas CC
- Bienes familiares
- Derechos Sucesorios (art. 16). Conviviente civil será heredero intestado y legitimario y concurre en la sucesión igual que el cónyuge.

f. ¿Cómo termina el Acuerdo de Unión Civil?

Establecido según artículos 26 al 28:

- Por muerte real
- Por muerte presunta
- Por matrimonio de los contratantes entre sí, cuando proceda
- Por mutuo acuerdo que conste en escritura pública o acta ante oficial del Registro Civil
- Por voluntad unilateral que conste en escritura pública o acta ante oficial del Registro Civil
- Por declaración judicial de nulidad del acuerdo

g. ¿Se puede anular el Acuerdo de Unión Civil?

Por infracción a los requisitos de celebración:

- Art. 7º: mayoría de edad
- Art. 8º: consentimiento libre y espontáneo (error acerca de la identidad de la persona o fuerza en términos del Código Civil)
- Art. 9º: parentesco y vínculo matrimonial o AUC vigente

h. ¿Procede la compensación económica?

- Conforme a Ley de Matrimonio Civil, en caso de terminación por mutuo acuerdo, voluntad unilateral y declaración judicial de nulidad.
- En caso de término unilateral, la notificación debe informar este derecho.
- Puede demandarse dentro de los seis meses desde la subinscripción.

i. Otros aspectos relevantes de la regulación:

- Competencia: juez de familia
- Inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades de cónyuges se aplican de pleno derecho a convivientes.
- Las referencias de leyes especiales a “convivientes” se entienden hechas a convivientes civiles.
- Un conviviente puede inscribir como “carga” al otro en el sistema previsional (público o privado).
- Se presumen hijos del conviviente civil varón los nacidos después de los 180 días siguientes a la celebración del AUC, y dentro de los 300 días siguientes a su terminación.
- Modificación al art. 226 CC en materia de cuidado personal del hijo o hija del conviviente civil: “No obstante lo prescrito en el inciso precedente, el juez podrá entregar el cuidado personal del hijo al cónyuge o

Conforme los artículos 1º, inciso 2º, de la Constitución Política de 1980 y 1º de la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, el matrimonio es la base fundamental de la familia.

conviviente civil del padre o madre, siempre que hayan contribuido significativamente a su crianza y educación”.

Acuerdo de solución amistosa y discusión sobre matrimonio igualitario

Conforme los artículos 1º, inciso 2º, de la Constitución Política de 1980 y 1º de la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, el matrimonio es la base fundamental de la familia. Además, la misma Ley 19.947, señala en su artículo 2º que “(...) la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si tiene edad para ello (...)”.

La definición de matrimonio se encuentra, a su vez, en el artículo 102 del Código Civil chileno:

“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”.

Esta norma legal debe ser vista hoy en armonía con las normas internacionales relacionadas y que se encuentren en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Tal es el caso del Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 17 N° 2 reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.

Con este contexto normativo, hace años se ha venido promoviendo, desde un sector de la sociedad civil y la academia, la posible reforma a la institución del matrimonio, para extenderla a las personas del mismo sexo.

En el marco de tales demandas ciudadanas, el año 2011 se interpuso contra el Servicio de Registro Civil una acción constitucional de protección por estimar arbitraria e ilegal la decisión de rechazar la solicitud de día y hora para contraer matrimonio de dos hombres (Rol N° 6787-2010, I. Corte de Apelaciones de Santiago). Esta acción fue rechazada por sentencia del 9 de diciembre de 2011, quedando confirmada por sentencia de 4 de abril de 2012 de la Corte Suprema (Rol 12.635-2011).

Al mismo tiempo, el tema llegó al Tribunal Constitucional por vía de una consulta formulada por la Corte de Apelaciones de Santiago, para dilucidar la situación constitucional del artículo 102 del Código Civil, presentación que el Tribunal Constitucional entendió como solicitud de inaplicabilidad y, tratada como tal, se hicieron parte del recurso las partes interesadas. Se rechaza por sentencia del 3 de noviembre de 2011 (Rol N° 1881-10-INA).

De los hechos anteriores, derivó una denuncia contra el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el llamado caso Antonio Peralta Wetzel y otros contra Chile. En el marco de la tramitación internacional que se sigue ante los órganos del Sistema Interamericano, en junio de 2016 se firmó un Acuerdo de Solución Amistosa con Chile.

A partir de este acuerdo, se dieron algunos avances concretos y, en septiembre de 2017, ingresó al Congreso Nacional un proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, el que a la fecha en que se termina de escribir este trabajo está en tramitación ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (Boletín 11422-07).

En enero 2020, se aprueba en general en el Senado.

Material de apoyo:

1. Manuel Vivanco, *Crítica a la moral conservadora*. Editorial LOM, 2015.
2. Mauro Basaure y Manfred Svensson (editores), *Matrimonio en conflicto. Visiones rivales sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo*. Editorial Cuarto Propio, 2015.
3. Ximena Erazo, Ximena Gauché, José Jara (editores), *Derechos humanos, diversidad sexual y políticas públicas en América Latina*. Editorial LOM, 2015.

5.4 Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Descripción general.

El contexto

El principal problema jurídico en Chile para las personas trans ha sido, en general, la falta de reconocimiento legal de la identidad de género. Ello provoca falta de reconocimiento social y contribuye a la discriminación (exclusión) que afecta a las personas trans en diversos contextos (familia, escuela, salud, trabajo, vida pública) en el goce de derechos como el libre desarrollo de la personalidad, el nombre, la vida privada y la honra de la persona, la libertad de expresión, la integridad física y psíquica, entre otros.

Hacia el año 2011, como fruto del trabajo de actores de la sociedad civil y apoyo político sobre ciertas bases mínimas acordadas (la opción por la sede judicial al momento de negociar el ingreso del proyecto), se comienza a elaborar una propuesta de ley que ingresa al Congreso en el año 2013.

Los fundamentos que se tuvieron en vista fueron la necesidad de seguir avanzando contra la discriminación que sufren ciertos grupos en situación de vulneración en el país; reformar o adecuar las normas legales sobre cambio y registro de nombre y sexo, para que respondan a las necesidades de las personas cuyo nombre y sexo registrado es incongruente con su identidad de género; y cumplir con estándares y obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, teniendo además presente los desarrollos de otros países, con el caso emblemático de Argentina y su Ley 26.743, de 2012.

Luego de una larga tramitación, en septiembre de 2018 fue aprobada en el Congreso Nacional, y declarada la constitucionalidad en octubre. Su publicación fue en el Diario Oficial del 10 de diciembre de 2018, como Ley 21.120, entrando en vigor el 27 de diciembre de 2019.

Aspectos principales de la Ley 21.120

a. ¿Cómo define identidad de género la Ley 21.120?

Para efectos de esta ley, se entenderá por identidad de género 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.

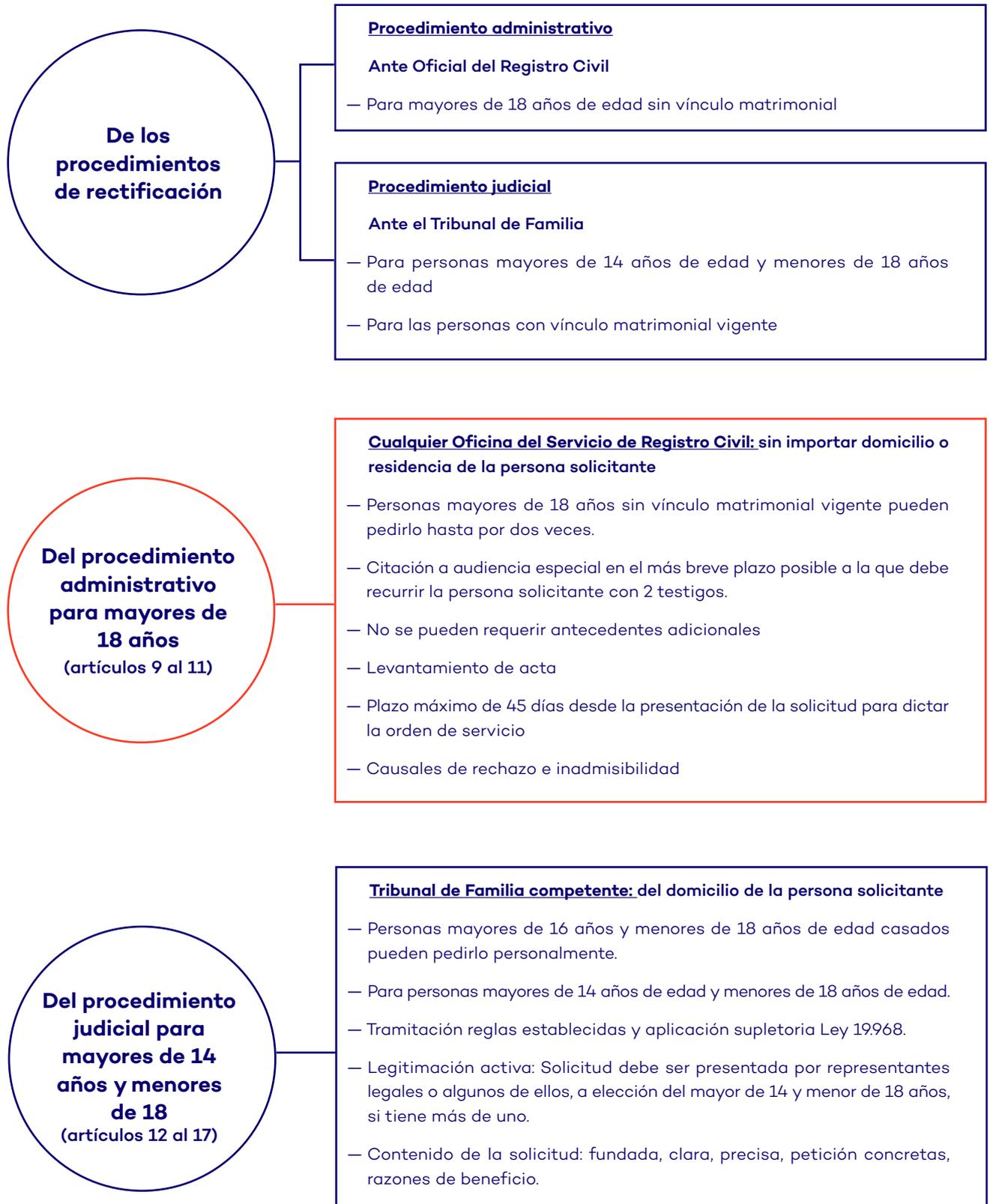
b. ¿Cuáles son las garantías que establece?

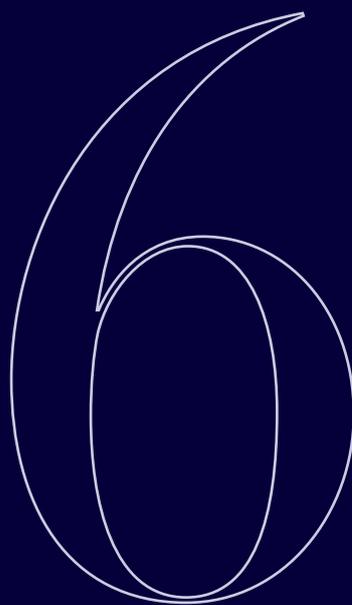
- Específica derivada: el reconocimiento y la identificación (art. 3°)
- Asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género (art. 4°)
- Al reconocimiento y protección de la identidad y expresión de género
- A ser reconocida e identificada conforme a su identidad y expresión de género en instrumentos de identidad
- Al libre desarrollo de la persona, conforme a su identidad y expresión de género

c. ¿Cuáles son los principios que establece?

- Principio de la no patologización
- Principio de la no discriminación arbitraria
- Principio de la confidencialidad
- Principio de la dignidad en el trato
- Principio del interés superior del niño
- Principio de la autonomía progresiva

d. ¿Qué tipo de procedimientos establece para la rectificación?





Aplicación
jurisprudencial de
estándares
internacionales sobre
orientación sexual e
identidad de género por
el Poder Judicial chileno

Presentación de la unidad

Entrega herramientas normativas y prácticas para reconocer la necesidad de incorporar en la función judicial los estándares interamericanos en materia de género y diversidad sexual, tanto desde una perspectiva internacional como nacional.

Síntesis de contenidos de la unidad

- Estándares internacionales de derechos humanos y su impacto en el derecho nacional
- Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial chileno como marco de referencia
- Perspectiva de género en la función jurisdiccional: importancia y herramientas prácticas

6.1 Estándares internacionales de derechos humanos y derecho nacional

Chile ha firmado tratados internacionales sobre derechos humanos y ha aceptado, en algunos casos, la competencia de los órganos llamados a supervisar el cumplimiento de los compromisos contraídos en tales instrumentos.

Chile ha firmado tratados internacionales sobre derechos humanos y ha aceptado, en algunos casos, la competencia de los órganos llamados a supervisar el cumplimiento de los compromisos contraídos en tales instrumentos. Este es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, o la Convención para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, entre otras.

El marco normativo nacional para asumir estos compromisos internacionales está dado por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de 1980 que establece como límite al ejercicio de la soberanía el respeto por parte de los órganos del Estado a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como por la propia Constitución Política.

Con esta norma se reconoce la retroalimentación recíproca que corresponde entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, como principio también de armonización entre ambos órdenes normativos que rigen en un Estado. De esta forma, el juez o jueza nacional debería interpretar y aplicar el derecho internacional de los derechos humanos cuando este fije una ventaja sobre el derecho nacional, como, a su vez, los tribunales internacionales deben considerar el derecho nacional que mejora o complementa el derecho internacional.

En armonía con lo anterior, debe tenerse presente la variedad de expresiones normativas del derecho internacional de los derechos humanos, la relevancia de las normas de ius cogens como orden público internacional, y la existencia de instrumentos de diversa naturaleza que contribuyen a la formación de estándares internacionales de derechos humanos de aplicabilidad en materias específicas y que ayudan a concretar el principio de interpretación evolutiva de las normas de derechos humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha definido como tales estándares jurídicos:

“(...) al conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término “estándares jurídicos” asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el Sistema Interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Humanos, 2015).

El principio de retroalimentación entre el orden normativo internacional y el nacional, aceptado ampliamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deriva de la consideración de que las obligaciones que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos para los Estados no van sólo en beneficio de tales Estados, sino que tienen por fin salvaguardar la dignidad humana.

Por este motivo es que se miran como instrumentos vivos, esto es, su interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dice sobre el caso Atala Riffo y niñas contra Chile, párrafo 83:

“83. La corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

Los órganos del Estado, incluidos sus jueces y juezas, están sometidos a los tratados de que es parte el Estado al que pertenecen, lo cual les obliga a velar por el respeto de los efectos de las disposiciones de tales acuerdos, en cumplimiento del principio de que lo pactado obliga al Estado.

Los órganos del Estado, incluidos sus jueces y juezas, están sometidos a los tratados de que es parte el Estado al que pertenecen, lo cual les obliga a velar por el respeto de los efectos de las disposiciones de tales acuerdos, en cumplimiento del principio de que lo pactado obliga al Estado.

Respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que existen dos tipos de medidas: la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen la violación a las garantías previstas en la convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su primera sentencia estableció la importancia del deber estatal de actuar con la debida diligencia frente a las violaciones de los derechos humanos, indicando que abarca cuatro obligaciones: **la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones para evitar la impunidad.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación al caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, en su sentencia de fondo, de 29 de julio de 1988, párrafo 165, indicó:

“165. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”.

Años después, al resolver un caso promovido contra Chile, estableció el llamado “control de convencionalidad”, indicando que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Así lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación al caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, en su sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

Desde allí en adelante, el control de convencionalidad, en cuanto doctrina dirigida hacia los Estados por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial. Sus lineamientos se han ido expresando así en la resolución de diversos casos referidos a la responsabilidad de diversos Estados y sus agentes.

Uno de los casos más relevantes es el caso Atala Riffo y niñas contra Chile. En su sentencia del año 2012, señaló al Estado chileno que, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y juezas, demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que

En la doctrina chilena existen diversas opiniones sobre los alcances del control de convencionalidad a que llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tales divergencias tienen su fundamento tanto en la mención del control por la propia Corte Interamericana como por la práctica jurisprudencial doméstica.

los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Así los jueces y juezas, y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, reiterando que en esta tarea, los jueces y juezas, y órganos vinculados a la administración de justicia, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación al caso Atala Riffo y niñas contra Chile, párrafos 281 y 282, indicó:

“281. De otra parte, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En la doctrina chilena existen diversas opiniones sobre los alcances del control de convencionalidad a que llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tales divergencias tienen

su fundamento tanto en la mención del control por la propia Corte Interamericana como por la práctica jurisprudencial doméstica. Desde el punto de vista del tribunal internacional, desde septiembre de 2006 a febrero de 2019, ha mencionado al control de convencionalidad en sus sentencias. Sin embargo, no le han reconocido la misma naturaleza, pudiendo entenderse a veces como un control cuya naturaleza estaría en la revisión de la compatibilidad entre normas, mientras en otros casos podría verse como un control cuya naturaleza tiene que ver con la aplicación de las normas internacionales en los casos concretos que se resuelven a nivel doméstico.

Material de apoyo:

1. Documentos y textos de consulta sobre control de convencionalidad:
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillos de Jurisprudencia. Sobre Control de Convencionalidad. Año 2019.
<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>
 - Henríquez, Miriam y Morales, Mariela (coordinadoras); *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Prólogo profesor Armin von Bogdandy, DER Ediciones Limitada, Santiago, 2017.
 - Nogueira, Humberto y Aguilar, Gonzalo (coordinadores); *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*, Editorial Triángulo, Santiago, 2017.
 - Nuñez, Constanza; *Control de convencionalidad. Teoría y aplicación en Chile*, LIBROTECNIA, Santiago, 2016.
 - Quinche, Manuel; *El control de convencionalidad*, Editorial TEMIS, Bogotá, 2014.
 - Caballero, José Luis; *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Editorial Porrúa, México, 2014.

2. Artículos de consulta en línea sobre control de convencionalidad:

- Contreras, Pablo; “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, 2014.
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000200007
- Henríquez, Miriam; “El hermetismo de la jurisdicción constitucional chilena a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, N° 36, 2018.
[https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/136%20\(2018-I\)/82555137005/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/136%20(2018-I)/82555137005/)
- Mesa, Alvaro; “El control de convencionalidad: ¿un acto racional o irracional?”, *Estudios Constitucionales*, año 16, N° 1, 2018
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v16n1/0718-5200-estconst-16-01-00129.pdf>

6.2 Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial chileno

En Chile, en febrero de 2015, el Pleno de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Chile aprobó una propuesta de trabajo con el objeto de incorporar la perspectiva de género en el Poder Judicial mediante iniciativas de corto y mediano plazo.

En Chile, en febrero de 2015, el Pleno de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Chile aprobó una propuesta de trabajo con el objeto de incorporar la perspectiva de género en el Poder Judicial mediante iniciativas de corto y mediano plazo. La propuesta consideró la elaboración de un diagnóstico para conocer la situación actual en la materia, a partir de la cual se propuso la proyección de creación de una Política de Igualdad de género para este poder del Estado.

En el marco de este acuerdo, en julio de 2016 el mismo órgano creó la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, unidad pensada para impulsar políticas y acciones encaminadas a esa incorporación de la perspectiva de género en el Poder Judicial y creada como dependiente de la Presidencia de la Corte Suprema.

Este trabajo del Poder Judicial chileno se inscribió en lo que vienen realizando otros poderes judiciales y forma parte de las recomendaciones surgidas de la Cumbre Judicial Iberoamericana de la que forma parte el Poder Judicial chileno. Tal Cumbre Judicial Iberoamericana, en 2014, creó la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Iberoamericana como órgano dependiente de la Asamblea Plenaria de la Cumbre, con el objetivo de dar seguimiento y continuidad al proceso de incorporación de la perspectiva de género en el marco del trabajo de la cumbre, desarrollando propuestas que ayuden a la integración en los poderes judiciales nacionales y la elaboración del llamado Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia, centrado en las personas con discapacidad, migrantes, niños, niñas y adolescentes, comunidades y pueblos indígenas.

Asimismo, esta labor que viene desarrollando el Poder Judicial chileno se puede contextualizar también en las consecuencias del caso Atala en el país. En su sentencia de 24 de febrero de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó que el Estado de Chile debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y

no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGBTI, lo que da cuenta de un mandato internacional para hacer abordaje de género y diversidad en el Poder Judicial (Humanos, 2012). En ese sentido, la corte indicó:

“**El fin** de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial chileno es garantizar la igualdad de género y la no discriminación en todo el quehacer del Poder Judicial.

La materialización de este fin requiere, junto con el desarrollo coordinado de los ejes estratégicos de la presente política, un proceso de madurez institucional a medida que se vayan implementando las actividades bajo este marco, que consecuentemente implique un cambio en la cultura institucional.

El propósito de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial es promover la incorporación de la igualdad de género y la no discriminación en la atención de usuarios y usuarias y en el ejercicio de la labor jurisdiccional, con miras a garantizar un efectivo acceso a la justicia a toda la población, así como el establecimiento de relaciones igualitarias entre quienes integran este poder del Estado”.

La política reconoce dos ámbitos de aplicación que abarcan también sus destinatarios:

- a. uno interno, que engloba todas aquellas acciones tendientes a promover el disfrute de espacios de trabajo igualitarios y libres de violencia y discriminación por parte de los integrantes del Poder Judicial;
- b. otro externo, referido al desarrollo de políticas y acciones dirigidas a garantizar la igualdad y la no discriminación de todas las personas en el acceso a la justicia.

No obstante, estos ámbitos de acción se encuentran íntimamente relacionados, debido a que la cultura interna tiene una incidencia directa en la administración de justicia a los usuarios y usuarias.

En este sentido, los destinatarios de la política son, por una parte, los integrantes del Poder Judicial y, por otra, los usuarios y usuarias del sistema de justicia, sin perjuicio que a la postre alcance a todos los habitantes de nuestro territorio, en la medida que su implementación tendrá un impacto en el efectivo acceso a la justicia de la población en general.

Sus principios rectores son:

- Igualdad
- No discriminación de género
- Enfoque de género en el acceso a la justicia
- No violencia de género
- Participación e inclusión

Material de apoyo:

1. Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial.

<http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/politica-genero-pjud>

6.3 Estereotipos e imparcialidad judicial en relación al acceso a la justicia de mujeres y personas LGBTIQ+

El acceso a la justicia es un derecho humano esencial y autónomo que favorece el cumplimiento de la igualdad entre las personas. Se constituye así en un instrumento para el ejercicio de otros derechos ligado al desarrollo de los derechos de ciudadanía, siendo su reconocimiento y garantía de ejercicio elementos esenciales de legitimación de un Estado democrático (Hein, 2016 pág. 15).

Para que el acceso a la justicia sea adecuado, deben darse ciertas condiciones relativas a la noción de debido proceso y tutela judicial efectiva. Así, debe existir un acceso libre e igualitario a un tribunal u órgano imparcial establecido con anterioridad, como también, un proceso rápido, ágil y eficaz para la resolución del conflicto de relevancia jurídica.

Además, deben removerse los obstáculos o barreras que puedan condicionar su ejercicio.

Material de apoyo:

1. “Barreras de acceso a la justicia”, *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Corte Suprema de Justicia, Chile.

Entre otras barreras que reducen considerablemente la eficacia de este derecho y que, por ende, deben ser superadas, se encuentran las siguientes:

- Barreras lingüísticas y culturales
- Barreras socioeconómicas
- Barreras de género
- Barreras geográficas
- Barreras de infraestructura
- Barreras institucionales

Para que el acceso a la justicia sea adecuado, deben darse ciertas condiciones relativas a la noción de debido proceso y tutela judicial efectiva. Así, debe existir un acceso libre e igualitario a un tribunal u órgano imparcial establecido con anterioridad, como también, un proceso rápido, ágil y eficaz para la resolución del conflicto de relevancia jurídica.

Tales obstáculos o barreras inciden en el diseño, elaboración y aplicación de leyes e instituciones que responden a una cosmovisión del mundo, intereses y valores esencialmente masculinos (Hein, 2016 págs. 18, cita 2).

Estas barreras, relevadas por estándares internacionales de derechos humanos, afectan con especial énfasis a mujeres y personas que se reconocen como lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersex, *queer* o de género fluido.

Particularmente respecto de este grupo en situación de vulnerabilidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe de 2007 “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, definió el acceso a la justicia (para los fines del mismo informe) como el acceso de *iure* (de derecho) y de *facto* (de hecho) a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos.

Por su parte, el comité que vigila el cumplimiento de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General número 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, del año 2015, ha indicado lo siguiente:

“1. El derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Es un elemento fundamental del Estado de derecho y la buena gobernanza, junto con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley. El derecho de acceso a la justicia es pluridimensional. Abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia”.

Específicamente entre estos obstáculos, existe uno de tipo socio cultural, pero que afecta también lo normativo, siendo factores persistentes que dificultan el acceso a la justicia de mujeres y personas LGBTIQ+. Se trata de los estereotipos.

En el caso de las mujeres, esto se evidencia en aspectos como la construcción binaria y estereotipada del género femenino con la consecuente existencia de roles, órdenes y representaciones pretendidamente establecidos; las expectativas de comportamiento derivadas de ellos; la construcción sexista de muchas instituciones; el uso de un determinado lenguaje de género; o las distintas manifestaciones de violencia. Todo ello desfavorece el acceso a la justicia como ha sido puesto de manifiesto por la institucionalidad internacional de derechos humanos, basada en las obligaciones estatales derivadas de tratados internacionales que recogen las diversas dimensiones del acceso a la justicia.

En ese sentido, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad, incluida una falta de protección jurisdiccional efectiva de los Estados Partes en relación con todas las dimensiones del acceso a la justicia. Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación, y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales sean física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres. Todos estos obstáculos constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres.

En el caso de personas LGBTIQ+, la forma de manifestar su sexualidad, de auto percibir su cuerpo, de construir su género y expresarlo, se levantan como obstáculos para acceder a la justicia dada la pervivencia de concepciones estereotipadas y naturalizadas sobre la

Si bien los estereotipos son categorizaciones identitarias construidas sobre personas o grupos de personas, pueden afectar lo jurídico por cuanto determinan la interpretación de una norma o de la realidad que se discuten en un proceso judicial, afectando normalmente los derechos en litigio.

sexualidad, el género y los propios cuerpos, que se tensionan frente a las identidades que no encajan en el binarismo hombre/mujer o los roles exigidos socialmente bajo la dicotomía masculino/femenino.

Así, los estereotipos, siendo barreras socioculturales, tienen alcance normativo. Si bien los estereotipos son categorizaciones identitarias construidas sobre personas o grupos de personas, pueden afectar lo jurídico por cuanto determinan la interpretación de una norma o de la realidad que se discuten en un proceso judicial, afectando normalmente los derechos en litigio.

Se puede conceptualizar el término “estereotipos de género” como aquellas representaciones construidas y fuertemente arraigadas, en función de las cuales se les asigna un atributo (positivo, negativo o mixto) de forma indiscriminada o generalizada al grupo de hombres, mujeres, homosexuales, transexuales, u otros. Se refieren a la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres, en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Este, es un término genérico que abarca estereotipos sobre las mujeres y los subgrupos de mujeres y sobre los hombres y los subgrupos de hombres. Su significado es fluido y cambia con el tiempo en torno a la cultura. Es una “visión generalizada o una preconcepción sobre características y atributos de los miembros de un grupo en específico, asumiendo que comparten las mismas características y ciertos roles que deben cumplir” (Cook, 2009).

Para calificar una generalización como estereotipo, no importa si dichos atributos o características son, o no, comunes a las personas que conforman el grupo, o si sus miembros de hecho poseen o no tales roles. El elemento clave es que, en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características o cumple con esos roles, se le atribuye a una persona una propiedad a cumplir por el solo hecho de pertenecer a él (Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual., 2016).

Los estereotipos en el derecho internacional de los derechos humanos

1. Sistema universal:

- Comité de la CEDAW
 - Recomendación General N° 25, sobre medidas especiales de carácter temporal (1999)
 - Recomendación General N° 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia (2015)

2. Sistema Interamericano:

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos
 - El estereotipo ha sido definido como “la visión o pre-concepción generalizada de los atributos o características que los miembros de un grupo particular poseen, o de los roles que juegan o deben jugar” (párrafo 41, Informe “Violencia contras personas LGBTI”, 2015). <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf> (acceso: 4 marzo 2020)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - Caso Campo Algodonero contra México (2009), párrafo 401 y 402
 - Caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica (2012), párrafos 295, 297, 303
 - Caso Atala contra Chile (2012), párrafos 109, 111
 - Caso López Soto contra Venezuela (2018), párrafos 136, 137, 206, 209, 233, 235-240, 338, 340, 352
 - Caso V.R.P, V.P.C y otros contra Nicaragua (2018), párrafos 264, 392

Caso Atala e hijas contra Chile (2012)

- La consideración de la conducta parental, sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña (párrafo 127)
- En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de familia de la misma ... el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio (párrafo 142)
- La identidad de género (o la orientación sexual) no debe tener efectos en el cuidado y crianza de los hijos ni afectar el desenvolvimiento de la vida privada y familiar de las personas.

Caso López Soto contra Venezuela (2018)

Párrafo 235 y 236

B.3 Utilización de estereotipos de género perjudiciales durante la investigación y juzgamiento.

235. La Corte reitera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que no son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales.

236. En particular, la Corte ha reconocido que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncia que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos “distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos”, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes. Cuando se utilizan estereotipos en las investigaciones de violencia contra la mujer se afecta el derecho a una vida libre de violencia, más aún en los casos en que su empleo por parte de los operados jurídicos impide el desarrollo de investigaciones apropiadas, denegándose, además, el derecho de acceso a la justicia de las mujeres. A su vez, cuando el Estado no desarrolla acciones concretas para erradicarlos, los refuerza e institucionaliza, lo cual genera y reproduce la violencia contra la mujer.

**V.R.P, V.P.C y
otros contra
Nicaragua
(2018)**

264. Ahora bien, es necesario resaltar que el proceso penal por casos de violencia sexual lleva ínsito una serie de dificultades técnicas propias que hacen difícil su enjuiciamiento. Es común que existan escasas pruebas sobre lo sucedido, que el acusado afirme su inocencia, y que la discusión se circunscriba a la palabra de una persona contra otra. A ello se suman los prejuicios e ideas preconcebidas y estereotipadas propias del sistema patriarcal que existen en el imaginario social en torno a la violencia sexual. Los jurados son susceptibles de trasladar al procedimiento tales prejuicios e ideas y ser influenciados por ellos al momento de valorar la credibilidad de la víctima y la culpabilidad del acusado, condicionado de modo especial a quienes no poseen una capacidad especial en este tipo de delitos.

Antecedentes del caso:

Falta de respuesta estatal frente a la violación sexual cometida por un actor no estatal contra una niña, quien al momento de los hechos tenía ocho años de edad y afirmó que el responsable sería su padre, así como las alegadas afectaciones a los derechos a la integridad personal, a la igualdad, vida privada y autonomía, a la igualdad y no discriminación y a la protección especial como niña, particularmente por alagado incumplimiento del deber de investigar con la debida diligencia, en un plazo razonable y de manera acorde con una perspectiva de género y los deberes estatales reforzados derivados de la condición de niña de la víctima, toda vez que ésta habría sido gravemente revictimizada con un impacto severo en su integridad psíquica y en la de su madre y hermanos.

La imparcialidad y los estereotipos

La imparcialidad, junto a la independencia, es un requisito/principio de la función jurisdiccional que no sólo es un derecho a favor de la persona que es sometida a un proceso, sino también debe ser vista como una garantía para los juzgadores, es decir, para que los mismos tengan las condiciones tanto institucionales como personales para hacer cumplir su mandato.

“Artículo 8° N°1. Convención Americana: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido

con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio de imparcialidad “exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”.

- Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 43, párr. 56.
- Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N° 275, párr. 182.

La imparcialidad personal se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal, o un juez o una jueza guardan prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes. Estos deben aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el derecho.

- Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) contra Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 56.
- Caso Atala Riffo y niñas contra Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C N°. 254, párr. 189.

La imparcialidad personal se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal, o un juez o una jueza guardan prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes.

El Comité de Derechos Humanos, por su parte, ha sostenido que:

“21. El requisito de imparcialidad tiene dos aspectos. En primer lugar, los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra. En segundo lugar, el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable. Por ejemplo, normalmente no puede ser considerado imparcial un juicio afectado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la imparcialidad judicial tiene dos dimensiones:

1. una de carácter personal, vinculada con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en su fuero interno en un caso concreto,
2. una de carácter funcional, predicable de las garantías que debe ofrecer el órgano encargado de juzgar y que se establece desde consideraciones orgánicas y funcionales.

La primera debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario. La segunda reclama garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad.

— **Voto conjunto disidente de los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) contra Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas).**

6.4 Perspectiva de género en la función jurisdiccional

La Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial chileno ha sido construida a partir de un diagnóstico institucional y un proceso participativo interno de amplia cobertura, con el objetivo de hacerse cargo de la implementación de las normas internacionales de derechos humanos que establecen obligaciones específicas para el Estado chileno en materia de igualdad y no discriminación, violencia de género y acceso a la justicia de quienes habitan nuestro territorio, cualquiera sea su condición o sus circunstancias.

Para lograr dicho objetivo, la política propone incorporar la perspectiva de género y derechos humanos en todo el quehacer del Poder Judicial, lo que implica que el servicio que presta la institución en todos sus ámbitos, fases y niveles, tome en consideración la distinta situación que experimentan las personas y los distintos papeles que estas desempeñan, cualquiera sea su sexo, edad u otra condición, en una sociedad, a efectos de identificar las brechas y no perpetuar, con su accionar, desigualdades y discriminaciones existentes que obstaculizan el acceso efectivo a la justicia. En esta tarea, el ejercicio de la actividad jurisdiccional resulta de vital importancia.

Transversalizar el enfoque de género de la manera propuesta tendrá un impacto no sólo entre los propios integrantes del Poder Judicial, en términos de garantizarles espacios de trabajo libres de discriminación y violencia, y con respecto a los justiciables –usuarios y usuarias del sistema de justicia–, sino también en toda la población, desde que el camino que propone para materializar las obligaciones y estándares internacionales de derechos humanos en materia de igualdad, no discriminación y acceso a la justicia, supone una transformación cultural que lleva a eliminar los estereotipos que encasillan a las personas de acuerdo a su sexo biológico en roles, comportamientos, atributos y actividades, los que pueden obstaculizar su participación en todas las esferas de la vida social, política, económica y cultural, y el ejercicio de sus derechos fundamentales en condiciones de igualdad. En este sentido, el Poder Judicial, a través de su política, pretende ejercer

En este sentido, el Poder Judicial, a través de su política, pretende ejercer un rol transformador para erradicar la desigualdad por motivos de género de nuestra sociedad, lo que contribuirá a avanzar hacia un país más igualitario, más inclusivo y más respetuoso de los derechos humanos de todas las personas.

Se suele asimilar con la expresión inglesa *gender mainstreaming*, traducida al español como “perspectiva de género”, para referirse a una técnica con la que hacer frente a las desigualdades entre mujeres y hombres y a la discriminación a mujeres, siendo vista como un paso más en la consecución de la igualdad, mirada como una estrategia global.

un rol transformador para erradicar la desigualdad por motivos de género de nuestra sociedad, lo que contribuirá a avanzar hacia un país más igualitario, más inclusivo y más respetuoso de los derechos humanos de todas las personas.

La política se hace cargo y reconoce, además, que la convergencia o superposición del género con otras múltiples formas de discriminación, como pueden ser la edad, la discapacidad, la raza, el origen étnico, la clase social, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la condición de migrantes, entre otros factores, aumenta el riesgo de que algunas personas sean víctimas de discriminación compuesta, lo que obliga al Estado y, en este caso, al sistema de administración de justicia, a adoptar todas las medidas de protección que sean necesarias para evitar violaciones de sus derechos humanos en base a esta combinación de uno o más factores con su sexo.

Los objetivos descritos anteriormente convergen con la misión y visión del Poder Judicial, contenida en su planificación estratégica para 2015-2020, que propone considerar a las personas como eje del trabajo de la institución, y propender a mejorar sustancialmente el acceso a la justicia de la ciudadanía, a ofrecer calidad en todo el proceso de administración de justicia y a modernizar, en definitiva, el Poder Judicial.

Material de apoyo:

1. Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial.

<http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/politica-genero-pjud>

6.4.1 ¿Qué es la perspectiva de género?

Se suele asimilar con la expresión inglesa *gender mainstreaming*, traducida al español como “perspectiva de género”, para referirse a una técnica con la que hacer frente a las desigualdades entre mujeres y hombres y a la discriminación a mujeres, siendo vista como un paso más en la consecución de la igualdad, mirada como una estrategia global (Carmona, 2015 pág. 27).

Desde su relación con el acceso a la justicia se pueden encontrar algunas conceptualizaciones:

“Es un método que, bajo un esquema de interseccionalidad, detecta la presencia de tratos diferenciados, basados en el sexo, el género o las preferencias/orientaciones sexuales, y determina si dicho trato es necesario y, por lo tanto, legítimo, o si, por el contrario, es arbitrario y desproporcionado y, por lo tanto, discriminatorio. Esta perspectiva adquiere particular relevancia en el quehacer jurisdiccional en donde se resuelven problemáticas específicas y se atribuyen consecuencias jurídicas a hechos y actos concretos; lo que, en muchos sentidos, tiene una resonancia transformativa”. (“Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad”. SCJN. México, p. 62).

6.4.2 ¿Qué hace la perspectiva de género?

Cuestiona el paradigma de único “ser humano neutral y universal”, basado en el hombre blanco, heterosexual, adultos sin discapacidad, no indígena, y en los roles que a dicho paradigma se atribuyen. Es por eso que no se trata de un método enfocado únicamente a las mujeres, sino de una estrategia que permite ver a las personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomía (Fuente: “Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad”. SCJN. México, p. 66).

Cualidades de la perspectiva de género

(Fuente: *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Chile. p. 62).

- a. Permite ver y entender la situación de desventaja en que han vivido y continúan viviendo las mujeres, y que es aceptada como natural.
- b. Utilizada como unos lentes de aumento, permite poner el foco en las situaciones de discriminación, desigualdad y violencia que viven principalmente las mujeres.
- c. Ayuda a interrogar y a analizar la realidad y, sobre todo, a impulsar transformaciones sociales, pues entender la perspectiva de género, reta y obliga a tomar posturas reflexivas frente a esas realidades que colocan en desventaja a las mujeres.

6.5 Propuestas para revisión jurisprudencial de sentencias dictadas por tribunales superiores de justicia y sus fundamentos

1. Propuestas metodológicas

- *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias* (agosto 2018), Corte Suprema de Justicia, Chile.
 - Matriz para aplicar los principios de igualdad, no discriminación y perspectiva de género en las sentencias (“ruta reflexiva en el proceso de emitir decisiones judiciales” p. 2).
 - Ejemplo: caso Lorenza Cayuhán (pp. 87-101).
 - Fuente: Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias, Corte Suprema de Justicia, Chile.
- **Protocolo para juzgar con perspectiva de género: Haciendo realidad el derecho a la igualdad.** SCJN, México.
 - ¿Cómo juzgar con perspectiva de género? (pp. 79 y 80)
 - Lista de verificación (pp. 142 y 143)
 - Fuente: Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad. SCJN, México. Disponible en: <http://187.174.173.99:8080/leyes/protocolos/3.pdf> (acceso: 9 de marzo de 2020).

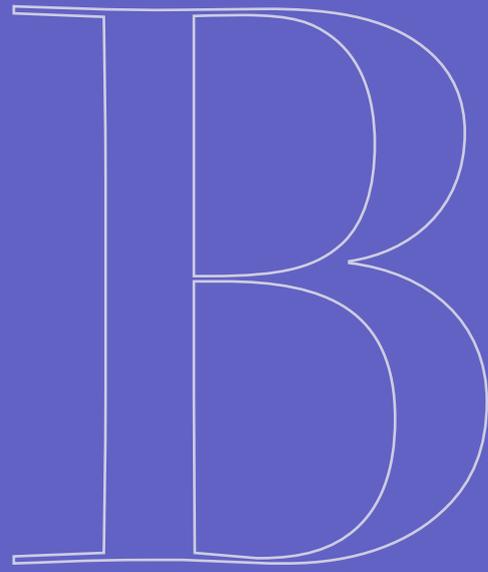
2. Ejemplos de jurisprudencia para revisar

- Corte Suprema y Cortes de Apelaciones:
 - Jurisprudencia en materia de reconocimiento al derecho a la identidad de género. Ejemplo: Rol 38.238-16 (Corte Suprema).
 - Jurisprudencia en materia de relaciones homoparentales. Ejemplo: Rol 99.861-16 (Corte Suprema).

Material de apoyo:

1. Ronconi, Leticia y Vita, Liliana (2013). “La perspectiva de género en la formación de jueces y juezas”. *Revista sobre enseñanza del derecho*, 11(22), 115.
2. MacKinnon, Catharine, *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*. 2ª Edición, Colección Política y Derecho, Siglo Veintiuno editores, Argentina, 2014 (edición original 1987, traducción de Teresa Beatriz Arijón) ISBN 978-987-629-368-6.
3. Pitch, T., *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Traducción de Cristina García Pascual, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
4. Segato, Rita, *La guerra contra las mujeres*. Prometeo Editorial, Primera Edición, Madrid, 2016.
5. Entrevista a Alda Facio sobre políticas públicas y actuar del Poder Judicial en la igualdad entre hombres y mujeres, 2011.

<https://www.youtube.com/watch?v=wj6gKIXPg5o>



Bibliografía

Bibliografía

1. **Arango, Mónica. 2017.** *Derechos sexuales y re-productivos y niños: obligaciones internacionales y responsabilidad parental*. [aut. libro] Espejo, Fabiola y Lathrop, Nicolás (coordinadores). *Responsabilidad parental* (Santiago, Legal Publishing, 2017).
2. **Benítez Piraino, Dinka. 2018.** *Filiación y mujeres lesbianas* (Santiago, Rubicón Editores, 2018).
3. **Carmona, Encarnación. 2015.** *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derecho Humanos* (Madrid, Serie Cuadernos y Debates. N° 243, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015).
4. **Cook, Rebeca y Cusack, Simone. 2009.** *Estereotipos de género, perspectivas legales tradicionales* (s.l., Universidad de Pennsylvania, 2009).
5. **De Beauvoir, Simone. 1999.** *El segundo sexo*. [trad.] Juan García. 4a. (s.l.: Sudamericana, 1999).
6. **Discriminación, Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No.** Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación. *Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación*. [En línea] [Citado el:] <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/politica-genero-pjud>.
7. **Foucault, Michel. 2008.** *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*. [trad.] Ulises Guiñazú. 2a. revisada (Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008).
8. **—. 2008.** *Historia de la sexualidad. 2. El uso de los placeres*. [trad.] Soler Martí (Buenos Aires, Siglo Veintinuno, 2008).
9. **Fries, Lorena y Lacrampette, Nicole. 2013.** “Feminismos, género y derecho”. *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*. s.l.: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2013.
10. **Gauché Marchetti, Ximena. 2014.** “Análisis crítico a la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del DIDH y las convenciones de la OEA contra la discriminación”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*. Enero-abril 2014. Vol. 5, pp. 11. (Temuco: s.n., Enero-Abril de 2014).
11. **Gauché Marchetti, Ximena. 2018.** “Comentarios a la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de identidad de género”. [aut. libro] Universidad Diego Portales. *Anuario de Derecho Público* (Santiago, s.n., 2018).
12. **—. 2017.** “El derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia”. [aut. libro] UNICEF. Quesille, Anuar (coordinador y editor académico). *Constitución Política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile* (Santiago, s.n., 2017).
13. **Gauché Marchetti, Ximena. 2011.** *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho internacional de los derechos humanos* (Saarbrücken, Alemania, Editorial Académica Española, 2011).
14. **Gavilán Macías, Juan. 2016.** “Modelo sociocultural para la intervención en la transexualidad infantil”. [aut. libro] Aranzazu, Gallego y Espinosa, María (editoras). *Miradas no adultocéntricas sobre la infancia y la adolescencia* (Granada, Comares, 2016).
15. **Giddens, Anthony. 2001.** *Sociología*. 4a. (Madrid, Alianza, 2001).
16. **Guerra de la Vega, Ramón. 1995.** Edición del Autor, Museo del Prado. *El Prado erótico. Las majas de Goya y la colección erótica del Museo del Prado* (s.l., Del Autor, 1995).
17. **Hein, Daniela. 2016.** *Mujeres y acceso a la justicia: de la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*. 1ª. (s.l.; Argentina, Didot, 2016).
18. **Humanos, Comisión Interamericana de Derechos. 2015.** Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres (2015).
19. **Humanos, Corte Interamericana de Derechos. 2012.** Artavia Murillo y otros contra Costa Rica. Serie C 257, s.l., Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012.
20. **—. 2012.** Sentencia Atala Riffo y niñas contra Chile. Serie C 239, 239. s.l.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de Febrero de 2012. Párrafo 271.
21. **Humanos, Corte Interamericana de Derechos. 2017.** Opinión Consultiva OC 24/17 Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. OC 24/17, s.l., Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017.

22. **Gauché Marchetti, Ximena y Lovera Parmo, Domingo. 2019.** "Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: una cuestión de derechos". [ed.] Universidad de Talca. 2, Talca : s.n., 2019, *Revista Ius Et Praxis*, Vol. 25, pp. 359-402.
23. **Kagan, Robert. 2003.** *Poder y debilidad. Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial* (Madrid, Taurus, 2003).
24. **Lamas, Marta. 2014.** *Cuerpo, sexo y política* (México, Océano - Colección Debate Feminista, 2014).
25. **Lorenzini, Kena. 2010.** *Parejas lésbicas. Tramas del sufrimiento y emergencia de nuevos imaginarios en la subjetividad femenina* (Santiago, Cuarto Propio, 2010).
26. **Arena, Federico. 2016.** "Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual". Valdivia, s.n., 2016. *Revista de Derecho*, Vol. XXIX (1), pp. 51-75.
27. **Niño, Comité de Derechos del. 2003.** Observación General N° 14 sobre el derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 2003.
28. **Osborne, Raquel y Guasch, Oscar. 2003.** "Avances en sociología de la sexualidad". *Sociología de la sexualidad*. 1a. (Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI de España Editores, 2003).
29. **Renau, M. Dolors. 2008.** *Ciudadanas y políticas*. 1a. (s.l., Fundación Rafael Campalans, 2008).
30. **Saldivia, Laura. 2009.** "Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad". [aut. libro] SELA. *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. pp. 98-119 (Buenos Aires, Librería, 2009).
31. **Sanz, Susana. 2003.** "A propósito de las sentencia Goodwin e I o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH". *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LV.
32. **—. 2017.** *Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*. (Buenos Aires, UNGS, 2017).
33. **Shibley Hide, J. y DeLamater, J., 2006.** *Sexualidad humana*. [trad.] Susana Margarita Olivares Bari y Gloria Estela Padilla Sierra. 9a. (s.l., Mc Graw Hill, 2006).
34. **De Barbieri, Teresita. 1992.** "Sobre la categoría de género. Una introducción teórico-metodológica". 1992. *Revista Interamericana de Sociología*, Vol. VI.
35. **Strong, B., y otros. 2005.** *Human Sexuality. Diversity in Contemporary America*. Fifth edition. (New York, Mc. Graw Hill, 2005).
36. **Vander Zanden, James. 1986.** *Manual de psicología social*. 1a. 5a. reimpresión. (Barcelona, Paidós, 1986).
37. **Viñuales, Olga. 2002.** *Lesbofobia*. (Barcelona, Bellaterra, 2002).

