

SERIE DE
DOCUMENTOS
MATERIALES
DOCENTES

Ley de Identidad de Género

Autora

Ximena
Gauché
Marchetti

Academia
Judicial
de Chile

Diseño y
Diagramación:
Estudio Real
somosreal.cl

Material
docente N° 28
Santiago,
Chile 2021

ISBN N°
2022-A-1846

Autora

Ximena Gauché Marchetti

Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, es profesora de Derecho Internacional, Derechos Fundamentales y Género en la Universidad de Concepción. Es directora de los proyectos Fondef de investigación aplicada denominados "Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad" (2017-2020 y 2021-2023). Desde 2012 es relatora para la Academia Judicial de Chile y en 2017 fue electa como integrante del directorio de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional, siendo reelegida por un nuevo periodo en 2019. Forma parte de la red académica ALAS (Academia, Género, Derecho y Sexualidad).

Este material docente fue elaborado por Ximena Gauché Marchetti
en marzo de 2021.

Resumen

A través del curso sobre Ley de Identidad de Género, las personas participantes quedarán en condiciones de identificar los elementos conceptuales y normativos necesarios para el reconocimiento de las diversas identidades trans, como consideración indispensable para abordar las causas en que sean llamados a intervenir los tribunales de justicia en el marco de la aplicación de los procedimientos que establece la Ley N° 21.120.

Se espera que este curso favorezca la labor del Poder Judicial para el acceso efectivo a la justicia, el respeto y garantía de los principios de igualdad y no discriminación por identidad de género, reconociendo la incidencia de la identidad de género y otras categorías en la desigualdad social y discriminación, con las debidas precisiones conceptuales de diferentes categorías analíticas.

Las personas participantes también podrán identificar y reconocer los desarrollos normativos y jurisprudenciales más relevantes y los aspectos centrales de la Ley N° 21.120, especialmente en lo referido a la definición de identidad de género, principios y garantías asociadas al derecho la identidad de género y su incidencia en la decisión judicial, como también a los derechos de personas titulares del derecho a la identidad de género, el rol de quienes juzgan y a conocer y comprender los tipos de procedimientos establecidos en la Ley N° 21.120, de competencia de tribunales de justicia y de cara a la función judicial.

Palabras clave

Identidad de género — Ley N° 21.120 — Estándares internacionales — Jurisprudencia.

Índice de contenidos

Introducción	7
1. Marco teórico y conceptual sobre sexualidad e identidad de género	12
1.1 Perspectivas culturales de análisis de la sexualidad humana	13
1.1.1 La sexualidad en las manifestaciones cotidianas de la cultura humana	14
1.1.2 La mirada desde los discursos científicos que explican la realidad social	18
1.2 Aspectos biológicos, afectivos y sociales de la sexualidad humana. Hablando de sexo, de orientación sexual y de identidad de género.	30
1.2.1 La variedad infinita de la diversidad sexual	30
1.2.2 El sexo de las personas y sus distintas expresiones	32
1.2.3 La orientación sexual	35
1.2.4 Identidad de género	37
1.3 Identidad de género	39
1.3.1 El concepto de identidad	39
1.3.2 La diversidad en la identidad de género	45
1.3.3 Algunas precisiones conceptuales	51
1.4 Identidad de género en niños, niñas y adolescentes	54
2. Estándares internacionales para la protección del derecho a la identidad de género	59
2.1 La igualdad y la prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos	60
2.1.1 Igualdad y no discriminación en los Pactos internacionales de 1966	66
2.1.2 Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano	71
2.2 Principales instrumentos internacionales y el trabajo de órganos internacionales en los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos para el reconocimiento del derecho a la identidad de género.	80
2.2.1 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.	80
2.2.2 El sistema interamericano de derechos humanos en relación a la identidad de género. Criterios y estándares fijados.	84
2.3 Estándares internacionales sobre identidad de género y su aplicabilidad para el Poder Judicial	109
3. Ley N° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género	115
3.1 La realidad de las personas trans en Chile	116

3.2	La protección constitucional a la identidad de género y jurisprudencia chilena sobre identidad de género ante tribunales superiores y el Tribunal Constitucional, a 2020	121
3.3	Antecedentes generales sobre el origen de la idea de legislar en la materia, los fundamentos del proyecto de ley y la tramitación legislativa	124
3.3.1	Del origen y contexto de la idea de legislar en materia de identidad de género	124
3.3.2	De los fundamentos para la idea de legislar y las consideraciones tenidas en vista para elaborar el proyecto original	125
3.3.3	De algunos aspectos de la tramitación legislativa	125
3.4	Contenido de la Ley N° 21.120	129
3.4.1	Definición de identidad de género en la Ley N° 21.120 y elementos para la apreciación judicial	129
3.4.2	Principios relativos al derecho a la identidad de género	139
3.4.3	Garantías asociadas al derecho a la identidad de género	140
3.4.5	Procedimientos de solicitud de reconocimiento previstos en la Ley N° 21.120	142
3.4.6	Efectos de la rectificación de partida de nacimiento	142
3.5	De los procedimientos ante tribunales de justicia	143
3.5.1	Del procedimiento judicial para mayores de 14 años y menores de 18	143
3.5.2	Del procedimiento judicial para personas solicitantes con vínculo matrimonial vigente	155
3.6	El derecho a la identidad de género de personas menores de 14 años	157
3.7	Jurisprudencia chilena relevante sobre Ley N° 21.120	165
3.7.1	Información estadística	165
3.7.2	Lineamientos jurisprudenciales	167
3.8	Referencias a otros Estados que establecen procedimientos para el reconocimiento de la identidad de género de personas trans	180
4.	Políticas y estrategias del Poder Judicial asociadas a la identidad de género	181
4.1	Política de Igualdad de Género y No discriminación del Poder Judicial chileno	182
4.2	Acceso a la justicia de personas trans. Diferentes miradas desde las diversas funciones de las personas integrantes del Poder Judicial: una propuesta concreta.	185
4.3	Perspectiva de género, estereotipos e imparcialidad judicial en casos que involucran a personas trans	186
4.4	Reconocimiento de identidad de género para personas que integran el Poder Judicial	200
	Bibliografía	201

Introducción

Antecedentes generales sobre el reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género en Chile

En Chile no existe una institucionalidad que responda a las necesidades y demandas de las personas trans y la respuesta estatal ha sido de carácter sectorial: educación, salud, trabajo y justicia (Sepúlveda y Bustos, 2018). El rol de la sociedad civil organizada ha sido fundamental para hacer visibles la desigualdad y discriminación que les afecta (INDH, 2010, p. 113). En efecto, la discriminación que afecta a las personas trans es de carácter estructural, por lo que se ha planteado la necesidad de medidas especiales de equiparación (Abramovich, 2019; Informe INDH 2013, p. 165).

Existen informes e investigaciones que dan cuenta de las brechas en el ejercicio de derechos que afectan a las personas trans, generados desde la institucionalidad (INDH 2010, 2011, 2013, 2017) y desde las propias organizaciones de la sociedad civil, que han desarrollado una importante labor de incidencia política. Entre ellas destaca el trabajo de la Fundación Iguales, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh), la Asociación Organizando Trans Diversidades (OTD), Fundación Renaciendo, Fundación Todo Mejora, entre otras. En ese contexto, la situación de discriminación y violencia a la que se encuentran expuestos los NNA trans, específicamente, incluso ha sido motivo especial de preocupación para diversos órganos de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas (INDH, 2017).

A nivel nacional, el derecho a la identidad ha sido reconocido por medio de un desarrollo jurisprudencial que toma los estándares internacionales en la materia, como lo ha hecho la Excm. Corte Suprema. En la jurisprudencia judicial, además, se ha avanzado hacia el reconocimiento de la no patologización con algunas decisiones de los tribunales superiores de justicia, así como también hacia el respeto del nombre social de personas trans menores de 18 años. También hay reconocimiento en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional. En sentencia de 4 de junio de 2020, se ha establecido y

reconocido en los considerandos 6°, 8° y 9° el derecho a la identidad, recogiendo además de forma expresa estándares internacionales en la materia del sistema interamericano del cual Chile forma parte.

El mismo fallo anterior se refiere expresamente al derecho a la identidad de género en los considerandos 10° a 13° e, integrando el derecho internacional de los derechos humanos como derecho vigente en Chile, señala que no puede desconocerse que el derecho a la identidad de género emana de la dignidad humana, reviste un carácter personalísimo al moldear la vida de cada persona, constituyendo por ello uno de los aspectos más determinantes que permiten el desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad y, al encontrarse recogido implícitamente en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, es un derecho que emana de la naturaleza humana aludida en el artículo 5°, inciso segundo de la Constitución Política.

La Ley N° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género en Chile, y una revisión contextualizada a la realidad nacional desde su contenido y posibles problemas.

El principal problema jurídico en Chile para las personas trans ha sido 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.

Por mucho tiempo, las personas trans solicitaron su reconocimiento de identidad en documentos de identidad a través de la invocación de la Ley N° 17.344 y la Ley N° 4.808. Luego de varios años de tramitación, el 10 de diciembre de 2018 se publica en el Diario Oficial la Ley N° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

Para efectos de la 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.

Para efectos de la 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.

En materia de procedimientos, en tanto, la Ley N° 21.120 establece dos tipos: administrativo y judicial. El de carácter administrativo se realiza ante cualquier oficina del Servicio de Registro Civil, sin importar domicilio o residencia de la persona solicitante, y está destinado a las solicitudes de personas mayores de 18 años, sin vínculo matrimonial. Desde el punto de vista de los tribunales y su intervención, establece a los tribunales de familia competentes, de acuerdo al domicilio de la persona solicitante, tanto para personas mayores de 14 años de edad y menores de 18 años de edad como para personas mayores de 16 años y menores de 18 años de edad casadas, quienes pueden pedirlo personalmente.

En el caso del procedimiento de solicitud de rectificación de la partida de nacimiento de las personas mayores de 14 y menores de 18 años ante tribunales de familia, conforme lo regulan los artículos 12 a 17 de la ley citada, se ha contemplado en el artículo 23 de la misma ley la implementación de programas de acompañamiento profesional para niños, niñas o adolescentes cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, así como para sus familias.

El riesgo potencial de que, en los procedimientos judiciales en que intervengan adolescentes solicitando la rectificación del sexo y nombre en sus partidas de nacimiento, no se respete el bienestar completo e integral de tales adolescentes, sea por el propio tribunal como también por las personas progenitoras, cuidadoras adultas o integrantes de la familia extendida, así como por las personas profesionales que deban intervenir en tales procedimientos, sean del ámbito educativo, sanitario, sicosocial u otro, menoscabando el ambiente adecuado para asegurar la salud física y psíquica del adolescente como lo prescribe el artículo 16 de la Ley N° 21.120, así como otros derechos que les corresponden a niños, niñas y adolescentes (NNA), es uno de los tantos temas que se problematizan en este material docente. También, se problematiza la opción por la definición binaria de la Ley N° 21.120, que puede generar una tensión en la presentación de

solicitudes de personas “no binarias” o que se autoidentifican como de género fluido. Del mismo modo, este trabajo presenta de forma actualizada, al segundo semestre de 2020, estándares jurídicos en materia de reconocimiento de la identidad de género del sistema interamericano y jurisprudencia relevante dictada en Chile.

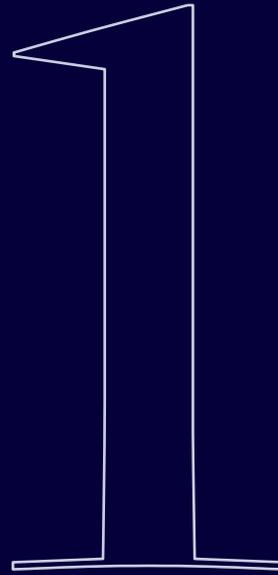
El objetivo general es que las personas que accedan a este material queden en condiciones de identificar los elementos conceptuales y normativos necesarios para el reconocimiento de las diversas identidades trans, como consideración indispensable para el abordaje de las causas en que deban intervenir los tribunales de justicia en el marco de la aplicación de los procedimientos que establece la Ley N° 21.120. Se espera con ellos favorecer 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 por identidad de género.

Como objetivos específicos, se espera que con este material docente sea posible:

- a. Identificar y comprender el significado de las categorías de sexo, género, orientación sexual, identidad de género y expresión de género, entre otras, reconociendo su incidencia en la desigualdad social y discriminación, con las debidas precisiones conceptuales de diferentes categorías analíticas.
- 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 identidad de género y las líneas jurisprudenciales internacionales más relevantes.
- d. Conocer, de forma general, la situación de derechos de las personas trans en Chile, desde un punto de vista social y normativo.
- e. Conocer los aspectos más relevantes de la Ley N° 21.120, especialmente en lo referido a la definición de identidad de género, los principios y garantías asociadas al derecho la identidad de género

y su incidencia en la decisión judicial, así como los derechos de personas titulares del derecho a la identidad de género y el rol de quienes juzgan.

- f. Conocer y comprender los tipos de procedimientos de competencia de tribunales de justicia establecidos en la Ley N° 21.120 de cara a la función judicial.
- g. Identificar la existencia de otras leyes de identidad de género.
- h. Conocer jurisprudencia relevante en relación a derechos de personas trans.
- i. Identificar las políticas y estrategias del Poder Judicial asociadas a la identidad de género.



Marco teórico y conceptual sobre sexualidad e identidad de género

Presentación

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

- Distintas perspectivas de análisis sobre la sexualidad humana
- Identidades de género y sexualidad humana
- Identidad de género e infancia y adolescencia

1.1 Perspectivas culturales de análisis de la sexualidad humana¹

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 solo 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 diversos discursos

1 Este apartado recoge aspectos abordados en el material docente "Curso sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género. El Caso Atala", elaborado para la Academia Judicial por la misma autora.

de tipo científico para explicar esa misma vida en sociedad, como ha sido relevado en otros espacios por esta misma autora (Gauché Marchetti, 2011; pp. 38-71).

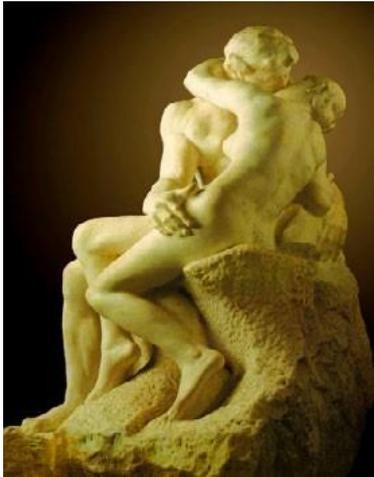
1.1.1 La sexualidad en las manifestaciones cotidianas de la cultura humana

En general, cuando se habla de “cultura” se piensa en su acepción más “clásica”, como constitutiva de aquello que Giddens denomina “los aspectos mentales más elevados”, llámense arte, literatura, música o pintura. Sin embargo, también debemos entender como comprensiva 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; p. 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 como se ha construido y se ha moldeado la civilización humana, quedando las mujeres y sus logros e historias relegadas a una especie de segundo lugar, misma realidad vivida por toda identidad sexual que se presente diversa al binario hombre/mujer y masculino/femenino. Como dice una autora, “hombres son los seres humanos cuyas vidas parecen ser casi las únicas dignas de ser contadas” (Renau, 2008; p. 16).

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



El beso, de Augusto Rodin (aprox. 1882)



El gran masturbador, de Salvador Dalí (1929)



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

El beso, de Augusto Rodin (aprox. 1882), es el reflejo del amor de dos amantes. Fuente: [Musée Rodin](#) (acceso: 24 de febrero de 2020).

El Gran Masturbador (1929), de Salvador Dalí, ha sido catalogado como el símbolo de las obsesiones sexuales del célebre artista español. Fuente: [Museo Reina Sofía](#) (acceso: 24 de febrero de 2020).

En el campo arquitectónico, la sexualidad también se ha visto reflejada. Un ejemplo es el *Templo de Kandariya Mahadevo*, construido en India en el año 1000 después de Cristo y ornamentado de esculturas con claras referencias sexuales y eróticas. Fuente: blog [La Guía 2000](#) (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 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 la época y ya marcaba pauta de que lo erótico estará siempre presente en la narrativa o en las diversas manifestaciones de la escritura.²

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 de 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

2 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.

historias de amor, como el propio relato que les da inicio y en torno al cual se estructuran los restantes: sobre el rey Shahriar, primero profundamente herido porque su esposa encontró el placer sexual en otro hombre, y luego profundamente enamorado de Scheherazade, que logra evitar su asesinato contando cada noche una nueva historia que deja inconclusa, obligando así al monarca a mantenerla viva para conocer el fin de cada historia.

En la literatura moderna, en tanto, existen obras consideradas clásicas ya sea del teatro o la narrativa, que incluso han sido llevadas al cine con gran éxito. Ejemplo de ello es la obra *Un tranvía llamado deseo*, del estadounidense Tennessee Williams, cuya historia gira en torno a la pasión desenfrenada que un marido rudo y violento ejerce sobre la mujer de clase acomodada que lo ha dejado todo por seguirlo.

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

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

En manifestaciones culturales más modernas y masivas, en tanto, la idea de la sexualidad también está presente de forma recurrente. Tal es el caso del cine, la televisión y la música. Hoy lo sexual y erótico suelen estar presente en las filmaciones, sea formando parte central del argumento o como parte de la trama en forma secundaria, e incluyendo de forma cada vez más recurrente también 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 comienzan a masificarse desde los años 90 en adelante. Uno es el premiado filme de 2005 *Brokeback Mountain* (*El secreto de la montaña*), sobre una relación homosexual en los años 60 en la que sus personajes, dos trabajadores de rancho, se reúnen mientras pastorean ovejas 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* (*El juego de las lágrimas*), de Neil Jordan, combinó el terrorismo con la intensa relación entre un agente y una mujer transexual; y, para 1999, *Boys Don't Cry* (*Los muchachos no lloran*) mostraría el caso de un hombre transgénero golpeado, violado y asesinado brutalmente en Nebraska al descubrirse que biológicamente no era hombre.

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

Desde *Mágnun* o *Miami Vice*, que en los años 80 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*, narrando las aventuras y desventuras sexuales de cuatro mujeres solteras en la gran urbe neoyorkina; pasando por *Will & Grace*, que puso abiertamente en las pantallas domésticas el tema de las relaciones y la vida de un profesional homosexual en pleno inicio de siglo XXI, o la reciente *Sex Education*, a través de la plataforma Netflix, que subraya la importancia de la sexualidad para los adolescentes.

La música, por su parte, en distintos tiempos y culturas siempre ha dado espacio a la sexualidad. También ha fomentado 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. Iconos de la música contemporánea, como David Bowie, Elton John, Boy George o Madonna, han basado su carrera no solo en el arte de cantar, sino también en el de seducir a partir del juego con su cuerpo o su propia sexualidad (o la particu-

lar definición de esta) y sus puestas en escena. En pleno auge de las revoluciones del siglo XX, el festival de música y arte Woodstock, de 1969, empezaba a asociar inequívocamente la paz y el amor con la música y esta, a su vez, con el placer del cuerpo, aunque a veces tal asociación no encontrara restricciones ni cuidados, configurando los excesos como la fuente principal del placer.

Incluso en el deporte, el discurso de la sexualidad ha encontrado vías de expresión, sobre todo desde la última década. La cuestión de “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. Prueba manifiesta de lo anterior 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 (niveles más altos de testosterona).

Como se puede apreciar, 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 variadas disciplinas que explican las realidades sociales la han incorporado en sus comprensiones. Ya sea para buscar explicaciones médico-científicas para 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.

Lo anterior, sin olvidar su presencia recurrente en los sistemas de creencias religiosas de las distintas culturas, o en los mitos y leyendas que han trascendido los tiempos y espacios, como es el caso de Eros y Afrodita de los griegos, hasta Cupido y Venus de los romanos, por citar algunos ejemplos. Eros es considerado el dios primordial responsable de la atracción sexual, el amor y el sexo, siendo también venerado como dios de la fertilidad. De él por cierto proviene la expresión “erotismo”. Cupido, en tanto, originado en el mundo romano, representa también hasta hoy al dios del amor; para algunos es el equivalente al griego Eros y significa en latín “deseo”, por lo que a él se le adjudica el surgimiento 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. En su obra *Psychopathia 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 después de Krafft-Ebing, el austriaco Sigmund Freud introduciría al discurso de la mente las explicaciones sobre ciertos comportamientos sexuales, siendo alabado y criticado tanto por

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.

mujeres, a quienes consideraba seres inferiores a los hombres por carecer de pene, como por homosexuales, a quienes calificaba de enfermos psiquiátricos de inversión o de sexualmente desviados.

A partir de la exploración del subconsciente, particularmente a través de la búsqueda de entendimiento de los sueños, Freud 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 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. 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 asexualada (Shibley Hide, 2006).

Pese al impacto de Freud y sus razonamientos, según alguna literatura quien inaugura la era de los “sexólogos” es el inglés Havelock Ellis, al derivar sus trabajos médicos propiamente hacia el estudio de la sexualidad humana. Ellis fue el primero en el gremio de los médicos y psicólogos en introducir revolucionarias ideas sobre el sexo, a comienzos del siglo XX, dando una mirada nueva y bastante más positiva a todo lo relacionado con la sexualidad humana. En su obra *Studies in the Psychology of Sex*, publicada en seis volúmenes entre 1897 y 1910, Ellis hizo un verdadero estudio de casos a través de autobio-

grafías y cartas personales, generando una importante contribución a partir de considerar la relatividad de los valores sexuales, más aun en el marco de lo que fue la llamada “era victoriana” en el siglo XIX.³

Su principal 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. Afirmó que se trataba de una condición congénita y que en consecuencia una persona nacía homosexual, no se hacía; es decir, no elegía esa condición y por ende no podía entonces ser sancionada por ello, o ser calificada como inmoral o criminal. Otras revolucionarias ideas de Ellis para su época fueron la defensa de la eugenesia, aunque solo respecto de una eugenesia selectiva por criterios de clase y raza; y la consideración de que la masturbación, aun la femenina, era una conducta normal y cumplía una positiva función de alivio a ciertas tensiones (Strong, y otros, 2005; p. 52).

Ya en el marco de la medicina moderna, y de lo que se suelen considerar parte de las investigaciones científico-académicas sobre sexualidad con marcado carácter biológico, gran revolución causó en su tiempo el estadounidense Alfred Kinsey con sus masivas encuestas sobre conducta sexual, en plena década del 40, en su país de origen. Su metodología consistió en realizar entrevistas confidenciales a cerca de 5.300 hombres y 5.900 mujeres, de raza blanca, de 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; pp. 14-15).

Kinsey 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

3 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 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.

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. Sus 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, las conclusiones de Alfred Kinsey han sido debatidas principalmente por el énfasis puesto en cuantificar los comportamientos sexuales, ignorando el componente o la dimensión psicológica y porque que los resultados obtenidos no son el reflejo de un grupo plenamente representativo de la población estadounidense (Strong y otros, 2005; pp. 53-54). No obstante, sus aportes constituyen un referente insoslayable 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, etc.), y una aproximación a la realidad sin prejuicios morales (Osborne, 2003; p. 15).

Junto a los estudios de Kinsey, otro referente contemporáneo sobre la sexualidad desde una perspectiva médica es el trabajo de William H. Masters y Virginia E. Johnson. El interés del médico William Masters en problemas sexuales como la eyaculación precoz, dificultades 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. Aún hoy son un re-

ferente casi obligado para hacer una aproximación interdisciplinaria a la sexualidad considerando la óptica médica, ya sea para compartir sus logros y aportes, 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, precisamente, este estudio de Masters y su ayudanta Johnson. Realizado con 382 mujeres y 312 hombres y a partir de la observación de 10.000 coitos, se le tiene generalmente como referente para el análisis de las diferencias en 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 ha formulado por cuanto ignoraron los factores cognitivos y por la selección no aleatoria de los participantes. El estudio de los investigadores sexuales Master y Johnson culminó en 1966, con la publicación del libro *Human Sexual Response*, en el cual describieron cuatro etapas dentro de la respuesta sexual: excitación, meseta, orgasmo y resolución. Entrado el siglo XXI, los resultados de Masters y Johnson siguen siendo citados (Shibley Hide, 2006; pp. 205-215).

De la misma época del estudio anterior data el libro *The Transsexual Phenomenon*, en el que el médico endocrinólogo alemán Harry Benjamín recogió los resultados de su pionero trabajo sobre *transexualidad*, término que él mismo venía acuñando desde la década del 50, después de recibir 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 más que psicológico, Benjamín ha pasado a la historia por el desarrollo de un modelo de reasignación para 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 de este, desarrollaron teorías o construcciones determinadas que hoy son un referente al momento de hablar de sexualidad. Más allá de la medicina y la psiquiatría, en el siglo pasado 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 una condición homosexual declarada y asumida en tiempos en que ello no era fácil, y por cuestionar desde el sexo al género, respectivamente, nombres de referencia obligada son los de Simone de Beauvoir, Michel Foucault y Judith Butler.

Con su obra *El segundo sexo*, la francesa De Beauvoir (1908-1986) aportó a la idea de la mujer como sexo construido socialmente, algo expresado en la clásica máxima que da inicio a su capítulo dedicado a la infancia: “No se nace mujer: se llega a serlo” (De Beauvoir, 1999; p. 207). Su obra 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 esta le 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; lo mismo ocurre, señala la autora, con las diferentes situaciones en que la vida sitúa a las mujeres: como esposas, madres, prostitutas, como ancianas.

Algo interesante en su investigación es la constatación que realiza 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 para las mujeres, el cual gira en torno a la idea de la “feminidad” a que están llamadas y en la que el matrimonio es el destino que la sociedad les ha concedido tradicionalmente, y respecto del cual reconoce los cambios que empieza a experimentar en los tiempos en que ella escribe: fines de la década del 40. Usando siempre la idea de que respecto a 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; p. 43).

Por su parte, el también francés Michel Foucault (1926-1984) desarrolló su trilogía *Historia de la sexualidad*, que comienza por un volumen en 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 pensamiento 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 erotica*. 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, que 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 a cuestas– cuando 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, considerando que solo era permisible el placer destinado a la procreación. Esto lleva a un discurso silenciado y reprimido sobre el sexo, que Foucault llama la “hipótesis represiva”. Dice que la historia de la sexualidad, centrada en los mecanismos de represión, tiene dos momentos de ruptura. El primero se produce durante el siglo XVII, en que nacen las grandes prohibiciones y se valora únicamente la sexualidad adulta y matrimonial; surgen imperativos de decencia, de evitación obligatoria del cuerpo, y silencios y

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 público de la vida humana y que es parte integrante en la construcción de la identidad y las relaciones sociales de cada persona.

pudores imperativos del lenguaje. El segundo momento se produce durante el siglo XX y a su entender corresponde a 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 extra-matrimoniales; 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 la 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 actual, constituyendo un buen documento histórico para entender la concepción de la sexualidad y las prácticas sexuales en los antiguos.

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 desarrolladas 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”. Butler afirma que no solo 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 *Deshacer 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 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 público 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 los estudios y lógicas de la política y el derecho, por ejemplo. 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”.

En un ejemplo ya clásico del ámbito de la teoría política, el estadounidense Robert Kagan, al hacer su análisis político sobre las relaciones entre Estados Unidos de América 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, Kagan señala -aparentemente para “denostar” a la Unión Europea- que esta es Venus, en lo que se podría ver como una clara alusión a su asimilación con una mujer y entonces, en su opinión, a la debilidad. Estados Unidos en tanto sería Marte, es decir, representa al hombre, al fuerte. Incluso más, la portada de su obra fue ilustrada en la traducción al español con un guante de boxeo con la bandera de los Estados Unidos de América 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. 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 inigualitaria 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 naturaleza cuando ello llega a ocurrir (Foucault, 2008; p. 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 ellas es la institución de la *manus*, entendida en términos simples como el poder que detentaba solo el padre (el *pater familias*) sobre los esclavos, los hijos y sobre su mujer, quien pasaba a una condición de subordinación asignada solo por ser tal.

Con la era cristiana nace un tiempo 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 será eje de varias instituciones jurídicas. Así, es solo 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 este pensamiento han sido la homosexualidad, la anticoncepción o la interrupción voluntaria de un embarazo, por ejemplo. En su trabajo sobre sexualidad, Michel Foucault argumenta precisamente que el siglo XVII fue el inicio de una época de represión –propia de las llamadas sociedades burguesas– en la cual, indica, aún estaríamos inmersos y en la 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 como 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 solo 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; p. 516).

Según el estudio de Foucault, 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 existían tres códigos explícitos que regulaban las prácticas sexuales: el derecho canónico, la pastoral cristiana y la ley civil; cada uno 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 (por ejemplo, sodomía o sexualidad en los niños) en que todo estaba más confuso (Foucault, 2008; p. 39). El análisis de Foucault resulta útil para comprender el impacto de la doctrina católica en el comportamiento sexual, pues pese al proceso de secularización que se vivió desde fines del siglo XIX y fundamentalmente en el siglo XX, dicha doctrina cristiana –así como en general otras religiones también– siguen teniendo un enorme impacto en el mundo en la forma en que muchos viven y manifiestan su sexualidad.

Se llega así, en algunos casos, 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 o la dificultad para dar a conocer la posición oficial sobre temas y derechos de las personas.

Así las cosas, el empoderamiento que ha surgido desde 1945 a partir del reconocimiento de los derechos humanos como límite a las potestades estatales, 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 progresivamente logrando avances sustanciales en los discursos jurídicos referidos a la sexualidad.

1.2

Aspectos biológicos, afectivos y sociales de la sexualidad humana. Hablando de sexo, de orientación sexual y de identidad de género.⁴

1.2.1 La variedad infinita de la diversidad sexual

La sexualidad humana involucra más que el sexo de una persona, pues incluye cómo se percibe 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, ya 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 contempo-

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.

⁴ Se recomienda revisar como complemento el apartado 1.4, "Desarrollos en torno al concepto de género", del material docente "Curso sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género. El Caso Atala", elaborado para la Academia Judicial por la misma autora.

ráneas. 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.

Por siglos, las mujeres han sido las principales 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, quienes desde sus cuerpos o afectos han desafiado la “normalidad” fijada por los binarios sexuales “hombre/mujer” y sus consecuencias, se han visto limitados 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 conforme con esa normalidad, definida por cuerpos de hombres o mujeres, heterosexuales y viviendo su género conforme con el 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 por el solo hecho de la diferente valoración que se hace de sus identidades desde las construcciones sociales.

Con el tiempo, en los planos sociales, políticos, mediáticos y hasta jurídicos, la sigla LGBT (hoy también LGBTIQ+ al integrar a la intersexualidad, las identidades *queer* y otras) pasó a usarse como sinónimo de “minorías sexuales” y de “diversidad sexual”.

La Corte IDH 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 asimismo 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).

1.2.2 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)
- lo gonadal (glándulas reproductivas sexuales: testículos y ovarios)
- lo morfológico interno (determinado luego de tres meses de gestación: vesículas seminales-próstata/vagina-útero-trompas de Falopio)
- lo morfológico externo (genitales: pene-escroto/clítoris-labios)
- lo hormonal (andrógenos y estrógenos)

- lo fenotípico (características sexuales secundarias: pelo facial/senos)
- lo asignado y el género de crianza
- la identidad sexual.

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.

1.2.2.1 La intersexualidad

En relación a los distintos componentes asociados a cada uno de los sexos que se suelen reconocer (hombre/mujer), hay que precisar que existen personas en que los cromosomas, gónadas y genitales no corresponden al “estándar” aceptado de hombre/mujer. 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: blog [Brújula Intersexual](#), consultado el 25 de noviembre de 2020).

Intersexualidad se refiere a 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 (Humanos, 2017).

Una expresión de intersexualidad es el hiperandrogenismo (niveles más altos de testosterona) y un ejemplo de ello es el caso, mencionado en un acápite anterior, de la atleta intersex y lesbiana Caster Semenya.

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 1º: “Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme con su propia identidad de género, con independencia de cual 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 “continuo” (*continuum*), para referir a que la construcción identitaria se puede expresar más allá de los extremos “hombre” y “mujer”, 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 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, señala, 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, pp. 98-119; Saldivia, 2017, pp. 35-61).

1.2.3 La orientación sexual

La orientación sexual de una persona tiene que ver con la atracción amorosa, afectiva, erótica o sexual hacia otras personas, de 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” (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).

Hoy la literatura, así como las reivindicaciones identitarias desde el mundo social y activista, demuestran 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)
- solo hacia personas con quienes se ha desarrollado vínculo emocional o romántico (demisexualidad).

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

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 una persona, en el marco de un proceso en que no existen razones solo biológicas, sino una combinación de factores también ambientales y sociales.

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 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 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, entonces, ha sido la heterosexualidad la orientación sexual que se ha entendido como la más frecuente y se ha presentado como la “normal” o “correcta”. Así se ha visto reflejada 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. Muchas instituciones normativas, como el derecho regulador de la familia y la filiación, se han establecido bajo la premisa de la heteronormatividad:

“[S]esgo 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 una persona, en el marco de un proceso en que no existen razones solo 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 **únicamente** de las miradas heterosexuales. Desde 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 legitimada en la agenda de los Estados y las organizaciones internacionales, promoviendo 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 IDH 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 además de forma especial a las mujeres lesbianas, respecto de quienes se ha visto la homofobia con características diversas (Viñuales, 2002), es el tema de 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; p. 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).

1.2.4 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 es lo masculino o lo femenino.

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.

“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” (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).

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 ocurre 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 Identidad de género

1.3.1 El concepto de identidad

Para el diccionario de la Real Academia Española, identidad es el “conjunto de rasgos propios de un individuo 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, 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 lo anterior podemos agregar que es un concepto dinámico, que tiene que ver con el ser mismo de cada quien, con cómo cada quien se ve a sí mismo 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 individuo 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; p. 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 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 éstos 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; pp. 189-190).

La identidad surge a partir de una construcción **única para cada persona**. En esta construcción tiene especial importancia el proceso que los expertos denominan de “socialización”, para referir a las maneras en que la sociedad transmite al individuo sus normas o expectativas en cuanto a su comportamiento (Shibley Hide, 2006; pp. 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). En este proceso tienen inci-

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–.

dencia 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; pp. 65-72). La construcción y determinación de la identidad de una persona es entonces compleja y dinámica, lo que a su vez determina que existan tantas identidades como personas o sujetos.

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; p. 189).

En cuanto proceso complejo, dinámico y único, la sexualidad es determinante y parte de aquella construcción. 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, entendidas 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.

El “**derecho a la identidad**”, entendiéndolo 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. Esto es relevante, ya que no reconocer el derecho a la identidad expone entonces a las personas a mayor vulnerabilidad, sea en la forma de discriminación (exclusiones, distinciones o restricciones en el ejercicio de derechos) o de 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 contenciosa 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 especialmente significativo lo aporta 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 IDH, 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 este va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad

del individuo, 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).

Asimismo, 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 una persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad (Gauché Marchetti, 2018; pp. 175-222).

En su jurisprudencia consultiva, en tanto, y a propósito de las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre y la identidad de género, la Corte Interamericana ha señalado:

“Respecto al derecho a la identidad, esta Corte ha indicado que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. El derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen. De esta forma, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos, no obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. Además, el derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente. Por otra parte, este

Tribunal ha indicado que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana)” Humanos, 2017).

En Chile, el Tribunal Constitucional ha reconocido en 2020 el derecho a la identidad, también a través de la doctrina de los derechos implícitos. En sentencia de 4 de junio de 2020, señaló:

NOVENO: Sin perjuicio de que el derecho a la identidad personal no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución chilena, diversas sentencias de esta Magistratura lo han reconocido como un derecho de carácter implícito, ya que emana de la dignidad humana y, al encontrarse recogido implícitamente en diversos tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, es uno de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a los que alude el artículo 5° inciso 2° constitucional.

Sentencia TC rol N° 7670-19-INA, 4 de junio de 2020.

En similar sentido se pronunció la Excma. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de mayo de 2018, al acoger un recurso de casación en el fondo ante la confirmación, por la Corte de Apelaciones de Santiago, de una sentencia de primera instancia que rechazó una solicitud de cambio de nombre y sexo en conformidad a las leyes N° 17.344 y N° 4.808.

NOVENO: Que por su parte el Tribunal Constitucional chileno ha señalado expresamente la vinculación existente entre el derecho a la identidad y la dignidad de las personas “el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1°, inciso 1°, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra”. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para el juez le brinde adecuada protección, preci-

samente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país. La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer. Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límites de la soberanía, debiendo los órganos del estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (TC rol 1611-10).

Sentencia CS rol N° 70.584-2016, 29 de mayo de 2018.

1.3.2 La diversidad en la identidad de género

La identidad de género, como se señaló, guarda relación con la manera en que se siente cada persona frente a sí misma y con su adscripción individual a lo que cada sociedad considera es lo masculino o lo femenino. Es la vivencia 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. Cuando no existe tal coincidencia se habla de personas “trans” y cuando dicha coincidencia existe, se habla de personas “cis”.

1.3.2.1 ¿Qué significa ser una persona “trans”?

Se entiende en general que persona “trans” 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).

Es ampliamente entendido que la letra “T” en la sigla LGBTI representa el término “trans” como término paraguas. Esta es la lógica bajo la cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptó la denominación para su Relatoría LGBTI y bajo la cual utiliza la sigla LGBTI en su trabajo de promoción y monitoreo (Humanos, 2020).

Persona trans o persona transgénero puede incluir a personas que se autoidentifican como:

- transgéneros
- transexuales
- travestis
- transformistas
- de otras identidades diversas
- de género fluido
- de género no binario.

1.3.2.2 ¿Qué identidades “trans” podemos reconocer?

Persona transexual: aquella que se siente y se concibe a sí misma como persona perteneciente al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y opta por una intervención médica -hormonal, quirúrgica o ambas- para adecuar su apariencia físico-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”, pero ser transexual no tiene ninguna relación con la orientación sexual, esto es, 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.

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 al que social y culturalmente están asociadas por el sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo (Humanos, 2017)

Persona transformista: hombre o mujer que representa personajes del sexo opuesto para espectáculos.

Otras identidades diversas: dentro de la categoría transgénero también se han ubicado otras terminologías tales como *cross-dressers*, quienes ocasionalmente usan atuendos propios del sexo opuesto; *drag queens*, hombres que se visten como mujeres exagerando rasgos femeninos, generalmente en contextos festivos; *drag kings*, mujeres que se visten como hombres exagerando rasgos masculinos, generalmente en contextos festivos, y transformistas, hombres o mujeres que representan personajes del sexo opuesto para espectáculos (Humanos, 2012).

Identidades no binarias o fluidas: el sistema binario del género/sexo, entendido como un modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan dos –y solo dos– categorías rígidas, a saber, masculino/hombre y femenino/mujer, excluye a aquellas personas que no se enmarcan dentro de las dos categorías, como las personas trans o intersex (Humanos, 2017).

Esto ha significado, en la práctica, que las identidades trans usualmente se construyan desde dicho sistema binario (mujeres trans y hombres trans). Sin embargo, esta binarización de las identidades

trans no es correspondiente a la realidad. Así, por lo demás, lo ha reconocido en el año 2020 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al señalar que:

En el continente americano es sumamente rico, diverso y variado el universo de personas que reivindican para sí identidades o expresiones de género que de alguna manera desafían o cuestionan el sistema el binario de género cisnormativo. Asimismo, considerando los múltiples factores culturales, raciales, generacionales, históricos, sociales y políticos resulta imposible abordar este universo de expresiones e identidades como un todo homogéneo que responda a los mismos parámetros, definiciones y posicionamientos (Humanos, 2020).

Antes, en 2017, el mismo sistema interamericano de derechos humanos ya había reparado en que, al abordar estas temáticas:

[S]uelen 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 (Humanos, 2017).

Por todo ello, la Corte IDH ha procurado en sus instrumentos evitar hasta donde sea posible 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 (Humanos, 2017).

Esto, por lo demás, es consecuencia del debido respeto al principio de autopercepción y autodeterminación de la identidad de cada persona, desarrollado como un estándar en el mismo sistema interamericano.

93. En relación con la identidad de género y sexual, esta Corte reitera que la misma también se encuentra ligada al concepto de

libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada (Humanos, 2017).

94. En este punto, corresponde recordar que la identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales. En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad (Humanos, 2017).

95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género autopercebida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí

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.

mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad (Humanos, 2017).

En 2020, el mismo sistema interamericano ha señalado que:

74. La Comisión tiene conocimiento de las divergencias terminológicas que existen en la región y cómo las categorías identitarias varían según los procesos culturales, históricos y políticos de cada contexto y lugar. En este sentido, la CIDH entiende que mientras que algunos términos pueden ser reivindicados por algunos grupos de personas, esos mismos términos pueden ser concebidos de manera diferente por otros, o incluso pueden ser rechazados o haber caído en desuso por ser considerados ofensivos o patologizantes. La CIDH subraya que la elección personal de una u otra categoría no puede tener implicancias legales en punto a habilitar o restringir el pleno ejercicio del derecho a la identidad de género y/o la autonomía personal. Por el contrario, estas decisiones forman parte del conjunto de potestades que pertenecen exclusivamente al ámbito de autodeterminación personal y al fuero íntimo de cada persona (Humanos, 2020).

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 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 propia Corte IDH 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..." (Humanos, 2017).

Material de apoyo

- Opinión Consultiva [24/17](#) Corte IDH, de 24 de noviembre de 2017. Apartado “Glosario”, párrafos 30 y siguientes.
- Informe sobre Personas Trans y de Género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 7 de agosto de 2020. [Apartado C](#), “Una aproximación a las identidades de género diversas reivindicadas en las Américas”; párrafos 66 y siguientes.

1.3.3 Algunas precisiones conceptuales

1.3.3.1 Expresión de género

De acuerdo al sistema interamericano de derechos humanos, por expresión de género se entiende la manifestación externa del género de una persona a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado, la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, en 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 autopercebida (Humanos, 2017).

A su vez, la Corte Interamericana ha hecho la relación, en particular, entre la manifestación de la identidad y la protección del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, que reconoce el derecho a la libertad de expresión. Desde esa óptica, interferir arbitrariamente en la expresión de los distintos atributos de la identidad puede implicar una vulneración a ese derecho (Humanos, 2017).

En el ámbito chileno, la Ley N° 21.120 en su artículo 4°, a propósito de las garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género, establece que toda persona tiene derecho:

Al reconocimiento y protección de la identidad y expresión de género. Se entenderá por expresión de género la manifestación externa del género de la persona, la cual puede incluir modos de

hablar o vestir, modificaciones corporales, o formas de comportamiento e interacción social, entre otros aspectos.

1.3.3.2 Identidad de género y orientación sexual

Si un hombre trans:

- siente atracción amorosa y erótica por los hombres, se estará en presencia de una persona trans gay;
- siente atracción amorosa y erótica por las mujeres, se estará en presencia de una persona trans heterosexual.

Si una mujer trans:

- siente atracción amorosa y erótica hacia las mujeres, se estará en presencia de una persona trans lesbiana;
- siente atracción amorosa y erótica por los hombres, se estará en presencia de una persona trans heterosexual.

Si una mujer o un hombre trans:

- siente atracción hacia personas de ambos sexos, se estará en presencia de una persona trans bisexual.

1.3.3.3 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, asociándose a malestar, ansiedad, irritabilidad o depresión.

Por la incidencia que esta asimilación puede tener en la patologización de las personas trans, es importante aclarar que:

- La condición de trans de una persona, sea niño, niña, adolescente o adulta, **no es una enfermedad**.
- Una persona trans **no necesariamente tiene disforia de género**, pues 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 de vivir en **sociedades transfóbicas que no les reconocen su identidad.**

La transfobia ha sido conceptualizada por la Corte IDH 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; p. 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 V 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, acrónimo del inglés “*Stop Trans Pathologization*”.

1.3.3.4 Cisnormatividad

La cisnormatividad ha sido conceptualizada por la Corte IDH como una “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” (Humanos, 2017).

1.4 Identidad de género en niños, niñas y adolescentes

Desde hace varios años, 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 a la 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, de niñas o adolescentes que reclaman el derecho de interrumpir voluntariamente un embarazo o que son víctimas de vulneraciones graves a su indemnidad sexual.

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.

En todo caso, desde antes de la formalización 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 Naciones Unidas, los teóricos ya venían estudiando 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 explicación de la sexualidad en la infancia son el del psicólogo suizo Jean Piaget (1896-1980), conocido como “teoría del desarrollo cognitivo”, y el que elaboró Erik Erikson (1902-1994), llamado “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, por su descripción de la personalidad humana 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” por su parte opera según el principio de la realidad y mantiene el “ello” a raya, buscando interacciones realistas y racionales con los demás. El “superyó”, en tanto, es la conciencia que contiene los valores e ideales que se aprenden de la sociedad y opera sobre la base del idealismo, inhibiendo los impulsos del “ello” y procurando para el “yo” 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 este modelo, cinco estados de desarrollo psicosexual en el ser humano.

- **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”.
- **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.
- **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, em-

pezando por las evidentes diferencias observadas en la forma de los genitales y terminando en intereses, modos de ser y de vestir, etcétera.

- **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.
- **Quinto:** en la pubertad. Entran aquí los niños en una “etapa genital” en la que comienza el verdadero interés sexual a partir de actividades sexuales con los genitales, especialmente teniendo relaciones sexuales con otro u otra. 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 en este desarrollo, según Freud, es la que llama “fálica”; en ella, afirma el austriaco, los niños desarrollan interés sexual en sus madres (“complejo de Edipo”) y las niñas desarrollan interés y enamoramiento hacia el padre (“complejo de Electra”), pero estas, 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 unas de las fases más importantes del desarrollo de cada ser humano según el médico vienés, son un referente recurrido cuando se trata de ver explicaciones sobre las variantes de la sexualidad humana, aunque con los años sus conclusiones han sido muy discutidas y principalmente por dos razones: la falta de estudios empíricos y la inadecuada descripción del desarrollo femenino (Strong y otros, 2005; p. 51).

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 que no se da naturalmente e interfiere en gran medida el contexto en el que el adolescente se desarrolla: su socialización. Más bien, 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, para ir reconociendo que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a determinar su identidad sexual y 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. Sobre la materia, existen estudios que han puesto en evidencia los estándares que existen y su problematización (Arango, 2017 págs. 127-146).

En línea con lo anterior, 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, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, se encuentra la identidad. Agregando 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. 8) 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 niños y niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos, debiendo contar con medidas especiales de protección dada su condición, y reafirmando asimismo 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).

Videos de apoyo

- La historia de Tiziana y su sueño (Salta, Argentina).
- La clase de baile (2013).
- Sobre interés superior y autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes: Mónica González Contró (abogada, académica UNAM y docente de la Academia Judicial).
- Una mirada sobre la infancia trans en el caso chileno: Mónica Flores (psicóloga Fundación Renaciendo y docente de la Academia Judicial).

Material de apoyo

- Violencia contra personas LGTBI: Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 12 noviembre 2015. Capítulo 5 (Violencia e intersección con otros grupos), sección D (Niños, niñas y adolescentes), párrafos 301-330.
- Encuesta Nacional de Clima Escolar en Chile 2016: realizada por la Fundación Todo Mejora.
- Encuesta T: desarrollada por iniciativa de OTD.
- Informe Anual de Derechos Humanos: Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH); capítulo 3, “Realidad y desafío niños, niñas y adolescentes trans e intersex en contextos de salud y educacionales”.



Estándares internacionales para la protección del derecho a la identidad de género

Presentación

Entrega los principales aspectos normativos y jurisprudenciales en relación a protección contra la discriminación por identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos.

**Síntesis de
contenidos**

- La importancia de la igualdad y no discriminación como obligación de derecho internacional.
- Principales instrumentos internacionales para la protección de derechos de personas trans.
- Jurisprudencia internacional relevante.

2.1 La igualdad y la prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos⁵

Hasta mediados 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 era el Estado y las relaciones al interior de los mismos no eran –por regla general– reguladas por este sistema jurídico.

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 que el derecho interno tuviera regulaciones distintas o

5 Se recomienda revisar como complemento el apartado 2, “Estándares internacionales en materia de igualdad y no discriminación” del material docente “Curso sobre Estándares Internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género. El Caso Atala”, elaborado para la Academia Judicial por la misma autora.

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

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, principalmente a través de tratados internacionales, ha contribuido a una evolución del derecho internacional que ha significado ir limitando progresivamente la libertad de acción de los Estados en dominios que estaban entregados tradicionalmente a su propio arbitrio, lo que 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, en su artículo 27 codificó un principio universalmente aceptado 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 obligatoriedad de cumplir de buena fe los compromisos 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 indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fun-

damentales 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 a 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 IDH) 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 relación con los mecanismos internos de los países, lo que se manifiesta en el requisito de “agotamiento de los recursos internos”, 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 los 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.

Sistemas internacionales de derechos humanos

Sistema universal: al amparo de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Sistemas regionales:

- **Europeo**, al amparo del Consejo de Europa (no Unión Europea).
- **Interamericano**, al amparo de la Organización de Estados Americanos (OEA).
- **Africano**, desarrollado al alero de la Unión Africana.

Dentro del sistema universal, los Pactos internacionales de derechos humanos adoptados en el año 1966 son relevantes pues configuran 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, por su vocación de universalidad.

La **Carta Internacional de Derechos Humanos** se entiende integrada por los siguientes textos:

- La **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (1948): en su artículo 1º establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, agregando en su artículo 2º 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 7º 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. Esta 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”. Así, se otorga derechos iguales a hombres y mujeres en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. El artículo 23, en tanto, garantiza a todos el derecho a igual salario por trabajo igual.

- **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 a partir de 1976.⁶ El PIDCP se complementa con dos Protocolos Facultativos. El primero (en vigor desde 1976) incluye el mecanismo de quejas individuales.⁷ El segundo (en vigor desde 1991) va destinado a abolir la pena de muerte.⁸ El PIDESC, en tanto, cuenta con un Protocolo Facultativo de 2008 para quejas individuales, en vigor desde 2013.⁹

Además de la Carta Internacional de Derechos Humanos, existe un conjunto de tratados específicos, algunos adoptados incluso antes de que se llegara a los Pactos de 1966 y que conforman lo que se suele llamar “Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas (o del sistema universal)”.

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 “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”.

6 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.

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

8 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.

9 Chile firmó este Protocolo en 2009, pero no lo ha ratificado.

Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas(o del sistema universal)

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 Protocolo para Quejas Individuales a la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (1979)	1979	Sí
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: [United Nations Treaty Collection](#).

2.1.1 Igualdad y no discriminación en los Pactos internacionales de 1966

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

consagra las ideas de igualdad y no discriminación en varios de sus artículos. Las normas más relevantes son, a estos fines, los artículos 2º.1 y 26.

El artículo 2º.1º, a propósito del compromiso de los Estados parte de respetar y garantizar los derechos del Pacto sin distinción, eleva entonces a rango de norma convencional –y por tanto obligatoria para los Estados– la prohibición de discriminar, lo cual 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 específica 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 referidos a la igualdad y no discriminación:

- 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 solo lo refiere en el Preámbulo y en el artículo 16, a propósito del derecho de hombre y mujer a casarse y formar una familia);

- 4^o.1^o (en relación a que, en los casos de situaciones excepcionales de suspensión de las obligaciones del Pacto, esta suspensión no debe entrañar discriminación alguna);
- 14 (a propósito de la igualdad de toda persona ante los tribunales y cortes de justicia);
- 20.2^o (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);
- 23.4^o (a propósito de la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos en cuanto al matrimonio);
- 24.1^o (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 su artículo 2^o la obligación estatal de no discriminar a los niños);
- 25 (a propósito del ejercicio de derechos por los ciudadanos);
- 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), el cual, 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: a) recibir quejas individuales y b) emitir comentarios generales sobre los artículos del PIDCP.

El concepto, alcance y sentido de la idea de discriminación del PIDCP ha sido complementado y ampliado a través del trabajo del CDH, 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, 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 entregado 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:

“[T]oda 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”.¹⁰

Para el Comité de Derechos Humanos de la ONU:

- Discriminación no significa igualdad en el 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** (PIDESC) también trae referencias a la no discriminación, incluyendo además las ideas de igualdad y tolerancia en varios de sus artículos.

La principal norma en relación a la idea de discriminación es el artículo 2º.2, que en lo general se refiere a las medidas que deben adoptar los Estados -por separado o a través de la asistencia y coope-

ración internacional- para lograr la plena efectividad de los derechos que reconoce el PIDESC, y sobre lo que ha habido un importante desarrollo en el trabajo del órgano de control respectivo.

“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:

- 2º.2 (referido a la adopción de medidas por parte de los Estados para garantizar los derechos del Pacto);
- 3º (a propósito de la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de los derechos que reconoce el Pacto);
- 7º.a.i. (a propósito de la igualdad de salario por trabajo de igual valor, sin distinciones);
- 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);
- 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:

- normalmente son obligaciones de medio y no de resultado y
- quedan sometidas al principio de *desarrollo progresivo*.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), *órgano* que vigila la implementación del Pacto, ha señalado 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 y una de ellas es que los Estados se comprometen a garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación¹¹, lo que transforma esta obligación en una de comportamiento, habiéndose 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 Pacto.¹²

El mismo CDESC 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”.¹³

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 social¹⁴, 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.

Asimismo, ha dicho el Comité en el año 2000¹⁵ que deben terminarse las discriminaciones *de iure* y *de facto* que afecten el goce de esta clase de derechos. Además, que el Pacto no solo obliga a los Estados a desistirse de cualquier comportamiento discriminatorio y a modificar las leyes y prácticas que permitan la discriminación, sino que también establece el deber de los Estados parte de prohibir a los particulares y

11 Doc. NU E/1991/23.

12 Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 7.

13 Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 15.

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

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

a los organismos (terceros) practicar la discriminación en cualquiera esfera de la vida pública.¹⁶ 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, a través de la referida Observación General N° 20¹⁷, relativa a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales conforme el tenor del artículo 2.2 ya citado:

“[P]or 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 Pacto”.¹⁸

Material de apoyo

- Igualdad y no discriminación en el sistema universal: profesor Nicolás Espejo (asesor ONU).
- Igualdad y no discriminación en el sistema europeo: profesor Tomás Vial (investigador DD. HH.).

2.1.2 Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano

La Carta de la Organización de Estados Americanos, en su 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”.

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

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

18 Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 7.

También se encuentra, en el artículo 45 de la misma Carta, una disposición similar 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: “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 su artículo 2º, señala:

“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 IDH, órganos que han sostenido que es fuente de obligaciones para los países miembros de la OEA.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte en su 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 en su artículo 20, letra a, establece:

“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, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, conocida también como **Pacto de San José de Costa Rica**, fue suscrito durante la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969, y en vigor desde el 18 de julio de 1978.¹⁹ Contiene la referencia a la discriminación en el artículo 1º.1º, 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”.

19 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 que se depositó el instrumento de ratificación, y esta fue promulgada a través del Decreto Promulgatorio N° 873, de

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 de su articulado, es posible ver que la igualdad y la no discriminación son relevantes para 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).
- 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 deben 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).

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 23 (sobre derechos políticos, los cuales pueden ser restringidos solo 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 contra 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:

- **Protocolo Adicional al Pacto de San José de Costa Rica o Protocolo de San Salvador, de 1988, en vigor desde 1999²⁰:** en su artículo 3º establece la obligación de no discriminación en el ejercicio de los derechos que se enuncian en el Pacto, “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).**

20 Fue firmado por Chile en el año 2001, pero a enero de 2021 no ha sido aún ratificado.

- **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).**

Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia:

AG/RES. 2804 (XLIII-O/13), 5 de junio de 2013

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 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.

En la siguiente página se pueden observar dos tablas relacionadas con la jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos.

Jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos

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 Álvarez	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
Personas dominicanas y haitianas expulsadas	República Dominicana	2014
Norín Catrimán y otros	Chile	2014
Duque	Colombia	2016
Freire	Ecuador	2016
Azul Marín	Perú	2020

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

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

Material de apoyo

- Compendio. Igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019).
- Reconocimiento de derechos de personas LGBTI: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019).
- Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019).

2.2 Principales instrumentos internacionales y el trabajo de órganos internacionales en los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos para el reconocimiento del derecho a la identidad de género.

2.2.1 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, 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.

A diferencia de lo que ocurrió con el sexo como 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, que se fue creando un marco de protección y reparación frente a las discriminaciones por orientación sexual o identidad de género. Ello fue ocurriendo a través de dos posibles caminos jurídicos: la tendencia a la interpretación amplia de la expresión “sexo” y 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”:

Refiere a una comprensión de la categoría “sexo” que incluye toda manifestación de la sexualidad por la cual una persona puede ser discriminada.

Desde el punto de la protección de los derechos, 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 con 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 tales, 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 en 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 solo por confesar homosexualidad).

Desde el año 2012, con la sentencia dictada en el caso *Atala e hijas contra Chile*, la Corte IDH 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.

2.2.1.1 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 parte 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 llegados al TEDH tiene que ver con la cuestión principal del derecho a contraer matrimonio (consagrado en el artículo 12 del TEDH) aplicado a 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.

El primer 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 por el 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 en aquellos años, en este primer 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.

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 los casos Rees contra Reino Unido (1986) y 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.

Discriminación en el derecho a la vida privada: segunda etapa jurisprudencial

El punto de inflexión en el derecho de los transexuales al matrimonio, así como el inicio de una segunda línea argumental por el sistema europeo de derechos humanos, lo marcan las sentencias de los casos I. y Christine Goodwin contra Reino Unido (2002). El TEDH deja aquí 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 en cuanto a obtener un reconocimiento jurídico de su conversión sexual.

Este cambio de rumbo señala el inicio de una aproximación al tema entendiéndolo vinculado a la sexualidad humana y como cuestión de derechos desde la óptica social y legal, más que desde la perspectiva médico-psicológica, siendo abordado por juristas en ese sentido. A propósito de las sentencias I. y Goodwin o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH, ver Sanz, Susana, 2003 (I).

2.2.2 El sistema interamericano de derechos humanos en relación a la identidad de género. Criterios y estándares fijados.

2.2.2.1 Opinión Consultiva 24/17, de 24 de noviembre de 2017

Conforme indica el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos pueden consultar a la Corte IDH 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, 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 IDH, 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 interamericano 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 al artículo 1º de la Convención.
- c. La protección que brindan los artículos 11.2 y 24, en relación con el artículo 1º de la CADH, al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

El 24 de noviembre de 2017 fue pronunciada la Opinión Consultiva 24/17: “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, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En lo que refiere a estándares fijados en relación a la identidad de género, se debe relevar de ella lo siguiente:

**Se reconoce como derecho implícito, a su vez,
en el marco del reconocimiento del derecho a la
identidad en el sistema interamericano y su
relación con otros derechos.**

88. Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención. De esa forma, de conformidad con el principio del libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses. (Humanos, 2017; párrafo 88)

93. En relación con la identidad de género y sexual, esta Corte reitera que la misma también se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada (supra párr. 87). Así, frente a la identidad sexual, este Tribunal estableció que la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad, en el que también influye la orientación sexual de la persona, la cual dependerá de cómo esta se autoidentifique. (Humanos, 2017; párrafo 93)

94. En este punto, corresponde recordar que la identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal

del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales (supra párr. 32.f). En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad. (Humanos, 2017; párrafo 94)

95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género autopercebida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad. (Humanos, 2017; párrafo 95)

96. Por otra parte, el Tribunal considera que el derecho a la identidad, y en particular la manifestación de la identidad, también se

encuentra protegido por el artículo 13 que reconoce el derecho a la libertad de expresión. Desde esta óptica, interferir arbitrariamente en la expresión de los distintos atributos de la identidad puede implicar una vulneración a ese derecho. Ahora bien, respecto a la exteriorización de la identidad, esta Corte ha indicado en el caso *López Álvarez vs. Honduras* que uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que este implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento. En esa Sentencia, la Corte analizó la lesión la libertad de expresión y a la individualidad del señor López Álvarez toda vez que éste había sido impedido de utilizar el idioma garífuna, lo cual constituye un elemento profundamente e intrínsecamente vinculado a su identidad. Asimismo, el Tribunal consideró en ese caso que dicho vulneración adquirió una especial gravedad ya que afectó su dignidad personal como miembro la comunidad Garífuna. (Humanos, 2017; párrafo 96)

97. En atención a lo previamente indicado, la Corte coincide con la Comisión cuando esta señala que la falta de reconocimiento de la identidad de género o sexual podría resultar en una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares cisnormativos, o heteronormativos con lo cual se envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares “tradicionales” no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos. (Humanos, 2017; párrafo 97)

98. Visto lo anterior, esta Corte entiende que la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación. Sobre este punto, esta Corte señaló, en los mismos términos que la Asamblea General de la Organización de

Estados Americanos, “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios [que] facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”. Por tanto, la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos. (Humanos, 2017; párrafo 98).

100. De acuerdo con ello, el Estado, en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas. La Corte opina que esa protección no se refiere simplemente al contenido de esos derechos, sino que a través de ella, el Estado también estaría garantizando la plena vigencia y ejercicio de otros derechos de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer.

101. De conformidad con lo anterior, se puede concluir lo siguiente:

- a) Se desprende el derecho a la identidad del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada (supra párrs. 88 y 89);
- b) El derecho a la identidad ha sido reconocido por este Tribunal como un derecho protegido por la Convención Americana (supra párr. 90);
- c) El derecho a la identidad comprende, a su vez, otros derechos, de acuerdo con las personas y las circunstancias de cada caso, aunque se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida y con el principio de auto-

mía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana) (supra párr. 90);

d) El reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas que se encuentra protegido por la Convención Americana en sus artículos 7 y 11.2 (supra párr. 98);

e) La identidad de género y sexual se encuentra ligada al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones (supra párr. 93);

f)) La identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento (supra párr. 94);

g) El sexo, el género, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente a partir de las diferencias biológicas derivadas del sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género autopercebida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada (supra párr. 95);

h) El derecho a la identidad posee también un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos (supra párr. 99);

i) El reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans, incluyendo la protección contra la violencia, tortura malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social,

así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación (supra párr. 98), y

j) El Estado debe asegurar que los individuos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas (supra párr. 100). (Humanos, 2017; párrafos 100 y 101)

Se establecen estándares que los Estados deberían cumplir en procedimientos derivados de solicitudes de reconocimiento de la identidad de género.

115. De conformidad con lo anterior, se puede concluir que el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18). Lo anterior significa que los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. En esa línea, lo expresado implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal. Además, el Estado debe garantizarles que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional. (Humanos, 2017; párrafo 115)

116. De acuerdo a lo anterior, la respuesta a la primera pregunta planteada por Costa Rica sobre la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención al reconocimiento de la identidad de género, es la siguiente:

El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género autopercibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines. (Humanos, 2017; párrafo 116)

117. Con la finalidad de que las personas interesadas puedan modificar los registros y los documentos de identidad para que estos sean acordes con su identidad de género autopercibida, los procedimientos deben estar regulados e implementados de conformidad con ciertas características mínimas, de manera que ese derecho se vea efectivamente protegido, evitando, además, que mediante los mismos se violen derechos de terceras personas contenidos en la Convención. (Humanos, 2017; párrafo 117)

120. En concordancia con lo expresado, en cuanto a los efectos de los procedimientos de reconocimiento de identidad de género, el Tribunal recuerda que los mismos no deberán implicar la alteración de la titularidad de los derechos y las obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados. Lo anterior implica que todos aquellos actos que hubiesen sido realizados por una persona con anterioridad al procedimiento para modificar sus datos de identidad –de conformidad a su identidad de género autopercibida–, los

cuales traían aparejados efectos jurídicos, siguen produciéndolos y le son exigibles, salvo en los casos en que la propia legislación determine la extinción o modificación de los mismos. (Humanos, 2017; párrafo 120).

- a. El procedimiento enfocado a la adecuación integral de la identidad de género autopercebida
- b. Deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes
- c. Los procedimientos y los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros deben ser confidenciales y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de la identidad de género
- d. Los procedimientos deben ser expeditos y deben tender a la gratuidad
- e. Sobre la exigencia de acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales
- f. Los procedimientos referidos a niñas y niños
- g. Sobre la naturaleza del procedimiento. (Humanos, 2017; párrafos 121 a 161)

160. Los Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género autopercebida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión, a saber: deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género autopercebida; deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones

médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales. Dado que la Corte nota que los trámites de naturaleza materialmente administrativos o notariales son los que mejor se ajustan y adecúan a estos requisitos, los Estados pueden proveer paralelamente una vía administrativa, que posibilite la elección de la persona (Humanos, 2017; párrafo 160).

Se reconoce como derecho para todas las personas, incluidos niños, niñas y adolescentes.

154. (...) [E]sta Corte entiende que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género que fueron desarrolladas supra también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género autopercibida. Este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación. Por último, resulta importante resaltar que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada. En igual sentido, resulta pertinente recordar que el Comité sobre Derechos del Niño ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente”. (Humanos, 2017; párrafo 154)

Aporta un glosario de términos.

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 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.

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 carac-

terísticas 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 solo 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 autopercebida.

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 físico-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 autoidentificación. 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 autoidentifican 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 pronunciara sobre cuáles 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

- Opinión Consultiva 24/17, de 24 de noviembre de 2017: 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, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

- “Comentarios a la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH en materia de identidad de género”: Ximena Gauché Marchetti, en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, diciembre 2018; pp. 175-202.

Bibliografía complementaria

- Landa, César (2016): “De los derechos fundamentales de los grupos vulnerables en la jurisprudencia de la Corte IDH”, en *La América de los derechos* (Pablo Santolaya e Isabel Wences coord.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 227-258.
- Arrubia, Eduardo y Brocca, Mariana (2017): “La construcción del estigma como límite a los derechos sociales de las personas trans desde una perspectiva internacional”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, N° 13, 2017, pp. 87-96.
- Estefan Vargas, Soraya (2013): “Discriminación estatal de la población LGTB. Casos de transgresiones a los derechos humanos en Latinoamérica”, en *Revista Sociedad y Economía* N° 25, 2013, pp. 183-204.

2.2.2.2 Jurisprudencia contenciosa del sistema interamericano de derechos humanos en relación a la identidad de género

En materia de protección a las personas LGBTI en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH, el primer caso, considerado emblemático dentro del sistema interamericano, es el caso Atala Riffo y Niñas contra Chile. Si bien se refiere a un alegato de discriminación por orientación sexual, la Corte IDH hizo consideraciones que estimó aplicables también a la discriminación por identidad de género.

Este caso tiene su origen en el alegato de responsabilidad internacional de la jueza de la República doña Karen Atala Riffo ante el sistema interamericano en contra del Estado de Chile por vulneración de derechos fundamentales. Ello, tras ser privada 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 Riffo 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 Riffo.

En el caso internacional no solo se establecieron estándares sobre igualdad y no discriminación en relación a la orientación sexual (y también 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

- [Sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile](#): Corte IDH (24 de febrero de 2012).
- “Curso sobre Estándares Internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género. El Caso Atala”: material docente elaborado para la [Academia Judicial](#) por la misma autora.

Luego del Caso Atala, la Corte IDH ha dictado tres sentencias relacionadas a vulneraciones a personas LGBTI. Dos de esos casos fueron fallados en el año 2016, refiriendo a vulneraciones relacionadas con la orientación sexual de las personas.

- a. **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.

Material de apoyo

- [Sentencia Duque contra Colombia](#)
- [Ficha técnica del caso](#)
- [Supervisión de cumplimiento de sentencia](#)

- b. **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.
- Al segundo semestre de 2020, la Corte no había dado por concluido el caso Freire por estimar que Ecuador no ha cumplido la sentencia.

Material de apoyo

- [Sentencia](#) Flor Freire contra Ecuador
- [Ficha técnica](#) del caso
- [Supervisión de cumplimiento](#) de sentencia

En marzo de 2020, la Corte IDH se pronunció por primera vez en un caso relacionado a vulneraciones a una persona trans.

- c. **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.

También, la sentencia se pronunció sobre el concepto de “violencia por percepción”, indicando que la misma Corte IDH ha señalado que la violencia contra las personas LGBTI es basada en prejuicios, percepciones generalmente negativas hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes.

La violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación. La violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. Esta violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio. (Humanos, 2020; párrafos 92 y 93)

Lo anterior tiene directa relación con la idea de “discriminación por percepción” a que había hecho referencia ya la propia Corte IDH en la Opinión Consultiva 24/17, donde reconoció la discriminación por percepción como aquella que tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales (Humanos, 2017; párrafo 79).

Material de apoyo

- [Sentencia](#) Azul Rojas Marín y otra vs. Perú
- [Resumen](#) oficial del caso
- [Audiencia pública](#) del caso (27 de agosto de 2019)
- [Derechos de las personas LGTB](#): Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH N° 19

Durante el mes de noviembre de 2020, la Corte IDH escuchó las alegaciones orales en otro caso en que se denuncia a un estado parte del sistema interamericano por vulneraciones a una persona trans.

d. Caso Vicky Hernández y familia contra Honduras

Este 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 Interamericana de Derechos Humanos estableció que la muerte de Vicky Hernández ocurrió en dos contextos relevantes. Por una parte, el 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 sucedido a Vicky Hernández 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 IDH el 30 de abril de 2019. Durante el mes de noviembre de 2020 ante la Corte IDH tuvo lugar la audiencia pública en este caso. Con fecha 12 de noviembre de 2020, la misma Corte adoptó medidas provisionales en el caso. Lo anterior, por cuanto, con fecha 11 de noviembre de 2020, las representantes de las presuntas víctimas informaron que mientras se encontraba en desarrollo la audiencia pública en el caso, la madre de Vicky Hernández recibió llamadas telefónicas de una persona que se identificó como representante de la Policía Nacional de Honduras.

En el transcurso de la audiencia pública se informó, además, que una integrante de la organización Red Lésbica “Cattrachas” había sido increpada e insultada en la calle. En el marco de sus atribuciones y viendo que se cumplieron los requisitos previstos para la adopción de medidas provisionales: i) “extrema gravedad”; ii) “urgencia”, y iii) que se trate de “evitar daños irreparables” a las personas, la Corte IDH adoptó medidas provisionales para la protección de las presuntas víctimas, requiriendo al Estado para ello.

Material de apoyo

- [CIDH presenta caso sobre Honduras a la Corte IDH: Comunicado de prensa CIDH \(9 de mayo de 2019\)](#).
- [Resolución de adopción de medidas provisionales \(12 de noviembre de 2020\)](#)
- [Audiencias Públicas \(11 y 12 noviembre de 2020\)](#)

2.2.2.3 Otras iniciativas del sistema interamericano a favor de la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género

<p>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.</p> <p>Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex.</p>	<p>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.</p> <p>Glosario de términos: Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes (2012)</p> <p>Informe “Violencia contras personas LGBTI” (2015)</p> <p>Informe “Reconocimiento de derechos de personas LGBTI” (2019)</p> <p>Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (2019)</p>
<p>El Programa Interamericano para el Registro Civil universal y “derecho a la identidad”, que se viene trabajando en la OEA desde 2008.</p>	<p>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.</p> <p>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.</p>

<p>Desde 2008, adopción de las resoluciones de la OEA sobre "Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género", en el marco de la Asamblea General de cada año.</p>	<p>Entre otros puntos, en estas <u>resoluciones</u> los Estados manifiestan 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.</p>
<p>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.</p>	<p>Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia AG/RES. 2804 (XLIII-O/13) 5 de junio de 2013.</p> <p>"2. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, <u>orientación sexual, identidad y expresión de género</u>, 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".</p> <p>Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia AG/RES. 2805 (XLIII-O/13) 5 de junio de 2013</p>

2.3 Estándares internacionales sobre identidad de género y su aplicabilidad para el Poder Judicial

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. Tal 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 segundo de la Constitución Política de 1980, que establece como límite al ejercicio de la soberanía el respeto por 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.

Los órganos del Estado, incluidos sus jueces y juezas, están sometidos a los tratados de los 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.

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 IDH (Humanos, 2015).

El principio de retroalimentación entre el orden normativo internacional y el nacional, aceptado ampliamente por la Corte IDH, deriva de la consideración de que las obligaciones que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos para los Estados no van solo en beneficio de tales Estados, sino que tienen por fin salvaguardar la dignidad humana, por lo cual se miran como instrumentos vivos, esto es, su interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Así lo ha sostenido la Corte IDH en 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 (Humanos, 2012; párrafo 83).

Los órganos del Estado, incluidos sus jueces y juezas, están sometidos a los tratados de los 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 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 IDH ya 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** para evitar la impunidad.

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 (Humanos, 1988; párrafo 165).

Años después, al resolver un caso promovido contra Chile, la misma Corte 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 (Humanos, 2006).

En adelante, el control de convencionalidad, en cuanto doctrina dirigida hacia los Estados por parte de la Corte IDH, ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial. Sus lineamientos se han ido expresando en la resolución de varios casos referidos a la responsabilidad de diversos Estados y sus agentes.

Uno de los casos más relevantes, como se ha reiterado, es Atala Riffo y niñas contra Chile. En su sentencia del año 2012, la Corte señaló al Estado chileno que, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, la Corte IIDH es consciente de que las autoridades internas

están sujetas al imperio de la ley y, por ello, 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 aquel, 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.

Así, 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, reiterando que 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 (Humanos, 2012).

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

En la doctrina chilena existen opiniones diversas sobre los alcances del control de convencionalidad invocado por la Corte IDH. Tales divergencias tienen su fundamento tanto en la mención del control por la propia Corte IDH como por la práctica jurisprudencial doméstica.

también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En la doctrina chilena existen opiniones diversas sobre los alcances del control de convencionalidad invocado por la Corte IDH. Tales divergencias tienen su fundamento tanto en la mención del control por la propia Corte IDH como por la práctica jurisprudencial doméstica.

Desde el punto de vista del tribunal internacional, desde septiembre de 2006 a febrero de 2020 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

- Cuadernillos de Jurisprudencia N° 7. Control de Convencionalidad (2019): Corte IDH.
- Contreras, Pablo y García, Gonzalo: *Estudios sobre control de convencionalidad*, DER Ediciones, Santiago, 2020.
- Henríquez, Miriam y Morales, Mariela (coords.): *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (prólogo del profesor Armin von Bogdandy), DER Ediciones, Santiago, 2017.
- Nogueira, Humberto y Aguilar, Gonzalo (coords.): *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.
- Contreras, Pablo: “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte IDH”, en Revista *Ius et Praxis*, año 20, N° 2, 2014. Disponible [online](#).

- Henríquez, Miriam: “El hermetismo de la jurisdicción constitucional chilena a propósito del control de convencionalidad”, en Revista *Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, N° 36, 2018. Disponible [online](#).
- Mesa, Álvaro: “El control de convencionalidad: ¿un acto racional o irracional?”, en *Estudios Constitucionales*, año 16, N° 1, 2018. Disponible [online](#).



Ley N° 21.120,
que reconoce y da
protección al
derecho a la
identidad de género

Presentación

Explica los principales aspectos de la Ley N° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

**Síntesis de
contenidos**

- Realidad de las personas trans
- Principales contenidos de la Ley N° 21.120
- Jurisprudencia relevante sobre identidad de género

3.1 La realidad de las personas trans en Chile

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 (en la forma de restricción o exclusión en el ejercicio de derechos) que afecta a las personas trans en diversos contextos (familia, escuela, salud, trabajo, vida pública, otros espacios).

También, la falta de reconocimiento de identidad dificulta el goce y ejercicio 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.

La realidad nacional, a su vez, se inserta en un contexto mundial de constantes vulneraciones de derechos de personas trans por su identidad de género, siendo los asesinatos la máxima expresión de tales vulneraciones, agravado desde inicios de 2020 en razón de la crisis sanitaria derivada del COVID-19.

Frente a ello, a nivel mundial, han sido fundamentalmente organizaciones de la sociedad civil las que, con mucha fuerza, han levantado de manera constante la voz a través de movimientos y redes sociales

de alcance global, llamando a los Estados a tomar acciones. Una iniciativa de este tipo es el “Día Internacional de la Memoria Trans”, que desde 1999 se conmemora anualmente en muchas partes del mundo el 20 de noviembre, como un día en el que se recuerda a las personas trans y género-diversas que han sido asesinadas.

En esa línea se inscribe también la iniciativa del proyecto de investigación “Transrespeto versus Transfobia en el Mundo” (TvT), que publica datos actualizados recogidos a través del Observatorio de Personas Trans Asesinadas (TMM, por sus siglas en inglés). El proyecto TvT sistemáticamente monitorea, recopila, y analiza los reportes de homicidios de personas trans y género-diversas en todo el mundo, publicando actualizaciones de los resultados en su sitio web.²¹

La actualización de “Transrespeto versus Transfobia en el Mundo” muestra un total de 350 personas trans y género-diversas reportadas como asesinadas desde el 1 de octubre de 2019 al 30 de septiembre de 2020, lo cual representa un incremento del 6% desde la actualización de 2019. La mayoría de los asesinatos tuvieron lugar en Brasil (152), México (57) y los Estados Unidos (28), sumando un total de 3664 casos registrados en 75 países y territorios de todo el mundo entre el 1 de enero de 2008 y el 30 de septiembre de 2020.²²

De la misma iniciativa surge otra información relevante. Los datos recogidos muestran una tendencia alarmante al incremento gradual de los asesinatos a personas trans y género-diversas entre 2008 y 2020. Sin embargo, estas cifras no están completas, pues debido a que estos datos no se recogen de manera sistemática en la mayoría de países y a que las familias, autoridades y medios se refieren constantemente a la persona con el género incorrecto, se hace imposible estimar el número de casos no reportados.

Como consecuencia de la pandemia del COVID-19, así como del aumento del racismo y la brutalidad policial, las vidas de las personas trans y género-diversas están en mayor riesgo. Los datos son el testi-

21 Ver [online](#).

22 Ver [online](#).

monio de cómo el COVID-19 ha impactado desproporcionadamente a las personas trans en todo el mundo, especialmente a aquellas más excluidas, tales como mujeres negras y racializadas, trabajadoras sexuales, migrantes, juventud y aquellas viviendo en la pobreza. Los datos indican que las mujeres trans racializadas migrantes y negras son más vulnerables y son atacadas más frecuentemente.

El estigma social y la criminalización del trabajo sexual expone a las trabajadoras sexuales trans al abuso, la explotación y la violencia. Al mismo tiempo, estos grupos son silenciados repetidamente e infrarrepresentados dentro de propias comunidades y sociedades. Aunque el COVID-19 afecta a todas las personas, las diferencias y desigualdades sociales se incrementan con la pandemia, enfatizando las brechas en la legislación y en la protección sistemática de las personas trans y género-diversas.²³ Acerca del impacto de la epidemia sobre la población trans en Chile, Organizando Trans Diversidades publicó el informe “Encuesta 2020: Población trans de Chile ante la crisis provocada por el COVID-19”, con el que se da cuenta de las necesidades más urgentes de la población trans en tiempos de pandemia.²⁴

En el caso de Chile, en términos de políticas públicas no existe una institucionalidad que aborde las necesidades y demandas de las personas trans y la respuesta estatal ha sido de carácter sectorial: educación, salud, trabajo y justicia (Discursos sobre la identidad de género en la configuración de políticas sociales, desde la perspectiva de actores políticos gobierno nacional, regional y sociedad civil organizada, 2018).

El rol de la sociedad civil organizada ha sido fundamental para hacer visibles la desigualdad y discriminación que les afecta (INDH, 2010; p. 113). En efecto la discriminación que afecta a las personas trans es de carácter estructural, por lo que se ha planteado la necesidad de medidas especiales de equiparación (INDH, 2013; p. 165 y De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y

23 Ver [online](#).

24 Ver [online](#).

clásicas tensiones en el sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2019). Existen informes e investigaciones que dan cuenta de las brechas en el ejercicio de derechos que afectan a las personas trans generados desde la institucionalidad (INDH, 2010, 2011, 2013, 2017).

Por otra parte, también desde las organizaciones de la sociedad civil, que han desarrollado una importante labor de incidencia política, se han emitido informes. Entre ellas destaca el trabajo de la Fundación Iguales, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh), la Asociación Organizando Trans Diversidades (OTD), Fundación Renaciendo, Fundación Todo Mejora, entre otras. La situación de discriminación y violencia a la que se encuentran expuestos los NNA trans, específicamente, ha sido motivo de preocupación para diversos órganos de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas (INDH, 2017).

Principales iniciativas de política pública en Chile a favor de personas trans

- Circular 21, Minsal (julio 2012)
- Protocolo de atención y derivación para usuarios trans, Servicio de Salud de Talcahuano (diciembre 2013)
- Circular de la Subsecretaría de Salud Pública para detener tratamientos innecesarios de normalización de niños intersex, incluyendo cirugías genitales irreversibles (diciembre 2015)
- ORD 768 de la Superintendencia de Educación: derechos de niño, niñas y estudiantes trans en el ámbito de la educación (abril 2017)
- Orientación para la inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en el sistema educativo chileno, Mineduc (2017)
- Orientaciones para promover espacios de participación y sana convivencia escolar, Mineduc (2018)

- Guía del Demre que determinó que los estudiantes trans pueden postular a rendir la Prueba de Selección Universitaria con pleno respeto a su identidad de género (2018).

Información sobre vulneraciones a derechos de personas trans

- Violencia contra personas LGTBI, informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Doc. 36 (12 de noviembre de 2015). Capítulo 5: Violencia e intersección con otros grupos.
- Informes anuales de derechos humanos de la diversidad sexual en Chile, Movilh. Disponibles online.
- Violencia a disidencias sexuales en Chile, segundo reporte, informe de la agrupación Organizando Trans Diversidades (marzo 2020).
- Encuesta Identidad Movilh, sobre la realidad de las personas trans en los campos individuales, familiares y sociales, con el fin de aminorar prejuicios y contribuir a implementar políticas públicas, reglamentos o leyes a favor de la inclusión y la plena igualdad de derechos.
- Encuesta Nacional de Clima Escolar en Chile 2016, realizada por la Fundación Todo Mejora.
- Encuesta T, desarrollada por iniciativa de OTD.
- Encuesta 2020: Población trans de Chile ante la crisis provocada por el COVID-19.

3.2 La protección constitucional a la identidad de género y jurisprudencia chilena sobre identidad de género ante tribunales superiores y el Tribunal Constitucional, a 2020

En materia de igualdad y no discriminación, la Constitución Política de la República de 1980 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, “y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Diversas leyes chilenas, en tanto, han recogido el reconocimiento de determinados derechos a fin de favorecer la igualdad debida entre todos los seres humanos, o han regulado situaciones en que se evidencia la especial vulnerabilidad por género y diversidad sexual a que están expuestas muchas personas.

En este sentido, constituyen avances relevantes la Ley N° 19.284, sobre plena integración social de personas con discapacidad; la Ley N° 20.348, que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones; la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad; la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación; la Ley N° 20.830, que crea el acuerdo de unión civil; la Ley N° 20.750, que establece el respeto al género, la orientación sexual y a la identidad de género en la televisión abierta; la Ley N° 20.968, que tipifica los delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes y protege a esas mismas categorías; la Ley N° 20.940, que moderniza

Desde la perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha reconocido en 2020 el derecho a la identidad de género, a través de la doctrina de los derechos implícitos y derivado del reconocimiento del derecho a la identidad.

el sistema de relaciones laborales indicando que configuran actos de discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas, entre otros motivos, en la orientación sexual e identidad de género; y por cierto, la propia Ley N° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

Asimismo, otras leyes han ido recogiendo figuras o regulando situaciones que afectan de manera diferenciada a mujeres, debiendo entenderse que mujeres trans podrían ser víctimas de tales graves situaciones. Tal es el caso de la Ley N° 20.005, que sanciona y tipifica el acoso sexual; las leyes N° 20.066 y N° 20.480, regulatorias de la violencia intrafamiliar; la Ley N° 21.153, que tipifica el delito de acoso sexual en espacios públicos, o la Ley N° 21.212, que modificó la normativa nacional ampliando el marco legal del femicidio.

Desde la perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha reconocido en 2020 el derecho a la identidad de género, a través de la doctrina de los derechos implícitos y derivado del reconocimiento del derecho a la identidad. En sentencia de 4 de junio de 2020, ha señalado:

DÉCIMO: El derecho a la identidad de género, como emanación del derecho a la identidad personal, ha ido recibiendo en este último tiempo reconocimiento tanto en el ámbito del Derecho Internacional como en la legislación comparada. Así Ximena Gauthé Marchetti y Domingo Lovera Parmo señalan que “la identidad de género, qué duda cabe, es una manifestación específica de este derecho a la identidad general” (“Identidad de género de niños, niña y adolescentes: una cuestión de derechos”, en *Ius et Praxis* vol. 25 No.2 Talca, 2019). Se trata entonces de un derecho que, aunque es expresión del derecho a la identidad personal, tiene particularidades propias, conllevando su vulneración además diversas formas de discriminación y atropello a otros derechos fundamentales como son los derechos a la integridad física y síquica, a la propia imagen, a la honra y a la vida privada de las personas (sentencia TC rol N° 7670-19-INA, de 4 de junio de 2020).

En similar sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema de Justicia en los últimos años. En sentencia de 29 de mayo de 2018, que acoge un recurso de casación en el fondo ante la confirmación,

por la Corte de Apelaciones de Santiago, de una sentencia de primera instancia que rechazó una solicitud de cambio de nombre y sexo en conformidad a las leyes N° 17.344 y 4.808, señala:

DÉCIMO: Que, específicamente en identidad de género, la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, reconoce expresamente la valoración y protección jurídica de la “identidad de género”, prohibiendo discriminaciones sobre tal base, de conformidad a su artículo 2° inciso primero, y en su artículo 17, que modifica en la línea expresada el artículo 12 del Código Penal.

El derecho a la identidad de género importa que toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a éste, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación, u otro. Así, este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros (sentencia CS rol N° 70.584-2016, de 29 de mayo de 2018).

En sentencia de noviembre de 2020, acoge un recurso de protección solo en cuanto se ordena a una isapre bonificar, conforme al plan de salud de la actora, las cirugías de genitoplastía feminizante y la de implantes mamarios:

TERCERO: Que para resolver la presente acción constitucional, es necesario definir, situar y comprender dentro del ordenamiento jurídico, el derecho fundamental a que haremos referencia, “la identidad de género”, teniendo para ello en especial consideración la evolución normativa por medio de la cual el Estado chileno ha reconocido su existencia y, en consecuencia, asumido la obligación de resguardo del mismo, al entender que éste es un elemento inherente a la dignidad humana que deriva del derecho a la no discriminación y cuya concretización, en la especie, se obtiene sobre la base del ejercicio del derecho de la igualdad ante la ley y de la protección a la salud (sentencia CS rol N° 97.283-2020, de 10 de noviembre de 2020).

3.3 Antecedentes generales sobre el origen de la idea de legislar en la materia, los fundamentos del proyecto de ley y la tramitación legislativa

3.3.1 Del origen y contexto de la idea de legislar en materia de identidad de género

El principal problema jurídico en Chile para las personas trans ha sido la falta de reconocimiento legal de la identidad de género. Ello provoca falta de reconocimiento social y contribuye a la discriminación (en la forma de restricción o exclusión en el ejercicio de derechos) que afecta a las personas trans en diversos contextos (familia, escuela, salud, trabajo, vida pública).

Asimismo, la falta de reconocimiento de identidad dificulta el goce y ejercicio 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 el apoyo político a ciertas bases mínimas acordadas, como la opción por la sede judicial como única al momento de negociar el ingreso del proyecto, se comienza a elaborar una propuesta de ley que ingresa al Congreso el 7 de mayo de 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 N° 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 N° 21.120, entrando en vigor el 27 de diciembre de 2019.

3.3.2 De los fundamentos para la idea de legislar y las consideraciones tenidas en vista para elaborar el proyecto original

Consideraciones normativas nacionales

- Principales bases constitucionales de nuestro ordenamiento.
- Problemas prácticos en la aplicación de las leyes N° 17.344 y N° 4.808 como procedimientos de solicitudes ante tribunales civiles.

Consideraciones normativas extranjeras

Otros modelos normativos, atendiendo a la diferencia de regulación de los procedimientos según puedan ser vistas como “leyes de identidad de género” o como “leyes registrales”:

- Ley argentina N° 26.743 (2012), que establece el derecho a la identidad de género de las personas.
- Ley uruguaya N° 18.620 (2009), sobre derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios.
- Ley española 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Consideraciones normativas internacionales

- Estándares en materia de igualdad y discriminación a personas LGBTI.
- Estándares en materia de reconocimiento del derecho a la identidad de género y otros derechos vinculados.

3.3.3 De algunos aspectos de la tramitación legislativa

Entre los principales temas discutidos durante la tramitación legislativa, cabe distinguir:

Cuestiones sustantivas

- **Sobre el concepto de identidad de género:** el proyecto ingresado al Congreso Nacional el 7 de mayo de 2013 seguía en la definición de identidad de género los Principios de Yogyakarta, a esa fecha principal instrumento internacional en relación a la identidad de género. Durante la tramitación, hubo indicaciones destinadas a la inclusión de un concepto distinto. Entre las varias versiones que se discutieron, se podía evidenciar una asimilación entre las ideas de identidad de género, identidad sexual y régimen binario. En definitiva, la ley aprobada no siguió el concepto de los Principios de Yogyakarta.
- **Sobre la incorporación de personas menores de 18 años:** en relación a niños, niñas y adolescentes, hubo varias situaciones discutidas durante la tramitación. Si bien en la intención de las organizaciones de la sociedad civil que promovieron este proyecto de ley siempre estuvo la idea de regular las situaciones de la infancia y la adolescencia trans, el texto ingresado al Congreso Nacional no incluyó ninguna referencia a ello. Esto dio lugar a que durante la tramitación se incorporara, por vía de indicación, una disposición al efecto que dio lugar a varias discusiones, entre ellas, sobre la posibilidad de establecer límites de edad para solicitudes en caso de personas menores de 18 años; sobre la participación de los progenitores y/o adultos responsables; sobre la revisión de la decisión; sobre la atención sanitaria y los aspectos vinculados al sistema educativo de niño, niñas y adolescentes trans. En definitiva, la ley aprobada solo reguló un procedimiento para mayores de 14 años y menores de 18 años.
- **Sobre inclusión de personas extranjeras:** el proyecto original no contenía especificaciones sobre solicitudes de personas extranjeras. El tema fue incluido durante la tramitación y, en definitiva, la ley aprobada señala que las personas extranjeras solo pueden rectificar su sexo y nombre para efectos de la emisión de documentos chilenos, cumpliendo determinados requisitos que regula la propia ley.

- **Sobre inclusión de personas intersex:** ni el proyecto original ni la ley aprobada contienen alguna referencia específica y expresa a las personas intersexuales, como tampoco se incorpora el reconocimiento al derecho a la protección de las características sexuales de cada persona.
- **Sobre algunos temas y efectos de las solicitudes en relación a la regulación de derechos en el ámbito de la familia:** el proyecto original establecía que la nueva inscripción en la partida de nacimiento de una persona no alteraría la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio en las partidas de nacimiento, ni afectaría los derechos y obligaciones de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables. Esto último se mantuvo en el proyecto aprobado. Entre las cuestiones que no se resolvieron expresamente está la mención de la paternidad y la maternidad en el certificado de nacimiento de los hijos e hijas de personas trans que cambien su identidad en conformidad a la nueva ley. También se discutió sobre la tramitación y los efectos de las solicitudes acogidas en el vínculo matrimonial de personas trans. Al respecto, el proyecto aprobado modifica la Ley N° 19.947, sobre matrimonio civil, agregando en el artículo 42 el siguiente número 5: “El matrimonio termina: 5° Por sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género”.

Cuestiones de procedimiento

- **Sobre procedimientos judiciales o administrativos:** el proyecto original contemplaba solo un procedimiento ante tribunales de justicia, en atención a que se basaba, con modificaciones, en el procedimiento establecido por la Ley N° 17.344. Con el transcurso de la tramitación legislativa y el avance de estándares internacionales, se fue logrando acuerdo en torno a la idea de establecer un procedimiento administrativo. En definitiva, el proyecto aprobado adopta el procedimiento administrativo ante el Servicio de Registro Civil solamente para las solicitudes de personas mayores de 18 años sin vínculo matrimonial.

- **Sobre la exigencia de certificaciones o tratamientos médicos (psicológicos, psiquiátricos, otros) a presentar junto a la solicitud:** el proyecto original establecía que, para acreditar la identidad de género y solicitar el cambio de nombre y sexo, no sería exigible por el tribunal el uso de medios farmacológicos, psicológicos, psiquiátricos o de tratamientos quirúrgicos. El proyecto aprobado reforzó esta materia, al establecer como una garantía asociada al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género el que no será condición, para el reconocimiento del derecho a la identidad de género, haberse sometido a algún tipo de intervención o tratamiento modificadorio de la apariencia. Además, la ley aprobada reconoce el principio de la no patologización.

Cronología de la tramitación

21 de enero de 2014: aprobado en general el proyecto en el Senado.
1 de abril de 2014: urgencia suma.
1 de julio de 2014: urgencia simple.
Segundo semestre de 2014: se retira urgencia.
Diciembre de 2014: votación en sala y aprobación de algunos artículos.
Desde enero de 2014 a julio de 2015: 9 períodos de indicaciones.
Enero de 2014 a octubre de 2017: 14 períodos de indicaciones.
Diciembre de 2017 a marzo de 2018: discusión sobre niñez y adolescencia.
Septiembre de 2018: aprobación en el Congreso Nacional.
Octubre de 2018: Tribunal Constitucional declara constitucionalidad.
Diciembre de 2018: publicación en el Diario Oficial.
Diciembre de 2019: entrada en vigor.

Material de apoyo

- Historia de la Ley N° 21.120
- “Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: una cuestión de derechos”: Ximena Gauché y Domingo Lovera, en Revista *Ius Et Praxis*, Universidad de Talca, año 25 N° 2, 2019; pp. 359-402.

3.4 Contenido de la Ley N° 21.120

Ley N° 21.120

7 títulos, 29 artículos y 3 disposiciones transitorias

Título I	Del derecho a la identidad de género.	Artículos 1º al 5º
Título II	Del procedimiento de rectificación de sexo y nombre registral.	Artículos 6º al 8º
Título III	Del procedimiento administrativo de rectificación de la inscripción relativa al sexo y nombre solicitada por persona mayor de edad sin vínculo matrimonial vigente	Artículos 9º al 11
Título IV	De los procedimientos judiciales de rectificación de la inscripción relativa al sexo y nombre	Artículos 12 al 19
Título V	De la rectificación de la partida de nacimiento, de los nuevos documentos de identificación y de los efectos de la rectificación.	Artículos 20 al 22
Título VI	Otras disposiciones.	Artículos 1º al 5º
Título VII	Adecuación de diversos cuerpos legales. Disposiciones transitorias.	Artículos 27 al 29

3.4.1 Definición de identidad de género en la Ley N° 21.120 y elementos para la apreciación judicial

3.4.1.1 Definición en el proyecto original

El proyecto, ingresado al Congreso Nacional el 7 de mayo de 2013, seguía en su definición de identidad de género a los Principios de Yogyakarta, instrumento internacional de referencia, a esa fecha, en relación a la identidad de género. Así, se indicaba como definición la siguiente:

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

3.4.1.2 Definición de identidad de género en la Ley N° 21.120

La Ley N° 21.120 señala, en su artículo 1°:

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y LA RECTIFICACIÓN DE SEXO Y NOMBRE REGISTRAL. El derecho a la identidad de género consiste en la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de estos.

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.

Lo dispuesto en los incisos anteriores podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos.

Esta es una definición que se podría calificar de “binaria”, en el sentido de reconocer solo la posibilidad de que las personas tengan la convicción de ser “hombres” o “mujeres”, sin reconocer en el texto la posibilidad de que una persona tenga la convicción de ser de “género no binario”, “género fluido”, o que se autoperciba de otra manera, sin la referencia expresa a la genitalidad.

3.4.1.3 Definición de identidad de género en el sistema interamericano de derechos humanos

La Opinión Consultiva 24/17 define identidad de género en la letra f del párrafo 32, correspondiente al glosario de términos que contiene.

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.

Con esta definición, el sistema interamericano pone de relieve la importancia de la autopercepción en la definición de la identidad de género, más allá del sistema binario, que solo considera dos categorías (“hombre/mujer” y “masculino/femenino”). En la misma opinión consultiva recién mencionada se desarrolla esta idea, desde un enfoque de derechos humanos, en los párrafos 88 a 101 (Humanos, 2017).

88. Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención. De esa forma, de conformidad con el principio del libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses.

89. Por otra parte, y en ese orden de ideas, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7.1 de la Convención Americana

al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso, el cual es entendido como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Con respecto a este punto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha expresado que la noción de vida privada se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola. De conformidad con lo expresado, para este Tribunal, se desprende por tanto, del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la protección del derecho a la vida privada, un derecho a la identidad, el cual se encuentra en estrecha relación con la autonomía de la persona y que identifica a la persona como un ser que se autodetermina y se autogobierna, es decir, que es dueño de sí mismo y de sus actos.

90. Respecto al derecho a la identidad, esta Corte ha indicado que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. El derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen. De esta forma, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos, no obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. Además, el derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente. Por otra parte, este

Tribunal ha indicado que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana).

91. Asimismo, se puede entender que este derecho está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica, y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Lo anterior también implica que las personas pueden experimentar la necesidad de que se las reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás. Para alcanzar ese fin, es ineludible que el Estado y la sociedad, respeten y garanticen la individualidad de cada una de ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas. Es por ello que el afianzamiento de la individualidad de la persona ante el Estado y ante la sociedad, se traduce por su facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones. Del mismo modo, uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es precisamente la identidad de género y sexual.

92. Por lo demás, el derecho a la identidad y, por tanto, el derecho a la identidad sexual y de género, tiene entre sus implicaciones y alcances más relevantes, el de constituirse como un derecho con carácter autónomo que alimenta su contenido tanto de las normas del derecho internacional, como de aquellas que se deriven de los rasgos culturales propios contemplados en el ordenamiento interno de los Estados, concurriendo así a conformar la especificidad de la persona, con los derechos que lo hacen único, singular e identificable.

93. En relación con la identidad de género y sexual, esta Corte reitera que la misma también se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le

dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada (supra párr. 87). Así, frente a la identidad sexual, este Tribunal estableció que la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad, en el que también influye la orientación sexual de la persona, la cual dependerá de cómo esta se autoidentifique.

94. En este punto, corresponde recordar que la identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales (supra párr. 32.f). En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad.

95. De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género autopercebida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación

del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad.

96. Por otra parte, el Tribunal considera que el derecho a la identidad, y en particular la manifestación de la identidad, también se encuentra protegido por el artículo 13 que reconoce el derecho a la libertad de expresión. Desde esta óptica, interferir arbitrariamente en la expresión de los distintos atributos de la identidad puede implicar una vulneración a ese derecho. Ahora bien, respecto a la exteriorización de la identidad, esta Corte ha indicado en el caso *López Álvarez vs. Honduras* que uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento. En esa Sentencia, la Corte analizó la lesión a la libertad de expresión y a la individualidad del señor López Álvarez toda vez que éste había sido impedido de utilizar el idioma garífuna, lo cual constituye un elemento profundamente e intrínsecamente vinculado a su identidad. Asimismo, el Tribunal consideró en ese caso que dicha vulneración adquirió una especial gravedad ya que afectó su dignidad personal como miembro de la comunidad Garífuna.

97. En atención a lo previamente indicado, la Corte coincide con la Comisión cuando esta señala que la falta de reconocimiento de la identidad de género o sexual podría resultar en una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares cisnormativos, o heteronormativos con lo cual se envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares “tradicionales” no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos.

98. Visto lo anterior, esta Corte entiende que la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación. Sobre este punto, esta Corte señaló, en los mismos términos que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios [que] facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”. Por tanto, la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos.

99. En ese mismo sentido, esta Corte comparte lo señalado por el Comité Jurídico Interamericano el cual sostuvo que el derecho a la identidad posee “un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales”. Por consiguiente, el mismo se constituye en “un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades”. Además, la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para la realización del mismo, colocan a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, además de ser un

obstáculo frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica.

100. De acuerdo con ello, el Estado, en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintitas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas. La Corte opina que esa protección no se refiere simplemente al contenido de esos derechos, sino que a través de ella, el Estado también estaría garantizando la plena vigencia y ejercicio de otros derechos de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer.

101. De conformidad con lo anterior, se puede concluir lo siguiente:

- a) Se desprende el derecho a la identidad del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada (supra párrs. 88 y 89);
- b) El derecho a la identidad ha sido reconocido por este Tribunal como un derecho protegido por la Convención Americana (supra párr. 90);
- c) El derecho a la identidad comprende, a su vez, otros derechos, de acuerdo con las personas y las circunstancias de cada caso, aunque se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana) (supra párr. 90);
- d) El reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas que se encuentra protegido por la Convención Americana en sus artículos 7 y 11.2 (supra párr. 98);

e) La identidad de género y sexual se encuentra ligada al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones (supra párr. 93);

f)) La identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento (supra párr. 94);

g) El sexo, el género, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente a partir de las diferencias biológicas derivadas del sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada (supra párr. 95);

h) El derecho a la identidad posee también un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos (supra párr. 99);

i) El reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans, incluyendo la protección contra la violencia, tortura malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación (supra párr. 98), y

j) El Estado debe asegurar que los individuos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas (supra párr. 100).

3.4.2 Principios relativos al derecho a la identidad de género

De los principios (art. 5)

- a. Principio de la no patologización
- b. Principio de la no discriminación
- c. Principio de la confidencialidad
- d. Principio de la dignidad en el trato
- e. Principio de interés superior del niño
- f. Principio de autonomía progresiva

Principio	Contenido en Ley N° 21.120	Algunas concordancias
a. Principio de la no patologización	El reconocimiento y la protección de la identidad de género considera como un aspecto primordial el derecho de todas las personas trans a no ser tratadas como enferma.	OC 24/2017 Corte IDH Párrafos 127 a 133
b. Principio de la no discriminación arbitraria	Los órganos del Estado garantizarán que, en el ejercicio del derecho a la identidad de género, ninguna persona sea afectada por distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable, en términos del artículo 2° de la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.	OC 24/2017 Corte IDH Párrafos 61 a 67 Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación
c. Principio de la confidencialidad	Toda persona tiene derecho a que, en los procedimientos seguidos ante autoridad administrativa o jurisdiccional, se resguarde el carácter reservado de los antecedentes considerados como datos sensibles.	OC 24/2017 Corte IDH Párrafos 13 a 140 Ley N° 19.628, sobre protección de la vida, artículo 2, letra g Reglamento LIG, 13/08/2019, art. 9
d. Principio de la dignidad en el trato	Los órganos del estado deberán respetar la dignidad intrínseca de las personas, emanada de la naturaleza humana como un eje esencial de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de la República y por los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Toda persona tiene derecho a recibir por parte de los órganos del Estado un trato amable y respetuoso en todo momento y circunstancia.	OC 24/2017 Corte IDH Párrafos 61 a 67 CP 1980 Artículos 1° y 5° incisos segundo y decimonoveno

Principio	Contenido en Ley N° 21.120	Algunas concordancias
e. Principio de interés superior del niño	Los órganos del Estado garantizarán a todos los niños, niñas y adolescentes la máxima satisfacción en el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, en los términos del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.	OC 24/2017 Corte IDH Párrafos 127 a 133
f. Principio de autonomía progresiva	Todo niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez. El padre, madre, representante legal o quien tenga legalmente el cuidado personal del niño, niña o adolescente deberá prestarle orientación y dirección en el ejercicio de los derechos que contempla esta ley.	OC 24/2017 Corte IDH Párrafos 149 a 156 OG N° 12 (2009) Comité Derechos del Niño; sobre el derecho del niño a ser escuchado

3.4.3 Garantías asociadas al derecho a la identidad de género

De las garantías (artículos 3° y 4°)

Garantía específica derivada de la Identidad de género Reconocimiento e identificación

Toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación que regula esta ley, en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en esta ley. Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en los registros oficiales deberán ser coincidentes con dicha identidad.

Garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género

- 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, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible.

De la definición de "expresión de género"
(artículo 4º, letra a)

Se entenderá por expresión de género la manifestación externa del género de la persona, la puede incluir modos de hablar, vestir, modificaciones corporales, o formas de comportamiento e interacción social, entre otros aspectos.

Concordancias

- Principio de Yogyakarta
- Opinión Consultiva 24/17 Corte IDH

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 manerismos 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 autopercibida.

3.4.4 Derechos de personas titulares del derecho a la identidad de género

Los principales derechos que se reconocen para las personas en la regulación legal y reglamentaria vigente en Chile, son:

- El derecho a la identidad de género → art. 1º Ley N° 21.120
- La dignidad en el trato a personas trans → art. 5º letra d Ley N° 21.120
- La prohibición de la discriminación a las personas trans → art. 5º letra b Ley N° 21.120
- La prohibición de dar tratar a personas como enfermas → art. 5º letra a Ley N° 21.120
- La confidencialidad de los datos privados de las personas trans → art. 5º letra c Ley N° 21.120
- La autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes trans → art. 5º letra f Ley N° 21.120
- El interés superior del niño para reconocer y respetar su identidad de género → art. 5º letra e Ley N° 21.120
- Las personas mayores de 14 y menores de 18 años, una vez que alcanzan la mayoría de edad, pueden requerir una nueva rectificación en conformidad a la ley y sus procedimientos → art. 12 Ley N° 21.120
- Las personas mayores de 18 años y solteras pueden solicitar por un máximo de dos veces la rectificación de su partida de nacimiento en cualquier Registro Civil del país → art. 9º Ley N° 21.120

3.4.5 Procedimientos de solicitud de reconocimiento previstos en la Ley N° 21.120

De los procedimientos en la Ley N° 21.120 para acceder a la rectificación de partida de nacimiento de una persona en lo relativo a su sexo y nombre, cuando dicha partida no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género.

Procedimiento ante órgano administrativo

- Para personas mayores de edad sin vínculo matrimonial vigente

Procedimiento ante tribunales de justicia

- Para personas mayores de 14 años de edad y menores de 18 años de edad
- Para las personas con vínculo matrimonial vigente

3.4.6 Efectos de la rectificación de partida de nacimiento

De la emisión de nuevos documentos y diligencias posteriores; artículo 20

- acogida la solicitud administrativa o recibida sentencia judicial firme, el Registro Civil debe practicar las modificaciones y subinscripciones pertinentes
- el Registro Civil debe citar a la persona quien debe concurrir personalmente
- los documentos originales no pueden ser usados, solicitados o exhibidos
- no se afecta el RUT de la persona interesada
- el Registro Civil debe informar de la rectificación de la partida y la emisión de nuevos documentos a las instituciones que indica la ley

De los efectos de la rectificación artículo 21

- una vez efectuadas las modificaciones y subinscripciones, la persona interesada deberá ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género
- las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en registros públicos o privados deben ser coincidentes con su identidad de género

De los efectos de la rectificación artículo 22

- oponibles a terceros desde el momento en que se extienda la inscripción rectificada
- la rectificación no afecta la titularidad de derechos y obligaciones patrimoniales y las de familia, las que se mantienen inmodificables
- tampoco se afectan las garantías, derechos y prestaciones de salud que puedan corresponder a la persona con anterioridad al cambio

3.5 De los procedimientos ante tribunales de justicia

3.5.1 Del procedimiento judicial para mayores de 14 años y menores de 18

El procedimiento judicial para mayores de 14 años y menores de 18 se regula en los artículos 12 al 17 de la Ley N° 21.120 y en el Reglamento del Ministerio de Desarrollo Social y Familia publicado en el Diario Oficial de 29 de agosto de 2019, en conformidad al artículo 26 de la misma ley.

Tribunal competente (art. 13 inc. primero)

Es competente para conocer la solicitud el tribunal con competencia en materias de familia correspondiente al domicilio de la persona solicitante.

Legitimación activa (art. 14)

La solicitud de rectificación de las personas mayores de 14 y menores de 18 años debe ser presentada por sus representantes legales o alguno de ellos, a elección de tal persona mayor de 14 y menor de 18 años de edad, si tuviere uno.

Contenido de la solicitud (art. 15)

- Debe ser fundada, exponiendo con claridad y precisión los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se apoya.
- Indicar de forma precisa las peticiones concretas que se someten al pronunciamiento del tribunal.
- Señalar las razones conforme las cuales, a juicio de la persona solicitante, la pretensión hecha valer es beneficiosa para tal persona mayor de 14 años y menor de 18 años, en conformidad a la garantía específica del artículo 3° y a las garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género del artículo 4°, ambos de la Ley N° 21.120.

- Puede acompañar los antecedentes que se estimen pertinentes, especialmente aquellos que den cuenta del contexto psicosocial y familiar de la persona mayor de 14 y menor de 18 años y de su grupo familiar.
- Puede acompañar los informes que señala el artículo 17 de la Ley N° 21.120, esto es:
 - a. Un informe psicológico o psicosocial que dé cuenta que la persona mayor de 14 y menor de 18 años y su entorno familiar han recibido acompañamiento profesional por, al menos, un año previo a la solicitud. Lo anterior se entenderá cumplido, con el original o copia auténtica del informe de participación en el programa de acompañamiento profesional a que se refiere el artículo 23 de la Ley N° 21.120, y
 - b. Un informe psicológico o psicosocial que descarte la influencia determinante de terceras personas, como el padre, madre, representante legal, o quien tenga legalmente el cuidado personal de la persona mayor de 14 y menor de 18 años u otros adultos significativos para la persona solicitante, sobre la voluntad expresada por ella en cuanto a su identidad de género.

Procedimiento (art. 13, incs. segundo y tercero)

El procedimiento se tramita en conformidad a las reglas del Título IV de la Ley N° 21.120 y a las reglas del Título I del mismo texto legal. En lo no regulado por dicha ley, se debe aplicar supletoriamente lo dispuesto en los Títulos II y III de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

De la audiencia preliminar (art. 16)

Recibida la solicitud, y habiéndose cumplido con lo dispuesto en el artículo anterior, el o la juez la admitirá a tramitación y citará al mayor de catorce y menor de dieciocho años, junto a quien o quienes presentaron la solicitud, a una audiencia preliminar dentro de un plazo de quince días.

En la misma resolución que admitiere a tramitación la solicitud en conformidad al inciso anterior, el tribunal deberá, de oficio, citar, para la misma fecha de la audiencia preliminar, al mayor de catorce y menor de dieciocho años y al padre o madre o representante legal que no hayan accedido a la solicitud, a una audiencia preparatoria, la que se celebrará con las partes que asistan, inmediatamente después de la celebración de la audiencia preliminar.

En la **audiencia preliminar**, el juez deberá informar al mayor de 14 y menor de 18 años y al o a los solicitantes sobre las características de la rectificación y sus consecuencias jurídicas.

Asimismo, en la audiencia preliminar el mayor de 14 y menor de 18 años podrá ejercer su derecho a ser oído directamente ante el o la juez y un consejero técnico, y manifestará su voluntad de cambiar su sexo y nombre registrales, como también se le consultará el o los nombres de pila con los que pretende reemplazar aquellos que figuren en su partida de nacimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 6° de esta ley.

El tribunal deberá procurar que toda actuación del mayor de 14 y menor de 18 años sea sustanciada en un ambiente adecuado que asegure su salud física y psíquica y en condiciones que garanticen su participación voluntaria, su privacidad y su seguridad.

No obstante, el mayor de 14 y menor de 18 años tendrá derecho a ser oído en todas las etapas del procedimiento, debiendo el o la juez considerar sus opiniones, en atención a su edad y grado de madurez.

De la audiencia preparatoria y de juicio (art. 17)

Inmediatamente después de terminada la audiencia preliminar, el tribunal celebrará la audiencia preparatoria con las partes que asistan. En la audiencia preparatoria el tribunal, de oficio o a petición del o los solicitantes, podrá ordenar la citación a la audiencia de juicio a personas determinadas para que declaren sobre los antecedentes de hecho expuestos en la solicitud a que se refiere el artículo 15, en conformidad al objeto del juicio establecido por el tribunal.

Si no se hubieren presentado con la solicitud, el tribunal, en la audiencia preparatoria, podrá ordenar que se acompañen los siguientes informes:

- a. Un informe psicológico o psicosocial que dé cuenta que el mayor de catorce y menor de dieciocho años y su entorno familiar han recibido acompañamiento profesional por, al menos, un año previo a la solicitud. Lo anterior se entenderá cumplido si se hubiere acompañado en la solicitud u ofrecido en la audiencia preparatoria, el original o copia auténtica del informe de participación en el programa de acompañamiento profesional a que se refiere el artículo 23 de la presente ley, y
- b. Un informe psicológico o psicosocial que descarte la influencia determinante de terceros, como el padre, madre, representante legal, o quien tenga legalmente el cuidado personal del mayor de catorce y menor de dieciocho años u otros adultos significativos para él, sobre la voluntad expresada por éste en cuanto a su identidad de género.

Asimismo, en la audiencia preparatoria, el o la juez podrá ordenar la realización de una o más diligencias que estime necesarias para la acertada resolución de la causa. Con todo, en ningún caso podrá decretar la realización de exámenes físicos al mayor de 14 y menor de 18 años.

Sin perjuicio de lo anterior, el o la juez podrá, previo acuerdo de las partes, desarrollar la audiencia de juicio inmediatamente después de finalizada la preparatoria. En la audiencia de juicio, se oír a quienes hayan sido citados a la misma y se rendirá la prueba admitida por el tribunal.

La sentencia definitiva deberá ser fundada y en ella deberá constar el hecho de haberse oído la opinión del mayor de 14 y menor de 18 años, así como los motivos que el tribunal ha considerado para decidir conforme a esa opinión o en contra de ella. Para resolver, el tribunal deberá tener a la vista los informes que consten en el proceso.

La sentencia podrá ser impugnada de acuerdo con el régimen de recursos aplicable a los asuntos contenciosos en materias de familia. La apelación de la sentencia definitiva se concederá en ambos efectos y gozará de preferencia para su vista y fallo.

El tribunal, en la sentencia definitiva que acoja la solicitud, ordenará al Servicio de Registro Civil e Identificación la rectificación de la partida de nacimiento, oficiando para tales efectos a que se proceda al cambio de sexo y de nombre, o solo del sexo, según corresponda, y que se efectúen las respectivas subinscripciones al margen.

El Servicio de Registro Civil e Identificación procederá solo en virtud de una sentencia firme. Una vez practicadas las rectificaciones y subinscripciones señaladas en el inciso anterior, se emitirán los nuevos documentos de identidad, de conformidad a lo establecido en esta ley.

Programas de acompañamiento profesional (art. 23)

Los niños, niñas o adolescentes cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, y sus familias, podrán acceder a los programas de acompañamiento profesional de que trata el artículo 23 de la Ley N° 21.120, y que se regulan en el Reglamento del Ministerio de Desarrollo Social y Familia publicado en el Diario Oficial de 29 de agosto de 2019, en conformidad al artículo 26 de la Ley N° 21.120.

A enero de 2021, aún no se conocía públicamente información sobre la implementación de tales programas de acompañamiento profesional.

— ¿Qué son los programas de acompañamiento?

Consistirán en una orientación profesional multidisciplinaria que incluirá acciones de asesoramiento psicológico y biopsicosocial, cuyo objeto será el otorgamiento de herramientas que permitan el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a su identidad de género.

Los programas de acompañamiento profesional procurarán entregar al niño, niña o adolescente las herramientas necesarias

para que pueda desarrollar integralmente sus potencialidades, de acuerdo a su identidad de género, según su edad y grado de madurez. Estas podrán ser otorgadas directamente al niño, niña o adolescente o a su familia, además de aquellas que sean necesarias de entregar a la comunidad en la que se desarrolla habitualmente, en virtud del interés superior del niño.

- ¿Dónde se regulan los programas de acompañamiento?
El Reglamento regula las acciones mínimas que deben contemplar los programas de acompañamiento profesional que establece el artículo 23 de la Ley N° 21.120, así como los requisitos, vigencia y cancelación de la acreditación de las personas jurídicas sin fines de lucro que ejecutarán dichos programas. Asimismo, el Reglamento regula otras materias necesarias para la correcta aplicación de los programas de acompañamiento profesional referidos, como el contenido de los informes que se realicen con ocasión del programa y el proceso de reclamación contra personas jurídicas acreditadas.
- ¿Quiénes ejecutarán los programas de acompañamiento?
Los programas de acompañamiento profesional que regula el Reglamento, podrán ser ofrecidos por el Estado directamente, o por personas jurídicas sin fines de lucro que cuenten con acreditación vigente otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, a través de la Subsecretaría de la Niñez, debiendo para estos efectos cumplir con los requisitos y condiciones establecidas en el Título III del Reglamento.

Los órganos de la administración del Estado que ejecuten, en el marco de sus competencias los programas de acompañamiento profesional, no requerirán de acreditación.

De las personas jurídicas sin fines de lucro que pueden otorgar programas de acompañamiento profesional	
De la acreditación de personas sin fines de lucro interesadas en otorgar programas de acompañamiento	Art. 13 Reglamento
De los requisitos para la acreditación de personas sin fines de lucro interesadas en otorgar programas de acompañamiento a) estar constituida legalmente como persona jurídica sin fines de lucro b) contar con las instalaciones que garanticen a los niños, niñas y adolescentes, y sus familias una atención personalizada en condiciones de privacidad c) contar con un equipo biopsicosocial de profesionales que cuenten con formación y experiencia en trabajo con niñez y familia, perspectiva de derechos, enfoque sistémico familiar, ciclo vital, intervención familiar y comunitaria, el que deberá estar integrado por al menos un psicólogo y un trabajador social, y d) contar con un psiquiatra en caso de ser necesario, con experiencia acreditable de al menos dos años en atención infanto-juvenil.	Art. 14 Reglamento
De las solicitudes de acreditación ante el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y antecedentes requeridos	Art. 15 Reglamento
Del procedimiento de acreditación y el pronunciamiento de la Subsecretaría de la Niñez, respecto de la aceptación o rechazo de la solicitud de acreditación, mediante el respectivo acto administrativo	Art. 16 Reglamento
De la cancelación de la acreditación por incumplimiento de requisitos, incumplimiento de deberes y por negación o dilación injustificada de la entrega de informes	Art. 17 Reglamento
De la vigencia de la acreditación por 2 años contados desde la notificación del acto administrativo que otorga la respectiva acreditación	Art. 18 Reglamento
De reclamos contra personas jurídicas acreditadas por incumplimiento de deberes	Art. 19 Reglamento

— ¿Quiénes son sujetos de atención de los programas de acompañamiento?

Pueden acceder a los programas de acompañamiento profesional los niños, niñas y adolescentes cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral y sus familias.

La decisión de acceder a los programas de acompañamiento profesional, así como la de participar de las diversas acciones que éstos comprendan, será siempre voluntaria. El acompañamiento profesional solo podrá otorgarse en la medida que sea solicitado

por el niño, niña o adolescente, de acuerdo a su edad y grado de madurez, o su familia. Para estos efectos, se requerirá el consentimiento de cada uno de los sujetos de atención de forma separada.

En ningún caso, el niño, niña o adolescente accederá al programa de acompañamiento profesional, si es que manifiesta su oposición al mismo.

La voluntad del niño, niña o adolescente de participar en el programa deberá ser informada a su representante legal. Si el niño, niña o adolescente tuviere más de uno, solo se informará al que dicho niño, niña o adolescente señale.

- ¿Qué principios rigen los programas de acompañamiento?
Sea que se ejecuten por el Estado directamente, o por personas jurídicas sin fines de lucro que cuenten con acreditación vigente ante el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, son principios rectores de los programas de acompañamiento profesional los siguientes, de acuerdo al Reglamento:

el interés superior del niño,
su derecho a ser oído,
la autonomía progresiva,
la no patologización,
la no discriminación arbitraria,
la confidencialidad,
la dignidad de trato y
el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos.

- ¿Cuánto dura la atención de los programas de acompañamiento?
El acompañamiento profesional deberá otorgarse de manera regular al niño, niña o adolescente y su familia durante el tiempo que sea indispensable para la entrega de herramientas que permitan su desarrollo integral, de acuerdo a su identidad de género.

En el caso que una persona menor de edad se hubiere sometido por al menos un año a un programa de acompañamiento profesional ejecutado por alguna de las personas jurídicas señaladas,

podrá solicitar ante ella un informe de participación en el programa. Dicho informe solo podrá reemplazar a aquel de que trata el literal a del inciso tercero del artículo 17, si efectuare una relación circunstanciada de todas las actividades de acompañamiento realizadas. Con todo, podrá señalar además conclusiones y otros antecedentes, si ello se estimare pertinente.

La persona jurídica requerida no podrá negar o dilatar injustificadamente la entrega del informe a que hacen referencia los incisos precedentes. Se entenderá por dilación injustificada cuando no se hubiere evacuado el informe dentro del plazo de treinta días hábiles contado desde que se haya recibido la solicitud del mismo.

— ¿Qué características deben cumplir los programas de acompañamiento?

El acompañamiento que brinden los programas será personalizado, debiendo el equipo profesional que intervenga en el programa de acompañamiento respectivo, respetar los procesos individuales de cada niño, niña o adolescente, así como de su grupo familiar. Para ello, deberá considerar la autonomía progresiva de los primeros, además de su contexto psicosocial y familiar.

Asimismo, durante la ejecución de los programas el equipo profesional no podrá realizar acción alguna frente a la oposición del niño, niña o adolescente.

Las atenciones realizadas en el marco de los programas de acompañamiento serán consideradas dato sensible de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, y los artículos 12 y 13 de la Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

— ¿Qué deberes existen en la ejecución de los programas de acompañamiento profesional?

Los prestadores de los programas de acompañamiento profesional, durante su ejecución, deberán en todas las acciones que formen

parte del mismo y en cualquier circunstancia, cumplir con los siguientes deberes:

- a. Dar un trato digno al niño, niña o adolescente y su familia.
- b. Comunicarse de manera clara con el niño, niña o adolescente y su familia, teniendo siempre en consideración la edad y el grado de madurez de los primeros.
- c. Dejar constancia, por escrito, de la aceptación o rechazo del programa de acompañamiento, así como de cualquier cambio en la voluntad manifestada por el niño, niña o adolescente y su familia, durante la ejecución del programa.
- d. Entregar el registro de las atenciones realizadas por el programa, a solicitud del niño, niña o adolescente de acuerdo a su edad y grado de madurez, o de su representante legal, en casos de que manifiesten la intención de cambiar de entidad prestadora del programa de acompañamiento profesional u otra circunstancia que lo amerite.
- e. Dar cumplimiento cabal a los principios establecidos en el artículo 6° del Reglamento esto es, a los principios que rigen a los programas de acompañamiento.
- f. Respetar los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y en la legislación nacional.

De las prestaciones mínimas que deben incluir los programas de acompañamiento profesional

De las acciones mínimas de los programas de acompañamiento profesional:

- a) Acogida y contención, consistentes en brindar un espacio profesional de escucha atenta, y apoyo emocional y cognitivo al niño, niña o adolescente y su familia.
- b) Orientación al niño, niña o adolescente y su familia sobre recursos de apoyo con los que cuenta o a los que pudiera acceder, ya sean familiares, sociales, profesionales, y cualquier otro disponible en su entorno.
- c) Evaluación psicosocial, incluyendo evaluación psico-socioemocional del niño, niña o adolescente, evaluación del grupo familiar, evaluación del contexto escolar y social
- d) Visitas domiciliarias, las cuales pueden ser realizadas al hogar familiar, a la escuela, o a los establecimientos de las redes de apoyo con el objeto de promover la inclusión social del niño, niña o adolescente.
- e) Consultas con psicólogo, para el fortalecimiento de un autoconcepto positivo, un desarrollo socioemocional saludable, incluyendo también apoyo en las dificultades sociales y familiares, en el fomento de estrategias de autocuidado y en la disminución de estigma internalizado, si lo hubiere.
- f) Intervención familiar, destinada al otorgamiento de herramientas, desarrollo de recursos protectores, fortalecimiento de habilidades parentales y favorecimiento de una crianza respetuosa.
- g) Acompañamiento en la toma de decisiones difíciles del niño, niña o adolescente, de acuerdo a la edad y grado de madurez, y en relación a su identidad de género.
- h) Seguimiento respecto al acompañamiento del niño, niña o adolescente

Eventualmente, garantizar disponibilidad de psiquiatras para las atenciones de salud mental que requieran atención especializada, de acuerdo a la evaluación realizada (letra c).

**Art. 9
Reglamento**

**Art. 9
Reglamento**

3.5.2 Del procedimiento judicial para personas solicitantes con vínculo matrimonial vigente

Se regula en los artículos 18 y 19 de la Ley N° 21.120:

Tribunal competente (art. 18)

Es competente para conocer la solicitud de personas con vínculo matrimonial vigente, sean o no mayores de edad, el tribunal con competencia en materias de familia correspondiente al domicilio de cualquiera de los cónyuges, a elección de la persona solicitante.

Contenido de la solicitud (art. 19)

- Debe ser fundada, exponiendo con claridad y precisión los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se apoya.
- Debe contener indicación precisa de las peticiones concretas que se someten al pronunciamiento del tribunal.
- Debe individualizar al (a la) cónyuge no solicitante.

Procedimiento (art. 19)

Si la solicitud cumple todos los requisitos legales, el o la juez citará a los cónyuges a la audiencia preparatoria, ordenando que sean notificados en conformidad a las reglas generales.

Los cónyuges tendrán derecho a demandar compensación económica de conformidad a las disposiciones del Párrafo 1° del Capítulo VII de la Ley de Matrimonio Civil, contenida en el artículo primero de la Ley N° 19.947, y del Párrafo 4° del Título III de la Ley N° 19.968.

Efectos de la sentencia definitiva (art. 19)

Quien juzga se pronunciará en la sentencia definitiva sobre la solicitud de rectificación y, en caso de acogerla, en el mismo acto declarará la terminación del matrimonio en virtud de la causal del numeral 5° del artículo 42 de la Ley de Matrimonio Civil, y regulará sus efectos. Asimismo, resolverá cualquier otra materia que se hubiere ventilado en el procedimiento.

En virtud de la causal de término del matrimonio establecida en el numeral 5° del artículo 42 de la referida Ley de Matrimonio Civil, los comparecientes se entenderán para todos los efectos legales como divorciados.

Los efectos personales y patrimoniales derivados de la terminación del matrimonio regulados en la sentencia definitiva podrán ser impugnados de acuerdo con el régimen de recursos aplicable a los asuntos contenciosos en materias de familia.

El tribunal, en la sentencia definitiva que acoja la solicitud, ordenará al Servicio de Registro Civil e Identificación la rectificación de la partida de nacimiento y de matrimonio, oficiando para tales efectos a que se proceda al cambio de sexo y de nombre, o solo del sexo, según corresponda, y que se efectúen las respectivas subinscripciones al margen.

El Servicio de Registro Civil e Identificación procederá solo en virtud de una sentencia firme. Una vez practicadas las rectificaciones y subinscripciones señaladas en el inciso anterior, se emitirán los nuevos documentos de identidad, de conformidad a lo establecido en esta ley.

3.6

El derecho a la identidad de género de personas menores de 14 años

El cambio de nombre y sexo legal para personas menores de 14 años no fue incluido en la Ley N° 21.120. Esta establece un procedimiento de solicitud de rectificación de la partida de nacimiento de las personas mayores de 14 y menores de 18 años, ante tribunales de familia, conforme lo regulan los artículos 12 a 17 del texto.

Además, respecto de niños, niñas y adolescentes se ha contemplado, en el artículo 23 de la misma ley, la implementación de programas de acompañamiento profesional para niños, niñas o adolescentes cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral y para sus familias, pudiendo en todo caso las personas menores de 14 años participar de estos procedimientos, al cual pueden acceder si lo desean o requieren orientación o ayuda profesional.

Dado que existe un vacío legal, es posible pensar que niños y niñas menores de 14 años podrían solicitar la rectificación de su partida de nacimiento mediante las leyes N° 17.344 y N° 4.808, ante el o la juez civil competente y quien deberá resolver.

Si bien la Ley N° 21.120 no incluye un procedimiento para personas menores de 14 años, han existido en Chile solicitudes para personas menores de 14 años ante tribunales nacionales civiles, en el marco de las leyes N° 17.344 y N° 4.808, que han impuesto el deber de pronunciamiento por los tribunales en razón del principio de inexcusabilidad que establece la Constitución Política de 1980 en su artículo 76.

La regulación prevista en la Ley N° 21.120 y su Reglamento respecto de los procedimientos de acompañamiento profesional para las personas solicitantes mayores de 14 y menores de 18 años tiene ciertas inconsistencias, lo que supone que quien juzga en este tipo de solicitudes debe prestar especial atención.

La regulación prevista en la Ley N° 21.120 y su Reglamento respecto de los procedimientos de acompañamiento profesional para las personas solicitantes mayores de 14 y menores de 18 años tiene ciertas inconsistencias, lo que supone que quien juzga en este tipo de solicitudes debe prestar especial atención.

La regulación de los programas de acompañamiento profesional del Reglamento no considera formación o experiencia acreditable en identidad de género. No es irrelevante si se considera que estos equipos están llamados a realizar un trabajo no solo con la persona solicitante menor de edad, sino también con sus familias.

Tales inconsistencias envuelven el riesgo potencial de que, en los procedimientos judiciales en que intervengan adolescentes solicitando la rectificación del sexo y nombre en sus partidas de nacimiento, no se respete su bienestar completo e integral, no solo por el propio tribunal, sino también por las personas progenitoras, cuidadoras adultas o integrantes de la familia extendida, así como por las personas profesionales que deban intervenir en tales procedimientos, sean del ámbito educativo, sanitario, psicosocial u otro, menoscabando el ambiente adecuado para asegurar la salud física y psíquica del adolescente, como lo prescribe el artículo 16 de la Ley N° 21.120, así como otros derechos que les corresponden a niños, niñas y adolescentes desde los estándares internacionales de derechos humanos.

Lo anterior, por cuanto la reglamentación chilena que regula la ejecución de los mencionados procedimientos de acompañamiento profesional no establece exigibilidad de formación profesional en identidad de género en las personas profesionales que integren el equipo biopsicosocial.

La regulación de los programas de acompañamiento profesional del Reglamento no considera formación o experiencia acreditable en identidad de género. No es irrelevante si se considera que estos equipos están llamados a realizar un trabajo no solo con la persona solicitante menor de edad, sino también con sus familias.

Si no existe acompañamiento adecuado podría profundizarse la situación de vulnerabilidad en que pueda encontrarse un adolescente trans al momento de iniciar el procedimiento en un tribunal, afectando así otros derechos que le son esenciales, como por ejemplo gozar del más alto nivel posible de salud física y mental, entendiendo la salud como aquel completo estado de bienestar físico y mental que favorece el desarrollo de la personalidad de cada ser humano, el despliegue de su potencialidad y que trasciende al acceso a cuidados sanitarios o acciones de rehabilitación frente a alguna enfermedad (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC, y artículo 24 de la Convención de Derechos del Niño, CDN). Todo lo cual, a su vez, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, entre otros derechos personalísimos de la infancia y la adolescencia.

Una eventual situación de afectación de este tipo para un adolescente, además, tensiona el cumplimiento de las garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género que establece la propia Ley N° 21.120, específicamente, por ejemplo, la contenida en el artículo 4° letra c sobre el libre desarrollo de la persona conforme la identidad y expresión de género, permitiendo así la mayor realización espiritual y material posible.

También, se puede promover, en el mismo procedimiento, la vulneración de principios relativos al derecho a la identidad de género que consagra la actual ley chilena en el artículo 5°. Esto es, de la no discriminación arbitraria (letra b), de la confidencialidad (letra c) y, de manera muy especial, el principio de la no patologización (letra a), de la dignidad en el trato (letra d), del interés superior (letra e) y de la autonomía progresiva (letra f)

Se ha subrayado aquí la importancia del rol de organizaciones de la sociedad civil para los procedimientos de acompañamiento profesional para las personas solicitantes mayores de 14 y menores de 18. De forma previa a la entrada en vigor de la Ley N° 21.120 y durante el tiempo de su vigencia, la necesidad de orientación y/o acompañamiento a personas trans ha sido atendida mediante la respuesta de la sociedad civil organizada, esto es, agrupaciones de la sociedad civil, sin apoyo formal del Estado.

Tales agrupaciones han entregado un espacio para que las personas trans se sientan seguras y puedan encontrar información y respuestas a las inquietudes respecto a su proceso de construcción identitaria y a sus experiencias en el contexto familiar e institucional.

Estos procesos han sido desarrollados de forma principal por personas que han vivido la experiencia, es decir, personas trans, familiares y otros significativos que, en un intento por mejorar su calidad de vida, han promovido acciones de autoayuda entre pares, conformando tales organizaciones. Entre las organizaciones que realizan acciones de apoyo, orientación y/o acompañamiento, se pueden mencionar:

- Fundación Iguales
- Fundación Renaciendo

- Fundación Selessa
- Fundación Todo Mejora
- Fundación Transitar
- Organizando Trans Diversidades
- Fundación Juntos Contigo

**Procedimientos referidos a niños, niñas y
adolescentes en la Opinión Consultiva 24/17 de
la Corte IDH (Humanos, 2017; párrafos 149-156)**

149. En lo que respecta a la regulación de los procedimientos de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad de niños y niñas, esta Corte recuerda en primer término que conforme ha señalado en otros casos, los niños y las niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos 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 relación con este punto, la Corte ha sostenido que al aplicarse a niñas y niños, los derechos contenidos en instrumentos generales de derechos humanos deben ser interpretados tomando en consideración el corpus juris sobre derechos de infancia. Además, este Tribunal consideró que el artículo 19 “debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”.

150. Asimismo, esta Corte ha entendido que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de

autonomía personal. Por tal motivo, entonces, la Corte entiende que las medidas pertinentes de protección a favor de las niñas o niños son especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos.

151. Del mismo modo, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte, cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, además del principio de la autonomía progresiva que ya fuera mencionado (supra párr. 150), los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión del niño o de la niña en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.

152. Al respecto, resulta útil recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño. Por otra parte, y en estrecha relación con el derecho a ser oído, la Corte se ha referido en otras decisiones a la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser escuchado en todas las decisiones que afecten su vida. Sobre este punto en particular, el Tribunal especificó también que el derecho a ser escuchado de los niños y niñas constituye no solo un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

153. Por otro lado, en el marco de los casos contenciosos, este Tribunal ha tenido la oportunidad de referirse al derecho a la identidad de las niñas y niños reconocido por el artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño el cual establece en su primer inciso que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la

nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. En esos casos, esta Corte indicó que el derecho a la identidad estaba íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada. Del mismo modo, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte concluyó que el Estado había violado el derecho a la libertad en un sentido amplio, reconocido en el artículo 7.1 de la Convención, por la sustracción y posterior supresión de la identidad de una niña por parte de las fuerzas de seguridad del Estado. Para la Corte, el derecho en mención implica la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia.

154. De conformidad con lo anterior, esta Corte entiende que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género que fueron desarrolladas supra también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género autopercibida. Este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación. Por último, resulta importante resaltar que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada. En igual sentido, resulta pertinente recordar que el Comité sobre Derechos del Niño ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente”.

155. En el mismo sentido, los principios de Yogyakarta han establecido que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al

pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.

156. Por último, y como un ejemplo de una buena práctica con relación a este tema, el Tribunal no puede dejar de hacer mención a la Ley 26.743 de 23 de mayo de 2002 de Argentina “sobre el derecho a la identidad de género de las personas” cuyo artículo 5 se refiere al trámite de rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen de niñas y niños. La norma establece en particular que con relación a las personas menores de 18 años, la solicitud del trámite “deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor [de edad], teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley [...] de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño. [...] Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley [...] de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”.

Material de apoyo

- “El derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia”: Ximena Gauché Marchetti, en *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile* (Anuar Quesille coord. y ed. académico), Unicef, Santiago, diciembre 2017; pp. 187-216.

- “Comentarios a la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH en materia de identidad de género”: Ximena Gauché Marchetti, en Anuario de Derecho Público 2018, Universidad Diego Portales; pp. 175-202.
- “Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: una cuestión de derechos”: Ximena Gauché Marchetti y Domingo Lovera Parmo, en Revista Ius Et Praxis, Universidad de Talca, año 25 N° 2, 2019; pp. 359-402.
- “Derechos sexuales: niños, niñas y adolescentes”: Mónica González Contró, en Derecho y Sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Disponible online.
- “Igual de diferentes: la identidad de género de niños, niñas y adolescentes en Chile”: Isaac Ravetllat B., en Revista Ius et Praxis Universidad de Talca, 24(1), 397-436.

3.7 Jurisprudencia chilena relevante sobre Ley N° 21.120

3.7.1 Información estadística

Causas Terminadas por Ley N° 21.120 que reconoce y da protección al Derecho a la identidad de género

Periodo: diciembre de 2019 al 31 de marzo de 2020

Fuente: Subdepartamento de Estadísticas del Departamento de Desarrollo Institucional (DDI) de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ)

Jurisdicción	Tribunal	Fecha Ingreso
C.A. de Arica	Juzgado de Familia Arica	03-01-2020
C.A. de Iquique	Juzgado de Familia Iquique	12-01-2020
C.A. de Iquique	Juzgado de Letras y Garantía de Alto Hospicio	31-12-2019
C.A. de Antofagasta	Juzgado de Familia Antofagasta	31-01-2020
C.A. de Antofagasta	Juzgado de Familia Antofagasta	03-02-2020
C.A. de Antofagasta	Juzgado de Letras de Tocopilla	07-01-2020
C.A. de Copiapó	Juzgado de Familia de Copiapó	31-12-2019
C.A. de Copiapó	Juzgado de Familia de Copiapó	31-12-2019
C.A. de Copiapó	Juzgado de Familia de Copiapó	31-12-2019
C.A. de La Serena	Juzgado de Familia Coquimbo	27-02-2020
C.A. de Valparaíso	Juzgado de Familia Quillota	03-02-2020
C.A. de Valparaíso	Juzgado de Familia Quillota	04-02-2020
C.A. de Valparaíso	Juzgado de Familia San Antonio	02-01-2020
C.A. de Valparaíso	Juzgado de Familia Valparaíso	03-02-2020
C.A. de Valparaíso	Juzgado de Familia Valparaíso	25-02-2020
C.A. de Valparaíso	Juzgado de Familia Villa Alemana	09-01-2020
C.A. de Valparaíso	Juzgado de Familia Viña del Mar	03-01-2020
C.A. de Valparaíso	Juzgado de Familia Viña del Mar	03-01-2020
C.A. de Valparaíso	Juzgado de Familia Viña del Mar	10-02-2020
C.A. de Valparaíso	Juzgado de Familia Viña del Mar	19-02-2020
C.A. de Rancagua	Juzgado de Familia Rancagua	17-02-2020
C.A. de Rancagua	Juzgado de Familia Santa Cruz	26-02-2020
C.A. de Talca	Juzgado de Familia Linares	15-01-2020
C.A. de Talca	Juzgado de Familia Parral	10-01-2020

C.A. de Chillán	Juzgado de Familia Chillán	22-01-2020
C.A. de Concepción	Juzgado de Familia Coronel	21-01-2020
C.A. de Concepción	Juzgado de Familia Tomé	31-12-2019
C.A. de Temuco	Juzgado de Familia Temuco	28-02-2020
C.A. de Temuco	Juzgado de Familia Temuco	14-01-2020
C.A. de Puerto Montt	Juzgado de Familia Ancud	03-01-2020
C.A. de Puerto Montt	Juzgado de Familia Puerto Montt	13-01-2020
C.A. de Puerto Montt	Juzgado de Familia Puerto Montt	21-01-2020
C.A. de Puerto Montt	Juzgado de Familia Puerto Montt	28-01-2020
C.A. de Santiago	1º Juzgado de Familia de Santiago	14-01-2020
C.A. de Santiago	1º Juzgado de Familia de Santiago	04-02-2020
C.A. de Santiago	1º Juzgado de Familia de Santiago	24-02-2020
C.A. de Santiago	2º Juzgado de Familia de Santiago	27-12-2019
C.A. de Santiago	2º Juzgado de Familia de Santiago	08-01-2020
C.A. de Santiago	2º Juzgado de Familia de Santiago	31-12-2019
C.A. de Santiago	2º Juzgado de Familia de Santiago	28-01-2020
C.A. de Santiago	2º Juzgado de Familia de Santiago	06-02-2020
C.A. de Santiago	2º Juzgado de Familia de Santiago	13-02-2020
C.A. de Santiago	2º Juzgado de Familia de Santiago	25-02-2020
C.A. de Santiago	3º Juzgado de Familia de Santiago	06-01-2020
C.A. de Santiago	3º Juzgado de Familia de Santiago	30-01-2020
C.A. de Santiago	3º Juzgado de Familia de Santiago	21-02-2020
C.A. de Santiago	4º Juzgado de Familia de Santiago	30-12-2019
C.A. de Santiago	4º Juzgado de Familia de Santiago	09-01-2020
C.A. de Santiago	4º Juzgado de Familia de Santiago	30-12-2019
C.A. de Santiago	4º Juzgado de Familia de Santiago	30-01-2020
C.A. de Santiago	Juzgado de Familia Colina	02-01-2020
C.A. de Santiago	Juzgado de Familia Pudahuel	20-01-2020
C.A. de San Miguel	1º Juzgado de Familia San Miguel	06-01-2020
C.A. de San Miguel	2º Juzgado de Familia San Miguel	10-02-2020
C.A. de San Miguel	Juzgado de Familia Peñaflores	16-01-2020
C.A. de San Miguel	Juzgado de Familia Puente Alto	10-12-2019
C.A. de San Miguel	Juzgado de Familia Puente Alto	08-01-2020

3.72 Lineamientos jurisprudenciales²⁵

Sobre el contenido de la solicitud y los antecedentes que se acompañen en el caso de personas mayores de 14 y menores de 18 años

Como señala la Ley N° 21.120 en su artículo 15 en relación al contenido de la solicitud:

- Debe ser fundada, exponiendo con claridad y precisión los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se apoya
- Debe indicar de forma precisa las peticiones concretas que se someten al pronunciamiento del tribunal
- Señalar las razones conforme las cuales, a juicio de la persona solicitante, la pretensión hecha valer es beneficiosa para tal persona mayor de 14 años y menor de 18 años, en conformidad a la garantía específica del artículo 3° y a las garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género del artículo 4°, ambos de la Ley N° 21.120.
- Puede acompañar los antecedentes que se estimen pertinentes, especialmente aquellos que den cuenta del contexto psicosocial y familiar de la persona mayor de 14 y menor de 18 años y de su grupo familiar.
- Puede acompañar los informes que señala el artículo 17 de la Ley N° 21.120, esto es:
 - a. Un informe psicológico o psicosocial que dé cuenta que la persona mayor de 14 y menor de 18 años y su entorno familiar han recibido acompañamiento profesional por, al menos, un año previo a la solicitud. Lo anterior, se entenderá cumplido con el original o copia auténtica del informe de participación en el programa de acompañamiento profesional a que se refiere el artículo 23 de la Ley N° 21.120, y

25 Con el fin de respetar y resguardar la reserva debida a estas causas y el principio de confidencialidad establecido en la propia Ley N° 21.120, se indica en este apartado solamente la fecha de los casos de que se ha tomado conocimiento y solamente para los fines académicos de este material docente, elaborado en su versión final en enero de 2021.

- b. Un informe psicológico o psicosocial que descarte la influencia determinante de terceras personas, como el padre, madre, representante legal, o quien tenga legalmente el cuidado personas de la persona mayor de 14 y menor de 18 años u otros adultos significativos para la persona solicitante, sobre la voluntad expresada por ella en cuanto a su identidad de género.

Al segundo semestre de 2020, no existe información pública disponible sobre el proceso de acreditación de los programas de acompañamiento profesional a que se refiere la Ley N° 21.120 en su artículo 17. En la práctica, los tribunales de familia están recibiendo antecedentes a partir del acompañamiento que hacen organizaciones de la sociedad civil.

Sentencia juzgado de familia (13 de enero de 2020):

PRIMERO: La solicitud presentada se basa en la manifestación de voluntad del adolescente de vivir de acuerdo a su identidad de género, y que esto quede reflejado en sus documentos oficiales, por lo que solicita se modifique su nombre a XXXXX, y se establezca su sexo registral como masculino. Su madre hace presente que hace más de 18 meses es reconocido por su nombre social. En ese proceso ha sido acompañado por la OTD junto a sus padres con orientación psicológica y una evaluación psiquiátrica. También está desde hace un año con bloqueadores hormonales.

CUARTO: Que la parte demandante incorporó en la audiencia de juicio la siguiente prueba:

Documental:

1. Certificado de nacimiento del adolescente, en que consta que XXXX, Run MMMMMMMMM, nació el día GG de VVVV de 20SS, inscrita con el N° PPPP, Registro S, año 20SS, Circunscripción de QQQQ, hija de VVVV y BBBB.
2. Certificado de psiquiatra DDDD que da cuenta de diagnóstico de transexualismo y trastorno de la identidad sexual en adolescentes.

3. Informe de atención psicológica, emitido por HHHH, que da cuenta de atención al adolescente y a su familia.

4.- Horas de atención de Hospital NN, con endocrinólogo.

Testigos:

1.- UUUU, vienen a ratificar el nombre de su hermano XXXX, su hermano recibe apoyo psicológico desde hace un año y también apoyo médico. Da cuenta de su proceso voluntario.

2.- EEEE, viene para apoyar el cambio de nombre y sexo registral de XXXX, a quien conoció como alumno como profesora jefe y le manifestó su identidad, activándose el protocolo en el establecimiento. Se ha avanzado, el colegio ha dado apoyo incluyendo psicólogo hasta el día de hoy. Está muy orgullosa de él. Desde marzo de 20QQ.

Sentencia juzgado de familia (12 de noviembre de 2020):

PRIMERO: Que se ha presentado solicitud de cambio de nombre y sexo registral de conformidad a la Ley N° 21.120 por doña YYYYY, RUN N° ZZZZZZZZ-Z, técnico en xxxxx, con domicilio en calle WWWWWW, KKKK, en representación legal -madre- de la persona adolescente identificada con nombre legal YYYY, RUN N° ZZZZZZZZ-Z, de su mismo domicilio y con nombre social FFFF, en síntesis, fundada en que su hija tiene la íntima convicción personal e interna de ser mujer, identificándose con el género femenino, dando a conocer el año 2019 ser transgénero, lo que la solicitante ya presentía, iniciando el proceso de transición, con apoyo de Fundación Juntos Contigo, profesional TT y otros especialistas.

Sobre el cumplimiento de los principios relativos al derecho a la identidad de género

De acuerdo al artículo 5° de la Ley N° 21.120, el derecho a la identidad de género reconoce, entre otros, los siguientes principios:

- principio de no patologización
- principio de 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.

A su vez, respecto de los programas de acompañamiento profesional, sea que se ejecuten por el Estado directamente o por personas jurídicas sin fines de lucro que cuenten con acreditación vigente ante el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, son principios rectores de los programas de acompañamiento profesional los siguientes, de acuerdo al Reglamento:

- el interés superior del niño,
- su derecho a ser oído, la autonomía progresiva,
- la no patologización,
- la no discriminación arbitraria,
- la confidencialidad,
- la dignidad de trato y
- el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos.

Sentencia juzgado de familia (13 de enero de 2020):

SEGUNDO: Citado a la audiencia preliminar, el adolescente fue informado sobre las características de la rectificación y sus consecuencias jurídicas. Además, fue escuchado en Sala Gessel, junto a la consejera técnica, manifestando su voluntad de cambiar su sexo y nombre registral.

QUINTO: Que, la identidad de género ha sido definida por la ley 21.120, en su artículo 1 como “la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados

en el acta de inscripción del nacimiento”. **Dicha convicción personal e interna, ha sido verificada por el tribunal en forma directa, al escuchar al adolescente en forma reservada, y además al informarle en la audiencia preliminar las consecuencias jurídicas de su decisión** (el destacado es propio).

SEXTO: En cuanto al derecho de ser oído, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del niño señala que los Estados garantizarán a los niños, que están en condiciones de formación de juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que les afectan. Además, debe tenerse debidamente en cuenta sus opiniones, fijando como parámetro para considerar la madurez del niño o niña.

La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del niño señala que “estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, la que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. En el artículo se estipula que no basta con escuchar el niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente partir de que el niño sea capaz de formar su juicio propio”.

A este respecto, en la “Guía de abordaje del Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia del poder Judicial Chileno”, se señala que el desarrollo de la capacidad del adolescente para formarse una opinión está condicionada entre otras razones por sus niveles de estimulación, el acceso a la información, las experiencias vividas, el entorno, las expectativas, factores protectores y de riesgo o el capital cultural de los padres o cuidadores (ONU, 2009, párrafo 29).

De esta manera el adolescente fue oído en sala Gesell, entendido como un ambiente que concretiza el principio de confidencialidad y dignidad en el trato, por la consejera técnica del tribunal, y en atención al principio de autonomía progresiva, se valora lo manifestado por él, lo que da cuenta de una voluntad libre y madurada en el tiempo y el apoyo de su familia, de su entorno educacional y social.

SEPTIMO: Que la demás prueba incorporada, da cuenta de un proceso iniciado desde los inicios de la adolescencia, con apoyo desde el año 2018, el que actualmente consta de apoyo psicológico e inicio de terapia hormonal. Que su voluntad expresada en audiencia preliminar, su relato, y el de los testigos presentados, dan cuenta de una voluntad libre que se ha ido fortaleciendo con el tiempo y el apoyo adecuado.

Sentencia juzgado de familia (12 de noviembre 2020):

TERCERO: Que la adolescente ha ejercido su derecho a ser oída directamente por esta jueza y por consejero técnico, en audiencia preliminar verificada en estos antecedentes, instancia en que ha manifestado su voluntad respecto del cambio de sexo y nombre registral y de los nombres de pila y apellido paterno con los que pretende reemplazar aquellos que figuran en su partida de nacimiento, misma audiencia preliminar en que se informó a la adolescente las características de la rectificación y sus consecuencias jurídicas.

Sobre la rectificación del apellido de la persona solicitante como parte de su derecho a la identidad de género

De acuerdo a alguna jurisprudencia, en aplicación de la Ley N° 21.120 no se debe entender que el derecho a la identidad de género incluye solo el cambio de nombre de pila.

Se trata, entonces, de una interpretación amplia del artículo 1° de la Ley N° 21.120, que establece que “el derecho a la identidad de género consiste en la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y **nombre registral**, de solicitar la rectificación de estos” (énfasis de la autora).

Se descartaría, con esta interpretación jurisprudencial, que la ley se refiera solamente a la posibilidad de cambiar el nombre de pila entendiendo que este fuera el único que podría tener una relación con la identidad de género de la persona solicitante. También, al incluir el apellido dentro de la identidad de género autopercibida, se descarta también, por principio de especialidad, que la normativa

aplicable para esta solicitud de cambio de apellido deba ser la Ley N° 17.344, en un procedimiento ante un tribunal civil. Para esta interpretación resulta determinante la consideración de estándares internacionales sobre el propio concepto de identidad de género y los derechos de la infancia y la adolescencia, así como los propios principios establecidos en la Ley N° 21.120.

Sentencia juzgado de familia (12 de noviembre de 2020):

PRIMERO: Que se ha presentado solicitud de cambio de nombre y sexo registral de conformidad a la Ley N° 21.120 por doña YYYYY, RUN N° ZZZZZZZZ-Z, técnico en xxxxx, con domicilio en calle WWWWWW, KKKK, en representación legal -madre- de la persona adolescente identificada con nombre legal YYYY, RUN N° ZZZZZZZZ-Z, de su mismo domicilio y con nombre social FFFF, en síntesis, fundada en que su hija tiene la íntima convicción personal e interna de ser mujer, identificándose con el género femenino, dando a conocer el año 20SS ser transgénero, lo que la solicitante ya presentía, iniciando el proceso de transición, con apoyo de Fundación Juntos Contigo, profesional TT y otros especialistas. Agrega que su hija tuvo una relación con su padre biológico hasta los RR años, la que nunca fue buena, reconociendo actualmente a don CCCC, marido de la progenitora, como padre, razón por la cual también solicita el cambio del apellido paterno y así concretar su derecho a la identidad de manera integral. En virtud de esta circunstancia solicita que se rectifique ante el Servicio de Registro Civil e Identificación la partida de nacimiento de YYYY por el de FFFF, el que es acorde a su identidad y solicita a su vez, el cambio de sexo registral a fin de que aparezca como femenino.

SÉPTIMO: Que de los antecedentes probatorios de autos se pueden tener por acreditados los siguientes hechos:(...)

2. Ella ha podido transitar desde su origen biológico a reafirmar su verdadera identidad gracias al constante apoyo familiar

3. Todos los informes acompañados como prueba dan cuenta de que en este transitar FFFF ha recibido en particular el apoyo de

su madre y de don CCCC, quien es identificado por ella como su figura paterna. En efecto, tanto en el informe psicológico de los mencionados adultos como en el informe de acompañamiento psicológico se individualiza a don CCCC como el padre de FFFF, y en el contenido de los informes se le reconoce como uno de los pilares en el transitar a la verdadera identidad de género. CCCC aceptó de buena manera su identificación desde el primer momento y brindó un importante apoyo psicoemocional a FFFF.

4. El padre biológico de FFFF, cuya filiación no es desconocida por ésta, es don UUUU. La adolescente manifiesta que no es su intención modificar su filiación, sino asumir su nueva identidad tal y como ella profundamente la ha experimentado, lo que incluye tomar el apellido de la figura paterna que le ha dado apoyo en esta etapa de su vida.

OCTAVO(...) En efecto, la identidad de género es entendida, en el preámbulo de los principios de Yogyakarta, como “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”. De la lectura de esta definición queda claro que se trata tanto de un concepto como de un fenómeno dinámico, que está en constante movimiento de acuerdo con las vivencias particulares de cada individuo. Así, algunas dimensiones de la vivencia humana podrán ser o no relevantes, o ser más relevantes que otras, para cada individuo considerado en concreto.

En el presente caso, la adolescente ha manifestado que, de acuerdo con su propia historia de vida, no solo es importante, sino que central, poder cambiar su apellido paterno para lograr desarrollar plenamente su identidad de género... Por eso desea ser identificada con el apellido de la figura paterna, quien ha sido uno de los pilares en el descubrimiento y expresión de su verdadero género de mujer. FFFF es ella, en gran medida, gracias

a don CCCC, por lo tanto, eso forma parte de su identidad de género tal y como ella la siente profundamente.

NOVENO: Que, en cuanto al concepto de nombre, además, se debe señalar que este es un atributo de la personalidad, inherente a la identidad de toda persona. Son las palabras que sirven para identificar a una persona gráfica y verbalmente, tanto en su familia como en la sociedad.

Este concepto de nombre comprende dos elementos, que son el nombre de familia o apellido y el nombre propio, sirviendo el primero para que la persona sea identificada en sociedad y asociada a un determinado grupo familiar. El nombre propio permite identificar a la persona dentro de su familia. Así entendido, el apellido pasa a ser un distintivo familiar, lo que refuerza que para el caso concreto que en este acto se resuelve es importante lograr el cambio de apellido para permitir a FFFF ser identificada con aquella familia que le permitió recibir apoyo psicoemocional para terminar de descubrir y expresar su verdadera identidad de género.

DÉCIMO PRIMERO: Que, la Convención Sobre Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Chile el 14 de agosto de 1990, contempla como uno de sus principios básicos el Interés Superior del Niño, que, a partir del reconocimiento del niño como sujeto de derechos, pone el centro en el bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes (artículo 3), o lo que es lo mismo, su desarrollo “holístico”, concepto dinámico, flexible y adaptable, en constante evolución que abarca su ámbito físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social (Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial)... A partir del reconocimiento de la infancia y adolescencia como segmentos etarios con titularidad de derechos, se les reconoce, invariablemente, el derecho a ser oídos, otro de los pilares fundamentales de la Convención sobre Derechos del Niño, artículo 12, que supone el derecho de todo NNA de formarse un juicio propio, de expresarlo y ser tomado en cuenta, en todos los asuntos que le conciernen. Incluso se ha llegado a hablar de un derecho a la participación

que, como tal ha sido expresamente referido en el párrafo 8 de las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, adoptada como Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en tal sentido, la ley 21.120 contempla principios y criterios que deben ser considerados para dar mayor fuerza a la necesidad de llevar a cabo el cambio de apellido en este proceso, reconocidos en los artículos 4 y 5, (...)

DÉCIMO TERCERO: Que cuanto se viene señalando es, además, concordante con tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como con los estándares internacionales de los principios de Yogyakarta. En concreto, con las siguientes disposiciones:(...)

DÉCIMO CUARTO: Que, considerando los hechos que se dan por establecidos y los principios mencionados, en especial, el interés superior del niño y autonomía progresiva conforme a la edad y grado de madurez que presenta la adolescente; su manifestación de voluntad, corroborado con los antecedentes probatorios referidos al ámbito educativo y de intervención terapéutica; considerando la audiencia reservada que se ha desarrollado en este proceso con la adolescente, permiten al tribunal llegar a la convicción de que se justifica la solicitud, en lo concerniente al cambio de nombres, incluido apellido paterno, y sexo registral, por cuanto se ha logrado conocer y contextualizar desde un punto de vista psicosocial y además establecer que no ha existido una influencia determinante de tercero sino que, realmente surge desde la convicción interna de la adolescente, este importante cambio que solicita regularizar a través de esta instancia judicial, lo que permitirá restablecer su derecho a la identidad de género, hoy vulnerado, en grado de privación.

Sobre la rectificación de la calidad de progenitor o progenitora en el certificado de nacimiento del hijo o hija de persona solicitante con vínculo matrimonial vigente

De acuerdo a alguna jurisprudencia de tribunales superiores, en aplicación de la Ley N° 21.120 se podría proceder al cambio de la partida de nacimiento del hijo o hija de persona solicitante con vínculo matrimonial vigente, quien en conformidad al artículo 19 de dicha ley puede solicitar fundadamente el reconocimiento de su identidad de género, conteniendo la indicación precisa de las peticiones concretas que se someten al pronunciamiento del tribunal e individualizar al (a la) cónyuge no solicitante.

Conforme la normativa, si la solicitud cumple todos los requisitos legales y se dicta sentencia definitiva favorable, quien juzga se pronunciará en tal sentencia definitiva sobre la solicitud de rectificación y, en caso de acogerla, en el mismo acto declarará la terminación del matrimonio en virtud de la causal del numeral 5° del artículo 42 de la Ley de Matrimonio Civil, regulando sus efectos. Asimismo, debe resolverse ahí cualquier otra materia que se hubiere ventilado en el procedimiento.

El tribunal, en la sentencia definitiva que acoja la solicitud, ordenará al Servicio de Registro Civil e Identificación la rectificación de la partida de nacimiento y de matrimonio, oficiando para tales efectos a que se proceda al cambio de sexo y de nombre, o solo del sexo, según corresponda, y que se efectúen las respectivas subinscripciones al margen.

El Servicio de Registro Civil e Identificación procederá solo en virtud de una sentencia firme. Una vez practicadas las rectificaciones y subinscripciones señaladas en el inciso anterior, se emitirán los nuevos documentos de identidad, de conformidad a lo establecido en esta ley.

Sentencia Ilma. Corte de Apelaciones (31 de agosto de 2020):

PRIMERO: Que del mérito de autos, se desprende que durante la tramitación del juicio la demandante solicitó se acoja la petición

de rectificación de nombre y sexo, disponiéndose el término del matrimonio respectivo y consecuentemente, de acogerse la solicitud, de acuerdo al artículo 3 de la Ley N° 21.120, no habiendo impedimento legal, se reconozca la maternidad de la solicitante, de manera que al reconocerse su identidad de género se reconozca que es madre de su hijo, oficiándose al efecto al Registro Civil, para que se rectifique el nombre y sexo de la solicitante en el certificado de nacimiento de su hijo, variando la mención padre por la de madre.

SEGUNDO: Que, el señor juez de la instancia no accedió a la solicitud de oficiar al Registro Civil e Identificación con la finalidad de rectificar el nombre y sexo de la recurrente en el certificado de nacimiento de su hijo KKKK y de doña YYYY, nacido el 44 de VVV de 20SS, de BB años de edad, modificándose la mención padre por la de madre, negativa que en términos generales obedece a proteger el interés superior del niño, su derecho a ser oído y el derecho a la representación judicial letrada, derechos todos que a juicio del sentenciador podrían verse gravemente vulnerados de aceptarse lo solicitado.

CUARTO: (...) importancia tiene lo alegado por la madre del niño, doña YYYY, quien en su calidad de representante de aquel, y haciéndose parte del presente recurso de apelación en calidad de tercero coadyuvante, refiere que tras haber conversado con su hijo sobre la solicitud judicial que estaba llevando a cabo su madre, ÑÑÑÑ, él le ha mencionado que “la reconoce e identifica como su madre”, con quien mantiene una comunicación a pesar de la distancia territorial, y siendo plenamente consciente de la identidad de género de ella, a quien siempre ha respetado, solicitando por expresa solicitud de su hijo, que se le tenga por oído.

SEXTO: Que, por su parte la Corte Interamericana, al referirse al interés superior del niño, niña o adolescente, 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

persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar una discriminación en contra de la madre o 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 la tuición o custodia.

SÉPTIMO: Que, resolver como lo hecho el señor juez de la instancia, haría letra muerta el artículo 3° de la Ley 21.120 que “Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género” precepto que se intitula “GARANTÍA ESPECÍFICA DERIVADA DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO” y que además de señalar que toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación que regula esta ley, en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, asegura y ordena que las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en los registros oficiales deberán ser coincidentes con dicha identidad. En definitiva, debe mirarse en un sentido integral que lleve a la persona que requiere que le sea reconocida su identidad de género y la rectificación de sexo y nombre registral, no solo a ver modificada y rectificada aquello, sino que en todo documento o registro que se le identifique de esa manera y así lograr eficacia y congruencia con los fines y objetivos de la mentada ley.

OCTAVO: Que del mérito de autos, no se advierte que el motivo que justificaría el rechazo de la solicitud de la demandante, esto es, el interés superior del niño de autos, se vea afectado, sin perjuicio que no parece adecuado que la alusión al referido principio prime por sobre la identidad de género de la solicitante, por lo que teniendo especialmente presente lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 21.120, lo expuesto en estrados mediante sistema de teletrabajo por videoconferencia, valorado conforme las reglas de la sana crítica, habrá de ser revocada dicha decisión del juez de primer grado.

3.8 Referencias a otros Estados que establecen procedimientos para el reconocimiento de la identidad de género de personas trans

En materia de establecimiento de procedimientos de solicitud de reconocimiento de la identidad de género por personas trans, es posible, en el nivel comparado, encontrar leyes de identidad de género, como es el caso de Argentina con la Ley N° 26.743 de 2012; Uruguay, con la Ley N° 19.684; Portugal, con la Ley N° 38/2018; Malta con su Act N° XI de 2015, y Chile, con la Ley N° 21.120.

Además, existen Estados en que se han implementado procedimientos, sean judiciales o administrativos, aunque no cuenten específicamente con ley de identidad de género, como México, España y Ecuador.

En todos los casos, las normativas y procedimientos procuran enmarcarse en estándares internacionales de derechos e identidad de género. Tanto algunas de las leyes de identidad de género, como algunos de los Estados que cuentan con procedimientos, lo establecen también para personas menores de 18 años.

Estado	Año	Tipo de procedimiento	Incluye NNA
Uruguay	2009	Judicial	No
Argentina	2012	Administrativo	Sí
Dinamarca	2014	Administrativo	No
Malta	2015	Administrativo	Sí
Bolivia	2016	Administrativo	No
Portugal	2018	Administrativo	Sí
Uruguay	2018	Administrativo	Sí

4

Políticas y estrategias del Poder Judicial asociadas a la identidad de género²⁶

²⁶ Se recomienda revisar como complemento el apartado 6.1 Estándares internacionales de derechos humanos y derecho nacional, del material docente “Curso sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género. El Caso Atala”, elaborado para la Academia Judicial por la misma autora.

Presentación

Entrega conocimientos para identificar cómo es la inclusión de la temática de reconocimiento de la identidad de género en los diferentes ámbitos del Poder Judicial chileno.

Síntesis de contenidos

- 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 para la protección de personas trans.
- Reconocimiento de identidad de género para personas que integran el Poder Judicial.

4.1 Política de Igualdad de Género y No discriminación del Poder Judicial chileno

En Chile, en febrero de 2015, el pleno de la Excm. 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 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 Jus-

ticia 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.

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 IDH 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).

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 de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial reconoce dos ámbitos de aplicación que abarcan también sus destinatarios:

- 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;
- 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, dichos 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 de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial son, por una parte, los integrantes del Poder Judicial y, por otra, los usuarios y usuarias del sistema de justicia, sin perjuicio de 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. Los principios rectores de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial 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

- Política de Igualdad de Género y No discriminación del Poder Judicial. Disponible [online](#).

4.2 Acceso a la justicia de personas trans. Diferentes miradas desde las diversas funciones de las personas integrantes del Poder Judicial: una propuesta concreta.

La incorporación de la perspectiva de género en el Poder Judicial, impulsada por la Corte Suprema a través de la Secretaria Técnica de Igualdad de Género y No discriminación en el marco de la política institucional, se ha visto favorecida a través de iniciativas particulares por algunos tribunales, como es el caso del Protocolo de implementación judicial de la Ley N° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, del 2° Juzgado de Familia de Santiago.

Dado que aún no existe una práctica consolidada sobre la implementación de los procedimientos que regula la Ley N° 21.120, como tampoco una práctica interdisciplinar e interseccional generalizada en el Poder Judicial chileno que garantice que se respetarán los derechos de las personas trans de forma integral en los procedimientos establecidos en la Ley N° 21.120, el protocolo elaborado por el 2° Juzgado de Familia de Santiago para la atención y tramitación de causas de la Ley N° 21.120 es una buena iniciativa, que ha recogido opinión experta y estándares internacionales.

Material de apoyo

- [Guía](#) de la Ley N° 21.120
- [Protocolo](#) elaborado por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago para la atención y tramitación de causas de la Ley N° 21.120
- [Entrevista](#) a la magistrada Macarena Rebolledo, jueza del 2° Juzgado de Familia, sobre el protocolo y sus objetivos.

4.3 Perspectiva de género, estereotipos e imparcialidad judicial en casos que involucran a personas trans

El acceso a la justicia es un derecho humano esencial y autónomo que favorece el cumplimiento de la igualdad entre las personas.

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 (Heim, 2016; p. 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

- “Barreras de acceso a la justicia”, en Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias (p. 28).

Entre otras barreras que reducen considerablemente la eficacia de este derecho y que por ende deben ser superadas, cabe señalar aquellas:

- lingüísticas y culturales
- socioeconómicas
- de género
- geográficas
- de infraestructura
- institucionales.

Tales obstáculos inciden en el diseño, elaboración y aplicación de leyes e instituciones que responden a una cosmovisión del mundo, intereses y valores esencialmente masculinos (Heim, 2016; p. 18, nota 2).

Específicamente, entre los obstáculos de acceso adecuado a la justicia existe uno de tipo sociocultural, pero que afecta también lo normativo: los estereotipos, que siendo factores persistentes dificultan el acceso a la justicia de mujeres y personas LGBTIQ+.

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 todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General número 33 (2015), sobre el acceso de las mujeres a la justicia, ha indicado:

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 los obstáculos de acceso adecuado a la justicia existe uno de tipo sociocultural, pero que afecta también lo normativo: los estereotipos, que siendo factores persistentes dificultan el acceso a la justicia de mujeres y personas LGBTIQ+.

En el caso de las mujeres, los estereotipos se evidencian 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

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.

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 parte de la Convención 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 son 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 autopercepción 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 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 conjunto de los hombres, las mujeres, las personas 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.

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 dicho grupo (Los estereotipos normativos en la decisión judicial: una exploración conceptual, 2016).

El derecho internacional de los derechos humanos y los estereotipos

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)

Sistema interamericano:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El estereotipo ha sido definido como "la visión o preconcepción generalizada de los atributos o características que los miembros de un grupo particular poseen, o de los roles que juegan o deben jugar" (Informe "Violencia contra las personas LGBTI", 2015; párrafo 41. Disponible [online](#)).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

El derecho internacional de los derechos humanos y los estereotipos en la [jurisprudencia](#) de la Corte IDH

Campo Algodonero vs. México (2009)	Párrafos 401 y 402
Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (2012)	Párrafos 295, 297 y 302
Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012)	Párrafos 109 y 111
López Soto vs. Venezuela (2018)	Párrafos 136, 137, 206, 209, 233, 235, 240, 338, 340 y 352
V.R.P, V.P.C y otros vs. Nicaragua (2018)	Párrafos 264 y 392
Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México (2018)	Párrafos 211 a 220
Azul Marín vs. Perú (2020)	Párrafos 92 y 93
Guzmán Albarracín vs. Ecuador (2020)	Párrafos 188 a 195

Caso Atala vs. Chile (2012)

127. 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.

142. En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" 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.

108. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso.

109. (...)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.

110. 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.

111. 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, preconcepciones 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.

Caso Azul Marín vs. Perú (2020) Párrafos 92 y 93

La Corte IDH ha señalado que la violencia contra las personas LGBTI es basada en prejuicios, percepciones generalmente negativas hacia aquellas personas o situaciones que resultan diferentes. La violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación. La violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría. Esta violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio.

La imparcialidad y los estereotipos

Junto a la independencia, la imparcialidad es un requisito/principio de la función jurisdiccional que no solo significa un derecho a favor de la persona que es sometida a un proceso, sino que 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.

Convención Americana:

Artículo 8.1 “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”.

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”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párrs. 43 y 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 juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes. El o la juez debe 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”) vs. 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 vs. 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.

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.

- Comité de Derechos Humanos, 90° período de sesiones Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007. Observación General N° 32 artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y Cortes de justicia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha reconocido que la imparcialidad judicial tiene dos dimensiones:

- 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, y
- 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 en Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile (sentencia de 29 de mayo de 2014: fondo, reparaciones y costas).

Perspectiva de género en la función jurisdiccional en Chile

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, esta 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 éstas 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 solo 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 tal 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.

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 contenidas en su Planificación Estratégica 2015-2020, que propone considerar a las personas como eje del trabajo de la institución, propender a mejorar sustancialmente el acceso a la justicia de la ciudadanía, ofrecer calidad en todo el proceso de administración de justicia y modernizar, en definitiva, el Poder Judicial.

¿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; p. 27).

Desde su relación con el acceso a la justicia, se pueden encontrar algunas conceptualizaciones:

- Permite ver y entender la situación de desventaja en que han vivido y continúan viviendo las mujeres, y que es aceptada como natural.
- Utilizada como unos lentes de aumento, permite poner el foco en las situaciones de discriminación, desigualdad y violencia que viven principalmente las mujeres.
- 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.

(Fuente: Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la Perspectiva de Género en las sentencias, Poder Judicial de Chile; p. 62)

- 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.

(Fuente: Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad. Año 2013. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México; p. 62)

- La perspectiva de género, como método de análisis, es una consecuencia más del surgimiento del género como categoría independiente. Una vez que se dio el paso fundamental de identificar que los sexos no solo se clasifican a partir de criterios biológicos, sino también y fundamentalmente a partir de rasgos construidos desde lo cultural, surgieron un conjunto de cuestionamientos en torno a las consecuencias que ello conllevaba(...) La conclusión

a la que condujo ese hecho fue que el mundo y sus fenómenos se habían descrito dejando fuera a más de la mitad de la especie humana. Desde esa visión, una “mujer, un negro, un desarrapado, un árabe, un homosexual, representa[ban] para el imaginario social lo otro del sujeto, su negación” (Serret y Méndez, 2011; p. 41). Sobre esa base, aquello que se asumía como “verdadero” era en realidad una verdad parcial, una verdad a la que le faltaba buena parte de la realidad. Estas reflexiones llevaron al surgimiento de la perspectiva de género, la cual ha buscado contribuir para generar una nueva forma de creación del conocimiento; una en la que se abandone la necesidad de pensarlo todo en términos del sujeto aparentemente neutral, pero pensado desde el imaginario del hombre blanco, heterosexual, propietario cristiano y educado; y, en cambio, se opte por una visión que abarque todas las realidades, particularmente aquellas que habían quedado fuera hasta entonces. Es una perspectiva que “reconoce la diversidad de géneros y la existencia de las mujeres y los hombres, como principio esencial en la construcción de una humanidad diversa y democrática” (Lagarde, 1997; p. 1), que comprende “las posibilidades vitales de las mujeres y los hombres: el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros, así como los conflictos institucionales y cotidianos que deben enfrentar y las maneras en que lo hacen” (Lagarde, 1997; p. 2)... Como método de análisis, la perspectiva de género es útil para las diferentes áreas del conocimiento y no solo para alguna en particular. Por ello, poco a poco se ha ido incorporando en los distintos ámbitos, entre ellos, el jurídico. Para el derecho, la perspectiva de género ha sido un parteaguas para que el grupo de las mujeres y las minorías sexuales empiecen a figurar en un plano de igualdad frente al grupo de los hombres, para que las instituciones jurídicas –desde las más tradicionales hasta las más novedosas– atiendan a las variadas implicaciones del género, así como para que las normas sean interpretadas y aplicadas sin pasar por alto los distintos contextos a los que se enfrentan las personas, debido a esa categoría y sus múltiples efectos.... En la administración de justicia, dicho método de análisis ha ido cobrando fuerza al grado de ser en la actualidad una obligación constitucional a cargo de todas las juezas y jueces del país. A pesar de ser una figura de reciente incorporación en el

ámbito jurisdiccional mexicano, ha habido un avance sustancial en el tema, gracias a los precedentes de la SCJN y la evolución que ha tenido en los sistemas de protección de derechos humanos universal e interamericano.

(Fuente: Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Año 2020. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México; pp. 79-81.)

¿Qué hace la perspectiva de género?

Cuestiona el paradigma de único “ser humano neutral y universal” basado en el hombre blanco, heterosexual, adulto 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. Año 2013. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México; p. 66.)

Propuestas para revisión jurisprudencial de sentencias dictadas por tribunales superiores de justicia y sus fundamentos

Propuestas metodológicas para incorporar la perspectiva de género:

- Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la Perspectiva de Género en las sentencias (agosto 2018). Corte Suprema de Justicia. Chile. Disponible [online](#).
- 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).
- Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Año 2020. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Parte III: Guía para Juzgar con Perspectiva de Género (pp. 137-252). Disponible [online](#).

Material de apoyo

- “La perspectiva de género en la formación de jueces y juezas”: Leticia Ronconi y Liliana Vita, en *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 11(22), 115 (2013). Disponible [online](#).
- *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho* (2ª edición): Catharine MacKinnon, Siglo Veintiuno editores, Argentina, 2014 (edición original 1987, trad. de Teresa Beatriz Arijón).
- *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*: Tamara Pitch (trad. de Cristina García Pascual), Editorial Trotta, Madrid (2003).
- *La guerra contra las mujeres*: Rita Segato, Prometeo Editorial, Madrid (2016).
- Entrevista a [Alda Facio](#). Sobre políticas públicas y actuar del Poder Judicial en la igualdad entre hombres y mujeres (2011).

4.4 Reconocimiento de identidad de género para personas que integran el Poder Judicial

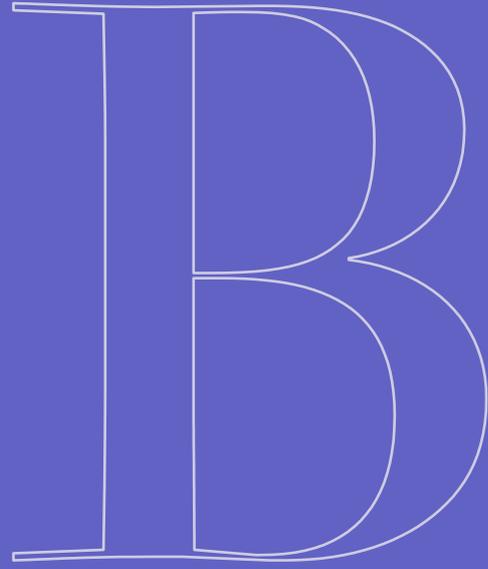
En el marco de la política institucional y la entrada en vigencia de la Ley N° 21.120, a fin de regular adecuadamente el respeto al derecho a la identidad de género de las personas integrantes del Poder Judicial, y de garantizar el ejercicio legítimo de este derecho tanto al interior de las unidades judiciales como en lo relativo a todos los procedimientos administrativos y de gestión interna, la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No discriminación, en conjunto con el Departamento de Recursos Humanos de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, desarrollaron una propuesta, en orden a regular de manera previa los siguientes tópicos:

- Regulación de los aspectos administrativos y de gestión interna ante el cambio de nombre y sexo registral de una persona integrante del Poder Judicial.
- Lineamientos para el abordaje de la transición de género de integrantes del Poder Judicial al interior de las unidades judiciales y de la Corporación Administrativa.

Para ello, se propuso al Consejo Superior de la CAPJ la aprobación de un reglamento específico para la implementación de la Ley N° 21.120, con el objeto de garantizar el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas integrantes del Poder Judicial y de la propia Corporación Administrativa.

Material de apoyo

- Protocolo de actuación para garantizar el ejercicio del derecho a la identidad de género de personas integrantes del Poder Judicial y de la Corporación Administrativa. Ley N° 21.120. Disponible [online](#).
- [Guía](#) de la Ley N° 21.120.
- Protocolo de Actuación para la atención de justicia con enfoque de género y diversidad sexual, Universidad de Concepción. Disponible [online](#).



Bibliografía

Bibliografía

1. "A propósito de las sentencias Goodwin e I o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH". **Sanz, Susana. 2003 (I)**. En *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LV.
2. "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". **Gauché Marchetti, Ximena. 2014**. En *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*. Enero-abril 2014. Vol. 5, Temuco : s.n.; p. 11.
3. **Arango, Mónica. 2017**. "Derechos sexuales y reproductivos y niños: obligaciones internacionales y responsabilidad parental". En Lathrop, Fabiola y Espejo, Nicolás (coords.): *Responsabilidad parental*. Santiago : Legal Publishing, 2017.
4. **Benítez Piraíno, Dinka. 2018**. *Filiación y mujeres lesbianas*. Santiago : Rubicón Editores, 2018.
5. **Carmona, Encarnación. 2015**. "La perspectiva de género en los Sistema Europeo e Interamericano de Derechos Humanos". Madrid : Serie Cuadernos y Debates. N° 243, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
6. **Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2012**. *Orientación sexual, Identidad de género y Expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. 2012.
7. **Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2015**. *Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres*. 2015.
8. **Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2020**. *Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. 2020.
9. **Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Artavia Murillo y otros contra Costa Rica**. Serie C 257, s.l. : Corte IDH, 2012.
10. **Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006**. *Sentencia Almonacid Arellano contra Chile*. 154, 2006.
11. **Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012**. *Sentencia Atala Riffo y Niñas contra Chile*. Serie C 239, 239. s.l. : Corte IDH, 24 de Febrero de 2012. Párrafo 271.
12. **Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2020**. *Sentencia Azul Marín y otra contra Perú*. 402, 2020.
13. **Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1988**. *Velásquez Rodríguez con Honduras*. 4, 1988.
14. **Corte Interamericana de Derechos Humanos. 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 IDH, 2017.
15. **Cook, Rebeca y Cusack, Simone. 2009**. *Estereotipos de género, perspectivas legales tradicionales*. s.l. : Universidad de Pennsylvania, 2009.
16. **De Beauvoir, Simone. 1999**. *El Segundo Sexo* [trad.] Juan García. 4ª ed. s.l. : Sudamericana, 1999.
17. "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema Interamericano de Derechos Humanos". **Abramovich, Víctor. 2019**. En *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 6 (11), pp. 7-39.
18. **Discriminación, Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No. Política de Igualdad de Género y No Discriminación**. Disponible [online](#).
19. "Discursos sobre la identidad de género en la configuración de políticas sociales, desde la perspectiva de actores políticos gobierno nacional, regional y sociedad civil organizada". **Sepúlveda, C. y Bustos, C. 2018**. *Revista Enfoques*, Vol. 16 (28), pp. 41-62.
20. **Foucault, Michel. 2008**. *Historia de la Sexualidad. 1. la voluntad de saber*. [trad.] Ulises Guiñazú. 2a. revisada. Buenos Aires : Siglo XXI Editores, 2008.
21. **Foucault, Michel. 2008**. *Historia de la Sexualidad. 2. el uso de los placeres*. [trad.] Soler Martí. Buenos Aires : Siglo Veintinuno, 2008.
22. **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.
23. **Gauché Marchetti, Ximena. 2018**. Comentariosa la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH en materia de identidad de género. [aut. libro] Universidad Diego Portales. *Anuario de Derecho*

- Público*. Santiago : s.n., 2018.
24. **Gauché Marchetti, Ximena. 2017.** "El derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia" [aut. libro] UNICEF. Coordinador y Editor Académico Anuar Quesille. *Constitución Política e Infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*. Santiago : s.n., 2017.
 25. **Gauché Marchetti, Ximena. 2011.** *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Saarbrücken, Alemania : Editorial Académica Española , 2011.
 26. **Gavilán Macías, Juan. 2016.** "Modelo sociocultural para la intervención en la transexualidad infantil" [aut. libro] Gallego, Aranzazu y Espinosa, María (editoras). *Miradas no adultocéntricas sobre la infancia y la adolescencia*. Granada : Comares, 2016.
 27. **Giddens, Anthony. 2001.** *Sociología*. 4a ed. Madrid : Alianza, 2001.
 28. **Guerra de la Vega, Ramón.** Edición del Autor, Museo del Prado. 1995. *El Prado Erótico. Las majas de Goya y la Colección erótica del Museo del Prado*. s.l. : Del Autor, 1995.
 29. **Heim, Daniela. 2016.** *Mujeres y acceso a la justicia: de la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*. Argentina. 1a. s.l. : Didot, 2016.
 30. "Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: una cuestión de derechos". **Gauché Marchetti, Ximena y Lovera Parmo, Domingo. 2019.** [ed.] Universidad de Talca. 2, Talca : s.n., 2019. En *Revista Ius Et Praxis*, Vol. 25, pp. 359-402.
 31. **INDH. 2010.** *Informe Anual 2010: Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Capítulo 2 "Igualdad y No Discriminación. Diversidades Sexuales". 2010.
 32. **INDH. 2011.** *Informe Anual 2011: Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Capítulo 5 "Igualdad y No discriminación. Diversidades Sexuales". 2011.
 33. **INDH. 2013.** *Informe Anual 2013: Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Capítulo 5 "Derechos de las personas trans". 2013.
 34. **INDH. 2017.** *Informe Anual 2017: Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Capítulo 3 "Realidad y desafío: niños, niñas y adolescentes trans e intersex en contextos de salud y educación". 2017.
 35. **Kagan, Robert. 2003.** *Poder y debilidad. Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial*. Madrid : Taurus, 2003.
 36. **Lamas, Marta. 2014.** *Cuerpo, sexo y política*. México : Océano. Debate Feminista, 2014.
 37. **Lorenzini, Kena. 2010.** *Parejas Lésbicas. Tramas del sufrimiento y emergencia de nuevos imaginarios en la subjetividad femenina*. Santiago : Cuarto Propio, 2010.
 38. "Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual". **Arena, Federico. 2016.** Valdivia : s.n., 2016. En *Revista de Derecho*, Vol. XXIX (1), págs. 51-75.
 39. **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.
 40. **Osborne, Raquel y Guasch, Oscar. 2003.** *Avances en sociología de la sexualidad. Sociología de la sexualidad*. 1ª ed. Madrid : Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI de España, 2003.
 41. **Renau, M. Dolors. 2008.** *Ciudadanas y Políticas*. 1ª ed. s.l. : Fundación Rafael Campalans, 2008.
 42. **Saldivia, Laura. 2009.** "Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad". [aut. libro] SELA. *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. Buenos Aires : Librería, 2009, pp. 98-119.
 43. **Saldivia, Laura. 2017.** *Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*. Buenos Aires : UNGS, 2017.
 44. **Shibley Hide, J. y DeLamater, J.,. 2006.** *Sexualidad Humana*. [trad.] Susana Margarita Olivares Bari y Gloria Estela Padilla Sierra. 9ª ed. s.l. : Mc Graw Hill, 2006.
 45. "Sobre la categoría de género. Una introducción teórico-metodológica". **De Barbieri, Teresita. 1992.** En *Revista Interamericana de Sociología*, Vol. VI.
 46. **Strong, B., y otros. 2005.** *Human Sexuality. Diversity in Contemporary America*. Fifth Edition. New York : Mc. Graw Hill,, 2005.
 47. **Vander Zanden, James. 1986.** *Manual de Psicología Social*. 1ª ed. (5ª reimpresión). Barcelona : Paidós, 1986.
 48. **Viñuales, Olga. 2002.** *Lesbofobia*. Barcelona : Bellaterra, 2002.

