



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

DERECHO DE SEXUALIDADES Y GÉNEROS

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MATÍAS IGNACIO CORTEZ VALENZUELA

Profesora Guía:
DRA. CLAUDIA IRIARTE RIVAS

Santiago de Chile,
Abril de 2024

A todas las víctimas del homobotransodio,
en cuya memoria trabajamos día a día en el activismo disidente.

A Franco, mi padre formador en el activismo profesional,
Y a Emilia, con quien nos potenciamos y llegamos a institucionalizarlo.

A mi madre y mi padre, por el hogar más
afirmativo que, en la precariedad, pudieron brindar,
Y a los amigos y amores que sanaron mis nociones de compañía y afectividad.

RESUMEN

La memoria presenta el desarrollo de la comprensión de las sexualidades y géneros, primero en las ciencias sociales, y luego en el Derecho, desde la patologización y penalización, hacia el reconocimiento y protección de personas LGBTIQ+. Para ello, se desarrollaron tres ejes de trabajo: primero, se analizaron los aportes críticos de las teorías iusfeministas y *queer* desde la última mitad del siglo XX en Occidente, sobre el contractualismo clásico, sobre la distinción entre sexo y género, y sobre el concepto de diversidad sexual. En segundo lugar, examinamos críticamente los pronunciamientos de órganos internacionales en torno a cuatro categorías sexogénicas fundamentales (orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales). Por último, estudiamos el Derecho nacional en este ámbito, problematizando sus vacíos frente a las propuestas de los movimientos de diversidades y disidencias sexogénicas.

Lo anterior nos llevó a adoptar un enfoque transfeminista disidente para una lectura *queer* o marica del Derecho, que nos permitió conceptualizar a la cisheteronormatividad como sistema implícito de normas que conduce estructuralmente a la sociedad a la cisheterosexualidad y cisgeneridad obligatorias, las que constituyen un régimen político que produce discriminación, pobreza y violencia en personas LGBTIQ+. Desde dicho enfoque, analizamos el Derecho de sexualidades y géneros, observando que es posible identificar al menos cuatro estándares internacionales que han sido sólo parcialmente adoptados en la legislación nacional.

En la conclusión, advertimos que la negativa de los sectores conservadores a las reformas legales en estas materias, expresa una despreocupación acerca de la importancia de un modelo de igualdad que valore la diversidad y la subjetividad de cada persona, lo que constituye una amenaza a la protección de los derechos humanos de los grupos históricamente discriminados, por cuanto obstaculiza la capacidad del ordenamiento jurídico de recepcionar estándares internacionales en torno a la no discriminación de personas LGBTIQ+.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	3
TABLA DE CONTENIDO.....	4
ABREVIATURAS.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO 1. SEXUALIDADES Y GÉNEROS EN LAS CIENCIAS SOCIALES.....	10
1.1. CRÍTICA DE LAS TEORÍAS FEMINISTAS Y <i>QUEER</i> AL CONTRACTUALISMO CLÁSICO.....	11
1.2. CRÍTICAS DE LAS TEORÍAS FEMINISTAS Y <i>QUEER</i> AL CONCEPTO DE «SUJETO DE DERECHOS».....	14
1.3. CRÍTICAS DE LA TEORÍA <i>QUEER</i> A LA DISTINCIÓN ENTRE «SEXO» Y «GÉNERO».....	19
1.4. CRÍTICAS AL CONCEPTO DE «DIVERSIDAD SEXUAL» E INSTALACIÓN DEL CONCEPTO DE «DISIDENCIAS SEXUALES Y DE GÉNEROS»: HACIA UN ENFOQUE DISIDENTE PARA UNA «LECTURA <i>QUEER</i> » DEL DERECHO.....	25
CAPÍTULO 2. SEXUALIDADES Y GÉNEROS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	37
2.1. SISTEMA DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS	38
2.1.1. <i>Los Principios de Yogyakarta</i>	40
2.1.2. <i>Órganos de tratados</i>	46
2.1.2.1. Quejas individuales	46
2.1.2.2. Observaciones generales.....	50
2.1.3. <i>Órganos diplomáticos</i>	55
2.2. SISTEMA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.....	61
2.2.1. <i>Resoluciones de las Asamblea General</i>	62
2.2.2. <i>Tratados internacionales que contemplan categorías sexogénicas</i>	64
2.2.2.1. Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia	64
2.2.2.2. Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores... ..	68
2.2.3. <i>Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	69
2.3. LOS LÍMITES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL RECONOCIMIENTO DE LAS CATEGORÍAS SEXOGENÉRICAS FUNDAMENTALES.....	72
CAPÍTULO 3. SEXUALIDADES Y GÉNEROS EN EL DERECHO CHILENO	80
3.1. EL SEXO Y EL GÉNERO EN EL DERECHO CHILENO.....	80
3.2. LEYES DE DESPENALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD	81
3.2.1. <i>Penalización de la «sodomía» en el Derecho Chileno</i>	82
3.2.2. <i>Despenalización de la homosexualidad en Chile</i>	84
3.2.3. <i>Igualación de la edad de consentimiento sexual</i>	88
3.3. LEY 19.779 QUE ESTABLECE NORMAS RELATIVAS AL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA Y CREA BONIFICACIÓN FISCAL PARA ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS.....	91
3.4. LEY 20.609 QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN	96
3.4.1. <i>Catálogo de categorías protegidas de discriminación</i>	97
3.4.2. <i>Agravante penal</i>	97
3.4.3. <i>Prohibición de discriminación a quienes ejercen la función pública</i>	97
3.4.4. <i>Acción de no discriminación arbitraria</i>	98
3.4.5. <i>Análisis crítico de la ley</i>	99
3.4.5.1. Institucionalidad antidiscriminatoria	100
3.4.5.2. Definiciones relevantes	103
3.4.5.3. Jerarquización de derechos.....	106
3.5. LEY 20.418 QUE FIJA NORMAS SOBRE INFORMACIÓN, ORIENTACIÓN Y PRESTACIONES EN MATERIA DE REGULACIÓN DE LA FERTILIDAD	107
3.6. LEY 20.830 QUE CREA EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL.....	109
3.7. LEY 21.120 QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO	111
3.7.1. <i>Sobre el reconocimiento de la categoría “expresión de género”</i>	112
3.7.2. <i>Sobre la voluntariedad de las modificaciones corporales</i>	114
3.7.3. <i>Sobre innecesidad de representación judicial</i>	115
3.7.4. <i>Sobre la autonomía del adolescente para incorporarse a los Programas de acompañamiento</i>	115

3.7.5.	<i>Sobre la representación legal de niños y adolescentes en el cambio de nombre y sexo registral.....</i>	116
3.7.6.	<i>Análisis crítico de la ley.....</i>	118
3.8.	LAS CATEGORÍAS SEXOGENÉRICAS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CHILENO	121
CONCLUSIONES		125
BIBLIOGRAFÍA.....		131
	INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL	140
	LEYES Y NORMAS CITADAS.....	143
	PROYECTOS DE LEY Y TRAMITACIÓN DE LEYES APROBADAS.....	145

ABREVIATURAS

ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DIDH	Derecho Internacional de Derechos Humanos
ILGA	International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex)
LGBTIQ+	Lesbianas, gays, bisexuales, trans, intersexual, <i>queer</i> y otros. El uso parcial de la sigla, da cuenta de que se han incorporado sólo a ciertas identidades en el contexto específico.
MINSAL	Ministerio de Salud del Gobierno de Chile
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
VIH	Virus de inmunodeficiencia humana
SIDA	Síndrome de inmunodeficiencia adquirida
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

Las nociones fundamentales del Derecho vigente como «contrato social» o de «sujeto de derechos», fueron desarrolladas por la propuesta metodológica racionalista gestada durante el siglo XVII y que se materializó en la Ilustración. Este tiempo histórico se caracterizó por la exclusión en la vida política de variados grupos de la población, como las personas LGBTIQ+ (esto es, personas lesbianas, trans, homosexuales, no binarias, intersex, *queer*,¹ asexuales, entre otras no cisheterosexuales). Dicha exclusión se debía a las comprensiones teológicas sobre la sexualidad predominantes en la época, que consideraban a los comportamientos homosexuales e identidades de género disidentes, como un pecado que merecía castigo: esto ya venía consagrado en algunas normativas premodernas que los penalizaban, y desde ella permearon a las codificaciones que configuraron los Estados modernos, en las que la exclusión y discriminación se proyectó hasta la actualidad.

Con el paso del tiempo, empezaron a realizarse investigaciones y análisis críticos sobre la conceptualización del género y la sexualidad -primero desde la psiquiatría y luego desde la psicología- que veían a la transgeneridad y a la homosexualidad como campos inexplorados que exigían nuevas lecturas científicas a la luz de los desarrollos recientes de esas disciplinas.

Estos estudios fueron paulatinamente recibidos por las ciencias, y dialogaron de modo fecundo con las teorías feministas que también fueron desarrollándose desde fines de la primera mitad del siglo XX, lo que ha permitido revelar cómo la distinción binarista entre masculino-femenino ha sido utilizada para distribuir desigualmente el poder, lo que ha materializado un orden cisheteropatriarcal que se expresa en el Derecho. En nuestro país, por ejemplo, ciertas normas jurídicas otorgan expresamente ciertas potestades a personas del género masculino, para privárselas a las del género femenino, como lo hacen los artículos 135 y 1749 del Código Civil al poner en el marido la administración y «jefatura» de la sociedad conyugal. Algo similar ha ocurrido respecto de personas LGBTIQ+, a quienes se ha perseguido, por ejemplo, a través del tipo penal en blanco de la ofensa contra la moral y las buenas costumbres “descrita” en el artículo 373 del Código Penal, aún vigente; o la penalización de la sodomía en la antigua redacción del artículo 365 del Código Penal, modificada en 1999 y derogada recién en 2022.

Con todo, ni siquiera es necesaria la existencia de normas expresas para, o concretar una distribución desigual de poder, o bien, para derechamente excluir a ciertos sujetos² del ámbito de

¹ *Queer* es un palabra en inglés que, según Paul Preciado, podría traducirse como «marica, raro o pervertido», y que se usó ampliamente en Estados Unidos como un insulto contra personas LGBTIQ+, pero que luego fue reapropiada por los movimientos político/sociales en representación de éstas, como una categoría política y también como una identidad de género. A fines del siglo XX, se empezó a usar la expresión «*queer theory*» para referirse a los estudios en torno a las sexualidades y géneros no hegemónicos, y poco a poco, empezó a ser incluida dentro de la sigla LGBT/I/Q, dentro de un proceso paulatino de expansión de las formulaciones teóricas, políticas y conceptuales sobre el tema. Revítese el análisis detallado de este proceso en los subtítulos 1.3 y 1.4 de este trabajo. También véase nota al pie 82.

² A lo largo de este trabajo, se reemplazaron las desinencias pronominales de género gramatical del castellano (“-a, -o” y sus respectivas versiones en plural) por los sufijos “-e/-es”, en todos los sustantivos que hacen referencia ya

protección o de regulación del Derecho: he ahí la insuficiencia del concepto de «sujeto de derechos» que se encuentra en la base de la construcción del orden social de la modernidad en occidente. Tanto los Estados nacionales como el sistema internacional de relaciones interestatales, descansan sobre éste y otros postulados de la Modernidad, recepcionados en los ordenamientos jurídicos occidentales e instituciones desde fines del siglo XVIII y que se han proyectado hasta el día de hoy. Respecto de ellos, distintos movimientos políticos y sociales han impulsado propuestas transformadoras trascendentales en las últimas décadas a fin de abordar el carácter excluyente y cisheteropatriarcal que las caracterizan.

El Derecho ha integrado muy lentamente el desarrollo que ha habido en otras ciencias sociales acerca de las sexualidades y géneros, puesto que para ello se requieren reformas legales que exigen consensos sociales en el ámbito político que demoran en construirse por su carácter eminentemente contracultural. Además, estos consensos deben expresarse en deliberaciones democráticas a través de instituciones que, a su vez, reproducen la exclusión a personas LGBTIQ+, cuyo conocimiento situado³ podría dar lugar a aquellos intercambios lingüísticos

sea a grupos indeterminados de personas, a personas de géneros indeterminados, múltiples o simplemente desconocidos, y también a personas de género no binario o neutro. Esta innovación lingüística es una entre varias que han surgido a partir de las críticas al sexismo en el lenguaje, en un debate de larga data sobre la necesidad de un «lenguaje inclusivo». Desde los movimientos hispanohablantes de las disidencias sexogenéricas, la utilización de la desinencia neutra “-e/-es” se ha hecho cada vez más extensiva en los últimos años, pese a que ya se ha propuesto hace varias décadas (el primer antecedente se remonta a una carta a una revista española, véase Álvaro García Meseguer, “Sexismo y lenguaje”, *Cambio 16*, 11 de noviembre de 1976,

https://www.grijalvo.com/Alvaro_Garcia_Meseguer/Sexismo_y_lenguaje.htm).

Esta innovación ha sido ampliamente recogida en documentos oficiales en Argentina: primero, a través de resoluciones universitarias que han ido apareciendo desde 2017 que promueven de manera formal el lenguaje no sexista e inclusivo en trabajos y exposiciones orales (véase María Filgueira, “Lenguaje inclusivo: hay cada vez más universidades que aceptan su uso dentro de las instituciones”, *La Nación*, 7 de febrero de 2020,

<https://www.lanacion.com.ar/sociedad/lenguaje-inclusivo-hay-cada-vez-mas-universidades-nid2331692/>.) y en septiembre de 2020 también en una guía oficial del gobierno (véase República Argentina Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad, “(Re)nombrar - Guía para una comunicación con perspectiva de género”, 16 de septiembre de 2020,

argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_para_una_comunicacion_con_perspectiva_de_genero_-_mmgyd_y_presidencia_de_la_nacion.pdf). Sin embargo, a fines de febrero de 2024, el Gobierno argentino, por decisión de la administración de Javier Milei, dicha guía se eliminó (véase Constanza Lambertucci, “Milei anuncia la prohibición del lenguaje inclusivo y de ‘todo lo referente a la perspectiva de género’”, *El País Argentina*, 27 de febrero de 2024, <https://elpais.com/argentina/2024-02-27/milei-anuncia-la-prohibicion-del-lenguaje-inclusivo-y-de-todo-lo-referente-a-la-perspectiva-de-genero.html>).

En Chile, dos documentos oficiales promueven el lenguaje inclusivo en el ámbito de la educación pero, sin descartarla, ninguno hace referencia directa a la utilización de las desinencias neutras. Véase numeral 6, letra a en República de Chile Superintendencia de Educación, “Circular 0768, derechos de niñas, niños y estudiantes trans en el ámbito de la educación” (2017), <https://www.supereduc.cl/wp-content/uploads/2017/04/ORD-N%C2%BA-0768-DERECHOS-DE-NI%C3%91AS-NI%C3%91OS-Y-ESTUDIANTES-TRANS-EN-EL-%C3%81MBITO-DE-LA-EDUCACI%C3%93N-A-SOSTENEDORES.pdf>. P. 7. También Gobierno de Chile Ministerio de Educación, “Orientación para la inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en el sistema educativo chileno” (Santiago de Chile: Ministerio de Educación, abril de 2017), <https://bibliotecadigital.mineduc.cl/handle/20.500.12365/439?show=full>. P. 31-33.

³ El concepto de conocimiento situado, propuesto por Donna Haraway, constituye una crítica epistemológica que destaca la relevancia que tiene el punto de vista de quien produce un conocimiento, dado que su subjetividad determinará cómo observa la realidad. Véase Donna Jeanne Haraway, “Conocimientos situados: la cuestión científica en el feminismo y el privilegio de la perspectiva parcial”, en *Ciencia, cyborgs y mujeres: la reinención de la*

que sentaran las bases para las transformaciones que permitirían enfrentar la discriminación a estos grupos.

Esta investigación tiene por objetivo examinar primeramente el desarrollo de la comprensión de las sexualidades y géneros en las ciencias sociales, reconociendo el impacto de dicha evolución en el Derecho, principalmente en la doctrina comparada pero también en la nacional; para luego identificar cuáles son las propuestas fundamentales de los movimientos de las diversidades y disidencias sexogénicas de la última mitad del siglo XX y del primer cuarto del siglo XXI, que permitan esbozar un marco teórico conceptual propio, para luego analizar si estas propuestas, y de qué forma, han sido recepcionadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), y en el Derecho nacional, particularmente en legislaciones dictadas con fundamento en el derecho a la igualdad de las personas LGBTIQ+.

En el primer capítulo, partiremos revisando las críticas que se han hecho desde las teorías feministas y *queer* al contractualismo clásico y a su noción cisheteropatriarcal de «sujeto de derechos», lo que resulta necesario para identificar el enfoque transfeminista disidente que caracterizará a este trabajo. Estos discursos emancipadores revelan toda una nueva dimensión del orden social que produce y justifica distribuciones desiguales de poder: **el binarismo de género y la cisheteronormatividad**.

En el segundo capítulo, recopilaremos los pronunciamientos sobre personas LGBTIQ+ que han surgido del sistema de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, con el objetivo de analizarlas bajo las categorías críticas del marco teórico conceptual construido en la primera parte, con el cual evaluaremos si el reconocimiento de las cuatro categorías sexogénicas fundamentales (a saber: orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales) ha contribuido para enfrentar las condiciones de discriminación, pobreza y violencia que afecta a este grupo.

En el tercer capítulo haremos lo propio en el Derecho chileno, compilando leyes que se refieran a ellas explícitamente, o que son relevantes para una concepción amplia de las sexualidades y los géneros. Con ello, concluiremos que estas innovaciones, aunque valiosas, son insuficientes, en especial porque se han hecho de modo inorgánico, lo que, desde una «lectura marica o *queer*» del Derecho, da cuenta de la necesidad de un aparataje institucional permanente que enfrente a la discriminación, pobreza y violencia que sufre esta población, como un problema público que es parte del interés general.

naturaleza (Madrid: Cátedra, 1995). Veremos en el subtítulo 1.3, que la noción de “conocimiento situado” ocupa un lugar importante en la construcción de un enfoque disidente para la lectura *queer* del Derecho para entender la importancia de teóricas *queer* para la comprensión del proceso de instalación de las «categorías sexogénicas fundamentales». Revísese la nota al pie 46.

CAPÍTULO 1. SEXUALIDADES Y GÉNEROS EN LAS CIENCIAS SOCIALES

La sexualidad no siempre fue entendida desde una perspectiva científica o filosófica: en Europa empezaron a divulgarse estudios en torno al sexo desde inicios del siglo XIX, en un proceso lento de cuestionamiento al rol represivo que ejercía la institución religiosa en torno a ella; que luego se trasladó al ámbito de la pedagogía, luego a la crianza, a la familia (entendida como núcleo social cisheterosexual) y por último, a la medicina y psiquiatría.⁴ Este tránsito hoy ha decantado en la psicología y desde ella, hoy accede al resto de las ciencias sociales.

Antes de estos tránsitos, la forma en que el Derecho representaba, regulaba e incluso producía ciertas nociones sobre la sexualidad, estaban predeterminadas por esos modos, primero represivamente pre-científicos, y posteriormente, filosóficos y científicos de comprender el sexo. Así como en la psicología, los debates académicos y dogmáticos son los que terminan instalando ciertas concepciones predominantes sobre ciertos fenómenos;⁵ en el Derecho, dichos debates se expresan de modo pretendidamente definitivo cuando se trasladan a discusiones políticas, votaciones sobre nuevas legislaciones y por fin, en normas. Y advertimos que dicha pretensión definitoria es inalcanzable en la medida que el debate académico en las ciencias jurídicas también es interminable, y el desarrollo doctrinario de conceptos jurídicos, al reunirse con la potencia de los movimientos sociales, permiten afirmar que es una disciplina viva, que convive con la ciudadanía y sus imaginarios.

El feminismo del siglo XX dio el primer paso para denunciar la exclusión de la sujeta “mujeres” de la noción moderna de persona heredada del contractualismo clásico, lo que dejó la puerta abierta para que la teoría *queer* hiciera lo propio respecto de una infinita serie de sujetos con múltiples identidades sexogénicas: en términos de la teórica Judith Butler, no es necesario contar con un concepto fijo, uniforme o universal de «sujeto» para teorizar sobre la sociedad civil y, en definitiva, para hacer política, con lo cual la versatilidad de la construcción variable de la identidad, cobra un valor trascendental.

Dada dicha versatilidad de la identidad, las críticas a la distinción entre sexo y género que provienen de la psiquiatría y sexología, fueron recibidas por los movimientos sociales en defensa de personas LGBTIQ+, con diferentes posicionamientos políticos que han dado lugar a estrategias y agendas diferenciadas entre la diversidad sexual y las disidencias sexogénicas, las que iremos revisando con el fin de justificar la adopción de un **enfoque «disidente sexogénico»** que permita preparar una «lectura marica o *queer*» del Derecho.

⁴ Michel Foucault, *Historia de la sexualidad I - La voluntad de saber* (México, D.F.: Siglo XXI Editores, 2007). P. 85.

⁵ Tómese como ejemplo el retiro de la homosexualidad de la sexta impresión de la segunda edición del «Manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales» (DSM-II por sus siglas en inglés), por decisión de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (APA) en 1972. Véase Jack Drescher, “Out of DSM: Depathologizing Homosexuality”, *Behavioral Sciences* 5, n° 4 (4 de diciembre de 2015): 565–75, <https://doi.org/10.3390/bs5040565>.

1.1. CRÍTICA DE LAS TEORÍAS FEMINISTAS Y QUEERAL CONTRACTUALISMO CLÁSICO

La teoría del contrato social es el fundamento elaborado por el iusrracionalismo en Occidente para explicar el surgimiento de la sociedad civil/política y como tal, es el punto de partida de legitimación del Derecho moderno, según la que todas las personas, para superar las inseguridades de la «libertad natural del estado de naturaleza», adhieren a un contrato social que establece la libertad civil, protegida por el Estado. Esta teoría es producto de la filosofía racionalista que tuvo varias formulaciones durante sus años de desarrollo antes del estallido de las revoluciones liberales a fines del siglo XVIII, en las que empezaron a positivizarse en el Derecho: el cambio fundamental se dio en la consagración de un nuevo orden social, político y jurídico, fundado en derechos, estableciendo como condiciones autodeterminantes del individuo, la libertad y la igualdad, lo que marcó un cambio de era. Sin embargo, esta libertad e igualdad eran meramente formales puesto que, en la práctica, estaban basadas en la propiedad. Esta transformación puso fin a los órdenes estamentales y selló, tanto la preeminencia de la burguesía como clase dominante por sobre la nobleza, como también un orden social de dominación masculina por sobre la femenina, que se configuró en el constitucionalismo liberal, y otorgó base normativa a la profunda subordinación de las mujeres. La politóloga británica Carole Pateman, analiza cómo las mujeres no fueron consideradas en estas construcciones teóricas a lo largo de su obra «El contrato sexual»:

«Los comentarios corrientes de las historias clásicas del contrato originario, generalmente, no mencionan que **las mujeres están excluidas del pacto originario. Los hombres realizan el contrato originario.** El recurso del estado de naturaleza se utiliza para explicar por qué, dadas las características de los habitantes en la condición natural, llevan a cabo un contrato original que es un acto racional. Se omite el punto crucial de que tales habitantes estaban sexualmente diferenciados y, en los autores clásicos (con la excepción de Hobbes), se sigue una diferencia en la racionalidad debido a la diferencia sexual natural. Los comentarios sobre estos textos pasan por alto el hecho de que los teóricos clásicos **construyen una explicación patriarcal de la masculinidad y de la feminidad**, es decir de lo que es ser hombre y mujer. Sólo los seres masculinos están dotados de los atributos y de las capacidades necesarias para realizar un contrato, el más importante de los cuales es la posesión de la propia persona, sólo de los varones cabe decir que son “individuos”»⁶

La invocación del principio de igualdad por parte de las mujeres para ser incluidas dentro de dicha noción; se refutó con la llamada «función social» derivada de la naturalización del sexo, arguyéndose que la condición de ser mujer era «prepolítica» por ser un «designio de la naturaleza»:

«los teóricos clásicos sostienen que la mujer carece naturalmente de los atributos y de las capacidades de los “individuos”. **La diferencia sexual es una diferencia política**, la

⁶ Carole Pateman, *El Contrato sexual* (Barcelona: Anthropos: Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Iztapalapa, 1995). P. 14-15.

diferencia sexual es la diferencia entre libertad y sujeción. Las mujeres no son parte del contrato originario a través del cual los hombres transforman su libertad natural en la seguridad de la libertad civil. Las mujeres son el objeto del contrato. El contrato (sexual) es el vehículo mediante el cual los hombres transforman su derecho natural sobre la mujer en la seguridad del derecho civil patriarcal». ⁷

En la misma línea, la teórica lesbofeminista francesa, Monique Wittig, afirma que el contrato social reduce a las mujeres «por obligación a seres sexuales que sólo tienen sentido por sus actividades reproductivas, [en los que] incluso su espíritu, es sexo». ⁸ Llega a dicha conclusión, examinando la noción eminentemente instrumental de la teoría del contrato social, puesto que, frente a la inexistencia histórica de dicho contrato, es posible que quienes suscriben al mismo puedan «reexaminar sus condiciones» a fin de evaluar y cuestionar los efectos del mismo sobre su realidad. En ese reexamen, Wittig se pregunta en qué medida el contrato social garantiza a la mujer «una libertad que no encontraría en la naturaleza», por lo que escudriña en las «reglas y convenciones que nunca han sido formalmente enunciadas». Entre ellas, encuentra a la **heterosexualidad obligatoria**, reinterpretando la pretendida explicación científica del parentesco, aportada por el antropólogo francés Claude Levi-Strauss, ⁹ según quien el «intercambio de mujeres» es lo que ha sellado la alianza de familias, a través del arreglo de matrimonios con que los patriarcas familiares deciden por sus hijas, lo que repercute en efectos patrimoniales y políticos sobre la descendencia: «Al plantear esto, muestra **la heterosexualidad no sólo como una institución, sino como el contrato social, como un régimen político**». ¹⁰ Pero al igual que Pateman, niega la posibilidad de consentimiento de las mujeres a dicho régimen, concluyendo que «las mujeres sólo pueden entrar en el contrato social (es decir, uno nuevo) escapando de su clase, incluso si tienen que hacerlo como esclavas fugitivas, una por una». ¹¹ Wittig usa este lenguaje, puesto que todo su análisis del contrato social, se basa en la comparación que realiza entre las mujeres y el estamento de los siervos, como queda en evidencia en la siguiente cita:

«Siempre he pensado que las mujeres son una clase que está estructurada de forma muy similar a como lo estaba la clase de los siervos. Constato en la actualidad que no pueden desvincularse del orden heterosexual más que huyendo de él una por una. Esto es lo que explica mi interés por una noción preindustrial como el contrato social.» ¹²

En las décadas recientes estos planteamientos teóricos feministas han ampliado su perspectiva, reconociendo como grupos excluidos, no sólo a las mujeres, sino que también a aquellas

⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁸ Monique Wittig, “A propósito del contrato social (1989)”, en *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, trad. Javier Sáez y Francisco Javier Vidarte, 2016, 59–72. P. 71.

⁹ Si bien, Wittig no cita una obra específica de Levi-Strauss en el texto citado, sí refiere al libro “*El pensamiento salvaje*” del antropólogo en una obra previa. Véase Monique Wittig, “El pensamiento heterosexual”, en *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, trad. Javier Sáez y Francisco Javier Vidarte, 2016, 45–56. P. 50.

¹⁰ Monique Wittig, “A propósito del contrato social (1989)”, p. 69.

¹¹ *Ibidem*, p. 71.

¹² *Ibidem*, p. 60.

personas cuya identidad, u orientación sexual, romántica o afectiva, no se ajustan a las los mandatos creados por el binarismo de género y por la heterosexualidad obligatoria. En su «Manifiesto Contra-sexual», el filósofo español transgénero Paul Preciado, anuncia «el fin de la Naturaleza como orden que legitima la sujeción de unos cuerpos sobre otros», denunciando la existencia de un **contrato social heterocentrado**, que ha sido producido históricamente a través de «performatividades normativas que han sido inscritas en los cuerpos como verdades biológicas». ¹³ Así, el sexo, como tecnología biopolítica, «reproduce en los cuerpos, en los espacios y en los discursos la ecuación naturaleza = heterosexualidad». ¹⁴ A esto también se le llama «heteronormatividad». ¹⁵

Es decir, lo que Pateman llama «contrato sexual», Preciado lo llama «contrato social heterocentrado», pero si la primera observa las consecuencias a nivel político de dicho orden, en especial sobre las mujeres; el segundo pone acento en las consecuencias a nivel identitario, ampliando la «diferencia sexual» hacia todas las prácticas lingüísticas que rehúyen de la «disciplina cisheteronormada de la sexualidad», lo que también termina constituyendo diferencias de carácter político. **Con estas nuevas perspectivas surgidas de los movimientos feministas, es que las diversidades y disidencias sexuales han construido un corpus teórico propio.**

Citando a Michel Foucault como inspirador, Preciado señala que la forma más eficaz de resistencia a la «producción disciplinaria de la sexualidad [...] no es la lucha contra la prohibición [...] sino la **contra-productividad**, es decir, la producción de formas de placer-saber alternativas a la sexualidad moderna». ¹⁶ En virtud de dicho planteamiento, propone como respuesta un **«contrato contra-sexual»** en que:

«los cuerpos se reconocen a sí mismos **no como hombres o mujeres**, sino como **cuerpos parlantes**, y reconocen a los otros como cuerpos parlantes. Se reconocen a sí mismo la posibilidad **de acceder a todas las prácticas significantes**, así como a todas las posiciones de enunciación, en tanto sujetos, que la historia ha determinado **como masculinas, femeninas o perversas**». ¹⁷

Al proponer un reconocimiento desde la capacidad de enunciación y no desde el género, Preciado no pretende negar las diferencias anatómicas, sino que «proclama **la equivalencia (y no la igualdad) de todos los cuerpos-sujetos parlantes**». Su posicionamiento constituye una «teoría del cuerpo que se sitúa fuera de las oposiciones hombre/mujer, masculino/femenino,

¹³ Paul B. Preciado, *Manifiesto contra-sexual* (Madrid, España: Opera Prima, 2002). P. 18.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 22.

¹⁵ La Corte IDH la define como «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». Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica - Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (24 de noviembre de 2017). http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Párr. 32, u, *Heteronormatividad*, p. 21.

¹⁶ Preciado, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 18.

heterosexualidad/homosexualidad», afirmando que estos conceptos están, igual que la sexualidad y el género, inscritos en un sistema tecnológico más complejo.¹⁸

En resumen, los postulados de Pateman, Wittig y Preciado han cuestionado la comprensión clásica del contrato social como fundamento nuclear de la sociedad civil, primero por la constatación de que las mujeres fueron excluidas de dicha teorización (Pateman), y luego, por la constatación de que existe una comprensión heteronormada del mismo (Wittig) y una invisibilización de la naturaleza como orden legitimador -a nivel discursivo- de un contrato social heterocentrado, que justifica la subordinación de unos cuerpos sobre otros (Preciado). Como vemos, en cada crítica existen sujetos que reclaman su exclusión del contrato social, y por ello la producción de un contrato contra-sexual, supone la proclamación de la equivalencia de todos los cuerpos como sujetos parlantes,¹⁹ lo que tendrá efectos sobre la noción de igualdad universalizadora del sujeto de derechos del contractualismo clásico. En ese sentido, resulta menester desentrañar las características de dicho sujeto jurídico moderno, para luego ahondar en la crítica feminista y *queer* al respecto.

1.2. CRÍTICAS DE LAS TEORÍAS FEMINISTAS Y QUEER AL CONCEPTO DE «SUJETO DE DERECHOS»

El concepto de «sujeto de derechos» tiene una relevancia central en las ciencias jurídicas de la Modernidad. El catedrático español Carlos De Cabo Martín, explica que puede manifestarse en cuatro ámbitos:²⁰

1. **Ámbito individual.** Persona como centro de relaciones jurídicas privadas y públicas, protagonizando vida jurídica y política.
2. **Ámbito de las instituciones.** Persona jurídica como ficción que permite distintas configuraciones del Estado, también como sujeto de derechos.
3. **Ámbito de la teoría jurídica (estatal).** Estado y sus funciones desde la perspectiva de sus órganos.
4. **Ámbito de la teoría de la norma.** Personas como creadores de las normas, esto es, como fuente del Derecho.²¹

Enfocándose en el primer ámbito de significado (que es el que abordaremos en este trabajo) resulta central la constatación de que no se trata de un concepto «metahistórico», puesto que las

¹⁸ *Ibidem*, p. 10.

¹⁹ El concepto de «cuerpos parlantes», o también «sujetos parlantes», toma una relevancia nuclear en el «Manifiesto contra-sexual» de Preciado, por cuanto le permite sustituir la noción cisheteropatriarcal de sujeto, basada en el sexo (o más bien, en las características sexuales) de los individuos, para así proclamar la equivalencia de todos en relación a la posibilidad de acceder a todas las prácticas significantes, rompiendo así con las limitaciones de poder impuestas por el binarismo de género. Véase la nota al pie 17, para revisar el pasaje exacto en que Preciado propone el concepto. Para ver un análisis más detallado, revítese también María Medina-Vicent, «La fragilidad de las dicotomías sexuales y de género en el pensamiento de Paul B. Preciado», 2016, <https://doi.org/10.6035/Dossiers.2016.21.1>. P. 18.

²⁰ Carlos De Cabo Martín, «El sujeto y sus derechos», *Teoría y realidad constitucional*, n° 7 (2001): 117–136, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1038908>.

²¹ *Ibidem*, p. 118.

personas existen dentro de un contexto determinado: su historicidad le da contenido al concepto, y las causas de su origen se pueden analizar desde los siguientes supuestos:

1. **Supuestos materiales**

a. **Causas institucionales.** Las mismas causas que crearon el Estado moderno hicieron posible el surgimiento del «sujeto de derechos», en la medida en que la noción de «privilegio», como elemento jurídico propio del sistema feudal; desapareció con la unificación jurídico-política territorial que devino con la crisis de la aristocracia (señores feudales) que, a su vez, posibilitó la concentración del poder en un «monarca».

b. **Causas socioeconómicas.** Para que el intercambio (de mercancías) tome un rol central en el capitalismo, se vuelve necesaria la separación del trabajador de los medios de producción para que las personas sean consideradas aparentemente libres e iguales para así participar del mercado.²²

2. **Supuestos técnico-jurídicos.** Son los aspectos dogmáticos e incluso ideológicos que interpretan la realidad en determinado contexto: respecto a la idea de «sujeto», la base filosófica se hallaría en el iusnaturalismo kantiano, que presupone su existencia en el estado de naturaleza. En la misma línea, también es destacable la influencia de Locke al proponer a la propiedad como elemento sustentador del individualismo, e incluso como principio de organización social.

3. **Supuestos jurídico positivos.** Son las manifestaciones en normas, tanto de Derecho público como de Derecho privado, del rol nuclear del «sujeto».

a. **Derecho público.** La persona deviene «sujeto» en virtud de una declaración constitucional, transformándose en el «fin» de la organización política, al reconocérsele un catálogo de derechos.

b. **Derecho privado.** El reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica, buscan establecer una *igualdad formal*, un concepto de *propiedad despersonalizada* y *disponibilidad sobre sí mismo*, al ofrecer su capacidad de trabajo, con lo que el sujeto deviene en objeto. Por último, también la noción de negocio jurídico (contrato) es siempre intersubjetiva.²³

Sobre estos últimos supuestos jurídicos positivos, De Cabo afirma que la contradicción entre la idea de la igualdad formal entre todos y los intereses individuales, se resuelve separando ambas esferas, esto es Derecho público y Derecho privado: individuos desiguales en términos económicos, devienen iguales, como titulares abstractos de todos los derechos civiles y políticos. Sin embargo, este verdadero ocultamiento de las desigualdades materiales sólo busca impedir que el «conflicto intersubjetivo real» se traslade al orden jurídico político, puesto que fuera de él, no tiene asidero en el orden social real. Así, el Estado y el Derecho reproducen las condiciones sociales desiguales y la noción de sujeto (moderno) resulta ser servicial a la dominación de clase.

²² *Ibidem*, p. 119.

²³ *Ibidem*, p. 120.

Desde una perspectiva iusfeminista, las mujeres constituyen una clase explotada por la dominación masculina, y por ello, no eran consideradas –en términos de De Cabo- ni como «sujetas» del Derecho público, ni como «iguales» en el Derecho privado. La profesora chilena de Derecho constitucional y magíster en género, Bárbara Sepúlveda Hales, lo explica develando otra división social entre **espacio público y privado**, que es metajurídica, y que se da en el proceso de traslación de la soberanía, desde el monarca absoluto en el Antiguo Régimen, a pequeños monarcas, o patriarcas, representantes de las familias, que se constituyeron como los nuevos sujetos políticos de la Modernidad. Este sujeto, individual y abstracto, coincide con una descripción androcéntrica, por lo que se trata de hombres, blancos, propietarios y sin discapacidades. Este ser individual abstracto, para ser «racional», debe carecer de vulnerabilidad, necesidades y, en definitiva, de humanidad, y es la familia, el espacio privado, el que debe atender esa real condición humana de vulnerabilidad, para que no se manifieste en la sociedad civil. Así, los hombres habitan y gobiernan el espacio público (como «sujetos» del Derecho público e «iguales» en el Derecho privado), pero son las mujeres las que se deben asumir las tareas y el trabajo del cuidado del espacio privado y de la esfera familiar/doméstica.²⁴

Esto coincide con la explicación patriarcal de la diferencia sexual que advierte Pateman en «El contrato sexual»: la noción abstracta genérica de persona que se construyó durante la oleada constitucionalista y codificadora derivada de la Ilustración, fue profundamente excluyente pese a su pretensión de universalidad y uniformidad. En el medio nacional, la académica Claudia Iriarte Rivas explica que:

«la noción de persona [...] comprendió **sólo al varón, libre, adulto, letrado y con patrimonio**, subjetivando y determinando de esta manera al sujeto político, al sujeto jurídico y al sujeto de derecho. [Así,] la garantía y protección de los derechos les estaban reservadas **sólo a quienes quedaban comprendidos en la noción de persona**. Los y las demás no eran ciudadanos, no eran sujetos de derecho y la garantía y reconocimiento de los derechos respecto de ellos/ellas era inexistente».²⁵

En el mismo sentido se pronuncia De Cabo, citando a Foucault, al afirmar que «la idea de sujeto implica universalismo, plenitud, permanencia, uniformidad, borrándose lo que es **tan real como la diferencia**»: esta uniformidad es apta para convertirse en un instrumento de dominación, y los feminismos explican cómo esa dominación afecta a las mujeres.

Sin embargo, son las construcciones críticas de los feminismos postestructuralistas los que explican cómo dicha uniformidad como dominación, afecta a las disidencias sexogenéricas. En «El género en disputa», la teórica lesbofeminista estadounidense Judith Butler, afirma, al igual que otros autores, que el Derecho es el agente productor de un «sujeto» que se muestra como

²⁴ Bárbara Sepúlveda Hales, *Género y Derecho Público* (Santiago, Chile: Legal Publishing, 2020). P. 67-68.

²⁵ Claudia Paz Iriarte Rivas, “La ausencia del sujeto mujeres en la configuración del sujeto jurídico: buscando caminos hacia la igualdad sustancial de mujeres y hombres” (Doctorado en Derecho, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2017), <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146367>. P. 72-73.

prejurídico, pero que en realidad contiene una falsa pretensión de igualdad, que termina excluyendo a ciertas identidades:

«Foucault afirma que **los sistemas jurídicos de poder producen a los sujetos a los que más tarde representan** [...]: los sujetos regulados por esas estructuras, en virtud de que están sujetos a ella, **se constituyen, se definen y se reproducen de acuerdo con las imposiciones de dichas estructuras**».²⁶

Más adelante, afirma que:

«los sujetos jurídicos siempre se construyen mediante **ciertas prácticas excluyentes** que, una vez determinada la estructura jurídica de la política, **no “se perciben”**. [...] La construcción política del sujeto se realiza con algunos objetivos legitimadores y excluyentes [...].»²⁷

Butler lo explica afirmando que:

«El poder jurídico “produce” irremediabilmente lo que afirma sólo representar; así, la política debe preocuparse por esta doble función del poder: la jurídica y la productiva. De hecho, la ley produce y posteriormente esconde la noción de “un sujeto anterior a la ley” para apelar a esa formación discursiva como una **premisa fundacional naturalizada que posteriormente legitima la hegemonía reguladora de esa misma ley**».²⁸

Dado que el sujeto es “producido” por la ley, Butler plantea que no existe sujeto alguno antes de la ley, y que no es más que un:

«**vestigio contemporáneo de la hipótesis del estado de naturaleza**, esa fábula fundacionista que sienta las bases de las estructuras jurídicas del liberalismo clásico [...], premisa fundacional que asegura una ontología presocial de individuos que aceptan libremente ser gobernados y, con ellos, forman la legitimidad del contrato social».²⁹

A partir de los anteriores planteamientos acerca del «sujeto de derechos», Butler además problematiza a las mujeres como sujeta única del feminismo, puesto que la pretendida identidad común detrás del concepto de “mujeres”, incurriría en la **misma uniformidad y universalidad que ya justificó su exclusión en la configuración patriarcal de la noción moderna de sujeto**: Butler se rebela frente a esa categoría de mujeres que consigue estabilidad y coherencia «únicamente en el contexto de la matriz heterosexual», y propone una nueva política feminista «que sostenga que la **construcción variable de la identidad** es un requisito metodológico y normativo, además de una meta política».³⁰

²⁶ Judith Butler, *El género en disputa*, 2ª ed. (Santiago, Chile: Planeta Chilena, 2018). P. 47.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, p. 53.

En definitiva, si la categoría analítica del feminismo son sólo las mujeres, o un concepto fijo, pretendidamente uniforme de mujeres; entonces será un concepto de «mujeres» limitado por las mismas estructuras patriarcales en la lengua, en el Derecho y en el poder que el mismo feminismo critica: «La formación jurídica del lenguaje y de la política que presenta a **las mujeres como «el sujeto» del feminismo** es, de por sí, una formación discursiva y el resultado de una versión específica de la política de representación. Así, **el sujeto feminista está discursivamente formado por la misma estructura política que, supuestamente, permitirá su emancipación** [...]: las mismas estructuras de poder mediante las cuales se pretende la emancipación **crean y limitan la categoría de «las mujeres», sujeto del feminismo**».³¹

Butler desarrolla esta idea al negar la existencia de un «único patriarcado universal», puesto que las diferencias culturales entre distintas zonas del mundo, exigen mayor precisión en la definición de le(s) sujeto(s) del feminismo y del concepto de mujer(es):

«La idea de un patriarcado universal ha recibido numerosas críticas [...] porque no tiene en cuenta el funcionamiento de la opresión de género en los **contextos culturales concretos** en los que se produce[,] porque intenta **colonizar y apropiarse de las culturas no occidentales** para respaldar ideas de dominación muy occidentales, y también porque tiene tendencia a construir un «Tercer Mundo» o incluso un «Oriente», donde la opresión de género es sutilmente considerada como sintomática de una barbarie esencial, no occidental».³²

En el medio nacional, esto es recogido por la académica chilena Nelly Richard, quien, al comentar la visita de la norteamericana a la Universidad de Chile, afirma que:

«Las corrientes queer —inspiradas por la obra de Judith Butler— le critican al feminismo su regulación del término ‘género’, por considerarlo responsable de **reafirmar el binarismo masculino-femenino de la matriz heterosexual**, dejando fuera de su recorte normalizador a las ‘disidencias sexuales’ (gays, lesbianas, trans, inter, etc.)».³³

Pese a ello, Richard identifica un ánimo cooperativo en estas críticas:

«Estas corrientes queer han sido productivas para el feminismo porque lo han obligado a introducir la multiplicidad de las diferencias en su ordenamiento masculino-femenino del género, **desencializando, de paso, el referente «mujeres» como sujeto pleno y homogéneo del programa feminista**».³⁴

³¹ Ibídem, p. 47-48.

³² Ibídem, p. 49-50. Al respecto, cabe mencionar las críticas que desde los feminismos negros han emergido a propósito de los postulados relacionados con la idea de un patriarcado universal. Revítese bell hooks, “Mujeres Negras: Dar forma a la teoría feminista”, en *Otras inapropiables: feminismos desde las fronteras* (Madrid: Traficantes de Sueños, 2010).

³³ Nelly Richard, “Judith Butler en la Universidad de Chile: Deshacer y rehacer el género”, *Palabra Pública*, 14 de mayo de 2019, <http://www.libros.uchile.cl/files/revistas/DIRCOM/PalabraPublica/13-mayo2019/6/index.html>. P. 7.

³⁴ Ibídem.

Así las cosas, toma nuclear relevancia que la crítica jurídica feminista incorpore a los disidentes sexogenéricos en sus análisis, puesto que, respecto de ellos, y al igual que las mujeres; también existen normas expresamente discriminatorias, o bien, son omitidas en regulaciones, lo que a su vez repercute en distribuciones desiguales de poder. Para ello, es necesaria la construcción de un enfoque disidente para una «lectura queer del Derecho», para así identificar los principios jurídicos específicos que se derivan de dicha lectura y que tienen fuente en normas ya existentes. En esa tarea, un primer paso es identificar qué entendemos por sexo y género, revisando críticamente la construcción de la distinción en las últimas décadas.

1.3. CRÍTICAS DE LA TEORÍA QUEER A LA DISTINCIÓN ENTRE «SEXO» Y «GÉNERO»

En lingüística, se diferencia la palabra «sexo» y «género» en que la segunda (aún en el castellano y muchas lenguas, en especial indoeuropeas) es una propiedad gramatical inherente de los nombres y pronombres, que produce efectos de concordancia con el resto de los determinantes en una expresión. Por su parte, el «sexo» se refiere a las diferencias anatómicas de animales y plantas, como la «condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas».³⁵

En virtud de lo anterior, en lingüística se considera que **el «género gramatical» sólo tendrá la función de indicar el «sexo» del referente, cuando se refiere a seres animados.**³⁶ Por ejemplo, las palabras «castillo» (masculino) y «mano» (femenino) tienen «género gramatical» pero no son seres sexuales, por cuanto son inanimados. Pese a ello, existen excepciones, como los sustantivos epicenos, que tienen un solo género pese a referirse a seres animados de ambos sexos, como en las palabras «víctima», «avispa» o «persona», que son siempre femeninas, o «personaje» o «hipopótamo» que son siempre masculinos; y también existen los sustantivos comunes, en los que una única forma sirve para ambos géneros, como en las palabras «(la/el) detective» o «(la/el) guarda».

Así, la distinción entre «sexo» y «género» provino de la lingüística, y desde ella se trasladó a los estudios psiquiátricos desarrollados por John Money sobre personas intersex, intentando demostrar, en oposición al determinismo biológico, que el comportamiento está regido por la educación recibida y no por la anatomía. Así, afirmaba que:

«La expresión **rol de género** se usa para significar todas aquellas cosas que una persona dice o hace para revelar que él o ella tiene el estatus de niño u hombre, o niña o mujer, respectivamente. Ésta incluye, pero no está restringida, a la sexualidad en el sentido de erotismo».³⁷

³⁵ Véase Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, eds., «sexo». *Diccionario de la lengua española*. Edición del Tricentenario. <https://dle.rae.es/sexo>.

³⁶ Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, *Nueva gramática de la lengua española* (Madrid, España: Espasa Libros, 2009), <http://aplica.rae.es/grweb/cgi-bin/buscar.cgi>. P. 81, § 2.1.

³⁷ J. Money, «Hermaphroditism, Gender and Precocity in Hyperadrenocorticism: Psychologic Findings», *Bulletin of the Johns Hopkins Hospital* 96, nº 6 (junio de 1955): 253–64.

Pese al enorme impacto que tuvieron sus postulados, éstos han sido duramente criticados por análisis *queer* posteriores, en especial por la historia de vida de David Reimer: cuando era un bebé, a David por accidente se le extirpó su pene durante su circuncisión. Por recomendaciones de Money, se le intentó socializar como mujer durante su infancia, pero poco a poco fue identificándose como hombre en su adolescencia. Lamentablemente, años después, se suicidó. Por ello, el mismo activismo intersexual critica que sus estudios han justificado la realización de mutilaciones genitales sin el consentimiento informado de los niños operados.³⁸

Otro psiquiatra estadounidense que diferenció «sexo» y «género» fue Robert Stoller, en sus investigaciones desde el psicoanálisis sobre personas trans. Así, propuso las siguientes definiciones de cada término en 1968:

«Con algunas excepciones, hay dos sexos, masculino y femenino. Para determinar el **sexo**, uno debe analizar las siguientes condiciones físicas: **cromosomas, genitales externos, genitales internos, gónadas, estados hormonales y características sexuales secundarias** [...] El sexo de alguien, entonces, está determinado por una suma algebraica de todas estas cualidades y, como es obvio, la mayoría de las personas se dividen en una de dos curvas de campana separadas, una de las cuales se llama ‘hombre’, la otra ‘mujer’ [...] **Género** es un término que tiene **connotaciones psicológicas y culturales más que biológicas**; si los términos apropiados para el sexo son ‘masculino’ y ‘femenino’, los términos apropiados para el género son ‘masculino’ y ‘femenino’; estos últimos pueden ser bastante independientes del sexo (biológico). El género es la cantidad de masculinidad o feminidad que se encuentra en una persona y, obviamente, aunque hay mezclas de ambos en muchos humanos, el hombre normal tiene una preponderancia de masculinidad y la mujer normal una preponderancia de feminidad».³⁹

Usando estas definiciones, la socióloga feminista británica, Ann Oakley, trasladó la distinción a las ciencias sociales en 1972, para aplicarlas al ámbito del intelecto, de los roles sociales y de la ciencia política. Los conceptualizó de la siguiente manera:

«**‘Sexo’** es un término **biológico: ‘género’, uno psicológico y cultural**. El sentido común sugiere que ellos son simplemente dos formas de ver la misma división y que alguien que pertenece, al sexo femenino, pertenecerá automáticamente al género (femenino) correspondiente. **En realidad, esto no es así**. Ser un hombre o una mujer, un niño o una niña, es tanto una función de **vestimenta, gesto, ocupación, red social y personalidad**, como de poseer un conjunto particular de genitales».⁴⁰

Desde Oakley, la distinción entre sexo y género fue una herramienta central en el feminismo para dar cuenta de las desigualdades entre mujeres y hombres, las que fueron conocidas en el medio nacional, de la mano de profesoras que tomaron estos conceptos y los difundieron

³⁸ Véase Judith Butler, *Des hacer el género*, trad. Patricia Soley-Beltran, Paidós studio 167 (Barcelona: Paidós, 2006). P. 91 y ss.

³⁹ Robert J Stoller, *Sex and Gender; on the Development of Masculinity and Femininity* (New York: Science House, 1968).

⁴⁰ Ann Oakley, *Sex, Gender and Society (1972)* (Londres, Inglaterra: Gower / Maurice Temple Smith, 1985).

durante la década de los 70 y 80. Por ejemplo, la socióloga feminista y cientista política chilena, Julieta Kirkwood Bañados, hace uso de la distinción entre «sexo» y «género», afirmando la existencia de un verdadero «aprendizaje de los géneros», que se lleva a cabo a través de la **socialización**, que implanta en las mujeres una representación sobre sí mismas como grupo subordinado y minoritario (lo que se concreta a través de la asignación de género desde el nacimiento y de la enseñanza de gestos diferenciados por género); y la **canalización**, que dirige la atención de los niños en determinados objetos (juguetes), recompensando su uso correcto, lo que luego repercute en la división sexual del trabajo en la adultez.⁴¹

Sin embargo, la distinción entre «sexo» y «género» ha sido puesta en duda por las teorías *queer*, en especial por lo que Butler llama la **«relación mimética entre sexo y género»**, en virtud de la que dos sexos (hembra y macho), se reflejarían de manera directa con dos únicos géneros (mujer y hombre). En el caso de personas trans, este reflejo se daría de manera cruzada, pero en ambos casos **se mantendría el binarismo de género**, lo que pasa por alto la existencia de personas intersex (dejando de considerarlas personas con un supuesto «desorden de desarrollo sexual»)⁴² y de personas de género fluido o no binario. Textualmente, Butler afirma que:

«Si el **género** es **“los significados culturales que acepta el cuerpo sexuado”**, entonces no puede afirmarse que **un género únicamente sea producto de un sexo**. Llevada hasta su límite lógico, la distinción sexo/género muestra una discontinuidad radical entre cuerpos sexuados y géneros culturalmente construidos. Si por el momento presuponemos la estabilidad del sexo binario, no está claro que la construcción de “hombres” dará como resultado únicamente cuerpos masculinos o que las “mujeres” interpreten sólo cuerpos femeninos. Además, aunque los sexos parezcan ser claramente binarios en su morfología y constitución (lo que tendrá que ponerse en duda), **no hay ningún motivo para creer que también los géneros seguirán siendo sólo dos**. La hipótesis de un **sistema binario de géneros** sostiene de manera implícita la idea de una **relación mimética entre género y sexo**, en la cual el género refleja al sexo o, de lo contrario, está limitado por él. Cuando la

⁴¹ Julieta Kirkwood, *Feminarios* (Viña del Mar: Asociación communes, 2017), <http://www.communes.cl/docs/feminarios.pdf>. P. 48-49.

⁴² La comunidad médica propuso en 2006 en el llamado «Consenso de Chicago» acuñó la expresión “*desórdenes del desarrollo sexual*” (DSD, por sus siglas en inglés) con la intención de evitar que se confundieran los asuntos relativos al sexo anatómico, gonadal o cromosómico con los conceptos de orientación sexual, identidad o expresión de género y, al mismo tiempo, abarcar mejor las cada vez más específicas clasificaciones médicas de los estadios intersexuales. Véase I A Hughes et al., “Consensus statement on management of intersex disorders”, *Archives of Disease in Childhood* 91, n° 7 (julio de 2006): 554–63, <https://doi.org/10.1136/adc.2006.098319>. Sin embargo, al hablar de “*desorden*”, se transmitiría la idea de que se trataría de una “*enfermedad*”, “*anormalidad*” y “*desviación*”, y con ello perpetuaría la patologización de la intersexualidad, lo que amenaza permanentemente la dignidad de estas personas: el activista intersex australiano Tony Briffa, se manifiesta en contra del término por convertir «a las variaciones intersexuales en enfermedades que requieren intervención médica, y al ser un “desorden”, posición inherentemente a la profesión médica en el liderazgo, como expertos sobre las personas intersexuales [...] hablando por nosotros y tomando todas nuestras decisiones desde hace muchos años ya, y hemos visto como nos ha ido con ello. Como un movimiento que crece, necesitamos tomar el control del diálogo alrededor de la intersexualidad, y no ceder al deseo de muchos en la comunidad médica, quienes desean continuar viéndonos como ‘trastornos’». Véase Tony Briffa, “Tony Briffa Writes on ‘Disorders of Sex Development’”, *Intersex Human Rights Australia*, 8 de mayo de 2014, <https://ihra.org.au/26808/tony-briffa-on-dsd/>.

condición construida del género se teoriza como algo completamente independiente del sexo, el género mismo pasa a ser un artificio ambiguo, con el resultado de que hombre y masculino pueden significar tanto un cuerpo de mujer como uno de hombre, y mujer y femenino tanto uno de hombre como uno de mujer».⁴³

La crítica de Butler revela las precauciones que adoptan las teorías *queer*, a la hora de interpretar tanto los discursos científicos sobre anatomía, genética y endocrinología, como los discursos científico-sociales sobre la historia del sexo, sobre la dualidad del sexo y sobre la misma distinción entre género y sexo, que contienen en sí, el binarismo de género ya aludido:

«¿Acaso los hechos aparentemente naturales del sexo tienen lugar discursivamente mediante diferentes **discursos científicos supeditados a otros intereses políticos y sociales**? Si se refuta el carácter invariable del sexo, quizás esta construcción denominada «sexo» esté tan culturalmente construida como el género; de hecho, quizá siempre fue género, con el resultado de que **la distinción entre sexo y género no existe como tal**».⁴⁴

Es posible verificar estas afirmaciones, al observar la cuidadosa precisión con la que el endocrinólogo infantil Stephen F. Kemp, explica el proceso de diferenciación sexual en la especie humana, en el contexto de una compilación de estudios sobre rasgos intersex del año 2006. En su artículo, afirma que:

«La mayoría de los sistemas biológicos operan como un continuo en lugar de fenómenos de “todo o nada”. Ciertamente, respecto de la diferenciación sexual, la mayoría de los individuos se agrupan en los extremos masculino o femenino del espectro, pero hay **individuos que están en el continuo entre hombres y mujeres en uno o más aspectos**».⁴⁵

La cita se ubica en medio de una explicación muy técnica sobre el rol de los genes, de las gónadas y de las hormonas, en la diferenciación sexual (en términos anatómicos) durante etapas embrionarias: se trata, por tanto, de un discurso científico que describe los aspectos materiales, incluso moleculares, involucrados en la formación de los genitales y da pistas sobre posibles influencias de dichos aspectos materiales incluso en el futuro desarrollo de la identidad de género.

Reducir el «sexo» al ámbito biológico, relegaría el binarismo al cerco de la anatomía o de la genética, en el que las diferencias entre «hembra» o «macho» serían meras conclusiones de una observación empírica, en circunstancias en que la misma experimentación científica nos ha permitido concluir, en los términos de Kemp, que **la diferencia sexual es también un espectro amplio**, en el que existen diferencias incluso dentro del grupo «machos», y dentro del

⁴³ Butler, *El género en disputa*, p. 54-55.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁵ Stephen F. Kemp, “The Role of Genes and Hormones in Sexual Differentiation”, en *Ethics and Intersex*, ed. Sharon E. Sytsma, International Library of Ethics, Law, and the New Medicine, v. 29 (Dordrecht: Springer, 2006), 1–16. P. 5.

grupo «hembras», y que entre ambos extremos, existen muchos individuos en medio del continuo de la diferencia sexual.

Entre las primeras distinciones propuestas por Money y Stoller entre «sexo» y «género»; y las investigaciones de Kemp; median alrededor de cuatro décadas, en las que el desarrollo de la biotecnología, por un lado, y de los conceptos utilizados para describir las sexualidades y los géneros, por el otro; han avanzado hasta permitir la construcción de nuevos discursos en que se cruzan los influjos de distintas disciplinas. En esos discursos, las palabras «género» y «sexo» han abarcado **campos variables de significado**, que se van transformando en virtud de las conclusiones a la que arriban múltiples estudios y teorizaciones, pero por sobre todo, de la mano de la difusión pública que los movimientos sociales hacen de dichos conceptos, entregándolos a la ciudadanía para que, a través de su efectiva utilización en la cotidianidad y en la política, cobren vida y adquieran verdadero sentido más allá de los muros universitarios o de las tapas y contratapas de los libros.

Por ello, también cabe tener en consideración lo que nos enseña la filósofa norteamericana Donna Haraway acerca del **carácter situado del conocimiento**, que involucra ineludiblemente el contexto e identidad de los sujetos productores de los aportes expuestos, que contrasta tanto con los de los sujetos estudiados como con los de quienes toman esos aportes con posterioridad, ya sea para ampliarlos, criticarlos o traficarlos. En nuestro recorrido histórico sobre los conceptos de «género» y de «sexo», observamos que la perspectiva de Money y Stoller proviene de la psiquiatría, en un intento por explicar fenómenos muy ajenos a sus propias experiencias personales. Esta limitación es muy propia de estudios que son pioneros en materias antes inexploradas por una determinada disciplina, en especial cuando el acceso de los mismos sujetos estudiados a la educación y a las universidades, es escaso a causa de la misma discriminación estructural que explica, a su vez, la inexistencia de abordajes académicos a su realidad. Para intentar superarla, dichos psiquiatras adoptan un enfoque academicista con pretensión de objetividad en observaciones regidas por el método científico. Pero Haraway afirma que dicho enfoque academicista es siempre insuficiente, pues no logra purgar a la investigación de la subjetividad de sus agentes ni del contexto en que se realiza.⁴⁶

Ello explica por qué Kemp, pese a que también adopta un enfoque académico y a que explica el proceso de diferenciación sexual desde la biología y la genética, es mucho más preciso a la hora de describir sus conclusiones, por cuanto está consciente de la presencia de una atenta mirada crítica por parte de los movimientos *queer* que ya cuentan con una creciente visibilidad pública y

⁴⁶ Haraway, “Conocimientos situados: la cuestión científica en el feminismo y el privilegio de la perspectiva parcial”. El concepto de conocimiento situado ocupa un lugar central en la construcción de un enfoque disidente para la lectura *queer* del Derecho que se propone a lo largo de este capítulo, considerando que con él, Haraway busca visibilizar el contexto y, por ende, la perspectiva desde la cual un sujeto enuncia cualquier discurso científico. Esta sección, además de presentar el marco teórico conceptual que guiará el análisis de los capítulos siguientes, también se detiene a observar los posicionamientos políticos situados en el proceso de instalación de aquellas «categorías sexogénicas fundamentales» con que en política y en Derecho, se ha tratado la situación de las personas LGBTQIA+, y en dicha observación, resulta imprescindible la lectura de teóricas *queer* y de la historia del movimiento de la diversidad y disidencias sexogénicas.

que exige a la sociedad y también a los científicos, una serie de consideraciones que deben tenerse presentes a la hora de construir e interpretar los discursos científicos de la biología, los que a su vez también vienen influidos y predeterminados por los conceptos aportados por la psiquiatría en el pasado: esto da cuenta, en definitiva, de una especie de necesaria relación simbiótica entre movimientos sociales y academia, que en el caso del desarrollo de las sexualidades y los géneros, ha sido muy tensa por un pasado adverso en que el orden social sexual cisheteropatriarcal se justificó con las diferencias naturales que observó la biología.

Otro ejemplo que apunta a lo mismo, aparece al tener presente cómo Oakley, Kirkwood y Butler comparten su identidad «mujer», pero en contextos geográficos diferentes, y en el caso de la última, su identidad lésbica le permite adoptar enfoques críticos de feminismos previos, siguiendo postulados de Monique Wittig, con quien precisamente compartía dicha identidad.

Con todo, para poder generar algún tipo de sinergia entre, primero, los **campos variables de significado de los conceptos revisados** y, segundo, el **carácter situado de los conocimientos analizados en este trabajo**; adoptaremos un criterio que defenderá la necesidad de ambos elementos para el desarrollo y difusión de estos conceptos a través del tiempo, pero también que escudriñará la utilidad, tanto jurídica como política, de las conceptualizaciones construidas por el feminismo y las teorías *queer*. Un ejemplo es la construcción del concepto de **sistema sexo-género**, de la mano de Gayle Rubin, que lo define como un:

«conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas».⁴⁷

Al construir este concepto, Rubin ya aborda las sexualidades, pero habla de «minorías sexuales», a las que reconoce como sujetos oprimidos por dicho sistema.⁴⁸ Por otro lado, también propone, como objetivo del feminismo,

«algo más que la eliminación de la opresión de las mujeres: tiene que soñar con la **eliminación de las sexualidades y los papeles sexuales obligatorios**. / El sueño que me parece más atractivo es el de una **sociedad andrógina y sin género** (aunque no sin sexo), en que la anatomía sexual no tenga ninguna importancia para lo que uno es, lo que hace y con quién hace el amor».⁴⁹

Los conceptos que hemos analizado en este apartado y que han sido paulatinamente incorporados en el ámbito jurídico, serán observados críticamente al analizar sus efectos en el

⁴⁷ Gayle Rubin, “El tráfico de mujeres: notas sobre la ‘economía política’ del sexo”, *Revista Nueva Antropología* VIII, nº 30 (1986): 95–145. P. 97.

⁴⁸ *Ibidem*. «[Freud y Lévi-Strauss] no ven las implicaciones de lo que están diciendo, ni la crítica implícita que su obra es capaz de generar bajo un ojo feminista. Sin embargo, proporcionan los instrumentos conceptuales con que podemos constituir descripciones de la parte de la vida social que es la sede de la opresión de las mujeres, las *minorías sexuales* y algunos aspectos de la personalidad humana en los individuos».

⁴⁹ *Ibidem*, p. 135.

ámbito jurídico, a fin de determinar si han sido herramientas útiles para transformar las condiciones de vida de las disidencias sexogénicas, para la superación de la discriminación en el orden social cisheteropatriarcal

1.4. CRÍTICAS AL CONCEPTO DE «DIVERSIDAD SEXUAL» E INSTALACIÓN DEL CONCEPTO DE «DISIDENCIAS SEXUALES Y DE GÉNEROS»: HACIA UN ENFOQUE DISIDENTE PARA UNA «LECTURA QUEER» DEL DERECHO

Revisadas las críticas feministas y *queer* tanto a la noción de «contrato social», de «sujetos de derechos» y de la distinción entre «sexo» y «género»; podemos empezar a definir desde qué foco feminista, o bien, desde qué feminismos analizaremos las materias jurídicas que se expondrán en los capítulos siguientes. Así como según Butler «la teoría feminista nunca está del todo diferenciada del feminismo como movimiento social»,⁵⁰ creemos que, para poder definir dichos enfoques, hemos de buscar en la historia de los movimientos sobre sexualidades y géneros, las distintas perspectivas desde las que se fueron posicionando conceptos, agendas e ideas: de ellas surgirán las posteriores disputas que marcaron el destino de las reformas en el plano jurídico y las transformaciones a nivel social en términos de politización de la sexualidad.

La denominación clásica que se le dio al movimiento de personas LGBT desde la década de los 60', fue el de liberación gay,⁵¹ lo que se explica tanto por el protagonismo de dirigentes hombres homosexuales, como por la composición predominantemente masculina de los medios de comunicación y de los círculos académicos y políticos, que tendieron a validar los discursos de sus “iguales”, más que a mujeres: dicho de otro modo, hombres tienden a validar a otros hombres, “aunque” sean homosexuales. Consecuencialmente, esto ha repercutido en una profundización de la invisibilización de lesbianas, arrastrada por la histórica exclusión de las mujeres; y también en la marginación de personas trans y no binarias, por los desacuerdos internos de los propios movimientos gay y lésbicos respecto de su inclusión.⁵²

Sin embargo, con el paso del tiempo, se fue instalando el concepto de diversidad sexual, según el sociólogo y activista gay galés Jeffrey Weeks, por los cambios de terminología que se fueron

⁵⁰ Butler, *Desbacer el género*, p. 249.

⁵¹ Julia Isabel Flores Dávila, *La diversidad sexual y los retos de la igualdad y la inclusión* (México, D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), 2007), [http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E0005\(1\).pdf](http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E0005(1).pdf). P. 66.

⁵² «Los asuntos relacionados con travestis y transexuales también han dividido a esos movimientos, aunque la controversia en estos casos no ha sido tanto por la actividad sexual como porque supuestamente perpetúa los estereotipos de género existentes». Jeffrey Weeks, *Sexualidad* (México: Paidós Universidad Nacional Autónoma de México, Programa Universitario de Estudios de Género, 2000). P. 82.

Véase también el estudio sobre las dificultades de la presencia transgénero en los albores del movimiento en Nueva York, después de los disturbios de Stonewall en “Reinas contra la sociedad”, en Marsha P. Johnson y Sylvia Rivera, *Travestis Callejeras de Acción Revolucionaria: supervivencia, revuelta y lucha cuir antagonista* (Invertido Ediciones, 2021). 19-35. Versión original en inglés: Ehn Nothing, “Queen against society”, en *Street Transvestite Action Revolutionaries: Survival, Revolt and Queer Antagonist Struggle* (Madrid: Imperdible, 2015), 3–11.

Ténganse en consideración también la pretensión de aglutinar dentro del concepto ‘gay’ a mujeres y hombres homosexuales, con la consecuente invisibilización ya mencionada de las lesbianas y su movimiento.

sucediendo dentro del campo de la sexología que busca explicar los distintos comportamientos sexuales desde un enfoque científico, transitando así desde conceptos patologizantes tales como “inversión, perversión, anomalía o desviación sexual” para luego ir recogiendo conceptos como “variación sexual benigna” de Gayle Rubin. En este tránsito, fundamentales fueron los resultados de las investigaciones del biólogo y sexólogo norteamericano Alfred Kinsey, basadas en alrededor de dieciocho mil entrevistas sobre comportamiento sexual realizadas entre 1938 y 1953 a estadounidenses,⁵³ y que demostraron lo variadas que eran las prácticas sexuales, incluidas las homosexuales, tanto en mujeres como en hombres.⁵⁴

En su análisis, Weeks identifica una relación histórica entre el uso común de las palabras “perversidad” y “diversidad”, en el sentido de que ambos se refieren a una «distancia respecto de una estricta ‘normalidad’»;⁵⁵ pero en el lenguaje de la sexualidad, han adoptado significados contrapuestos, por cuanto el primero sugiere:

«una jerarquía de valores sexuales en la que “las perversiones” están en lo más bajo de la escala [mientras que] la “diversidad” insinúa un continuum de conductas en el que un elemento no tiene un valor más fundamental que cualquier otro».⁵⁶

Estos nuevos conceptos han sido apropiados por subculturas y comunidades sexuales cada vez más empoderadas que fueron articulándose políticamente en las sociedades industrializadas, dentro de:

«un proceso más amplio que ha marcado al siglo XX y que se caracteriza por una complejidad y una diferenciación social cada vez mayores, lo cual produce un nuevo pluralismo de formas de clase, étnicas, raciales y culturales, así como una diversidad de experiencias de género y sexuales».⁵⁷

Sin embargo, paulatinamente han ido apareciendo críticas al concepto de diversidad sexual. La investigadora del movimiento lésbico latinoamericano, Norma Mogrovejo, observa que las propuestas teóricas de lesbofeministas del norte global, fueron lentamente abriendo paso para que el discurso lésbico-homosexual fuera incluyendo especificidades identitarias trans y bisexuales, pero observa que la aparición del concepto de diversidad sexual:

⁵³ Alfred C Kinsey y Institute for Sex Research, *Sexual Behavior in the Human Female* (Bronx, Nueva York: Ishi Press International, 2010); Alfred C. Kinsey, Wardell Baxter Pomeroy, y Clyde E. Martin, *Sexual behavior in the human male* (Bronx, Nueva York: Ishi Press International, 2010).

⁵⁴ Weeks, *op. cit.* P. 78-79. Cabe señalar que Weeks señala que, pese a las críticas metodológicas posteriores que recibió el estudio, su impacto sobre los estudios en sexualidades y géneros es innegable. Para profundizar en dichas críticas, véase John Bancroft, “Alfred C. Kinsey and the Politics of Sex Research”, *Annual Review of Sex Research* 15, n° 1 (1 de marzo de 2004): 1–39, <https://doi.org/10.1080/10532528.2004.10559818>. También P. J. Hegarty, “Beyond Kinsey: The Committee for Research on Problems of Sex and American Psychology.”, *History of Psychology*, 2012, <https://epubs.surrey.ac.uk/121739/>.

⁵⁵ Vid infra una definición similar del concepto de «disidente sexual».

⁵⁶ *Ibidem*, p. 71.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 81.

«da cuenta de un rompimiento en la lógica discursiva, y no sólo de un movimiento que expresaba una lucha por el reconocimiento y que devino en una búsqueda hacia una integración epistémica».⁵⁸

Si bien, ya veremos que en el medio nacional también han aparecido estas críticas, Mogrovejo junto al antropólogo mexicano Guillermo Núñez Noriega han sido los más elocuentes al ordenar las críticas al concepto de diversidad sexual que han identificado en sus estudios sobre el movimiento de personas LGBTIQ+ en el contexto latinoamericano, las que se pueden resumir en las siguientes:

1. **Uso equívoco para referirse a la otredad⁵⁹ de la heterosexualidad.** Núñez Noriega identifica un equívoco lingüístico e ideológico **si al usar la expresión «diversidad sexual», se pretende agrupar a personas y grupos con identidades no heterosexuales**, por cuanto «el concepto diversidad sólo puede ser usado para caracterizar a una totalidad de unidades de una especie». Así, «no existen grupos de la diversidad, existen miembros de una totalidad diversa. Lo mismo sucede con las personas y la sexualidad. Todas son personas y todas tienen una sexualidad diferente; son integrantes de una totalidad que es diversa: las personas».⁶⁰ La única forma de que existan “grupos de la diversidad”, sería incluyendo precisamente a heterosexuales y a personas que no asumen ninguna identidad, con lo cual en verdad nos estaríamos refiriendo a «la totalidad de personas de una sociedad, que de hecho tienen una sexualidad diversa entre sí, como organizada en grupos».⁶¹ Esta crítica revela un posicionamiento ideológico patriarcal y heterosexista detrás de este uso del concepto de «diversidad sexual», pues ubica a la heterosexualidad como superior a las otras prácticas e identidades, reproduciendo el viejo correlato de “normales y perversos”.
2. **Inclusión equívoca de la heterosexualidad.** Si para superar la crítica del punto anterior, el concepto de «diversidad sexual» debe incluir todas las múltiples manifestaciones de la sexualidad humana; entonces «diversidad sexual» incluiría a la heterosexualidad, con lo que se perdería el foco en la lucha por el reconocimiento de lesbianas, trans y el resto de grupos históricamente discriminados por su sexualidad o género no hegemónico. En términos de Mogrovejo, se pierde «el sentido crítico a la sobredeterminación del poder político de la

⁵⁸ Norma Mogrovejo, “Diversidad sexual, un concepto problemático”, *Trabajo Social UNAM*, n° 18 (2008): 62–71. P. 71.

⁵⁹ El concepto de “otredad”, está asociado a la noción de alteridad, en virtud de la cual se identifica una división entre un “uno” y “otros”, donde “uno” representa aquella perspectiva individual, que se comprende a sí misma como parte de algo universal, mientras que los “otros” serían aquellos que son diferentes a lo hegemónico, en términos de costumbres e identidad. En este contexto, Núñez Noriega lo utiliza para denotar que la “diversidad sexual” sería “lo otro” respecto de la hegemonía heterosexual. Para un análisis más detallado de la alteridad en los feminismos, véase Fabián Vera del Barco, “Ontología, alteridad y géneros. Simone de Beauvoir y Judith Butler en la perspectiva poshegeliana”, *Telar: Revista del Instituto Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos*, n° 16 (2016): 159–80.

⁶⁰ Guillermo Núñez Noriega, *¿Qué es la diversidad sexual?*, 2ª (Programa Universitario de Estudios de Género, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016). P. 46.

⁶¹ *Ibidem*, p. 48.

heterosexualidad obligatoria [lo que] nos atrapa en un binarismo, reproduciendo incluso desde la supuesta ruptura los estereotipos, marcas y normas genéricas».⁶²

3. **Connotación biologicista.** Más arriba vimos cómo los cambios de terminología en la sexología fueron lentamente quitándole la connotación peyorativa a las prácticas sexuales no hegemónicas, reemplazando términos como «perversidad» -importados desde el abordaje teológico a la sexualidad- para instalar otros como «inversión» o «variación», que precedieron al de diversidad. Sin embargo, al igual como ocurrió con los primeros estudios que distinguieron entre sexo y género, estas conclusiones provienen del campo médico y psiquiátrico que evitan tomar en cuenta los fundamentos sociales y políticos que explican la discriminación y la percepción represiva y prejuiciada de la sexualidad. Esto es consistente con las críticas identificadas por la socióloga mexicana Julia Flores Dávila en entrevistas realizadas a dirigentes de la sociedad civil en una investigación del 2007, donde algunos señalan que **deben abandonarse los vínculos con las explicaciones biologicistas del comportamiento sexual, por cuanto la discusión debe darse en los campos sociales y políticos.**⁶³
4. **Uso eufemístico.** El concepto buscaría evitar la utilización de palabras que parecen incómodas, vulgares o no adecuadas en discursos públicos, para quienes son reticentes a hablar de lesbianismo, transgeneridad o de cualquier práctica sexual no hegemónica, quedando así éstas diluidas dentro de la amplitud de la «diversidad». Noriega desarrolla este punto haciendo una analogía con el posicionamiento clasista de la palabra «*gay*». En Estados Unidos originalmente constituyó una identidad política «para contestar al discurso médico y policíaco de la homosexualidad y para reivindicar una actitud vital y positiva hacia la sexualidad (*gay* significa alegre) frente a los valores estoicos y mortificantes del ideal sexual y, en general, de la sensibilidad ideal del patriarcado».⁶⁴ Sin embargo, importada en México, se volvió, para hombres urbanos de clase media o alta con elevados niveles de consumo; una forma de evitar tanto expresiones populares homofóbicas, como el mismo concepto de “homosexual”, por su carga patologizante.⁶⁵
5. **Efectos normalizadores de su uso como término sombrilla.** Según Núñez, la utilización de «diversidad sexual» como un término sombrilla, homogeniza grupos con intereses, necesidades e identidades sociales, simbólicas, históricas y políticas muy diferentes, creando así un «espacio normalizado donde sea imposible reconocerse en la diversidad de posiciones frente a los dispositivos de poder».⁶⁶ Esto produciría un **«modelo de ser gay», con subsecuentes criterios de discriminación internos a otras identidades**, lo que algunos han denominado «cishomonormatividad».

⁶² Mogrovejo, *op. cit.*, p. 71.

⁶³ Flores Dávila, *La diversidad sexual y los retos de la igualdad y la inclusión*. P. 61-62.

⁶⁴ Núñez Noriega, *op. cit.* P 40-41.

⁶⁵ Más adelante veremos que este cambio de la potencia significativa de un concepto por su importación desde Estados Unidos, constituirá un patrón al expresarse también en las diferencias entre la «*queer theory*» y la «*teoría queer*».

⁶⁶ *Ibidem*, p. 44-45.

Pese a estas críticas que se han formulado al concepto de «diversidad sexual» ha ocupado un lugar trascendental en el avance de la aceptación y en la visibilización de la discriminación en los últimos años. Para Flores, su posicionamiento se debe a la naturaleza esencialmente pluralista de la democracia liberal. Según Núñez, se debe a la «asociación simbólica con la creciente legitimidad en el lenguaje político mundial del respeto a la biodiversidad y a la sociodiversidad, impulsado el primero por el movimiento ambientalista y el último por los movimientos de las minorías étnicas en los llamados países desarrollados». ⁶⁷ Aterrizándolo a su contexto local, reconoce que la instalación de esta legitimidad además se da durante un «proceso de democratización» durante la década de los 90, que permeó la institucionalidad mexicana, valorando particularmente el rol que tuvo la creación del Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación (CONAPRED). Con todo, ambas señalan la conveniencia de preferir el concepto de disidencia al de diversidad.

En efecto, al criticar el uso del concepto de diversidad como término sombrilla, Núñez explica que, para describir una posición heterodoxa en el campo sexual, que enfrente a ideologías sexogenéricas dominantes y que se refiera «solamente a la existencia sexual y de género no acorde con el modelo patriarcal, pero con un contenido político más subversivo», es más apropiado usar «disidencia sexual o de género». ⁶⁸

«Diversidad sexual y de género incluye la heterosexualidad y las identidades sexogenéricas, como la de hombre-masculino y mujer-femenina, aunque también incluye la diversidad sexual y de género que rompe con los binarismos dominantes, por considerarlas en un plano de igualdad, porque todas simplemente son diversas entre sí. En cambio, el término de disidencia sexual y de género se refiere más bien a aquellas realidades sexuales y de género (identidades y prácticas) que disienten del modelo sexual y de género dominante, que, como ya vimos, es heterosexista y androcéntrico. El concepto de diversidad sexual y de género es un paradigma que propone una nueva manera de entender la sexualidad humana; por su parte, el de disidencia sexual y de género concierne a una dinámica de poder, lucha y resistencia frente a las ideologías conservadoras». ⁶⁹

Por su parte, Flores también identificó en sus entrevistas que algunas organizaciones preferían usar conceptos como «disidencia a la heterosexualidad», «disidencia al género genitalizado» o simplemente «disidencia sexual». Otro investigador mexicano, Héctor Salinas Hernández, profundizó en este tema, criticando el uso de siglas como LGBT o LGBTIQ+ por ser difícil de operativizar y por excluir a «varias expresiones de comportamiento». ⁷⁰ Además, define disidencia sexual como «la existencia de identidades sexo-genéricas y prácticas sexuales fuera de la

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 42.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 45 y 48.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 98.

⁷⁰ Héctor Miguel Salinas Hernández, *Políticas de disidencia sexual en México* (Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), 2008), <https://es.scribd.com/doc/100546429/Políticas-de-disidencia-sexual-en-Mexico>. P. 18.

heterosexualidad».⁷¹ Esta definición es similar a la propuesta por el sociólogo español Óscar Guasch, quien fue uno de los primeros en usarla en su obra de principios de siglo «La crisis de la heterosexualidad»: disidentes sexuales son:

«Quienes discrepan del modelo establecido y no viven según lo previsto. En último extremo son quienes han terminado por quebrar la heterosexualidad».⁷²

Ahora bien, la elección de la palabra «disidencia» obedece, en los términos de la cientista política mexicana y doctora en Estudios Latinoamericanos, Gabriela González Ortuño; a:

«que no se trata de un simple desacuerdo sino de la **intención de tomar distancia** de lo establecido para buscar construir relaciones diversas».⁷³

En efecto, “disidir” significa «separarse de la común doctrina, creencia o conducta».⁷⁴ Sin embargo, también afirma que las organizaciones LGBTI:

«que parecieran más abiertas a la diversidad también han sido criticadas al ser consideradas **organizaciones de clase media y alta, racistas, con una visión occidental de las diferentes posturas de género y sexuales**, y que comercializan la lucha de los disidentes sexuales y genéricos empobrecidos y racializados a través de posturas festivas, que dejan de lado reivindicaciones políticas de las diversas formas de disidencia sexogenérica».⁷⁵

La diferencia respecto de esa visión occidental, se encontraría en lo que González llama

«la marca de la loca, del travestismo, del exotismo, de la exageración barroca en el vestir, el peinar, el hablar que las condena a una vida –y muerte- miserables»,

todo lo cual caracteriza a la disidencia sexual popular latinoamericana, la que se aleja

«de los procesos de normalización de las prácticas de diversidad sexual desarrolladas por el orden moderno/liberal capitalista: en ellas no se solicita que se establezca el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni una familia con padres del mismo sexo, porque encajar en las estructuras ya impuestas a las heterosexualidades no es su prioridad».⁷⁶

⁷¹ Héctor Miguel Salinas Hernández, “El movimiento de disidencia sexual en México: un panorama general desde el activismo, las instancias sociales y el gobierno” (I Coloquio Internacional: Saberes contemporáneos desde la diversidad sexual: teoría, crítica, praxis, Rosario, Argentina: CEI, 2012), 18, <https://puds.unr.edu.ar/wp-content/uploads/2014/06/SALINAS-HERNANDEZ-H%C3%A9ctor-Miguel.pdf>. P. 2.

⁷² Oscar Guasch, *La crisis de la heterosexualidad* (Barcelona: Editorial Laertes, 2000).

⁷³ Gabriela González Ortuño, “Teorías de la disidencia sexual: de contextos populares a usos elitistas. La teoría queer en América latina frente a las y los pensadores de disidencia sexogenérica”, ed. Programa de Posgrado en Estudios Latinoamericanos, Universidad Nacional Autónoma de México, *De Raíz Diversa. Revista Especializada en Estudios Latinoamericanos* 3, n° 5 (junio de 2016): 179–200. P. 181. El destacado es nuestro.

⁷⁴ Véase «disidencia» y «disidir» en Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, eds., “disidencia” y “disidir”. «Diccionario de la lengua española». Edición del Tricentenario. <https://dle.rae.es/disidencia>.

⁷⁵ González Ortuño, op. cit., p. 181.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 192.

Sobre este punto también Mogrovejo observa con sospecha el rol de algunas organizaciones no gubernamentales en su incidencia en las agendas de derechos, al afirmar que hablar desde la disidencia sexual

«expresa un posicionamiento político de resistencia a todo intento de “normalización” o integración a una sociedad donde los financiamientos pueden transformar el sentido real de los problemas sociales y modificar las metodologías de trabajo y, en consecuencia, también los discursos».⁷⁷

En Chile, también ha sido posible identificar esta divergencia en las críticas disidentes al rol de las ONGs que han popularizado el término «diversidad». Uno de los primeros en explicarlo fue el sociólogo Sergio Friedler, quien al describir el panorama nacional reciente de los movimientos sociales sobre sexualidades y géneros, reconoce desacuerdos epistemológicos entre dos vertientes: el *paradigma de los derechos* y el *paradigma libertario o disidente*. El primero se circunscribiría a estrategias graduales de ampliación de la ciudadanía sexogenérica, a través de legislaciones y políticas públicas antidiscriminatorias insertas en la democracia liberal, lo que para el segundo paradigma supondría una problemática intervención estatal aún mayor en la regulación de los cuerpos, restringiendo así a las expresiones sexogenéricas que no se ajustan al binarismo de género propio del Derecho.⁷⁸ Las estrategias asimilacionistas del primer paradigma se manifiestan en la priorización de la demanda del matrimonio igualitario, que replica el modelo monogámico heteronormado de familia; mientras que por otro lado, el activismo libertario apostaría más por intervenciones contraculturales como la performance callejera.

Como crítica al concepto de diversidad, el paradigma disidente sostendría, desde una postura anti-capitalista, que

«el mercado se había apropiado de la noción de diversidad sexual para convertirla en una mercancía más para sustentar a un emergente consumidor gay»⁷⁹

y define disidencia sexual, en términos del activista y artista visual chileno Felipe Rivas San Martín, como

«una **apuesta crítica a las políticas que gobiernan nuestros cuerpos**, subjetividades y todas las representaciones que marcan su impronta sobre ellos [y] busca ir más allá de la simple visibilización de la problemática que inscribe a ciertos cuerpos como minoritarios o excluidos».⁸⁰

También, como el

⁷⁷ Mogrovejo, *op. cit.*, p. 71.

⁷⁸ Sergio Friedler, “IX: Entre el Paradigma de Derechos y el Paradigma Libertario: La significancia de la Coordinadora Universitaria de la Disidencia Sexual – CUDS- en la Lucha por las reivindicaciones sexuales y de Género en Chile”, en *Derechos humanos, diversidad sexual y políticas públicas en América Latina*, ed. Ximena Erazo et al., Primera edición, Ciencias humanas. Ciencias sociales (Santiago: LOM Ediciones, 2015).

⁷⁹ *Ibidem*, p. 10.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 11.

«nombre bajo el que se articulan una serie de **prácticas políticas, estéticas y críticas** recientes y de gran intensidad, que han generado un quiebre con respecto a las formas tradicionales de la política homosexual chilena».⁸¹

Al igual que Friedler, creemos que ambos paradigmas confluyen a la hora de enfrentar el cisheteropatriarcado. Pero, ante el tenor de las distintas definiciones analizadas, es importante no reducir el significado del concepto de «disidencias sexogenéricas» sólo a una relación antónima a la matriz heterosexual, puesto que ello no logra significar las razones por las que distintos exponentes y movimientos se han apropiado de la expresión: lo relevante del concepto está en el posicionamiento político crítico frente a, en términos de Rubin, los «papeles sexuales obligatorios». Es ese posicionamiento lo que constituye el enfoque disidente en este trabajo.

Uno de los exponentes que ya analizamos y que inspiran dicho enfoque, es Paul Preciado, quien utilizaría sólo una vez la expresión «disidente sexual» en su obra *«Testo yonqui»*, considerándola como el «equivalente local» de las prácticas subversivas de los movimientos *queer* de Estados Unidos e Inglaterra de principios de los años 80, que nutrirían a los feminismos «disidentes» que luego se desarrollarán teóricamente hacia el final de la década.⁸²

Sin embargo, pese a la innegable influencia que los enfoques disidentes tienen de la teoría *queer*, tampoco es dable afirmar que «disidente sexual» es una reproducción de lo que la palabra «*queer*» pretende significar en el contexto angloparlante, que de hecho Preciado traduce como «*bollera, marica, pervertido o tarado*».⁸³ En efecto, «*queer*» es (o fue) un insulto para referirse a personas homosexuales que fue reapropiado por los movimientos gay y lésbico desde los años 70, como reivindicación política. Su traslación al campo académico vino de la mano de la teórica feminista italiana Teresa de Lauretis, que la usó por primera vez en una conferencia realizada en 1990 titulada «*queer theory*». Según ella misma,

«la teoría *queer* era un proyecto crítico cuyo objetivo era deshacer o resistir a la homogeneización cultural y sexual en el ámbito académico de los “estudios lésbicos y gay”, así llamados, que se consideraban como un único campo de investigación».⁸⁴

⁸¹ Felipe Rivas San Martín, “Diga ‘queer’ con la lengua afuera: Sobre las confusiones del debate latinoamericano”, en *Por un feminismo sin mujeres: 2º Circuito de Disidencia Sexual; [fragmentos del segundo circuito de disidencia sexual]*, ed. Jorge Díaz Fuentes et al. (Círculo de Disidencia Sexual, Santiago, Chile: Territorios Sexuales Ediciones, 2011). Nota al pie 27.

⁸² Paul B. Preciado, *Testo yonqui*, Espasa forum (Pozuelo de Alarcón (Madrid): Espasa Calpe, 2008), <https://libroschorcha.files.wordpress.com/2018/05/testo-yonqui-beatriz-preciado.pdf>. P. 235-38. En la p. 238, la utiliza en la siguiente oración: «En términos de **disidencia sexual, nuestro equivalente local, efímero pero contundente, fueron las lesbianas del movimiento LSD con base en Madrid, que publican durante los años noventa una revista del mismo nombre en la que aparecen, por primera vez, representaciones de porno lesbiano**». También es interesante observar el uso dado en la p. 265: «[...] En lugar de entender la **disidencia de género como una patología psicológica, entienda la normalización y sus efectos como patologías políticas**».

⁸³ *Ibidem*, p. 235.

⁸⁴ Teresa De Lauretis, “Género y teoría *queer*”, *Mora: Revista del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género*, n° 21 (29 de abril de 2014): 107-18.

En particular, advertía diferencias importantes entre los estilos de vida gay (masculinos), atrapados por estrategias de comercialización funcionales al sistema económico capitalista; y las prácticas discursivas de lesbianas, que criticaban intensamente las carencias del «feminismo blanco» ante cuestiones raciales y étnicas. De Lauretis pretendía generar un diálogo entre ambos mundos, el que, salvo excepciones, «nunca se produjo».

Pese a la frustración de quien acuñó el término, éste caló hondó y trascendió hasta convertirse en la expresión preferida para referirse a los «feminismos disidentes» que critican el ideal heterosexual y eurocéntrico de teorizaciones anteriores. Aun así, su utilización en contextos hispanos ha sido cuestionada. Brad Epps, profesor inglés de teoría queer y de literatura española en la Universidad de Cambridge, lo explica de la siguiente forma:

«En un contexto angloparlante, la fuerza histórico-discursiva de “*queer*”, precaria y polivalente como insulto y valor, implica tanto la calle como el aula, tanto la esfera privada del hogar como la esfera pública de la polis, tanto las “alturas” de la reflexión filosófica como los “bajos fondos” de la violencia física: es, en breve, una palabra cuya carga de injuria y violencia todo angloparlante entiende sin necesidad de definiciones, explicaciones o traducciones. En un contexto no angloparlante, sin embargo, el término “*queer*” no es ni callejero ni coloquial sino foráneo, extraño y nuevo incluso, y tiende a usarse de manera casi exclusivamente académica y/o teórica».⁸⁵

Ahora bien, esta sospecha sobre la circulación de la palabra *queer* en contextos no anglófonos, es observada con cierta distancia por Rivas San Martín, quien se encarga de analizar desde Chile tres aspectos diferenciales de «*lo queer en América Latina*».⁸⁶

1. **Importación fonética de la palabra *queer*.** La importación de «*queer*» implica una descontextualización, primero, por la inexistencia de una palabra completamente equivalente en castellano, por tratarse de un insulto; y segundo, por la pérdida del «*contexto performativo*» que incluye la historia política del término, que siempre requiere ser explicado cada vez que nos referimos a ella. Sin embargo, Rivas es categórico al negar lo que llama la «*hegemonía de la inteligibilidad queer*» que posiciona en Estados Unidos la creación de esta estrategia de apropiación afirmativa de la injuria homofóbica, en circunstancias en que el uso paródico del insulto homofóbico ha sido parte de las prácticas homosexuales y lésbicas en Occidente, incluida Latinoamérica, mucho antes de que la teoría importada del norte global, le otorgara esa densidad interpretativa a la productividad performativa de ese gesto.⁸⁷
2. **Corpus teórico.** Como sinónimo de teoría *queer*, referiría a una bibliografía no totalmente articulada y abierta a nuevos desarrollos que plantea
«una crítica a la estabilización de las identidades esencialistas y naturalizadas del sexo, el género y el deseo, junto con una lectura del poder en clave de “matriz heterosexual” o

⁸⁵ Brad Epps, “Retos, Riesgos, Pautas y Promesas de La Teoría Queer”, *Revista Iberoamericana* 74, n° 225 (2008): 897–920, <https://doi.org/10.5195/reviberoamer.2008.5216>.

⁸⁶ Rivas San Martín, *op. cit.*, p. 63-64.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 66.

“sistema heteronormativo”. Estas teorías se pueden reconocer a veces como queer, o como posfeministas, posgénero, posidentitarias, de Disidencia Sexual, etc.».⁸⁸

3. **Posición de resistencia.** Constituye una localización estratégica «frente a procesos de normalización de lo gay y lo lésbico tanto en las lógicas del sistema neoliberal (mercado gay), como en la institucionalización de un discurso estatal multiculturalista que promueve políticas antidiscriminatorias y de tolerancia, sin cuestionar sus bases epistemológicas heterosexistas. Se trata de “lo *queer*” entonces, como una resistencia política frente a las lógicas de lo que denomino “homosexualidad de Estado”».⁸⁹

En síntesis, Rivas afirma que no es lo mismo hablar de «*queer theory*» y de «teoría *queer*», por cuanto en la primera, la instalación de un insulto al lado de la palabra «teoría» cuestiona la grandilocuencia de ésta, interpelando desde formas de saber minoritarias, «las pretensiones desmedidamente generalizantes de la “Teoría”, que opera hegemonizando asuntos particulares». Por su parte, en la «teoría *queer*» (en castellano) no se dan dichas tensiones en la recepción por parte de espacios académicos locales, los que, por el contrario, ven en ella una «*glamerosa nueva fórmula de saber exportada desde los EE.UU.*».⁹⁰ Al mismo tiempo, cuestiona que cualquier reflexión sobre sexualidad e identidad en contextos hispanohablantes pueda ser llamada «teoría *queer*», acercándose así a una propuesta de genealogía diferencial que no pierda de vista ni aquellas nociones locales sobre teoría de género que fueron producidas en Latinoamérica antes de que la «*queer theory*» funcionara como parámetro de lectura hegemónico; ni aquellos posicionamientos disidentes más recientes que han marcado distancia con referentes artísticos, políticos y de crítica homosexual en la tradición chilena.⁹¹

Advertimos en estos análisis críticos al tráfico de las teorías *queer* entre el norte global, el mundo hispanohablante y las particularidades locales de Latinoamérica y Chile; la existencia de un régimen político cisheterosexual que trasciende las fronteras de los Estados y que ha perdurado entre las nuevas configuraciones del poder con que guerras, tecnologías y revoluciones han moldeado el mundo. En las difusas pero fecundas áreas de interacción entre prácticas sexoafectivas, movimientos sociales, academia y política institucional, han surgido conceptos y teorías que reconocen un pasado común de opresiones a quienes disidimos de dicho régimen, y que se manifiesta en nuestra sistemática exclusión de espacios sociales e institucionales, lo que, a la larga, produce y reproduce discriminación, pobreza y violencia. Para erradicar dichas exclusiones, el primer ejercicio de resistencia contracultural es la caracterización de nuestras experiencias comunes como un movimiento social y político que nos constituya como sujetos políticos ineludibles en cualquier discurso (incluido el jurídico), y como era previsible y deseable, dicha caracterización no ha sido pacífica. Y aunque preferimos un enfoque disidente, por responder a las insuficiencias del concepto de diversidad, el concepto de disidencias tampoco está exento de críticas: por ejemplo, Antonio Calibán Catrileo, escritor mapuche, denuncia la

⁸⁸ *Ibidem*, p. 64.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 64.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 68.

⁹¹ *Ibidem*, p. 74.

incapacidad, tanto de la diversidad como de las disidencias sexuales, de hacerse cargo de la «colonialidad del género».⁹²

En resumen, las disidencias sexuales y de géneros **reconocen en la cisheterosexualidad un régimen político**, mientras que la idea de diversidad sexual, al surgir del desarrollo terminológico biologicista de la sexología y no de un análisis centrado en las consecuencias político-sociales de la discriminación, homogeniza el infinito espectro de identidades, prácticas y performatividades que pretende abarcar, diluyendo sus especificidades, y reforzándolas como la otredad frente a la norma cisheterosexual:⁹³ el discurso de la diversidad sexual, al presentar a la heterosexualidad y a la cisgeneridad como una opción más dentro de un catálogo supuestamente libre y amplio de identidades que ofrece nuestra experiencia social, invisibiliza la nuclear constatación de que **el actual modelo de vida promueve y legitima estilos de vidas cisheterosexuales**, a través de la educación, de los medios y la cultura, mediante dispositivos de poder -entre ellos, el Derecho- que disuade a las personas de determinados comportamientos, prácticas y performatividades considerados perversos, desviados o variantes de un modelo hegemónico, produciendo así la consecuente discriminación, pobreza y violencia que recae sobre les disidentes sexogénriques.

En definitiva, la doctrina hegemónica en el orden sexogénrico cisheteropatriarcal, respecto del que las disidencias sexogénriques se separan hoy y «disiden» en la actualidad, es la **«cisheteronormatividad»**, la que definimos como el **sistema implícito de normas que dirige estructuralmente a la sociedad a:**

1. La **cisgeneridad obligatoria**, que crea una división binaria de todas las personas, basada en las características anatómicas sexuales predominantes en la población, y que produce en ellas un mandato a identificarse durante toda la vida con sólo uno de dos únicos géneros posibles, en virtud de la relación mimética entre sexo y género (Butler); a cada uno de los cuales se asignan arbitrariamente ciertos trabajos o roles sociales (división sexual del trabajo) y también predeterminados usos lingüísticos, estéticos, kinésicos, cognitivos, conductuales, afectivos y eróticos, entre otros, que también se traducen en;
2. La **heterosexualidad y heteroafectividad obligatoria**, que establece como único deseo sexual y afectivo legítimos, al formado entre sólo dos personas de distinto sexo, imponiendo

⁹² Véase Antonio Calibán Catrileo Araya, *Ankán epupillan mew: dos espíritus en divergencia*, Pehuén Editores (Santiago, Chile, 2019). «*Epupillan* no es parte del movimiento LGBTIQ+ ni de políticas *queer*, sino una crítica, por su incapacidad, a lo largo de la historia, para hacerse cargo de la colonialidad del género. En esa especificidad, una política *epupillan* es también una crítica a lo *queer*, que no necesariamente es antagónica» p. 110. «Lo *epupillan* tensiona todo el paradigma de la colonialidad del género, es una provocación abierta a explorar lo diverso. A considerarnos parte del *itrofilmongen*. Cuando me refiero a lo diverso no lo planteo en términos de diversidad sexual, sino como una sustancia que puede tomar distintas formas, muy distinto a la diversidad que se constituye como una institución que cataloga en clave de diversidad sexual, diferencia sexual, o inclusive en disidencia sexual, categorías identitarias para definir las posibles representaciones de personas LGBTIQ+», p. 97-98.

⁹³ Cf. Marcela González Barrientos et al., «Diversidades sexuales y de género: Lógicas y usos en la acción pública.», *Psicoperspectivas. Individuo y Sociedad* 17, n° 1 (15 de marzo de 2018), <https://doi.org/10.5027/psicoperspectivas-Vol17-Issue1-fulltext-1315>. P. 1.

de paso, el trabajo reproductivo a la persona gestante, y un estándar de esquema familiar monogámico que resulte funcional al sistema económico.⁹⁴

Definida la cisheteronormatividad como la doctrina hegemónica que critican las disidencias sexuales y de géneros, proponemos en esta investigación **la adopción de un enfoque disidente en las ciencias sociales** que implique un posicionamiento crítico de las estrategias que ha tenido el movimiento de la diversidad sexual para la erradicación de la discriminación y también en otras órbitas de poder, teniendo en consideración que el Estado y el Derecho son sólo unas de esas dimensiones, y que normalmente son miradas con sospecha y distancia por activistas y teóricas *queer*, por la homolesbotransfobia institucionalizada que representan.

El enfoque disidente sexogenérico respecto del Derecho, implica un posicionamiento crítico, no sólo respecto de las agendas de «derechos» promovidas por los movimientos de las diversidades sexuales y de géneros; sino que también a la estructuración misma del ordenamiento jurídico, a sus principios y a la producción jurídica, todo lo cual se traduce en una teoría crítica del Derecho, desde la perspectiva de las disidencias sexogenéricas, particularmente sobre la conceptualización de «derechos», que ante la crítica a la noción jurídica de «sujeto», dejan de ser considerados como «derechos subjetivos», sino que propiamente «derechos humanos». Dicha crítica se ha traducido en (i) la creación y desarrollo de **diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos del sistema internacional de derechos humanos**, e (ii) **instrumentos jurídicos nacionales**, que se expresan y desarrollan en nuevas legislaciones e impulsan nuevas políticas públicas.

Para desarrollar este análisis crítico desde el enfoque teórico que hemos desarrollado, estudiaremos dichos instrumentos internacionales y nacionales, recopilándolos y describiendo su contenido en los próximos dos capítulos, para luego, en la conclusión, identificar los aciertos y desaciertos de los instrumentos recopilados y realizar propuestas de superación o síntesis, que sean un aporte a la recepción de los postulados de disidentes sexogenérics en una disciplina que, por muchas veces haber reforzado la exclusión y opresión de personas LGBTIQA+, hoy requiere actualizaciones provenientes de las construcciones teóricas de sus activistas y dirigentes.

⁹⁴ Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-24/17, párr. 32, letras t, *Cisnormatividad*; u, *Heteronormatividad*, p. 21.

CAPÍTULO 2. SEXUALIDADES Y GÉNEROS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A lo largo de este capítulo iremos revisando la evolución que ha tenido el tratamiento jurídico de las sexualidades y géneros en el Derecho internacional, partiendo por la revisión de los Principios de Yogyakarta por la importancia que han ido adquiriendo como cuerpo doctrinal de alcance global. Posteriormente, iremos revisando los pronunciamientos más importantes que han nacido en el alero del sistema de Naciones Unidas. Primero, compilaremos las resoluciones de los órganos de tratados sobre casos que han afectado a personas LGBTIQ+, lo que antecedió al reconocimiento de la materia en las observaciones generales emitidas por éstos en años siguientes. Por último, también revisaremos los pronunciamientos de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. El objetivo es hacer una compilación de dichos instrumentos para así mostrar que, en el Derecho internacional, el reconocimiento de la existencia de personas LGBTIQ+ se ha hecho a través de incorporación de cuatro categorías sexogénicas fundamentales: **orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales**. Estas categorías se reconocen como nuevos elementos de la personalidad que están presentes en cada individuo, y respecto de la cual se prohíbe la discriminación, lo que, en términos de Mauricio Pulecio,

«dinamizan la expansión misma del concepto de humanidad, subyacente a toda la política internacional de los Derechos Humanos».⁹⁵

Esta evolución ha sido posible por las críticas emanadas de los iusfeminismos y del constitucionalismo del Estado social, las que han sido recepcionadas por distintos órganos internacionales que han promovido resoluciones sobre la aplicación de los tratados ante las necesidades específicas de grupos como los pueblos originarios y tribales, mujeres, trabajadores, migrantes y niños, entre otros. En ciertos casos, incluso se han suscrito nuevos tratados internacionales específicos sobre dichos sectores de la sociedad. Respecto de las personas LGBTIQ+, éstas aún no cuentan con un tratado internacional que aborde exclusivamente su situación ante los Estados y el Derecho, pero los órganos del SIDH, la han abordado política y jurídicamente en observaciones generales y resoluciones, en un esfuerzo serio para garantizar los derechos de esta población, lo que ha tenido un impacto indudable tanto sobre los ordenamientos jurídicos internos de los países como en la jurisprudencia nacional e internacional.

⁹⁵ Jairo Mauricio Pulecio Pulgarín, “Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos”, *Revista Análisis Internacional*, nº 3 (2011): 239–59.

2.1. SISTEMA DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

En los próximos subtítulos, revisaremos primero los Principios de Yogyakarta que tienen la potencialidad de ser un instrumento internacional central en el abordaje jurídico de la situación de las personas LGBTIQ+. Éstos surgieron mientras algunos órganos de tratados de la ONU conocían casos específicos que involucraban a personas LGBT, los que revisaremos también a lo largo de este capítulo, junto a las observaciones generales también que han emanado de éstos. Por último, también estudiaremos las resoluciones sobre la materia, emanadas de la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos, las que dan cuenta del estado de avance de las políticas antidiscriminatorias en el ámbito diplomático, en virtud del rol más político que tienen éstas en el escenario internacional.

La importancia de esta revisión radica en que nuestro país se integró al SIDH desde sus inicios, primero con la suscripción de la [Carta de las Naciones Unidas](#) el 26 de junio de 1945 que Chile ratificó en su calidad de tratado internacional, el 18 de septiembre de ese mismo año,⁹⁶ La Carta creó, entre otros organismos, el Comité Económico Social y la Asamblea General. Esta última aprobó el 10 de diciembre de 1948, la [Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Resolución 217 III \(A\)](#),⁹⁷ en la que Chile votó a favor. Esta resolución fue un antecedente para la firma de dos tratados internacionales que, junto a la Declaración, conforman el núcleo duro del DIDH: éstos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado en la Resolución 2200 A (XXI) y; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptados el 19 de diciembre de 1966. Los instrumentos de ratificación de Chile fueron depositados el 10 de febrero de 1972, pero su promulgación no ocurrió hasta 1989.⁹⁸ Con el paso de los años, el DIDH fue vigorizándose con la suscripción de los siguientes tratados:

1. 1969: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.⁹⁹

⁹⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores, “Decreto 838: Ratifica, por parte de Chile, la Carta de las Naciones Unidas, suscrita en San Francisco el 26 de junio de 1945.” (1945), <http://bcn.cl/2awm1>. El depósito del instrumento de ratificación se concretó el 11 de octubre de ese año, en el archivo de los Estados Unidos. Revítese en «United Nations Treaty Collection». Accedido 2 de agosto de 2019.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-1&chapter=1&clang=en#5.

⁹⁷ Naciones Unidas Asamblea General, “Resolución 217 (III). Carta Internacional de los Derechos Humanos. A. Declaración Universal de los Derechos Humanos”, 10 de diciembre de 1948, [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III)).

⁹⁸ Ministerio de Relaciones Exteriores, “Decreto 778: Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución n° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha” (1989), <http://bcn.cl/1uyr9>.

Ministerio de Relaciones Exteriores, “Decreto 326: Promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969.” (1989), <http://bcn.cl/1vm47>.

⁹⁹ Naciones Unidas Asamblea General, “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial” (1965), [https://undocs.org/es/A/RES/2106\(XX\)](https://undocs.org/es/A/RES/2106(XX)).

2. 1979: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW, por sus siglas en inglés).¹⁰⁰
3. 1984: Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.¹⁰¹
4. 1989: Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁰²
5. 1990: Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
6. 2006: Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.¹⁰³
7. 2007: la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.¹⁰⁴

Cada uno de estos instrumentos tienen sus respectivos protocolos facultativos, que son tratados internacionales anexos, que crean órganos de seguimiento en que un comité de expertos falla sobre las quejas o denuncias individuales por parte de ciudadanos de los Estados parte, en que se reclaman vulneraciones a los derechos humanos consagrados en él: a estos comités, se les denomina órganos de tratados. Éstos también emiten pronunciamientos periódicos con la interpretación oficial acerca del alcance de los términos del tratado, los que se actualizan con el paso del tiempo, en virtud del estado de cumplimiento por parte de los Estados: a estos pronunciamientos se les llama observaciones o recomendaciones generales.

En los distintos tratados internacionales de derechos humanos emanados del sistema de la ONU, el **derecho a la no discriminación** se consagra enunciando que el ejercicio del resto de los derechos reconocidos, deberá hacerse «sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Aunque en ninguno de ellos se incluyó la voz «género» o «sexualidad», u otra categoría similar; distintos órganos empezaron a manifestar la necesidad de una protección especial a otros grupos, a través de la fórmula abierta «*cualquier otra condición social*», en las cuales se han incluido categorías fundamentales sobre sexualidades y géneros, como orientación sexual e identidad de género, con lo cual, las personas LGBTIQ+ pasan a estar reconocidas dentro de su ámbito de protección. Con todo, el derecho a la igualdad y no discriminación está consagrado con un carácter demasiado general, sin atender la subjetividad de ciertos sectores de la población históricamente oprimidos, consolidando una noción de igualdad formal en el ejercicio de los demás derechos: por ende, el derecho a la no discriminación,

¹⁰⁰ Naciones Unidas Asamblea General, “Resolución 34/180. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, 18 de diciembre de 1979, <https://undocs.org/es/A/RES/34/180>.

¹⁰¹ Naciones Unidas Asamblea General, “Resolución 39/46. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes” (1984), <https://undocs.org/es/A/RES/39/46>.

¹⁰² Naciones Unidas Asamblea General, “Resolución 44/25. Convención sobre los Derechos del Niño”, 20 de noviembre de 1989, <https://undocs.org/es/A/RES/44/25>.

¹⁰³ Naciones Unidas Asamblea General, “Resolución 61/106. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” (2006), <https://undocs.org/es/A/RES/61/106>.

¹⁰⁴ Naciones Unidas Asamblea General, “Resolución 61/177. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas” (2007), <https://undocs.org/es/A/RES/61/177>.

Con todo, el primer antecedente de este tratado es de 1993. Véase Naciones Unidas Asamblea General, “Resolución 47/133. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas” (1993), <https://undocs.org/es/A/RES/47/133>.

considerado sólo desde el formalismo jurídico, no da respuesta con la profundidad requerida para enfrentar la violencia y la pobreza producida por la cisheteronormatividad sobre las disidencias sexogenéricas.

2.1.1. LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

Los «Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género», más conocidos como los «Principios de Yogyakarta»,¹⁰⁵ son un conjunto de recomendaciones dirigidas a los Estados, creadas por 29 expertos en Derechos Humanos, provenientes de 25 países de todos los continentes, entre los que se encuentran, además de activistas de las diversidades sexogenéricas, 11 ex miembros de órganos de tratados y relatores especiales de la ONU, y una ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Es la única declaración en el mundo que reúne criterios de interpretación de los derechos humanos enfocados específicamente en personas LGBTIQ+.¹⁰⁶ Tal y como se señala explícitamente en las recomendaciones adicionales contenidas al final de los Principios, buscan incidir en todos los niveles de la Organización de las Naciones Unidas, desde su Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el Consejo de Derechos Humanos, los órganos de tratados, la Organización Mundial de la Salud, ONUSIDA, entre otros; pero también en los tribunales regionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales internacionales y nacionales, instituciones nacionales de derechos humanos, medios de comunicación y una serie de ámbitos que sus redactores dejaron plasmados en el mismo texto.¹⁰⁷ Por la difusión mundial que han tenido, dicho impacto efectivamente se ha alcanzado, puesto que han sido citados en variados pronunciamientos emanados de la ONU, de la OEA, de la CIDH y de la Corte IDH. Chile se comprometió a utilizarlos como guía para la formulación de políticas públicas al aceptar la recomendación 96.28 de los Países Bajos en el primer Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, realizado el día 8 de mayo de 2009.¹⁰⁸ Además, han sido citados en una serie de políticas públicas¹⁰⁹ y sentencias de tribunales nacionales, tanto así que ha sido mencionado en un extenso estudio de la Secretaría

¹⁰⁵ “Principios de Yogyakarta (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexoafectiva y la identidad de género)” (Yogyakarta, marzo de 2007), http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf.

¹⁰⁶ Previamente, en julio de 2006, en el contexto de un evento deportivo mundial de personas LGBT, se había lanzado un documento similar, pero que no tuvo el mismo impacto, desarrollo ni alcance que tuvieron los Principios de Yogyakarta. Véase International Conference on LGBT Human Rights of the 1st World Outgames, “Declaración de Montreal”, 26 de julio de 2006, <http://www.declarationofmontreal.org/DeclaraciondeMontrealES.pdf>.

¹⁰⁷ *Ibidem*, “Recomendaciones adicionales”.

¹⁰⁸ Naciones Unidas Consejo de Derechos Humanos, “Examen Periódico Universal: Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal – Chile”, 4 de junio de 2009, <https://undocs.org/es/A/HRC/12/10>. P. 20. Véanse párrafos 25 y 96.28.

¹⁰⁹ Servicio Nacional de Menores, “Política para el abordaje de la diversidad sexual en niños, niñas y adolescentes atendidos por SENAME” (Santiago, Chile: SENAME, 28 de enero de 2021), <https://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2021/07/POLITICA-DIV-SEXUAL-GENERO.pdf>. P. 19. También en Gobierno de Chile Ministerio de Educación, “Orientaciones para el resguardo del bienestar de estudiantes con identidades de género y orientaciones sexoafectivas diversas en el sistema educativo chileno”, 17 de mayo de 2023, <https://inclusionyparticipacion.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/113/2023/05/DOCUMENTO-PARTICIPACION-2-v2.pdf>. P. 11.

Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema, acerca del acceso a la justicia de personas LGBTI+.¹¹⁰

Nacieron de una conferencia realizada entre el 6 y el 9 de noviembre de 2006 en la Universidad Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia.¹¹¹ Tanto la elección de un país de mayoría musulmana como la diversidad cultural y nacional de sus redactores, buscaron evitar sesgos culturales que hicieran depender a los principios de la tradición jurídica occidental.¹¹²

Los Principios fueron relanzados el 26 de marzo de 2007 en Ginebra, en una de las reuniones informales del 4º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, convocada por el Servicio Internacional para los Derechos Humanos y copatrocinada por la Comisión Internacional de Juristas.¹¹³ Los principios son:

1. El derecho al disfrute universal de los derechos humanos
2. Los derechos a la igualdad y a la no discriminación
3. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica
4. El derecho a la vida
5. El derecho a la seguridad personal
6. El derecho a la privacidad
7. El derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente
8. El derecho a un juicio justo
9. El derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente
10. El derecho de toda persona a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes
11. El derecho a la protección contra todas las formas de explotación, venta y trata de personas
12. El derecho al trabajo

¹¹⁰ Claudia Paz Iriarte Rivas et al., “Estudio de acceso a la justicia de personas LGBTI+” (Santiago, Chile: Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, mayo de 2022), https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/estudios/accesojusticialgbti/Informe%20final_LGBTI.pdf.

¹¹¹ *Ibidem*, “Introducción”. Para ver la lista completa de los signatarios, véase <http://yogyakartaprinciples.org/annex-sp/>.

¹¹² David Brown, “Making Room for Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law: An Introduction to the Yogyakarta Principles”, *Michigan Journal of International Law* 31, n° 4 (2010): 821–79. P. 840.

¹¹³ Naciones Unidas Secretaría de Consejo de Derechos Humanos, “Bulletin of informal meetings held in parallel to the 4th session of the Human Rights Council”, 26 de marzo de 2007, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session4/ODD/bim26032007.doc>. P. 2.

13. El derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social
14. El derecho a un nivel de vida adecuado
15. El derecho a una vivienda adecuada
16. El derecho a la educación
17. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud
18. Protección contra abusos médicos
19. El derecho a la libertad de opinión y de expresión
20. El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas
21. El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión
22. El derecho a la libertad de movimiento
23. El derecho a procurar asilo
24. El derecho a formar una familia
25. El derecho a participar en la vida pública
26. El derecho a participar en la vida cultural
27. El derecho a promover los derechos humanos
28. El derecho a recursos y resarcimientos efectivos¹¹⁴
29. *Accountability* y responsabilidad penal¹¹⁵

El 10 de noviembre de 2017, el activista argentino Mauro Cabral Grinspan, uno de los signatarios originales, lideró a un nuevo grupo de 8 expertos que crearon los «Principios de Yogyakarta Más 10», que incorpora nueve principios nuevos y 111 obligaciones adicionales para los Estados en relación a los principios originales, reconociendo además los conceptos de expresión de género y de características sexuales, en concordancia con los nuevos desarrollos del Derecho internacional en la materia. Los 9 principios adicionales son:¹¹⁶

¹¹⁴ Referido a que, ante cualquier vulneración de derechos humanos basada en la orientación sexual o identidad de género, los Estados garanticen una plena reparación a través de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, garantía de no repetición.

¹¹⁵ Referido a que los Estados garanticen la existencia de procedimientos penales, civiles, administrativos y de otra índole para perseguir la responsabilidad que les compete a quienes han cometido vulneraciones de derechos humanos basados en la orientación sexual o identidad de género.

¹¹⁶ “Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles” (Yogyakarta, 10 de noviembre de 2017), http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf.

1. El derecho a la protección estatal
2. El derecho al reconocimiento legal
3. El derecho a la integridad mental y corporal
4. El derecho a no ser penalizado ni sancionado basado en la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o las características sexuales.
5. El derecho a la protección contra la pobreza
6. El derecho al saneamiento
7. El derecho al disfrute de los derechos humanos en relación a las tecnologías de la información y la comunicación
8. El derecho a la verdad
9. El derecho a practicar, proteger, preservar y revivir la diversidad cultural

Según el internacionalista norteamericano David Brown, la principal fuente que tuvieron los redactores originales fueron el PIDCP y el PIDESC, pues los Principios usan el mismo lenguaje y terminología, pero agregando que aplican sin importar la orientación sexual o identidad de género. Para ello, la declaración, en su introducción, define dichos conceptos de la siguiente manera:¹¹⁷

1. **Orientación sexual.** «Capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente o de un mismo sexo o de más de un sexo, así como a la capacidad de tener relaciones íntimas y sexuales con estas personas».
2. **Identidad de género.** «Experiencia interna e individual profundamente sentida del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los amaneramientos».

La importancia de ambos conceptos radica en que permiten describir casi la totalidad de la diversidad de sexualidades y géneros: la orientación sexual, al relacionamiento íntimo según el género de cada persona, engloba a personas homosexuales, lesbianas, bisexuales, y permite comprender la heterosexualidad como preferencia hegemónica; por su parte, la identidad de género, al referirse no al relacionamiento íntimo, sino que a la vivencia interna del género sentido, engloba a personas trans y no binarias, permitiendo visibilizar la asignación social del sexo al momento de nacer, como un hecho externo y no natural, que realiza el personal médico basado

¹¹⁷ Principios de Yogyakarta, “Introducción”. Notas al pie 1 y 2.

en la observación que se realiza del cuerpo, lo que permite conectar con la libertad de modificar el mismo a través de tecnologías médicas libremente consentidas.

Al enfrentar dichos conceptos con la redacción de los derechos en el PIDCP y el PIDESC, los redactores incorporaron adecuaciones y recomendaciones específicas dirigidas a los Estados para poder precisar la manera en que se pueden garantizar respecto a la población LGBTIQ+. Así las cosas, Brown observa que los principios 3 al 11, 18 al 22 y 24, están basados en los derechos análogos que aparecen en el PIDCP, mientras que los principios 12 al 17 y 26 están basados en sus análogos en el PIDESC.¹¹⁸ Respecto de estos últimos, la principal diferencia que advierte respecto de la redacción del PIDESC, es que en éste se ordena una “realización progresiva” de los derechos: su artículo 2.1 señala que los Estados deben

«adoptar medidas [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

Por el contrario, los Principios ordenan que, aparte de no discriminar respecto de la realización de dichos derechos, los Estados deben proveerlos en tiempo presente, sin las limitaciones de recursos que contiene el PIDESC.¹¹⁹

Respecto del resto de los principios no basados en el PIDCP o en el PIDESC, Brown describe que tienen fuentes variadas:¹²⁰ los primeros dos son cláusulas típicas sobre no discriminación de los tratados internacionales de derechos humanos. El principio 23 sobre el derecho a asilo, se basa en la [Convención sobre el Estatuto de los Refugiados](#),¹²¹ y el 27 sobre el derecho a promover los derechos humanos, en la Resolución 53/144 de la Asamblea General de la ONU titulada [«Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos»](#).¹²² Por su parte, el 29 sobre *accountability* está basado en el informe para el Consejo Económico Social que contiene los principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.¹²³

Además de recomendaciones a los Estados, los Principios de Yogyakarta también formulan recomendaciones a otros actores, como los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales y las agencias financiadoras.

¹¹⁸ Para ver una tabla de comparación entre los principios y los derechos consagrados en el PIDCP y el PIDESC, véase Brown, *op. cit.* P. 879.

¹¹⁹ Brown, *op. cit.* P. 835.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 836.

¹²¹ “Decreto 287: Aprueba Convención sobre el Estatuto de los Refugiados” (1972), <http://bcn.cl/2n2fu>.

¹²² Naciones Unidas Asamblea General, “Resolución 53/144. Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos.”, 8 de marzo de 1999, <https://undocs.org/es/A/RES/53/144>.

¹²³ Diane Orentlicher y Naciones Unidas Consejo Económico Social, “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, 8 de febrero de 2005, <http://undocs.org/es/E/CN.4/2005/102/Add.1>.

Para terminar, cabe destacar que en «Los Principios de Yogyakarta Más 10», se reafirman las definiciones de los conceptos de orientación sexual e identidad de género citadas arriba, pero además, se incorporan nuevos conceptos que, como veremos, también han ido instalándose en distintos pronunciamientos de órganos internacionales. Dichos conceptos son:¹²⁴

1. **Expresión de género:** «Representación del género que tiene cada persona a través de la apariencia física, incluyendo vestimenta, peinados, accesorios, cosméticos y manierismos, el habla, patrones de comportamiento, nombres y pronombres [...]. La expresión de género puede o no ajustarse a la identidad de género de una persona».¹²⁵

2. **Características sexuales:** «Características físicas de cada persona relacionadas con el sexo, incluidos los genitales y otras anatomías sexuales y reproductivas, cromosomas, hormonas y características físicas secundarias que surgen de la pubertad».

La importancia de estas dos nuevas terminologías radica en que, con el concepto de características sexuales, es posible describir la realidad de las personas intersex, que no quedaron contempladas dentro de la primera generación de principios. Por su parte, el concepto de “expresión de género” permite describir un aspecto de la diversidad sexogenérica, que no dice relación con sentirse necesariamente de un género distinto al asignado al nacer, como ocurre con las personas trans; sino que a la libertad de adoptar una apariencia o un estilo corporal exterior más femenino, sin necesidad de identificarse como mujer, o más masculino, sin necesidad de identificarse como hombre, o más andrógino, sin necesidad de identificarse como no binario, lo que, para efectos jurídicos requiere de un concepto propio para efectos de reconocerla como una categoría protegida de discriminación.

Podemos identificar dos críticas que se han postulado respecto de los Principios de Yogyakarta. En primer lugar, Brown reconoce su aporte como base jurídica a nivel internacional para el abordaje de la situación de personas LGBTIQ+, pero al mismo tiempo observa que **éstos no contienen una creación efectiva, real o sustancial de nuevas clasificaciones, categorías o generación de derechos**, sino que adaptan los que ya existen a las personas no heterosexuales, ratificando respecto de ellas los estándares de Derecho Internacional que son jurídicamente vinculantes para la mayoría de los Estados, especificándola respecto de ciertos asuntos jurídicos de interés para las disidencias sexogenéricas, como el cambio de nombre y género registral, la adopción homoparental o lesbomaternal, el matrimonio, entre otros.

Por otro lado, una segunda crítica es que, según el investigador colombiano Mauricio Pulecio, **los Principios tienen la potencialidad de convertirse en un instrumento fundante en el DIDH referidos a personas LGBTIQ+,** que permita configurar un sistema de herramientas interpretativas que impactarán, a su vez, en el alcance de otros tratados internacionales, y cuya importancia jurídica emana de la autoridad intelectual que tiene el cuerpo especializado que lo

¹²⁴ Additional Principles..., “Preamble (YP+10)”. Véase nota al pie 116.

¹²⁵ Luego de la definición, se señala que «La “expresión de género” está incluida en la definición de identidad de género en los Principios de Yogyakarta y, como tal, todas las referencias a la identidad de género deben entenderse que incluyen la expresión de género como motivo de protección».

redactó, por estar compuesto por doctrinantes con reconocida legitimidad en el área: a esto también se le llama *soft law* que emana de actores no estatales, cuya relevancia, en los términos de Pulecio, radica en que vuelve al derecho internacional más participativo.¹²⁶

Pulecio afirma que los Principios podrían llegar a ser una fuente auxiliar de Derecho Internacional en virtud del artículo 38, letra d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que señala que la

«Corte [...] deberá aplicar [...] las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación del Derecho».¹²⁷

Ahora bien, esto dependerá de la utilización efectiva que hagan órganos internacionales (y también nacionales) de estos principios, tal y como de hecho ha ido ocurriendo paulatinamente desde su aparición, según lo que observa en varios países de Latinoamérica.¹²⁸

Con todo, los Principios de Yogyakarta no fueron la primera manifestación internacional sobre la necesidad del reconocimiento de derechos de la población LGBTIQ+, sino que, por el contrario, nacieron después de una década de tibios pronunciamientos progresivos que fueron constituyendo el corpus normativo que es objeto de esta investigación. En los próximos títulos veremos cómo fue dicha evolución dentro del contexto del sistema de las Naciones Unidas y del sistema interamericano de Derechos Humanos, los que, a partir de resoluciones de sus órganos políticos o de decisiones provenientes del estudio de ciertos casos en litigios estratégicos, empezaron a reconocer los derechos relacionados con las sexualidades y los géneros.

2.1.2. ÓRGANOS DE TRATADOS

2.1.2.1. Quejas individuales

La primera vez en que un órgano del sistema de Naciones Unidas se pronunció sobre el tema de nuestra investigación, fue el 2 de abril de 1982, cuando el Comité de Derechos Humanos, a través del mecanismo de recepción de quejas individuales,¹²⁹ resolvió un [caso presentado por una organización finlandesa](#) que, invocando el artículo 19(2) del PIDCP, denunció cuatro actos de censura en radio y televisión a programas que abordaban abiertamente la situación de hombres homosexuales. El Comité decidió desestimar la vulneración respecto de uno de los recurrentes, principalmente por razones procesales,¹³⁰ pero acogió parcialmente otro, con la reserva de que requería el detalle del contenido censurado para pronunciarse sobre si el estado finlandés estaba invocando de manera correcta la moral pública como límite legal al derecho a

¹²⁶ Pulecio, *op. cit.* P. 250.

¹²⁷ Naciones Unidas, “Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia” (1945), <https://doi.org/10.18356/2ee708df-es>. P. 98.

¹²⁸ Pulecio, *op. cit.* P. 250-252.

¹²⁹ El mecanismo se encuentra regulado en el Protocolo Facultativo del PIDCP, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 junto al Pacto, en su resolución 2200 A (XXI). Chile lo ratificó en 1992. Véase Naciones Unidas Asamblea General, “Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (1966), <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPR1.aspx>.

¹³⁰ El recurrente no había sido víctima de ninguna medida de censura, y el editor del programa que se censuró, fue procesado pero posteriormente absuelto.

la libertad de expresión contenida, en ese entonces, en el capítulo 20, párrafo 9(2) del Código Penal Finlandés. Pese a ello, el Comité señaló que el concepto de moral pública difiere ampliamente y que

«no existe un estándar común de aplicación universal [por lo que] debe concederse un margen de discreción a las autoridades nacionales responsables».¹³¹

Pese a que consideramos que esta conclusión sobre la indefinición del concepto de moral pública, debió haber llevado al Comité a cuestionar su presencia en un ley penal; destacamos este hito por ser el primero en ser llevado ante un órgano internacional sobre estas materias: en la resolución del Comité no se define lo que es orientación sexual, pero en la descripción del caso señala que uno de los recurrentes señalaba que existía discriminación laboral en Finlandia «en el ámbito de orientación sexual, en particular, en detrimento de homosexuales».¹³²

Sin embargo, el primer icónico caso que acogió completamente el Comité de Derechos Humanos, fue [el del activista homosexual australiano Nicholas Toonen](#), quien alegaba que el Código Criminal de Tasmania, al penalizar el contacto sexual consentido entre hombres en privado, contravenía el derecho a la vida privada del artículo 17, en relación al 2 y 26 del Pacto, razón por la que el Comité recomendó a Australia, el 31 de marzo de 1994, derogar las normas que criminalizaban la homosexualidad.¹³³ En la resolución, declaró que las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo están contenidas dentro del concepto de «privacidad», y que la referencia a la categoría de «sexo» dentro del artículo 2(1) y 26 del PIDCP, incluía a la orientación sexual. Además, el Comité rechazó el argumento del estado australiano respecto a que la criminalización de las relaciones homosexuales impediría la propagación del VIH, concluyendo que en realidad ello constituye un obstáculo para el acceso a la salud pública por parte de personas homosexuales. Según la activista y abogada internacionalista rusa, Kseniya Kirichenko, este fallo impactó profundamente el abordaje de casos sobre personas LGBTIQ+, tanto al interior de la ONU, como en otros sistemas regionales de derechos humanos, siendo citado incluso en sentencias de tribunales nacionales e internacionales.¹³⁴

¹³¹ Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos, Hertzberg et al. c. Finland, communication N° 61/1979 (2 de abril de 1982). <http://juris.ohchr.org/Search/Details/702>. P. 6-7. Véase la resolución en https://ccprcentre.org/files/decisions/61_1979_Hertzberg_et_al_v_Finland.pdf.

¹³² *Ibidem*, párrafo 2.2, p. 2.

¹³³ Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos, Toonen c. Australia, communication N° 488/1992 (31 de marzo de 1994). <https://juris.ohchr.org/Search/Details/702>. Véase párrafo 10: «*In the opinion of the Committee, an effective remedy would be the repeal of Sections 122(a), (c) and 123 of the Tasmanian Criminal Code*». Documento disponible en

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhstcNDCvDan1pXU7dsZDBaDXSDcyp7gq32IHGEC5G1vm6tUajtcCvlBfPy7PdncBvcP69yDKky0XF15RHZcyCLjoG4pCxcBdMkpK7oY7XGRnEGOHQTNOGs7f8iGBPwcPhbf7N7%2fKdRcyfEs0tTU%2bDao%3d> [PDF].

¹³⁴ Véase el análisis detallado en Kseniya Kirichenko y ILGA, Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, “Jurisprudencia de los Organos de Tratados de la ONU en materia de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales: Documento de orientación”, Treaty Bodies Strategic Litigation toolkit (Ginebra, Suiza: Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA), septiembre de 2019),

Pese a dicho avance, el 30 de noviembre de 1998, el Comité después rechazó un [requerimiento en que dos parejas lésbicas neozelandesas](#) buscaban el reconocimiento de su derecho de acceder al matrimonio.¹³⁵

Posteriormente, el 29 de junio de 1999, el Comité recibió un [nuevo caso del australiano Edward Young](#), quien alegó discriminación por no recibir una pensión que le correspondía como «compañero» de un veterano de guerra a quien había cuidado durante sus últimos años de vida. La definición legal de «compañero» excluía a parejas del mismo género, lo que a juicio del Comité vulneraba el artículo 26 del Pacto: esto significó un avance respecto al anterior dictamen que sólo reconocía la discriminación respecto del derecho a la vida privada del artículo 17. De hecho, el voto de minoría del Comité en este caso, era de la opinión de rechazar la queja por esta misma razón.¹³⁶ Con este antecedente, el Comité luego acogió un [caso colombiano](#) muy similar a éste, el 30 de marzo de 2007.¹³⁷

Además de los 5 casos mencionados, el Comité ha recibido otras 37 quejas individuales: en 21 de ella declaró que había violación al Pacto (aunque en 2 de ellas consideró que no había violación por la categoría orientación sexual), mientras que la negó en seis; cuatro las declaró inadmisibles y once están pendientes a la fecha de esta investigación.¹³⁸ De todas estas, destacamos dos de marzo de 2017 por ser las primeras relacionadas con personas trans: en la primera, el Comité acogió la [queja de una mujer trans australiana](#) quien alegó discriminación por identidad de género en la negativa del Registro de Nueva Gales del Sur, a cambiar su sexo registral a femenino, el que se excusó en una norma que prohibía a personas casadas realizar dicha rectificación.¹³⁹ Por su parte, la [segunda queja, en que una mujer trans de Malasia](#) alegaba la deportación por parte del estado danés violaba el artículo 7 del Pacto que prohíbe la tortura, fue desestimado por el Comité tres días después de la decisión anterior, por falta de antecedentes y porque la autora había descrito los antecedentes de manera genérica.¹⁴⁰

Según el catastro de ILGA, después del Comité de Derechos Humanos, el segundo órgano de tratados que más ha recibido quejas individuales sobre el tema de nuestra investigación, es el Comité contra la Tortura, con un total de 12 comunicaciones individuales sobre personas LGBTIQ+, de las cuales ha acogido sólo 3, declarando dos inadmisibles y rechazando el resto:

https://ilga.org/downloads/Organos_De_Tratados_Guia_Litigio_Estrategico_documento_orientacion_es.pdf. P. 41.

¹³⁵ Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos, *Joslin et al. c. Nueva Zelanda*, comunicación N° 902/1999 (17 de julio de 2002). <https://undocs.org/es/CCPR/C/75/D/902/1999>.

¹³⁶ Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos, *Young c. Australia*, comunicación N° 941/2000 (6 de agosto de 2003). <https://undocs.org/es/CCPR/C/78/D/941/2000>.

¹³⁷ Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos, *X c. Colombia*, comunicación N° 1361/2005 (30 de marzo de 2007). <https://undocs.org/es/CCPR/C/89/D/1361/2005>.

¹³⁸ ILGA, Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, “Treaty Bodies’ Jurisprudence on SOGIESC”, 24 de enero de 2023, <https://ilga.org/Treaty-Bodies-jurisprudence-SOGIESC>.

¹³⁹ Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos, *G. c. Australia*, comunicación N° 2172/2012 (17 de marzo de 2017). <https://undocs.org/es/CCPR/C/119/D/2172/2012>.

¹⁴⁰ Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos, *M.Z.B.M. c. Dinamarca*, comunicación N° 2593/2015 (20 de marzo de 2017). <https://undocs.org/es/CCPR/C/119/D/2593/2015>.

una fue abandonada por su autor.¹⁴¹ La primera que acogió fue el caso [Uttam Mondal c. Suecia](#), en la que se informaba la deportación de un activista homosexual a Bangladesh, de donde escapó por las serias amenazas recibidas por partidos políticos fundamentalistas musulmanes, luego de que, además, un íntimo amigo homosexual fuera asesinado. Respecto de ello, el Comité concluyó que

«las actividades políticas anteriores del autor de la queja y el riesgo de persecución que corre **a raíz de su homosexualidad**, conjugada con su pertenencia a la minoría hindú, [lo expone] personalmente a un riesgo real y previsible de ser sometido a tortura si fuera devuelto a su país de origen. En tales circunstancias, el Comité concluye que la expulsión del autor a Bangladesh equivaldría a incumplimiento de las obligaciones que impone al Estado parte el artículo 3 de la Convención».¹⁴²

El tercer comité que ha recibido casos, es el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (en adelante, Comité CEDAW) con tres quejas individuales sobre personas LGBTIQ+: las dos primeras, recibidas en 2015, se declararon inadmisibles, mientras que la tercera, recibida en 2017, la acogió. Se trata del caso [O.N. y D.P. v. Federación de Rusia](#), sobre un crimen de odio lesbofóbico que no fue debidamente investigado: en la decisión de fecha 24 de febrero de 2020, concluyó que Rusia incumplió

«su deber de defender los derechos de las mujeres, en particular en el contexto de violencia y discriminación contra éstas **en razón de su orientación sexual**», recomendando impartir formación sobre la Convención a la policía y fiscalía, «a fin de que los **delitos con trasfondo homófobo cometidos contra mujeres lesbianas se entiendan como violencia de género o delitos de odio** que requieren una intervención activa del Estado».¹⁴³

Por último, el Comité de los Derechos del Niño ha recibido sólo un caso, que fue acogido. Se trata de la comunicación 51/2018 interpuesta en contra de Finlandia, por haber deportado a una pareja lésbica con su hijo de 7 años a Rusia, pese a haberse alegado el riesgo de daño irreparable que podría vivir la familia a causa de la orientación sexual de las madres y la grave situación de lesbofobia que existe en ese país: el Comité concluyó que se vulneraron los artículos 3 (interés superior del niño), 19 (protección contra todo perjuicio, abuso o trato negligente) y 22 (sobre estatuto de refugiado en la niñez) de la Convención, señalando que:

«el Estado parte no atendió debidamente al interés superior del niño como consideración primordial al evaluar la solicitud de asilo del autor, fundamentada en la orientación sexual

¹⁴¹ ILGA, “*Treaty Bodies’ Jurisprudence on SOGIESC*”. Véase nota al pie 138.

¹⁴² Naciones Unidas Comité contra la Tortura, Uttam Mondal c. Suecia, comunicación N° 338/2008 (23 de mayo de 2011). <https://undocs.org/es/CAT/C/46/D/338/2008>. Párrafo 7.7, p. 11. Las negritas son nuestras.

¹⁴³ Naciones Unidas Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, O.N. y D.P. c. Federación de Rusia, comunicación núm. 119/2017 (24 de febrero de 2020). <https://undocs.org/es/CEDAW/C/75/D/119/2017>. Véanse párrafos 7.10 y 9.b.i, p. 14-15.

de sus madres, ni lo protegió contra un riesgo real de sufrir daños irreparables si era devuelto a la Federación de Rusia.».¹⁴⁴

2.1.2.2. Observaciones generales

El primer órgano de tratados de la ONU en incluir el concepto de orientación sexual en sus observaciones generales, fue el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 11 de agosto del 2000 en la Observación general n° 14, a propósito del derecho a la salud del artículo 12 del PIDESC, en el título sobre no discriminación e igualdad de trato, ampliando expresamente su protección a las siguientes categorías no incluidas originalmente en su artículo 2: impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole.¹⁴⁵ La misma ampliación a dichas categorías se repitió en siguientes observaciones generales.¹⁴⁶ Sin embargo, el reconocimiento de la «**identidad de género**» como categoría protegida ocurrió recién en su Observación general n° 20 del 2 de julio de 2009 (esto es, nueve años después de la aparición de «orientación sexual»):

«En “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. **La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación.** Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo».¹⁴⁷

El segundo comité en abordar la diversidad de sexualidades fue el Comité de los Derechos del Niño en 2003, en su Observación general n° 3, sobre VIH/SIDA, usando el obsoleto concepto de «preferencia sexual» en el título sobre no discriminación.¹⁴⁸ Meses después, se incorpora la expresión «orientación sexual» en la Observación general n° 4 sobre salud adolescente, al recordar la obligación de los estados de garantizar la salud de la niñez sin ninguna distinción,

¹⁴⁴ Naciones Unidas Comité de Derechos del Niño, A. B. c. Finlandia, comunicación núm. 51/2018 (4 de febrero de 2021).

¹⁴⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas. «Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)», E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

<https://undocs.org/es/E/C.12/2000/4>. Véanse párrafo 18, p. 8 y también 12.b, p. 5, que hace referencia al 18.

¹⁴⁶ Véanse las recomendaciones generales 15 (párrafo 13), 18 (párrafo 12.b.i.), y 19 (párrafo 29).

¹⁴⁷ Naciones Unidas Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observación general n° 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 2 de julio de 2009, 20, <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/20>. Párrafo 32, p. 11. Nótese cómo se mencionó a las personas intersex luego de considerar a la identidad de género como categoría protegida, aunque como vimos, sería más apropiado usar el concepto de “características sexuales” para referirnos a dicho ámbito.

¹⁴⁸ Comité de Derechos del Niño, Naciones Unidas. «Observación general N° 3 (2003) El VIH/SIDA y los derechos del niño», CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003. <https://undocs.org/es/CRC/GC/2003/3>. Véase párrafo 8.

mencionando las categorías del artículo 2 de la Convención, y luego señalando explícitamente lo siguiente:

«Deben añadirse también la orientación sexual y el estado salud del niño (con inclusión del VIH/SIDA y la salud mental). Los adolescentes que son objeto de discriminación son más vulnerables a los abusos, a otros tipos de violencia y explotación y su salud y desarrollo corren grandes peligros».¹⁴⁹

Sin embargo, el reconocimiento de las identidades de género diverso por parte de este Comité no ocurrió hasta la [Observación general n° 13](#), en la que señala que la niñez LGBT son un grupo en situación de vulnerabilidad potencial, lo que los Estados deben tener en consideración como elemento en sus políticas públicas.¹⁵⁰ Desde entonces, las menciones a la orientación sexual e identidad de género, se mantuvieron en las observaciones de este Comité.¹⁵¹

El tercero órgano de tratado en abordar este ámbito, fue el Comité contra la Tortura, que se ha pronunciado desde [su segunda observación general](#), emitida el 24 de enero de 2008, incluyendo los conceptos de orientación sexual e «identidad transexual» dentro de los grupos de personas que corren mayor riesgo de ser torturadas.¹⁵² En la [siguiente observación](#), del 13 de diciembre de 2012, el concepto de identidad transexual, es reemplazado por identidad de género, y junto al de orientación sexual, aparecen mencionados en los títulos sobre restitución y reparación, señalando que no debe existir discriminación en el acceso a ellas. Además, también menciona explícitamente a personas LGBT al señalar que los Estados deben prestar debida atención al género para que puedan acceder a una indemnización justa y adecuada, rehabilitación y otras medidas de reparación.¹⁵³

Por último, también lo menciona en la [tercera observación general](#), incorporando a la orientación sexual y la identidad de género entre los indicios de riesgo de tortura previsible, personal, presente y real, que el Comité declara tener presente al momento de tomar sus decisiones.¹⁵⁴

El cuarto órgano de tratados en incluir la orientación sexual en este tipo de pronunciamientos, fue el Comité CEDAW con la [Recomendación general n° 27](#) sobre las mujeres de edad. Sin

¹⁴⁹ Comité de Derechos del Niño, Naciones Unidas. «Observación general N° 4 (2003) La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño», CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003. <https://undocs.org/es/CRC/GC/2003/4>. Véase párrafo 6.

¹⁵⁰ Naciones Unidas Comité de los Derechos del Niño, «Observación general N° 13 (2011): Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia», 18 de abril de 2011, <https://undocs.org/es/CRC/C/GC/13>. Párrafo 72.g.

¹⁵¹ Véanse las observaciones generales 14 (párrafo 55), 15 (párrafo 8), 20 (párrafos 33, 34, 48, 60 y 62), 21 (párrafos 6 y 26), 22 conjunta (párrafos 3, 21 y 42), 23 conjunta (párrafo 41) y 24 (párrafo 40).

¹⁵² Naciones Unidas Comité contra la Tortura, «Observación general N° 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes», 24 de enero de 2008, 2, <https://undocs.org/es/CAT/C/GC/2>. Párrafo 21-22, p. 6-7.

¹⁵³ Naciones Unidas Comité contra la Tortura, «Observación general N° 3 (2012). Aplicación del artículo 14 por los Estados partes», 13 de diciembre de 2012, 3, <https://undocs.org/es/CAT/C/GC/3>. Párrafo 8, p. 2; párrafo 32, p. 8; y párrafo 39, p. 9-10.

¹⁵⁴ Naciones Unidas Comité contra la Tortura, «Observación general núm. 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22», 4 de septiembre de 2018, <https://undocs.org/es/CAT/C/GC/4>.

embargo, y a diferencia de los otros, también se incluyó de inmediato el concepto de identidad de género. La inclusión se hizo en el párrafo 13, al reconocer que la discriminación a mujeres de edad es multidimensional,

«al sumarse la discriminación por motivo de edad a la discriminación por razón de género, origen étnico, discapacidad, grado de pobreza, **orientación sexual e identidad de género**, condición de migrante, estado civil y familiar, alfabetismo y otras circunstancias».¹⁵⁵

Ambos conceptos también se incluyeron en la siguiente [Recomendación general n° 28](#), dedicada al artículo 2 de la CEDAW, donde los Estados parte se comprometen a una serie de políticas antidiscriminatorias. La mención se hace en el párrafo 18 que señala que

«La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como [...] la **orientación sexual y la identidad de género**».¹⁵⁶

Desde entonces, las menciones a las sexualidades y géneros han proliferado en las recomendaciones generales del Comité CEDAW,¹⁵⁷ entre ellas la [Recomendación general n° 33](#), sobre el acceso de las mujeres a la justicia; que incorporó por primera vez a mujeres intersexuales (además de lesbianas y bisexuales), en la sección que se refiere al carácter interseccional de la discriminación en este ámbito, y a la que reconoce la penalización desproporcionada que pueden sufrir muchas mujeres también por estos motivos.¹⁵⁸

El quinto órgano de tratado en reconocer a las personas LGBT fue el Comité de Derechos Humanos que al igual que el Comité CEDAW, incluyó de inmediato los dos conceptos (orientación sexual e identidad de género) en la [Observación general n° 35](#),¹⁵⁹ mientras que en la [n° 36](#) menciona por primera vez a personas intersex al referirse al deber de los Estados de adoptar medidas de protección a personas en situaciones de vulnerabilidad cuya vida corre particular riesgo por patrones de violencia preexistentes.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Naciones Unidas Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos”, 16 de diciembre de 2010, <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/27>. Párrafo 13, p. 3.

¹⁵⁶ Naciones Unidas Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, 16 de diciembre de 2010, 28, <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/28>. Párrafo 18, p. 5.

¹⁵⁷ Véanse las recomendaciones generales 29 (Párrafo 24, p. 6.), 30 (Párrafo 57.b, p. 17), 32 (párrafo 6, p. 3; párrafo 16, p. 7; y párrafo 38, p. 15.), 35 (Párrafo 12, p. 5 y párrafo 29.c.i, p. 13.), 37 (Párrafo 2, p. 3; párrafo 26.a, p. 9; y párrafo 57.e, p. 20) y 38 (Párrafo 88, p. 18.).

¹⁵⁸ Naciones Unidas Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia”, 3 de agosto de 2015, <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/33>. Véanse párrafo 8, p. 4; y párrafo 49, p. 21.

¹⁵⁹ Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos, “Observación general n° 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)”, 16 de diciembre de 2014, <https://undocs.org/es/CCPR/C/GC/35>. Párrafo 9.

¹⁶⁰ Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos, “Observación general n° 36. Artículo 6: derecho a la vida”, 3 de septiembre de 2019, <https://undocs.org/es/CCPR/C/GC/36>. Párrafo 23, p. 6. También se menciona la orientación sexual e identidad de género en el párrafo 61, p. 14.

Por último, el sexto órgano en sumarse a la tendencia observada en este título fue el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que es el de más reciente creación, y que reconoció como categorías protegidas de discriminación tanto a la orientación sexual como a la identidad de género desde su [tercera observación general](#).¹⁶¹

Para finalizar, cabe destacar algunas observaciones generales por la importancia del contenido de dichos pronunciamientos. Una de ellas es la Observación general n° 22 del Comité DESC, que se pronuncia por primera vez acerca de las llamadas “terapias de conversión”, consideradas la vulneración a derechos humanos más masiva que afecta a la población LGBTIQ+:¹⁶² en efecto, el Comité señala

«La no discriminación, en el contexto del derecho a la salud sexual y reproductiva, abarca también el derecho de todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales, a ser plenamente respetadas por su orientación sexual, identidad de género o condición de intersexualidad. La penalización de las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo género o la expresión de la identidad de género es una clara violación de los derechos humanos. Del mismo modo, las normas que disponen que las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales **sean tratadas como enfermos mentales o psiquiátricos, o sean “curadas” mediante un “tratamiento”, constituyen una clara violación de su derecho a la salud sexual y reproductiva**. Los Estados parte también tienen la obligación de combatir la homofobia y la transfobia, que conducen a la discriminación, incluida la violación del derecho a la salud sexual y reproductiva».¹⁶³

Pocos meses después, el Comité de Derechos del Niño también se pronunció sobre el mismo tema, en la [Observación general n° 20](#) que dedica un subtítulo a niñas y adolescentes LGBTIQ+, dentro de la sección sobre grupos que requieren atención especial. En él, el Comité rechaza las terapias de conversión y reconoce por primera vez a niñas intersex al pronunciarse en contra de las innecesarias cirugías de «asignación sexual»:

«El Comité destaca 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. **Condena la imposición de «tratamientos»** mediante los que se pretende cambiar la orientación sexual de una persona, y que los **adolescentes intersexuales sean sometidos a intervenciones quirúrgicas o tratamientos forzados**. Insta a los Estados a

¹⁶¹ Véanse observaciones generales 3 (párrafo 4.c y 5), 4 (párrafo 13), 5 (párrafo 8), 6 (párrafos 33 y 34) y 7 (párrafo 16, 50, 94.g).

¹⁶² Véase Víctor Madrigal-Borloz, “Práctica de las llamadas ‘terapias de conversión’ - Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género” (Ginebra, Suiza: Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1 de mayo de 2020), <https://undocs.org/es/A/HRC/44/53>.

¹⁶³ Naciones Unidas Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 2 de mayo de 2016, <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/22>. Párrafo 23, p. 7.

que erradiquen esas prácticas, deroguen todas las leyes que criminalicen o discriminen a las personas en razón de su orientación sexual, su identidad de género o su condición de personas intersexuales, y aprueben leyes que prohíban la discriminación por esos motivos».¹⁶⁴

Otra que queremos destacar es la [nº 36 del Comité CEDAW, referente al derecho a la educación](#), que dedica un subtítulo completo a estudiantes lesbianas, bisexuales, trans e intersex, en la sección sobre niñas y mujeres de grupos desfavorecidos: su importancia radica en el enorme impacto que tiene la discriminación escolar por orientación sexual o identidad de género. En él, el Comité afirma que

«La intimidación, el acoso y las amenazas a que someten a estas estudiantes algunos compañeros y docentes constituyen obstáculos a su derecho a la educación. Las escuelas perpetúan y refuerzan los prejuicios sociales, en muchos casos porque los órganos de gestión de las escuelas no aplican debidamente las políticas y porque el personal docente y directivo, así como otras autoridades escolares, no hacen cumplir de manera sistemática las políticas de no discriminación. El escaso nivel educativo y los tabúes culturales son algunos de los factores que impiden la promoción social de las estudiantes lesbianas, bisexuales, trans e intersexuales y aumentan su vulnerabilidad a la violencia».¹⁶⁵

La referencia se repite en el título dedicado a la desigualdad de género, maltrato y violencia sexual en centros educacionales, al afirmar que «las niñas lesbianas, bisexuales, trans e intersexuales son objeto de ataques sexistas y homofóbicos».¹⁶⁶ Por último, en el párrafo 31.b, el Comité CEDAW recomienda a los Estados

«eliminar los desequilibrios en las asignaciones presupuestarias para los grupos desfavorecidos y marginados de niñas y mujeres basados en [...] la **identidad de género**».¹⁶⁷

Por otro lado, también cabe mencionar el reconocimiento del concepto de «expresión de género» en dos pasajes de la [Observación general nº 21](#), dedicada a niñas en situación de calle, la que además constituye la única vez en que esta categoría ha sido reconocida en el sistema ONU: la

¹⁶⁴ Naciones Unidas Comité de los Derechos del Niño, “Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016,

<https://undocs.org/es/CRC/C/GC/20>. Véanse párrafos 33 y 34. Las negritas son nuestras. En este punto, el Comité cita una [declaración conjunta con otros órganos de derechos humanos, del 13 de mayo de 2015](#), sobre lo mismo. Véase Naciones Unidas Comité de Derechos del Niño, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Ante la discriminación y vulneración de sus derechos, los jóvenes LGBT e intersex necesitan reconocimiento y protección Para el Día Internacional contra la Homofobia, la Bifobia y la Transfobia”, 13 de mayo de 2015, <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15941&LangID=S>.

¹⁶⁵ Naciones Unidas Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “Recomendación general núm. 36 (2017) sobre el derecho de las niñas y las mujeres a la educación”, 27 de noviembre de 2017, <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/36>. Párrafo 45, p. 12, y párrafo 46.i, p. 13. Las negritas son nuestras.

¹⁶⁶ *Ibidem*, párrafo 66, p. 20.

¹⁶⁷ *Ibidem*, párrafo 31.b, p. 9.

primera aparece en el párrafo 6, en la descripción de la heterogeneidad de las niñas en situación de calle, y la segunda, al reconocer el carácter interseccional de la discriminación sistémica en el párrafo 26.¹⁶⁸

Por último, también cabe destacar la Observación general [n° 25 del Comité DESC](#), que contempla a las categorías de orientación sexual e identidad de género en el título sobre las obligaciones generales del Estado de eliminar la discriminación en relación al derecho a participar al progreso científicos y sus aplicaciones (párrafo 25), y en el subtítulo sobre la obligación específica de los Estados de adoptar medidas para impedir que cualquier persona o entidad interfiera en el ejercicio de dicho derecho ya sea impidiendo el acceso o por discriminación (párrafo 43).¹⁶⁹ Esta referencia resulta particularmente relevante para las personas trans para efectos de exigir igualdad de condiciones a la hora de acceder a tecnologías médicas vinculadas con hormonización e intervenciones quirúrgicas.

2.1.3. [ÓRGANOS DIPLOMÁTICOS](#)

En 2003, la Asamblea General incluyó por primera vez el concepto «orientación sexual», en sus resoluciones acerca de las «Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias»: en el párrafo 6 de la [resolución 57/214](#) llama a los gobiernos a investigar

«todos los asesinatos cometidos por cualquier razón discriminatoria, incluida la violencia por motivos raciales o de **orientación sexual** que haya culminado en la muerte de la víctima».¹⁷⁰

La frase se incluyó en todas las resoluciones posteriores sobre el mismo tema ([59/197](#)¹⁷¹, [61/173](#)¹⁷², [63/182](#)¹⁷³, [65/208](#)¹⁷⁴) y en 2014 también se incorpora en la resolución [67/168](#)¹⁷⁵, la

¹⁶⁸ Naciones Unidas Comité de Derechos del Niño, “Observación general núm. 21 (2017) sobre los niños en situación de calle”, 21 de junio de 2017, <https://undocs.org/es/CRC/C/GC/21>. Párrafo 6, p. 4, y; párrafo 26, p. 11.

¹⁶⁹ Naciones Unidas Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observación general núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 30 de abril de 2020, 25, <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/25>.

¹⁷⁰ “Resolución 57/214. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias”, 25 de febrero de 2003, <https://undocs.org/es/A/RES/57/214>. Véase párrafo 6. Las negritas son nuestras.

¹⁷¹ Asamblea General, Naciones Unidas. «Resolución 59/197. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias», A/RES/59/197, 20 de diciembre de 2004. <https://undocs.org/es/A/RES/59/197>. Véase párrafo 8.c.

¹⁷² Asamblea General, Naciones Unidas. «Resolución 61/173. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias», A/RES/61/173, 19 de diciembre de 2006. <https://undocs.org/es/A/RES/61/173>. Véase párrafo 5.c.

¹⁷³ Asamblea General, Naciones Unidas. «Resolución 63/182. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias», A/RES/63/182, 18 de diciembre de 2008. <https://undocs.org/es/A/RES/63/182>. Véase párrafo 6.b.

¹⁷⁴ Asamblea General, Naciones Unidas. «Resolución 65/208. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias», A/RES/65/208, 21 de diciembre de 2010. <https://undocs.org/es/A/RES/65/208>. Véase párrafo 6.b.

¹⁷⁵ Asamblea General, Naciones Unidas. «Resolución 67/168. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias», 20 de diciembre de 2012. <https://undocs.org/es/A/RES/67/168>. Véase párrafo 6.b.

expresión «identidad de género», lo que se ha mantenido en los textos ulteriores hasta la fecha de esta investigación ([69/182](#)¹⁷⁶, [71/198](#)¹⁷⁷, [73/172](#)¹⁷⁸ y [75/189](#)¹⁷⁹).

También cabe destacar entre los primeros antecedentes, el [envío de una carta](#) por una serie de países –entre ellos Chile– dirigida al presidente de la Asamblea General el 18 de diciembre de 2008, llamando la atención sobre la situación de las personas LGBT.¹⁸⁰

Con todo, la primera vez que un órgano político-diplomático de la ONU reconoció ampliamente la gravedad global de la discriminación por sexualidades y géneros fue el 14 de julio de 2011, cuando el Consejo de Derechos Humanos, órgano dependiente del Consejo Económico y Social de la ONU,¹⁸¹ emitió la histórica [Resolución 17/19](#), que fue iniciativa de Francia y Holanda, y en la que Chile votó a favor. En ella, el Consejo expresó

«su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género», y «Pide a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que encargue la realización de un estudio, que se ultime para diciembre de 2011, a fin de documentar las leyes y prácticas discriminatorias y los actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, en todas las regiones del mundo, y la forma en que la normativa internacional de derechos humanos puede aplicarse».¹⁸²

La tarea quedaría a cargo de la sudafricana Navi Pillay, quien el 17 de septiembre de 2010 ya se había convertido en la primera Alta Comisionada en haber realizado una declaración sobre el asunto.¹⁸³ El informe se tituló [«Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género»](#),¹⁸⁴ y fue presentado ante el

¹⁷⁶ Asamblea General, Naciones Unidas. «Resolución 69/182. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias», 18 de diciembre de 2014. <https://undocs.org/es/A/RES/69/182>. Véase párrafo 6.b.

¹⁷⁷ Asamblea General, Naciones Unidas. «Resolución 71/198. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias», 19 de diciembre de 2016. <https://undocs.org/es/A/RES/71/198>. Véase párrafo 6.b.

¹⁷⁸ Asamblea General, Naciones Unidas. «Resolución 73/172. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias», 17 de diciembre de 2018. <https://undocs.org/es/A/RES/73/172>. Véase párrafo 7.b.

¹⁷⁹ Naciones Unidas Asamblea General, «Resolución 75/189. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias», 16 de diciembre de 2020, <https://undocs.org/es/A/RES/75/189>. Véase párrafo 7.b.

¹⁸⁰ Asamblea General, Naciones Unidas. «Carta de fecha 18 de diciembre de 2008 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Representantes Permanentes de la Argentina, el Brasil, Croacia, Francia, el Gabón, el Japón, Noruega y los Países Bajos ante las Naciones Unidas», 18 de diciembre de 2008. <https://undocs.org/es/A/63/635>.

¹⁸¹ No debe confundirse con el **COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS**, creado por el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, y cuyos pronunciamientos se revisaron anteriormente en el título **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**

¹⁸² Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas. «Resolución 17/19. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», A/HRC/RES/17/19, 14 de julio de 2011. <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/17/19>.

¹⁸³ Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Pillay Navi. «Ending Violence and Criminal Sanctions Based on Sexual Orientation and Gender Identity: Statement by the High Commissioner», 17 de septiembre de 2010. <https://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10717&LangID=E>.

¹⁸⁴ Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. «Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género», 17 de noviembre de 2011. <https://undocs.org/es/A/HRC/19/41>.

Consejo el 17 de noviembre de 2011. Se divide en cuatro secciones, que analizaremos brevemente: normas internacionales aplicables, violencia, leyes discriminatorias y prácticas discriminatorias.

En la primera, reafirma lo señalado en la [Observación general n° 20](#) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto a que los motivos de discriminación del artículo 2 del PIDESC no son exhaustivos, y que la orientación sexual e identidad de género están incluidos dentro de la expresión «cualquier otra condición social».¹⁸⁵ Por su parte, insiste en el carácter absoluto de la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, señalando que el Comité contra la Tortura ha condenado a los Estados en casos en que ésta se ha aplicado por la orientación sexual e identidad de género.¹⁸⁶

También **reconoce la calidad de refugiades** a quienes escapan de la persecución sufrida en sus países a causa de su sexualidad o género:

«El artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados dispone que los Estados partes tienen la obligación de no expulsar o devolver a un refugiado a un lugar en el que su vida o su libertad peligre por [...] pertenencia a un determinado grupo social», y que «orientación sexual o identidad de género se pueden considerar miembros de un “determinado grupo social”».¹⁸⁷

Chile [promulgó la ratificación de dicha Convención](#), con una serie de reservas, el 8 de junio de 1972, por lo que tiene fuerza de ley vigente.¹⁸⁸

Otro punto a destacar es que reafirma lo fallado en *Tonnen v. Australia*,¹⁸⁹ respecto a que la criminalización de la homosexualidad vulnera el derecho a la intimidad, agregando que el Comité de Derechos Humanos

«ha rechazado el argumento de que la penalización se pueda justificar como “razonable” por motivos de salud o moral pública, señalando que **el uso del derecho penal en esas circunstancias no es ni necesario ni proporcionado**».¹⁹⁰

Otro punto interesante, es que cita las [Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre el 5° informe periódico de Chile](#), en que se celebra la despenalización de la

¹⁸⁵ *Ibidem*, párrafo 7.

¹⁸⁶ Véanse las observaciones generales [n° 2 \(CAT/C/GC/2\)](#), [n° 3 \(CAT/C/GC/3\)](#) y [n° 4 \(CAT/C/GC/4\)](#) del Comité contra la Tortura. Véase también Comité contra la Tortura, Naciones Unidas, *Uttam Mondal c. Suecia, comunicación n° 338/2008* (23 de mayo de 2011). <https://undocs.org/es/CAT/C/46/D/338/2008>.

¹⁸⁷ Oficina de la ACNUDH, *op. cit.*, párrafo 10.

¹⁸⁸ Ministerio de Relaciones Exteriores, Chile. «Decreto 287: Aprueba Convención sobre el Estatuto de los Refugiados», 19 de julio de 1972. <http://bcn.cl/21tjd>.

¹⁸⁹ Véase nota al pie 133.

¹⁹⁰ Oficina de la ACNUDH, *op. cit.*, párrafo 14.

homosexualidad, pero reconoce tareas pendientes en el avance hacia la igualdad de derechos a personas homosexuales.¹⁹¹

En el capítulo sobre violencia, se enmarcan los ataques contra personas LGBTIQ+, dentro de la violencia de género «impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género».¹⁹² En su análisis, se identifica que ésta tiene las siguientes características distintivas:

- a. Las **mujeres trans y lesbianas están en mayor riesgo**, por la relación de poder entre los géneros a nivel social, reportándose violaciones colectivas y embarazos forzados bajo la falsa creencia de que eso cambiaría la orientación sexual.¹⁹³
- b. La violencia por sexualidades y géneros es particularmente **despiadada, cruel y brutal**, incluyendo una **mayor exposición a torturas y malos tratos**,¹⁹⁴ y puede **darse de manera organizada** por «*extremistas religiosos, grupos paramilitares, neonazis y nacionalistas extremistas*».¹⁹⁵
- c. Hay mayor riesgo de **violencia familiar y comunitaria**, reconociendo la existencia de «asesinatos “de honor”, perpetrados contra quienes los miembros de la familia o la comunidad consideran que han sido causa de vergüenza o deshonra».¹⁹⁶

También se manifiesta a través de

«exclusión del hogar familiar, desheredación, prohibición de asistir a la escuela, el matrimonio forzado, la renuncia forzada a los hijos, la imposición de sanciones por las actividades de militancia y los ataques contra la reputación personal».¹⁹⁷

También se reporta que dirigentes políticos y comunitarios utilizan retóricas que incitan al odio.¹⁹⁸

- d. Es **difícil su cuantificación** por parte del Estado, en especial los ataques sin resultado de muerte. Esto se debe a las pocas denuncias causadas por la desconfianza a la policía, el desconocimiento de ésta respecto al tema y el miedo a represalias.¹⁹⁹

¹⁹¹ Comité de Derechos Humanos. «Observaciones finales sobre el 5º informe periódico de Chile», 17 de abril de 2007. <https://undocs.org/es/CCPR/C/CHL/CO/5>. Véase párrafo 16.

¹⁹² Oficina de la ACNUDH, *op. cit.*, párrafo 20.

¹⁹³ *Ibidem*, párrafo 21, 25 y 29.

¹⁹⁴ *Ibidem*, párrafo 22 y 34.

¹⁹⁵ *Ibidem*, párrafo 21.

¹⁹⁶ *Ibidem*, párrafo 25.

¹⁹⁷ *Ibidem*, párrafo 66.

¹⁹⁸ *Ibidem*, párrafo 33.

¹⁹⁹ *Ibidem*, párrafo 23 y 28.

- e. En los centros de detención se observan jerarquías estrictas, en las que las personas LGBT quedan en el nivel más bajo.²⁰⁰ También se observa que el personal penitenciario no previene la violencia contra éstas.²⁰¹

En la sección en que se analizan las leyes discriminatorias, se identificaron 76 países que criminalizaban las sexualidades y los géneros no hegemónicos, de los cuales 5 aplicaban la pena de muerte; además en 14 países, la edad de consentimiento sexual era distinta para relaciones homosexuales y entre ellos se incluye a Chile, situación que se mantiene todavía a la fecha de esta investigación.²⁰²

Por último, también se analizan las prácticas discriminatorias en distintas áreas. Respecto al **acceso al trabajo**, se observan dificultades en los países sin leyes que prohíban explícitamente la discriminación por sexualidades y géneros, lo que también repercute en desiguales derechos laborales respecto a personas cisheterosexuales.²⁰³ En relación a **la salud**, se observa una falta de políticas de salud que recojan las necesidades específicas de personas LGBT, y se condenan las llamadas «terapias de conversión» que prometen falsamente «curar» a la homosexualidad. Así mismo, se llama la atención sobre la necesidad de financiamiento público para el acceso igualitario a cirugías de reasignación sexual. Por último, también se rechazan las intervenciones quirúrgicas innecesarias que buscan «fijar» el sexo de niñas intersex.²⁰⁴

Sobre el **acceso a la educación**, se concluye que la discriminación se manifiesta a través del acoso escolar que incluye ataques físicos, lo que genera absentismo y deserción escolar, depresión y suicidios: se insta a las autoridades a hacer esfuerzos conjuntos para prevenirlos y se pone acento en la necesidad de que la educación sexual está comprendida dentro del derecho a la educación, con un enfoque que integre a la diversidad.²⁰⁵ Sobre la **libertad de expresión, asociación y reunión**, se reportan hostigamientos a activistas y dificultades de inscripción de las ONG sobre sexualidades y géneros, así como también a actos culturales, concentraciones y marchas relacionadas.²⁰⁶ Sobre las restricciones a la información, se señala explícitamente que

«pueden tener un efecto perjudicial en las iniciativas de salud pública, incluso en relación con la transmisión del VIH»²⁰⁷.

Sobre los derechos civiles de parejas homosexuales señala que

«El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que **los Estados no tienen la obligación, en virtud del derecho internacional, de permitir el matrimonio homosexual**. No obstante, la obligación de proteger a las personas de la discriminación por razón de la

²⁰⁰ *Ibidem*, párrafo 34.

²⁰¹ *Ibidem*, párrafo 35.

²⁰² *Ibidem*, párrafo 40, 44 y 45.

²⁰³ *Ibidem*, párrafo 51 a 53.

²⁰⁴ *Ibidem*, párrafo 54 a 57.

²⁰⁵ *Ibidem*, párrafo 58 a 61.

²⁰⁶ *Ibidem*, párrafo 61 a 64.

²⁰⁷ *Ibidem*, párrafo 65.

orientación sexual comprende que las parejas de hecho homosexuales sean tratadas de la misma manera y tengan derecho a las mismas prestaciones que las parejas heterosexuales *more uxorio*».²⁰⁸

Sobre el cambio de sexo registral, se señala que

«El Comité de Derechos Humanos ha expresado preocupación por la falta de disposiciones sobre el reconocimiento legal de la identidad de las personas trans. Ha instado a los Estados a que **reconozcan el derecho de las personas trans al cambio de género** permitiendo la expedición de nuevas partidas de nacimiento».²⁰⁹

Por último, destaca iniciativas como los programas de capacitación a agentes del orden y profesores, fiscales especiales para investigar delitos discriminatorios, campañas de información pública, la flexibilización del género registral para incluir opciones no binarias, la intervención de las instituciones nacionales de derechos humanos en el asunto, y la utilización de los Principios de Yogyakarta como orientación para políticas públicas sobre sexualidades y géneros.²¹⁰

El informe termina con un paquete de recomendaciones a los Estados que configuraron la primera hoja de ruta a nivel internacional sobre las acciones necesarias para erradicar la discriminación por sexualidades y géneros, las que se pueden resumir de la siguiente manera:

- a. Investigación ágil de **crímenes de odio y delitos discriminatorios**, y prevención de la tortura.
- b. **Otorgamiento de asilo** a quienes huyan por ser perseguides por su orientación sexual o identidad de género.
- c. Derogación de leyes que **penalizan la homosexualidad** y armonización del **consentimiento sexual** entre relaciones hétero y homosexuales.
- d. Promulgación de **legislación antidiscriminatoria** e inclusión del tema en el mandato de las instituciones nacionales de derechos humanos.
- e. Resguardar el derecho de libertad de expresión, asociación y reunión en condiciones de seguridad y sin discriminación por sexualidad o género.
- f. Ejecución de programas de concientización y capacitación a fuerzas de seguridad y orden, y de información pública a la ciudadanía, con campañas específicas en las escuelas.
- g. Facilitar el reconocimiento legal del género preferido.

²⁰⁸ *Ibidem*, párrafo 68. Las negritas son nuestras.

²⁰⁹ *Ibidem*, párrafo 73. Las negritas son nuestras.

²¹⁰ *Ibidem*, párrafo 75 a 79.

Después de este primer informe, procesos similares ocurrieron en los años siguientes. El 26 de septiembre de 2014, el Consejo de Derechos Humanos emitió la segunda resolución sobre sexualidades y géneros ([27/32](https://undocs.org/es/A/HRC/RES/27/32)²¹¹), que dio origen al informe titulado [«Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género»](#)²¹², que vino a dar cuenta de los avances realizados en distintos países en la materia.

Posteriormente, el 15 de julio de 2016, el Consejo determinó, a través de una tercera resolución ([32/2](https://undocs.org/es/A/HRC/RES/32/2)²¹³) un nuevo mecanismo para abordar el tema: la designación de un experto independiente con una duración de tres años, que debería entregar [informes anuales tanto al Consejo como a la Asamblea General](#)²¹⁴. El primero en ocupar el cargo fue el tailandés Vitit Muntarbhorn, quien había participado en el equipo de redacción de los Principios de Yogyakarta.²¹⁵ En enero de 2018, lo sucedió el costarricense Víctor Madrigal-Borloz. Finalmente, el 12 de julio de 2019, el Consejo emitió una cuarta resolución ([41/18](https://undocs.org/es/A/HRC/RES/41/18)²¹⁶) en la que extendió por tres años más, el mandato del experto independiente. Su último trabajo, publicado en mayo de 2020, por primera vez se aleja de la metodología anterior, consistente en investigaciones sobre la situación general de la población LGBTIQ+ en el mundo, y adopta el cariz de un informe temático, que se enfoca en la que es considerada la forma más grave de vulneración a los derechos humanos de personas LGBTIQ+: los esfuerzos para cambiar la orientación sexual, identidad o expresión de género (ECOSIEG), popularmente conocidas como «terapias de conversión».²¹⁷

2.2. [SISTEMA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS](#)

La firma de la [Carta de la Organización de los Estados Americanos](#),²¹⁸ el 20 de abril de 1948 en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia; marcó el fin de las conferencias panamericanas realizadas desde 1889 y que, siendo su antecedente directo, fueron

²¹¹ Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas. «Resolución 27/32. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género», 2 de octubre de 2014. <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/27/32>.

²¹² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. «Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género», 4 de mayo de 2015. <https://undocs.org/es/A/HRC/29/23>.

²¹³ Consejo de Derechos Humanos. «Resolución 32/2. Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género», 15 de julio de 2016. <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/32/2>.

²¹⁴ Los informes se encuentran disponibles en <https://ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/AnnualReports.aspx>.

²¹⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. «Vitit Muntarbhorn». Consultado 25 de agosto de 2019. <https://www.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/VititMuntarbhorn.aspx>.

²¹⁶ Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas. «Resolución 41/18. Mandato del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género», 10 de julio de 2019. <https://undocs.org/es/A/HRC/41/L.10/Rev.1>.

²¹⁷ Víctor Madrigal-Borloz, “Práctica de las llamadas ‘terapias de conversión’ - Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género” (Ginebra, Suiza: Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1 de mayo de 2020), <https://undocs.org/es/A/HRC/44/53>.

²¹⁸ Organización de Estados Americanos, “Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41)” (1948), http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp.

sustituidas por la creación de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA), que tuvo carácter permanente desde ese hito. Chile [ratificó](#) la Carta el 5 de junio de 1953.²¹⁹

La Carta creó la Asamblea General, desde la cual han emanado distintos tratados internacionales suscritos por los Estados bajo el alero de la OEA, además de las resoluciones periódicas sobre asuntos de interés regional, como la situación de los derechos humanos en el continente. También creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité Jurídico Interamericano. Este último, realiza informes de interés para la Asamblea, entre los cuales se cuentan varios que se refieren a la situación de personas LGBTIQ+.

En los subtítulos siguientes, revisaremos las resoluciones de la Asamblea General sobre personas LGBTI para ir entendiendo la evolución que ha tenido la materia en dicho foro regional. Luego, evaluaremos dos tratados internacionales que han nacido de ella, que son los primeros en todo el mundo en incorporar las categorías sexogénéricas de «orientación sexual» e «identidad de género».

2.2.1. RESOLUCIONES DE LAS ASAMBLEA GENERAL

Desde 2008, la Asamblea General de la OEA incluye a la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas de discriminación en sus resoluciones sobre derechos humanos,²²⁰ y en 2013 se incluyó la expresión de género y un llamado explícito a los Estados a proteger a las personas intersex y a levantar datos sobre violencia homolesbotransfóbica.²²¹ En la respectiva resolución de 2014, se da cuenta de la apertura para firma de la [Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia](#),²²² respecto de la que exhorta

²¹⁹ Ministerio de Relaciones Exteriores, “Decreto 314: Ordena llevar a efecto como ley de la República la Carta de la Organización de Estados Americanos” (1953), <http://bcn.cl/2olhu>.

²²⁰ Organización de Estados Americanos Asamblea General, “Resolución 2435. Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género”, 3 de junio de 2008, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf. También las resoluciones 2504 (4-junio-2009), 2600 (8-junio-2010); 2653 (7-junio-2011), 2721 (4-junio-2012), 2807 (6-junio-2013),

²²¹ Organización de Estados Americanos Asamblea General, “Resolución 2807. Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género”, 6 de junio de 2013, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf. Véase el numeral 6.

²²² Organización de Estados Americanos. «Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia», 5 de junio de 2013. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp.

a los Estados a ratificar. A la fecha de esta investigación, sólo [México](#),²²³⁻²²⁴ Uruguay y Ecuador²²⁵ lo han hecho.²²⁶

En 2019, se reconoce el concepto de características sexuales,²²⁷ mientras que en 2020 hay innovaciones respecto a las resoluciones anteriores dignas de destacar: se reconoce explícitamente que las mujeres trans se encuentran en «una situación de particular vulnerabilidad»; también que la violencia contra la niñez y juventud LGBTI se manifiesta tanto en el ámbito público como el privado. Además, enumera una lista detallada de violaciones y abusos de derechos humanos que afecta específicamente a personas intersex, entre las que se encuentran

«cirugías irreversibles de asignación de sexo y de modificación de genitales, sin consentimiento informado; esterilización no consentida; sometimiento excesivo y/o coercitivo a exámenes médicos, fotografías y exposición de los genitales; falta de acceso a información médica e historial clínico; retardos en el registro de nacimiento; negación de servicios o seguros de salud, entre otras».²²⁸

Por otra parte, al condenar las violaciones a derechos humanos contra personas LGBTI, señala que éstas involucran no sólo actos de violencia por prejuicio, sino que también discriminación, discursos y manifestaciones de odio, y la incitación a actos de violencia. Sin embargo, desapareció la recomendación acerca de la necesidad de producir datos sobre violencia y discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género, que venía en las resoluciones desde 2013.

En 2021, con ocasión de la pandemia del COVID-19, se incorpora el concepto de “discriminación médica” y, por otra parte, se insta por primera vez a los Estados miembros a “incluir a las personas LGBTI en el desarrollo económico y garantizar su acceso equitativo al

²²³ República de México Senado, «LXIV Legislatura - 2º año de ejercicio - 1º período ordinario. Dictamen de las Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada en La Antigua, Guatemala, el cinco de junio de dos mil trece y su declaración interpretativa.» (2019), <http://www.senado.gob.mx/64/votacion/3495>.

²²⁴ República de México Coordinación de Comunicación Social de Senado, «Aprueban instrumentos internacionales contra el racismo, la discriminación y la intolerancia», 10 de octubre de 2019, <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/46415-aprueban-instrumentos-internacionales-contra-el-racismo-la-discriminacion-y-la-intolerancia.html>.

²²⁵ Asamblea Nacional República de Ecuador, “Asamblea ratifica Convención interamericana contra Toda forma de Discriminación e Intolerancia”, 13 de julio de 2021, <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/72645-asamblea-ratifica-convencion-interamericana-contra-toda>.

²²⁶ Para ver el estado actual de la ratificación por parte de los países miembros, véase http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp.

²²⁷ Organización de Estados Americanos Asamblea General, “Resolución 2941. Promoción y protección de derechos humanos”, en *49º período ordinario de sesiones - Actas y documentos*, 28 de junio de 2019, http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_19/AG07971S03.doc.

²²⁸ Organización de Estados Americanos Asamblea General, “Resolución 2961. Promoción y protección de derechos humanos”, en *50º período ordinario de sesiones - Actas y documentos*, 21 de octubre de 2020, https://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_21/AG08309S03.docx.

mercado laboral”.²²⁹ Además, hay una primera referencia explícita a las terapias de conversión, lo que, en 2022, se amplió a un llamado explícito a los Estados a prohibirlas.²³⁰

2.2.2. TRATADOS INTERNACIONALES QUE CONTEMPLAN CATEGORÍAS SEXOGENÉRICAS

Hay dos tratados internacionales que han nacido dentro del contexto de la OEA que mencionan expresamente a la orientación sexual y la identidad de género, lo que los convierte en los primeros instrumentos que los contemplan en el derecho internacional. El primero es la ya mencionada [Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia](#),²³¹ del 5 de junio de 2013, y la segunda es la [Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores](#),²³² del 15 de junio de 2015, y que hasta ahora ha sido ratificado por Argentina, [Chile](#),²³³ Ecuador y El Salvador.²³⁴ Las analizaremos a continuación.

2.2.2.1. Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia

La [Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia](#) se adoptó por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 5 de junio de 2013. A la fecha de esta investigación, doce países la han suscrito, pero sólo ha sido ratificada por México, Ecuador y Uruguay.²³⁵ Chile la suscribió el 22 de octubre de 2015, y desde el Congreso se han enviado tres oficios al Ministerio de Relaciones Exteriores, consultando las razones por las que aún no se inicia el trámite de ratificación.²³⁶

²²⁹ Organización de Estados Americanos Asamblea General, “Resolución 2976. Promoción y protección de derechos humanos”, en *51º período ordinario de sesiones - Actas y documentos*, 11 de noviembre de 2021, https://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_22/AG08489S07.docx.

²³⁰ Organización de Estados Americanos Asamblea General, “Resolución 2991. Promoción y protección de derechos humanos”, en *52º período ordinario de sesiones - Actas y documentos*, 7 de octubre de 2022, https://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_23/AG08750S08.docx.

²³¹ Organización de Estados Americanos. «Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia», 5 de junio de 2013. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp.

²³² Organización de Estados Americanos. «Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores», 15 de junio de 2015. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf.

²³³ Ministerio de Relaciones Exteriores, Chile. «Decreto 162: Promulga la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores», 7 de octubre de 2017. <http://bcn.cl/2283x>. Véase instrumento de ratificación en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/A-70_chile_notas_RA_Deposito_8-15-2017.pdf.

²³⁴ Para ver el estado actual de la ratificación por parte de los países miembros, véase http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp.

²³⁵ Véanse notas al pie 223, 224, 225 y 226.

²³⁶ Véanse: (1) Natalia Castillo Muñoz y Pablo Vidal Rojas, “Oficio 27.273. Estado del proceso de ratificación de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.” (Cámara de Diputados de Chile, 15 de mayo de 2019), 2, <https://www.camara.cl/verdoc.aspx?prmTIPO=OFICIO&prmID=127263&DESTINOID=81203>, https://www.camara.cl/fiscalizacion/oficios_fiscalizacion/detalle_oficio.aspx?prmIdOficio=127263.

La Convención está constituida por 5 capítulos: el primero contiene las definiciones de los distintos conceptos de discriminación; el segundo enuncia el derecho de igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia; el tercero enumera las obligaciones que recaen sobre los Estados, entre las que se encuentra la obligación de designar una institución nacional que siga el cumplimiento de los compromisos del Estado; el cuarto establece mecanismos de protección y normas procesales sobre el seguimiento de la Convención; y el último contiene normas típicas sobre tratados internacionales, como interpretación, firmas, reservas, etc.

El concepto de **discriminación** adoptado en el artículo 1.1 es el de

«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»²³⁷.

Luego, se incorpora una serie de motivos en que podría estar basada, entre las que se incluye la orientación sexual, identidad o expresión de género, y más adelante «condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa».

Adicionalmente, se incorpora el siguiente concepto de **discriminación indirecta**:

«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».²³⁸

Por su parte, también se agrega el concepto de **discriminación múltiple o agravada**, que es aquella discriminación

«basada, en 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

(2) Pablo Vidal Rojas et al., “Oficio N° 67.361. Aumento de actos de violencia y odio, constitutivos de delitos en contra de personas LGBTIQ+” (Cámara de Diputados de Chile, 2 de noviembre de 2020), <https://www.camara.cl/verdoc.aspx?prmTIPO=OFICIO&prmID=167686&DESTINOID=123434>, https://www.camara.cl/fiscalizacion/oficios_fiscalizacion/detalle_oficio.aspx?prmIdOficio=167686.

(3) Adriana Muñoz D’Albora, “Oficio N° 1.723/INC/2020. Pide informar acerca de la posibilidad de impulsar la ratificación de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia.” (Senado de Chile, 11 de noviembre de 2020), https://www.senado.cl/appsenado/templates/consultas_as_oa/listadoOA.html. También Oficio N° 1.724/INC/2020.

²³⁷ *Ibidem*, art. 1.1.

²³⁸ *Ibidem*, art. 1.2. Los resaltados son nuestros.

internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada». ²³⁹

Finalmente, se incorpora el concepto de **intolerancia**, que podría ser considerada una especie de discriminación extrema o violenta, por cuanto es considerada como

«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». ²⁴⁰

Analizando esta sección, podemos observar que se busca tratar de manera diferenciada, aquellas situaciones de discriminación que requieren un **enfoque interseccional**: en efecto, el artículo 13 señala que los Estados Parte se comprometen a considerar como agravantes los actos de discriminación múltiple y los de intolerancia.

Otras obligaciones de los Estados que aparecen en el tercer capítulo de la Convención, destaca el deber general del artículo 4 de «prevenir, eliminar, prohibir y sancionar» situaciones como el **financiamiento a actividades discriminatorias** (numeral i), la difusión, incluso a través de internet, de material que **incite al odio** (ii, a) o defienda el **genocidio o crímenes de lesa humanidad** (ii, b); la violencia discriminatoria (iii), delitos discriminatorios sobre la **propiedad** (iv) o restricciones discriminatorias a los derechos sobre ésta (v). También se incluye «La elaboración y la utilización de contenidos, métodos o herramientas pedagógicos que **reproduzcan estereotipos o preconceptos** en función de alguno de los criterios enunciados en el artículo 1.1 de esta Convención» (numeral x), lo que resultaría muy útil para defender una educación no sexista en el sistema interamericano. En la misma línea, el artículo 6, obliga a los Estados a aplicar políticas en el sector educativo, laboral y social para un trato equitativo e igualdad de oportunidades, y además a difundirlas con el mayor alcance posible.

Por último, cabe mencionar el artículo 7, que establece la obligación de «adoptar la legislación que defina y prohíba claramente la discriminación y la intolerancia», con amplia aplicación a autoridades públicas, personas naturales y jurídicas; y también a «derogar o modificar toda legislación que constituya o dé lugar a discriminación e intolerancia» ²⁴¹

En la sección sobre mecanismos de protección, se establece que tanto personas naturales (ya sea de manera individual o colectiva), así como también entidades no gubernamentales, pueden denunciar violaciones a la Convención por parte de los Estados ante la CIDH. Así mismo, también los Estados pueden formularle consultas y solicitar asesoría técnica e incluso denunciar a otros Estados de estar violando la Convención. También se contempla la posibilidad de que los Estados pueden darle competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre casos relacionados con la Convención, lo que pueden expresar al momento de ratificarla o con posterioridad. Finalmente, también se contempla la creación de un Comité Interamericano para

²³⁹ *Ibidem*, art. 1.3. Los resaltados son nuestros.

²⁴⁰ *Ibidem*, art. 1.5. Los resaltados son nuestros.

²⁴¹ *Ibidem*, art. 7.

la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia, que monitorearía el estado de esta Convención y la [Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia](#).²⁴² Este último tratado ha sido ratificado sólo por Antigua y Barbuda, Costa Rica, Ecuador, [México](#)²⁴³ y Uruguay.²⁴⁴

En este punto, cabe analizar las razones por las que ninguno de estos dos tratados aún no se han ratificado por Chile pese a haber sido suscrito hace varios años. Si bien, el artículo 32, guarismo 15 de la [Constitución](#) establece como atribución exclusiva de la Presidencia de la República firmar y ratificar los tratados, éstos «deberán ser sometidos a aprobación del Congreso, conforme a lo prescrito en el artículo 54 n° 1» y también en los artículos 59 a 65 de la [ley 18.918 orgánica constitucional del Congreso Nacional](#). Sin embargo, se ha convertido en una práctica común el que un gobierno firme un tratado internacional, para que su ratificación quede pendiente para próximos períodos presidenciales y parlamentarios. Es lo que ha ocurrido en estos casos, en que ambas convenciones fueron firmadas el 22 de octubre de 2015, pero ninguna ha sido ratificada.

Dado que el Congreso no tiene mecanismos para presentar por sí mismo a ratificación los tratados que el Poder Ejecutivo ya ha firmado, el 8 de mayo de 2019, las diputadas Natalia Castillo Muñoz y Pablo Vidal Rojas, solicitaron al Ministerio de Relaciones Exteriores a través del [Oficio 27.273](#), que informara la «fecha tentativa en que [...] iniciará procedimiento de ratificación» de la Convención sobre discriminación analizada.²⁴⁵ En su escueta respuesta contenida en el [Oficio 7487 del 19 de julio de 2019](#), el entonces ministro Teodoro Ribera Neumann, indica que se encuentran pendientes los informes técnicos y financieros sobre la Convención, pero luego agrega que

«en ejercicio de sus atribuciones exclusivas, el Presidente de la República determinará la oportunidad en la cual remitirá este instrumento convencional a la aprobación del Congreso Nacional y sin lugar a dudas, **el contenido del mismo, será un elemento relevante a considerar los efectos de fijar la prioridad** con la que se deberá proceder».²⁴⁶

²⁴² Organización de Estados Americanos, “Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”, 5 de junio de 2013, http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp.

²⁴³ República de México Senado, «LXIV Legislatura - 2º año de ejercicio - 1º período ordinario. Dictamen de las Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores; y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, adoptada en La Antigua, Guatemala, el 5 de junio de 2013 y su declaración interpretativa.» (2019), <http://www.senado.gob.mx/64/votacion/3494>. También véase nota al pie 224.

²⁴⁴ Para ver el estado actual de la ratificación por parte de los países miembros, véase

http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo_firmas.asp.

²⁴⁵ Véase (1) en nota al pie 236.

²⁴⁶ Gobierno de Chile Dirección General de Asuntos Jurídicos, Ministerio de Relaciones Exteriores, “RR.EE. (DIGEJUR) Oficio público N° 7487”, 19 de julio de 2019, https://www.camara.cl/verdoc.aspx?prmTIPO=OFICIO_FISCALIZACION_RESPUESTA&prmID=81190. Las negritas son nuestras.

Con la frase destacada, interpretamos que el ministro expresa que este tipo de materias no eran prioritarias para su administración, lo que resulta preocupante considerando que esto ocurrió poco después de que el mismo ministerio liderara el envío de una [carta](#)²⁴⁷ junto a Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay dirigida a la CIDH y a la Corte IDH, cuestionando su mecanismo de funcionamiento.

Otros dos oficios en el mismo sentido han sido remitidos a Cancillería desde el Congreso, los días 2 y 11 de noviembre de 2020, con similares respuestas a la analizada arriba.²⁴⁸

A mayor abundamiento, dos solicitudes de resolución que contenían expresamente la petición al Presidente de la República de enviar a ratificación la Convención, fueron aprobados por la Sala de la Cámara de Diputadas y Diputados los días 3 de agosto de 2022 (solicitud de resolución 104)²⁴⁹ y 27 de septiembre de 2023 (solicitud de resolución 545).²⁵⁰

2.2.2.2. [Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores](#)

La [Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores](#) fue adoptada el 15 de junio de 2015 por la Asamblea General de la OEA, siendo suscrita ese mismo día por ocho países, entre los que se encuentra Chile. Es el primer instrumento internacional dedicado a consagrar derechos humanos con especificidad en función de la vejez, tales como el derecho a vivir con dignidad en la vejez o el derecho de autonomía. Fue ratificada por Chile el 15 de agosto de 2017 con el depósito del instrumento de ratificación, según consta en el [Decreto 162](#) del Ministerio de Relaciones Exteriores. En dicho instrumento, se hicieron una serie de declaraciones, entre la que se encuentra la siguiente:

«La República de Chile declara que **la identidad de género** a que alude la presente Convención será entendida en armonía con lo dispuesto en su legislación nacional».²⁵¹

²⁴⁷ Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile.

«Comunicado de prensa sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos», 23 de abril de 2019.

<https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de/minrel/2019-04-23/105105.html>.

²⁴⁸ Véase nota al pie 236.

²⁴⁹ Marcela Riquelme, “Resolución N° 104: Solicita a S. E. el Presidente de la República hacer presente la urgencia en la tramitación de la agenda legislativa de igualdad y no discriminación hacia la población LGTBIQA+, especialmente en las reformas a las leyes antidiscriminación y a la ley de identidad de género. Asimismo, considere apoyar la ratificación de la convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.”, 17 de mayo de 2022, 104, https://www.camara.cl/legislacion/resoluciones/resolucion_documentos.aspx?prmId=7134.

²⁵⁰ Emilia Schneider, “Resolución N° 545: Solicita a S. E. el Presidente de la República enviar a ratificación del Congreso, la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia y la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia.”, 13 de diciembre de 2022, https://www.camara.cl/legislacion/resoluciones/resolucion_documentos.aspx?prmId=7589.

²⁵¹ Chile Ministerio de Relaciones Exteriores, “Decreto 162: Promulga la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores” (2017), <http://bcn.cl/2283x>.

Ahora bien, esta Convención menciona la orientación sexual y la identidad de género entre una serie de categorías que podrían dar lugar a situaciones de discriminación. La primera mención se encuentra en su artículo 5, sobre «Igualdad y no discriminación por razones de edad», que señala:

«Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, **las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género**, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros».²⁵²

La segunda mención se encuentra en el artículo 9, sobre «Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia», que establece que

«La persona mayor tiene derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, a recibir un trato digno y a ser respetada y valorada, independientemente de [...] el sexo [...], **la orientación sexual, el género, la identidad de género**», entre varias más.²⁵³

Otro artículo a destacar, es el 19, sobre ‘Derecho a la salud’, en donde los Estados se comprometen, en su letra c, a

«Fomentar políticas públicas sobre **salud sexual y reproductiva** de la persona mayor»,

y en su letra f, a

«Garantizar el acceso a beneficios y servicios de salud asequibles y de calidad para la persona mayor con enfermedades no transmisibles y transmisibles, **incluidas aquellas por transmisión sexual**».²⁵⁴

2.2.3. FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), siete fallos de la Corte IDH²⁵⁵ han destacado incluso a nivel global, por lo innovadores que han sido respecto del reconocimiento de las cuatro categorías sexogenéricas fundamentales como protegidas de la prohibición de discriminación del artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos. Considerando que un análisis jurisprudencial detallado, excede los objetivos de esta

²⁵² OEA, *Ibidem*, art. 5, p. 5. Las negritas son nuestras.

²⁵³ OEA, *Ibidem*, art. 9, p. 7. Las negritas son nuestras.

²⁵⁴ OEA, *Ibidem*, art. 19, p. 11. Las negritas son nuestras.

²⁵⁵ Véanse los siete fallos en

<https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/Default.asp?File=/es/cidh/r/dlgbti/corteidh.asp>.

investigación, se analizarán los aspectos más relevantes de ellos, teniendo en cuenta también que cuatro de esos siete casos, involucran a Chile.

El primero de ellos fue el caso de [Karen Atala e hijas v. Chile](#).²⁵⁶ en el 2003, el Juzgado de Menores de Villarrica otorgó la tuición provisional al padre de las hijas de Karen Atala, fundado en que ésta había hecho explícita su “opción sexual” (ése fue el concepto usado por el tribunal) al convivir en el mismo hogar con su pareja lésbica y sus hijas, “privilegiando sus intereses y bienestar personal” por sobre su rol materno, lo que podría afectar el desarrollo de las niñas. Esta decisión la revirtió el mismo tribunal en sentencia definitiva, al descartar que la orientación sexual de Atala impidiera una maternidad responsable, lo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Temuco, pero que luego revirtió la Corte Suprema a través de un recurso de queja, invocando afectaciones al interés superior de las niñas. Agotadas las vías internas, el caso se presentó ante el SIDH.

En el fallo de la Corte, por primera vez se reconocen tanto la orientación sexual como la identidad de género como categorías protegidas de discriminación dentro de la fórmula abierta de “cualquier otra condición social” contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; siguiendo el criterio de interpretación más favorable a la tutela de derechos, considerando la “evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo” e invocando cuatro resoluciones de la Asamblea General de la OEA, disponibles a la fecha del fallo.²⁵⁷ Además, se especifica que dicho reconocimiento no se limita sólo al hecho de ser homosexual, sino que “incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”, y, por otro lado, no se había probado daño a las niñas.²⁵⁸ Otro aspecto a destacar del fallo, es sobre el concepto de familia que adopta la Corte:

«La Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una **concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres**, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de sus niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. (...) La Corte constata que 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. Al respecto, el Tribunal reitera que 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.»²⁵⁹

Otro fallo a destacar es el [caso de Sandra Pavez](#),²⁶⁰ quien realizaba clases de religión en un colegio público en Chile, a quien en 2007, la Vicaría para la Educación del Obispado de San

²⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (21 de noviembre de 2012).

²⁵⁷ *Ibidem*, párrafos 84 y 91.

²⁵⁸ *Ibidem*, párrafo 133 y 139.

²⁵⁹ *Ibidem*, párrafo 140 y 142.

²⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pavez Pavez vs. Chile (4 de febrero de 2022).

Bernardo le revocó su “certificado de idoneidad”, necesario para desempeñarse como profesora en cualquier colegio del país, a raíz de los rumores que se esparcieron sobre su orientación lésbica, lo que llevó a dicha entidad a exhortarle a “terminar su vida homosexual” y a someterse a terapias psiquiátricas. Al negarse a ello, no pudo seguir realizando clases y fue reubicada como inspectora en donde trabajaba. Sandra interpuso un recurso de protección que fue rechazado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, aduciendo que el Decreto 924, que regulaba los certificados de idoneidad, permitían la revocación por parte del órgano religioso según sus principios. La Corte Suprema confirmó el fallo, agotándose así las vías internas.

En el fallo de la Corte IDH, del 2022, no sólo se constató que hubo discriminación por orientación sexual, sino que, respecto de la defensa invocada, se concluyó que

«los **costos de la medida restrictiva** en perjuicio de Sandra Pavez Pavez **no superan las ventajas que se obtienen en materia de protección de la libertad religiosa y de protección de los padres a escoger la educación de sus hijos**. En efecto, en ningún momento se tomaron en cuenta los efectos que tendría esta medida en la vida personal de Sandra Pavez Pavez o en su vocación docente. Tampoco queda claro la existencia de una vulneración real o potencial para la autonomía de la comunidad religiosa, ni para el derecho de religión, ni para las madres y los padres».²⁶¹

Además, la Corte señala que el derecho a la libertad religiosa, en el contexto de la autonomía que tienen las autoridades religiosas chilenas para otorgar los certificados de idoneidad, “deben adecuarse a los otros derechos y obligaciones vigente en materia de igualdad y no discriminación”, cuyo cumplimiento resulta particularmente imperativo para el Estado en el ámbito de la educación pública.²⁶² Por último, también concluye que no sólo fue vulnerado el derecho a la igualdad, sino que también a la libertad personal y a la vida privada, por las intromisiones en su vida sexual; y también su derecho al trabajo, por la reasignación de funciones que menoscabó su vocación docente.²⁶³

Por último, también resulta imperioso reconocer el estándar interamericano que ha constituido el contenido de la [opinión consultiva 24-17](#) ha aportado a todo el SIDH desde su dictación en 2017.²⁶⁴ Ésta surge a raíz de la consulta que levantó Costa Rica a la Corte IDH, respecto a la necesidad de reconocer el cambio de nombre registral, de acuerdo a la identidad de género de cada persona; y al reconocimiento de derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo. Respecto a lo primero, concluye que el cambio de nombre y género registral debe basarse únicamente en el consentimiento libre e informado de la persona solicitante, sin exigir certificaciones patologizantes, los que deben ser expeditos y tender hacia la

²⁶¹ Ibídem, párrafo 144.

²⁶² Ibídem, párrafo 130.

²⁶³ Ibídem, párrafo 140.

²⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica - Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

gratuidad, lo que también debe cubrir a la niñez y juventud. Respecto a lo segundo, la Corte IDH concluye que

«Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para **asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación** con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.»²⁶⁵.

Otro aspecto de indudable impacto de esta opinión consultiva, es su glosario, contenido en su párrafo 32, que define 22 conceptos de nuclear relevancia en el derecho de las sexualidades y géneros, que se extienden no sólo a cada una de las letras de la sigla LGBTI, sino que también a las cuatro categorías sexogenéricas fundamentales y otros como heteronormatividad o sistema binario.²⁶⁶ Cabe señalar que, en este documento, abundan las referencias a las dos versiones de los Principios de Yogyakarta.

2.3. LOS LÍMITES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL RECONOCIMIENTO DE LAS CATEGORÍAS SEXOGENÉRICAS FUNDAMENTALES

Con la revisión documental de los títulos anteriores, podemos identificar cuatro conceptos fundamentales que se han ido instalando a lo largo del tiempo, para efectos de reconocer la existencia, necesidades y demás especificidades de la población LGBTIQ+. En orden de aparición, dichos conceptos son **(i) orientación sexual; (ii) identidad de género; (iii) expresión de género, y; (iv) características sexuales**. Estos conceptos son elementos de la personalidad en relación a las sexualidades y los géneros, que han adquirido relevancia jurídica en dos ámbitos: (i) en los pronunciamientos de órganos diplomáticos en que se manifiesta oficialmente la preocupación de los Estados por la discriminación que sufren quienes tienen una orientación sexual, identidad o expresión de género o características sexuales no hegemónicas, y; (ii) en aquellos casos en los que distintos órganos de tratados y tribunales internacionales han fallado que existe una violación a un pacto internacional de derechos humanos, por discriminación a personas LGBTIQ+. Dada la relevancia de estos cuatro conceptos, los consideraremos como **«categorías fundamentales»** en el ámbito de las sexualidades y géneros.

Para evaluar críticamente los efectos de la aparición de las categorías sexogenéricas fundamentales, cabe constatar que el hito histórico que constituye el reconocimiento de personas LGBTIQ+ en órganos internacionales, es **consecuencia de una serie de transformaciones previas en el abordaje de las ciencias sociales a las sexualidades y los géneros**, las que a su vez fueron resultado de la **movilización, incidencia y cabildeo ejercidos por los movimientos sociales** en que se organizó la población disidente de la cisheteronormatividad, según lo estudiado en el primer capítulo de esta investigación.

²⁶⁵ Ibídem, párrafo 228.

²⁶⁶ Ibídem, párrafo 32.

El reconocimiento de estas categorías es la respuesta institucional a la colectiva resistencia de las personas LGBTIQ+ a la cisheterosexualidad obligatoria, constituyéndose entonces como mecanismos lingüísticos, y más específicamente, como **dispositivos jurídicos que sirven para procesar aquellas impugnaciones políticas que denuncian la discriminación, pobreza y violencia que produce la cisheteronormatividad sobre las disidencias sexogenéricas**. Un buen ejemplo del carácter eminentemente lingüístico de estos mecanismos, son los Principios de Yogyakarta, los que, sin constituir un tratado internacional, han logrado incidir en dispositivos jurídicos al ser invocados y reconocidos por órganos y comités internacionales, por su valor hermenéutico en el DIDH.

Sin embargo, así como el mero reconocimiento de dichas categorías no erradica la discriminación en el mundo real, tampoco convierte a les individuos que conforman la disidencia política sexogenérica, en sujetos jurídicos que gozan de derechos plenos: dicho de otro modo, **la mera declaración de que las sexualidades y los géneros son plurales y diversos, no genera una transformación inmediata de las condiciones de vida de personas LGBTIQ+**. A lo más, prepara o da inicio a un largo camino de cambios institucionales y sociales que son necesarios para terminar con la discriminación. Y aunque esta constatación pueda parecer evidente, es importante enunciarla para efectos de **reconocer las limitaciones del Derecho, como institución y como ciencia, a la hora de dar respuesta a las desigualdades sociales**; y también para ajustar las expectativas que los movimientos sociales, las ONGs, activistas y otros operadores jurídicos tienen respecto de los efectos de una agenda de derechos en el ámbito político y legal, más allá del hito histórico que supone este mero reconocimiento.

En este punto, buscaremos algunas posibles explicaciones a dichas limitaciones del Derecho, a fin de proponer mecanismos jurídicos y extrajurídicos más efectivos en el objetivo de erradicar la discriminación a personas LGBTIQ+.

La primera explicación es reconocer que **el Derecho sólo constituye una órbita del poder** - entre varias otras- que además se encuentra intermediada por el lenguaje, y muchas veces subordinada a las condiciones materiales y económicas que moldean las relaciones sociales. Pero también advertimos que el Derecho no sólo es ineficiente en dar respuesta a las desigualdades sociales, sino que también **reproduce las desigualdades a través de sus instituciones y conceptos**, los que necesariamente exigen una transformación.²⁶⁷ Un primer paso en dicha transformación es el reconocimiento de las categorías sexogenéricas fundamentales como conceptos jurídicos y políticos verdaderamente gravitantes; pero al mismo tiempo, es posible advertir que no es lo mismo que dicho reconocimiento se haga en un órgano internacional, que en un pronunciamiento diplomático, o en un tratado internacional, en una ley interna o en una política pública.

²⁶⁷ Véase la explicación de BUTLER acerca de la producción de les sujetos del Derecho, por parte del mismo sistema jurídico, en el título 1.2 *Críticas de las teorías feministas y queer al concepto de «sujeto de derechos»*, citada además en la nota al pie 26 y siguientes.

Como vimos, la mayoría de los documentos en que se mencionan a personas LGBTIQ+ han emanado de **órganos cuyo impacto material e inmediato es bastante limitado**: por una parte, las asambleas generales de la OEA y ONU son foros diplomáticos necesarios para la mantención del diálogo multilateral de política internacional, mientras que los órganos de tratados de la ONU son comisiones técnicas cuya principal misión es la supervisión del estado de cumplimiento de instrumentos internacionales ratificados por los Estados partes en su Derecho interno. Sin embargo, ambos carecen de dispositivos coactivos para hacer cumplir sus resoluciones.

Pese a la existencia del mecanismo de quejas individuales y de tribunales internacionales de derechos humanos, **se trata de un recurso de última ratio**, al que acuden personas que cuentan con una férrea asesoría jurídica, lo que exige recursos humanos y económicos para presentar comunicaciones a los órganos. Además, debido a que sólo se pueden acudir a ellas después del agotamiento de los recursos internos, son casos en los que la impunidad por la vulneración de derechos por parte del Estado, se ha mantenido por mucho tiempo, lo que motiva a ONGs y movimientos sociales a configurar litigios estratégicos internacionales, cuyo objetivo principal no es tanto la obtención de un pronunciamiento que haga justicia en el caso particular -que además demora varios años más en ser emitido-, sino que tienen la intención de **generar un impacto más político que luego irradie las instituciones jurídicas y políticas internas del país condenado** por el órgano de tratado ante el cual se presentó el caso, y con ello, se creen las condiciones para que se genere mayor consciencia social sobre el problema de la discriminación, que luego contribuya efectivamente con su erradicación. Y aunque en principio pareciera que este impacto tuviera un carácter más material que superaría las limitaciones del Derecho que ya enunciamos, esto depende de la postura que adopten tanto los medios de comunicación dominantes en la opinión pública local, como las autoridades gobernantes del país en cuestión en la tarea de comunicar los resultados de dicho litigio estratégico.

A las dificultades anteriores, se suma que el reconocimiento de personas LGBTIQ+ por parte de estos órganos, **ha dependido de la interpretación que han hecho sus miembros respecto al alcance del texto de los tratados invocados**, en particular de los artículos que prohíben la discriminación, y de la categoría abierta de «cualquier otra condición social». Esto se debe a la inexistencia de un tratado internacional, y por ende, de un órgano de tratado, que enfrente de manera integral, todos los tipos de discriminación contra personas LGBTIQ+: si bien, la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, reconoce tres categorías sexogenéricas (orientación sexual e identidad y expresión de género), se trata de un pacto orientado a enfrentar la discriminación contra varios grupos por motivos diversos, no sólo por sexualidad o género. El catedrático chileno Claudio Nash, reconoce que ciertos grupos de la población,

«por condicionantes culturales no podían ejercer plenamente los derechos consagrados en estos instrumentos generales»,²⁶⁸

por lo que se han ido firmando otros pactos internacionales sobre derecho racial, tortura, niños, trabajadores migrantes y mujeres, pero no respecto de personas LGBTIQ+. Por otro lado, dicha Convención sólo ha sido ratificada por tres países, situación que da cuenta de la inexistencia de un consenso internacional claro que reconozca la diversidad de las sexualidades y géneros. Pese a ello, los lentos avances compilados en este capítulo, dan cuenta de un cambio de perspectiva que no deja de seguir siendo urgente.

Además, resulta relevante resaltar la **interrelación entre un concepto de discriminación más formalista, propio del ámbito jurídico; con un concepto de discriminación más material, que tiene mayor significación en el ámbito social**, al observar el impacto que tiene la cisheteronormatividad sobre los proyectos de vida de las personas LGBTIQ+. Ejemplos de ellos son las barreras de acceso que produce la cisheteronormatividad a una mejor calidad de vida, cuando los prejuicios, el acoso y el maltrato suponen obstáculos en el ejercicio de los derechos sociales como educación, salud y trabajo, lo que a su vez repercute en una mayor pobreza de estas poblaciones. Un análisis jurídico podrá caracterizar dicho acoso y maltrato, como situaciones que limitan el acceso al derecho a la salud, a educación, entre otros, observándose así vulneraciones al derecho a la igualdad y a la no discriminación en el ejercicio de esos otros derechos: estamos entonces, ante un concepto formalista de discriminación. Ahora bien, esta discriminación formal tiene además un correlato con una serie de efectos presentes y futuros que se pueden esbozar sobre el proyecto de vida de la persona que se enfrenta a las mencionadas barreras de acceso: así, el acoso en el ámbito educativo, no sólo hará más probable la deserción escolar, sino que afectará también la salud mental del estudiante, y, por cierto, la calificación laboral que tendrá la persona que sufrió el acoso y que desertó por dicha razón. De esta manera, un análisis multidimensional de la situación de las personas LGBTIQ+, permitirá describir con mayor exactitud la amplitud del impacto que pueden tener situaciones aisladas de discriminaciones formales, para poder sintetizarlas en un concepto de discriminación sustancial que tendrá en cuenta los elementos históricos, teóricos y colectivos, dados en un determinado contexto social y político, y que seguramente pierde de vista un análisis meramente jurídico.

Otro ejemplo es el impacto que tiene la violencia producida por la cisheteronormatividad en la esperanza de vida de las personas LGBTIQ+, considerando la masiva cantidad de crímenes de odio que les afectan, que muchas veces terminan con su muerte: en 2015, la CIDH estimó que la esperanza de vida de las mujeres trans en la región es de 35 años:²⁶⁹ esta conclusión se basa en el análisis tanto del Registro de Violencia que documentó 770 actos de violencia contra personas

²⁶⁸ Nash Rojas, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*. México, D.F.: Fontamara, 2010. P. 57.

²⁶⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “En el Día Internacional de la Memoria Trans, CIDH urge a los Estados a aumentar la expectativa de vida de las personas trans en América”, 20 de noviembre de 2015, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/137.asp>.

LGBT entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014, que arrojó que el 80% de las mujeres trans asesinadas tenían 35 años o menos.²⁷⁰ La CIDH señala que

«Esto coincide con la información de organizaciones de la sociedad civil de que el promedio de expectativa de vida de las mujeres trans en América Latina es de 35 años, lo cual refleja que muchas mueren asesinadas».²⁷¹

Desde un punto de vista jurídico, la discriminación formal se encuentra en la afectación que tienen estos ataques o agresiones, sobre el derecho a que se respete la integridad física y psíquica de toda persona, incluidas las LGBTIQ+ y, en los casos más graves, en la prohibición de tortura presente en tratados internacionales de derechos humanos, y, en los casos de asesinatos motivados por el odio, también en el derecho a la vida. Sin embargo, una discriminación sustancial podrá extender su análisis a los efectos que tiene la masividad de estos sucesos sobre el resto de la población LGBTIQ+ en un determinado contexto social, impactando, por ejemplo, en la percepción de inseguridad que podría ir aparejada a las demostraciones de afecto en público por parte de parejas del mismo género, o a la libre expresión del género a través de la vestimenta, el maquillaje, entre otros elementos.

Es por esta distinción entre discriminación formal y discriminación sustancial, por la que insistimos en que la cisheteronormatividad también produce pobreza y violencia, y no sólo discriminación. Además, es posible generar un paralelismo entre la distinción entre discriminación formal y sustancial, y la distinción entre igualdad formal y sustancial, aunque esta última se enfoca más en el fenómeno a nivel individual en relación al goce de derechos, al goce de oportunidades y en los resultados efectivos vinculados con el acceso a esas oportunidades.²⁷² En cambio, la distinción entre discriminación formal y sustancial explicada aquí, se enfoca más en las consideraciones colectivas respecto de la proyección de los efectos a mediano y largo plazo que tiene un fenómeno social problemático -en nuestro caso, la cisheteronormatividad- sobre un grupo de la población históricamente discriminado.

²⁷⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Registro de violencia contra personas LGBT” (Washington, D.C, 17 de diciembre de 2014), <http://www.oas.org/es/cidh/igtbi/docs/Anexo-Registro-Violencia-LGBTI.pdf>, <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/registro-violencia-lgbt.html>.

²⁷¹ CIDH, “*En el Día Internacional de la Memoria Trans...*”, párrafo 2.

En un informe sobre violencia a personas LGBT del mismo año, la CIDH señala que «las organizaciones de América Latina informan que el promedio de la expectativa de vida de las mujeres trans en la región es de 35 años de edad o menos», advirtiendo que «las cifras exactas pueden variar de acuerdo a las fuentes y los países», las que se pueden encontrar citadas en dicho documento. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Organización de los Estados Americanos, 2015), <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>. Nota al pie 772, p. 170.

²⁷² Verónica De la Rosa Jaimes, “Una aproximación a la noción de igualdad sustancial”, *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos* 1, n° 3 (1 de enero de 2006), <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5539>. P. 45.

El impacto de la cisheteronormatividad sobre la pobreza y la violencia contra personas LGBTIQ+, tiene asidero en los estándares que hemos logrado identificar a lo largo de este capítulo, entre los que destacamos los siguientes:

1. **Las categorías sexogénicas fundamentales son categorías protegidas de discriminación.** Desde 1982 ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que se ha iniciado su reconocimiento, pasando por los Principios de Yogyakarta, los fallos de la Corte IDH y los dos tratados antidiscriminatorios nacidos bajo el alero de la OEA.
2. **El reconocimiento de las sexualidades y géneros como categorías ante el derecho de igualdad y no discriminación, irradia paulatinamente la protección de los demás derechos.** Si en los primeros pronunciamientos, los derechos respecto de los que se denunciaba discriminación eran la vida privada²⁷³ o la libertad de expresión, en los más recientes dicha protección se ha ampliado a los derechos sociales, como la salud²⁷⁴ o el trabajo.²⁷⁵
3. **El reconocimiento de las sexualidades y géneros como categorías protegidas, amplía la noción tradicional de familia y de redes de cuidado frente al Derecho.** Considerando la indudable potencialidad afectiva de las relaciones entre personas LGBTIQ+, el reconocimiento de las categorías sexogénicas tiene un impacto sobre la comprensión jurídica de las redes de cuidado que merecen protección, no limitándolas a las matrimoniales, como en los casos de reclamación de pensiones a las parejas del mismo sexo sobrevivientes de veteranos de guerra,²⁷⁶ o en la protección del hogar familiar constituido por la nueva pareja del mismo sexo de una madre con sus hijos.²⁷⁷ Además, diversos órganos constatan la necesidad de reconocer los efectos patrimoniales de las parejas del mismo género.²⁷⁸
4. **El reconocimiento de las personas LGBTIQ+ es parte de la adopción de un enfoque interseccional de la discriminación.** La constatación de que las categorías sexogénicas fundamentales son protegidas de la discriminación, ha llevado al derecho

²⁷³ Véase Toonen v. Australia, nota al pie 133.

²⁷⁴ Véase Resolución 2976 de la Asamblea General de la OEA, nota al pie 229.

²⁷⁵ Véase Resolución 2991 de la Asamblea General de la OEA, nota al pie 230. También Caso Pavez Pavez vs. Chile, nota al pie 260.

²⁷⁶ Véase Young c. Australia y X c. Colombia, notas al pie 136 y 137.

²⁷⁷ Véase Atala Riffo y Niñas vs. Chile, nota al pie 256 y ss.

²⁷⁸ Véase Opinión consultiva 24-17 de la Corte IDH, nota al pie 264. También Naciones Unidas Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “Recomendación general relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución) [Nº 29]”, 30 de octubre de 2013, <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/29>. Véase en particular el párrafo 24 que afirma que «Ciertas formas de relación (por ejemplo, **las relaciones entre personas del mismo sexo**) no están aceptadas jurídica, social o culturalmente en un número considerable de Estados partes. Sin embargo, cuando sí se reconocen, ya sea como unión de hecho, pareja inscrita o matrimonio, el Estado parte debería asegurar la protección de los derechos económicos de las mujeres en esas relaciones». El destacado es nuestro.

internacional a analizar la especificidad de ésta en relación con otros grupos discriminados. Un ejemplo de ello, es que el órgano de tratado en cuyas resoluciones más han proliferado las referencias a las personas LGBTIQ+ es en el Comité CEDAW, seguido del Comité de Derechos del Niño y el de Personas con Discapacidad, además de los numerosos pronunciamientos en casos específicos en que distintos órganos complementan la perspectiva sexogenérica con el avance de los derechos de los otros grupos contenidas en diversos tratados internacionales o en resoluciones del DIDH.

Por último, **el reconocimiento de las «categorías sexogenéricas fundamentales» en el Derecho internacional es una fórmula más apropiada para el abordaje de estos temas a nivel jurídico, que aquella que se limita a mencionar expresamente a personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex como una población vulnerada**, entre otros grupos también expuestos a la violencia y a la discriminación. Si bien, esto último es también necesario en un pronunciamiento político dirigido a los Estados, y no es incompatible con la primera; es preferible que en el lenguaje se manifieste que la orientación sexual, la identidad y la expresión de género, y las características sexuales, son elementos de la personalidad que difieren en cada individuo, y que es posible observar en todas las personas, no sólo en las LGBTIQ+. De esa forma, las personas cisgénero y las heterosexuales también tienen una orientación sexual, identidad de género, etc.; pese a que no sean discriminadas por ese motivo. Creemos que ello no implica incluir a las identidades cisheterosexuales dentro del discurso de la diversidad sexual: se trata más bien de **utilizar conceptos funcionales para el Derecho, a fin de incluir categorías sobre sexualidades y géneros dentro del ámbito de protección del derecho a la no discriminación**, superando así las dificultades propias del formalismo que tiene el lenguaje jurídico.

Con todo, **el reconocimiento de estas categorías no es suficiente para que las personas LGBTIQ+ dejen de ser «la otredad de la heterosexualidad» en este tipo de innovaciones jurídicas**: para avanzar en esa dirección, se vuelve nuclear que cualquier pronunciamiento enfatice dos aspectos. Primero, **el carácter eminentemente temporal, transitorio, fluido y cambiante de estos elementos de la personalidad** a la hora de describirlos en un individuo, quien gozará siempre de plena libertad en la expresión, transformación y desarrollo de sus identidades, deseos y afectividades: dicho de otro modo, las personas pueden transitar de género varias veces en su vida, y descubrir nuevas orientaciones sexoafectivas a través de la experiencia. El objetivo de esta constatación, es evitar la mantención del correlato entre “normales y perversos”, en el que las personas que pudieran ser descritas como homosexuales, lesbianas o trans, se instalan dentro de una identidad fija: ello no representaría de manera fehaciente una comprensión transfeminista y disidente de las sexualidades y los géneros, que rechaza tanto los papeles sexuales obligatorios que ordena la cisheteronormatividad, como los efectos normalizadores sobre otras identidades que pueda tener la paulatina aceptación social de ciertos modelos de ser homosexual o de ser trans que no resulten amenazantes para otras estructuras sociales tales como las ideas sobre los distintos

modelos de familia(s), o más propiamente, de redes de cuidado y de crianza funcionales al sistema económico; o ideas sociales sobre el deseo sexoafectivo y el placer legítimos. Es importante comunicar que incluso quienes se definen como heterosexuales y cisgéneros, dan cuenta de una posición actual y contingente, que no les impide transitar libremente a otras identidades en cualquier momento de sus vidas: si dichos tránsitos, les exponen posteriormente a la discriminación por sexualidad y género, entonces las herramientas jurídicas creadas para erradicar la discriminación en este ámbito, también estarán disponibles para ellos.

El segundo énfasis que creemos necesario en estos pronunciamientos, es el reconocimiento de que la **cisheteronormatividad promueve estilos de vida cisheterosexuales, lo que repercute en discriminación, pobreza y violencia sobre quienes no son cisheterosexuales**. Este énfasis se vuelve particularmente relevante a la hora de definir las obligaciones de los Estados en materia de educación sexual y afectiva, a fin de que se entregue información completa, con contenidos apropiados y pertinentes a la edad, al nivel educativo y al grado de desarrollo de sus receptores, sin ningún tipo de sesgo etario o religioso, sobre todos los placeres y riesgos posibles en toda práctica amorosa o erótica, sea ésta cisheterosexual o no, tanto en los sistemas de salud y educación público y privado, como en campañas comunicacionales y políticas públicas sobre géneros y sexualidades. Para esta tarea, no basta con el reconocimiento de las categorías sexogenéricas fundamentales en el Derecho Internacional, sino que son necesarias medidas afirmativas de los Estados para terminar con los tabúes sociales en estos temas, lo que necesariamente implicará enfrentarse a sectores conservadores que se han opuesto históricamente a este tipo de iniciativas.

Pese a la relevancia de los pronunciamientos internacionales, cabe terminar observando que ninguno de los órganos de los que emanan, gozan de mecanismos coactivos que sí podrían tener los instrumentos nacionales que previenen y sancionan la discriminación a personas LGBTIQ+, y que, por ende, podrían ser más efectivos en su erradicación. Por ello, en el próximo capítulo, compilaremos las leyes, decretos y demás resoluciones administrativas que reconocen a las personas LGBTIQ+ en Chile o que establecen políticas públicas respecto de ellas, a fin de identificar sus aspectos más importantes, sus insuficiencias y potenciales mejoras desde una lectura *queer* del Derecho.

CAPÍTULO 3. SEXUALIDADES Y GÉNEROS EN EL DERECHO CHILENO

3.1. EL SEXO Y EL GÉNERO EN EL DERECHO CHILENO

En el Derecho chileno, ningún código ni ley incorporan una definición legal de lo que es la sexualidad, el género, o incluso el sexo, o de lo que es ser mujer u hombre. Pese a ello, las referencias son innumerables, por ejemplo, en la antigua redacción del artículo 105 del Código Civil que definía que el matrimonio es entre «un hombre y una mujer», o al dividir a las personas privadas de libertad según su género. Respecto a la asignación de género registral, el artículo 33 de la [Ley 4808 del Registro Civil](#)²⁷⁹ señala que el sexo es un requisito esencial de la inscripción de los recién nacidos, y el artículo 122 de su [reglamento \(DFL 2128-1930\)](#)²⁸⁰ exige en su numeral 3, una certificación del nacimiento, otorgada por el médico o partera. Pero al no señalarse qué es el sexo, es la institución y la clase médica la que tiene el poder absoluto en esta área.

A su vez, el concepto de **orientación sexual** adquiere existencia legal en 2007, con el [Decreto 206-2007, que contiene el Reglamento sobre infecciones de transmisión sexual](#)²⁸¹ que lo reconoce por primera vez. Por su parte, la voz «**identidad de género**» aparece en 2012, con la [ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación](#),²⁸² mientras que la «**expresión de género**» no fue reconocida en la ley chilena, hasta la promulgación de la ley 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, en 2018, que la incorporó como nueva categoría protegida de discriminación en el artículo 2 de la citada ley 20.609. El concepto de «**características sexuales**» ha sido recientemente incorporado en el artículo 8 de la ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia,²⁸³ como una categoría protegida de discriminación. En la misma línea, ha sido incorporado por el Senado en el primer trámite del proyecto de ley que reforma la ley antidiscriminación,²⁸⁴ el que actualmente

²⁷⁹ Decreto con Fuerza de Ley 1 del Ministerio de Justicia, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, ley de menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Disponible en: <http://bcn.cl/1xv3h>

²⁸⁰ República de Chile, «Decreto 2128-1930, aprueba reglamento orgánico del Servicio de Registro Civil» (1930), <http://bcn.cl/1vg3i>.

²⁸¹ República de Chile Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud, «Decreto 206 Reglamento sobre infecciones de transmisión sexual» (2007), <http://bcn.cl/1v9yr>.

²⁸² República de Chile Ministerio Secretaría General de Gobierno, «Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación» (2012), <http://bcn.cl/1uyqt>.

²⁸³ República de Chile Ministerio de Desarrollo Social y Familia, «Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia» (2022), <https://bcn.cl/2ynd0>.

²⁸⁴ República de Chile Senado de Chile, «Segundo informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica y fortalece la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Boletín 12.748-17» (2021), https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12748-17. Véanse número 2, del artículo 1 del proyecto aprobado en general, p. 7; artículo 2 del mismo, p. 35; artículo 3 del mismo, p. 36; número 2 del artículo 1 del proyecto aprobado por la Comisión, p. 49, y; artículos 2 y 3 de este último, p. 59.

se encuentra en su segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputadas y Diputados, a la fecha de esta investigación.

Para hacer un recorrido a través de la historia de las sexualidades y los géneros en el Derecho chileno, necesariamente debemos volver a aquella época en la que la actividad sexual entre personas del mismo género aún era penalizada, y en la que no existía ningún reconocimiento a las disidencias sexogenéricas en el debate público.

3.2. LEYES DE DESPENALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD

La actividad sexual entre personas del mismo género fue comprendida como una actividad criminal hasta su despenalización a fines del siglo XX. Las normas que más se usaron para la detención de personas LGBT fueron los artículos 365 y 373 del Código Penal, este último aún vigente. El primero penalizaba al que se hiciera «reo de la sodomía» y el segundo sanciona a quienes «ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código». Como se verá, ambos artículos se reñían con el principio de *lex stricta* que exige la precisa determinación de la conducta típica sancionada, por lo que dieron lugar a innumerables detenciones arbitrarias a lo largo de los años.²⁸⁵ En 2009, en el Primer Examen Periódico Universal de Chile ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, la República Checa recomendó a Chile la revisión del artículo 373 para

«impedir su aplicación abusiva para perseguir a integrantes de las minorías sexuales».²⁸⁶

Pese a que Chile aceptó dicha recomendación,²⁸⁷ el proyecto de ley presentado en 2007 terminó siendo archivado en 2010.²⁸⁸ En la Moción Parlamentaria, se daba cuenta de un estudio que determinó que el 99,73% de las personas detenidas por este artículo, fueron liberadas en los tribunales por falta de mérito.²⁸⁹

El artículo 365 fue modificado por la ley 19.617, con lo que se precisó la conducta típica sancionada pero consagrando al mismo tiempo una edad de consentimiento sexual coital de 18 años para hombres homosexuales, en circunstancias en que era de 14 años en el resto de los casos: por ello, en 2020 se presentó una moción parlamentaria para terminar con dicha discriminación, del que, sin embargo, varios diputados retiraron su patrocinio a causa de

²⁸⁵ Véase «Uso del artículo 373 del Código Penal sobre atentados contra la moral y las buenas costumbres» en Felipe González Morales, ed., “Derechos humanos de las minorías sexuales”, en *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006: hechos de 2005*. (Santiago (Chile): Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2006), 427–34, <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/01/Cap-09-DDHH-Minorias-sexuales.pdf>.

²⁸⁶ Consejo de Derechos Humanos, “Examen Periódico Universal: Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal – Chile”. Párrafo 83, p. 15-16.

²⁸⁷ *Ibidem*. Párrafo 96.29, p. 20.

²⁸⁸ Senado, República de Chile, “Boletín 5565-07: Deroga el artículo 373 del Código Penal” (2007), http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=5565-07.

²⁸⁹ “Proyecto pretende derogar norma que sanciona ofensa a buenas costumbres”, *El Mercurio Online*, 12 de diciembre de 2007, <https://www.emol.com/noticias/nacional/2007/12/12/285046/proyecto-pretende-derogar-norma-que-sanciona-ofensa-a-buenas-costumbres.html>.

presiones conservadoras.²⁹⁰ Con todo, la derogación total del artículo 365 se concretó a través de una indicación a un proyecto de ley que modificaba el Código Penal respecto de otras materias, y consiguió una aprobación expedita hasta convertirse en ley. En este título, revisaremos las normas que consagraron la penalización de la «sodomía» en Chile, y el detalle de la discusión parlamentaria que dio lugar a la despenalización de la actividad homosexual, y cómo ella impactó en el establecimiento de una edad de consentimiento sexual diferenciada durante dos décadas.²⁹¹

3.2.1. PENALIZACIÓN DE LA «SODOMÍA» EN EL DERECHO CHILENO

La penalización de la «sodomía» en territorio chileno se impuso en la época colonial, como influencia del Derecho visigótico, a través de normas del Fuero Juzgo y del Fuero Real que tenían como base interpretaciones del pasaje bíblico acerca de la destrucción de las ciudades de Sodoma y Gomorra, lo que también explica por qué se le denominaba «sodomía».²⁹² Al observar las fuentes materiales de nuestro Código Penal, la doctrina ha concluido que probablemente dichas normas inspiraran la penalización de la homosexualidad de la redacción original del artículo 365, puesto que ella no provino ni del Código Napoleónico de 1810, que no contemplaba ninguna norma en ese sentido, ni de los códigos penales de España de 1850, y de Bélgica de 1867, que también se tuvieron como referencia y que tampoco penalizaban la homosexualidad, dado que también habían sido influidos por el francés.²⁹³

Según el penalista Alfredo Etcheberry, la Comisión Redactora del Código Penal chileno

«no dejó testimonio de su fuente de inspiración en esta materia [...] ni del preciso alcance de su incriminación»²⁹⁴

Pero entre las fuentes que tuvo a la vista, se encuentra el Código Austríaco, cuyo artículo 113, número 1, tenía un delito similar, con el vago nombre de «delito contra la naturaleza».

En la redacción original, el artículo 365 decía:

«El que se hiciera reo del delito de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio».

²⁹⁰ Senado, República de Chile, “Boletín 13631-07: Deroga el artículo 365 del Código Penal con el fin de terminar con la discriminación y criminalización de las relaciones homosexuales” (2020), 13, http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13631-07.

²⁹¹ Para un análisis detallado desde el Derecho Penal respecto a la modificación del artículo 365 del Código Penal, véase Joselyn de los Ángeles Díaz Flores y Jessica Andrea Zúñiga Cáceres, “El delito de sodomía del Artículo 365 del Código Penal: reafirmación del paradigma falo(go)centrista de la moral social sexual bajo el pretexto de la protección de la autodeterminación sexual” (Universidad de Chile, 2016), <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/139690>.

²⁹² Antonio Bascañán Rodríguez et al., “La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. Informe en Derecho”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 14 (2011): 73–109, <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2011.28556>. Nota al pie 14, p. 76.

²⁹³ *Ibidem*, p. 76.

²⁹⁴ Alfredo Etcheberry Orthustéguy, *Derecho penal*, 3 ed. rev. y actualizada 1997 (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998). Tomo IV – Parte Especial, p. 74.

Dentro de la doctrina nacional, el primer estudio jurídico que aborda la penalización de la homosexualidad es del año 1916, donde el tesis Armando Moraga plantea nociones muy primitivas sobre ella, como la infundada distinción patologizante entre «inversión sexual» congénita y adquirida, afirmándose que sólo esta última sería «curable».²⁹⁵ Además, llama la atención que use el concepto de «pederastia» como sinónimo de homosexualidad.²⁹⁶ Sobre la terminología, Etcheberry considera que el concepto extrajurídico de «sodomía» es más amplio, incluyendo en él tres acepciones: (i) *científica*, que se referiría a la bestialidad, esto es, sexo con animales; (ii) *vulgar*, que se referiría a la homosexualidad propiamente tal, esto es, cualquier actividad sexual entre personas del mismo género; (iii) *jurisprudencial*, que se referiría exclusivamente al sexo anal entre hombres, respecto de lo que sostiene que se le denomina impropriadamente como «pederastia». Además de estas tres acepciones, también señala que podría incluir otros dos sentidos: (iv) toda práctica sexual anal, entre personas del mismo o distinto género, y; (v) toda práctica sexual distinta al sexo penetrativo, ya sea entre personas del mismo o distinto género.

A partir de su interpretación de las actas de la Comisión Redactora, Etcheberry concluye que el sentido auténtico del artículo 365 en su redacción original corresponde sólo a la llamada acepción jurisprudencial, debido a que la explicación para penalizar la homosexualidad no habría sido por tratarse de una «perversión o de una práctica moralmente reprobable», sino que, según la expresión de los comisionados, la razón era

«el peligro de que se extienda su contagio y llegue a ser una verdadera plaga en la sociedad».²⁹⁷

Por otro lado, en el trabajo de Moraga, se señala que el delito podría ser cometido tanto por hombres como por mujeres, basándose en las reglas de interpretación del Código Civil, pero Etcheberry descarta esta interpretación puesto que entiende que ninguna de las acepciones del concepto de «sodomía», se refiere a la homosexualidad femenina, respecto de la que entiende que se identifica más propiamente con el concepto de «lesbianismo», y en otro pasaje señala que

«Había consenso en que él se refería a conductas homosexuales realizadas entre varones».²⁹⁸

Por último, también sostiene que se trata de un delito de corrupción y no de un delito de abuso o contra la libertad sexual, dado que penaliza la homosexualidad, aunque exista pleno consentimiento de ambas partes. Así las cosas, se trataba de un delito «plurisubjetivo» porque

«No se trataba de un delito con autor y víctima, sino de un delito con dos copartícipes o coautores, ambos igualmente culpables».²⁹⁹

²⁹⁵ Armando Moraga Droguett, “Consideraciones sociales y médico-legales sobre la degeneración del instinto genésico - Memoria Chilena” (Universidad de Chile, 1916), <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-551124.html>. P. 34.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 44. Obsérvese también que en el capítulo IV de dicha tesis, que titula con el concepto de «pederastía», describe a la homosexualidad.

²⁹⁷ Etcheberry, *op. cit.* P. 76.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 71.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 71.

El artículo no sufrió modificaciones hasta el 27 de septiembre de 1972, cuando la ley 17.727 en el numeral 6° de su artículo único, ordena incorporar como inciso segundo el siguiente texto:

«Se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio al que cometiere el delito concurriendo algunas de las siguientes circunstancias:

1°.- Cuando se use de fuerza e intimidación sobre la víctima, y

2°.- Cuando se halle la víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3°.- Ser el ofendido menor de catorce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores».³⁰⁰

Con este nuevo inciso, se agrava la pena cuando el «acto sodomítico» se comete con alguno de los tres medios o circunstancias características del delito de violación, lo que creó problemas interpretativos, puesto que el artículo 365 era un delito plurisubjetivo, y en esta modificación, se señala que existiría una víctima u ofendido por el delito. Por ello, Etcheberry aclara que doctrinariamente, no pueden ser consideradas circunstancias agravantes del delito de sodomía, puesto que éstas no son compatibles con la forma simple del delito, razón por la que concluye que se trató de un nuevo tipo penal, al que denomina como «violación sodomítica».³⁰¹

Luego, en 1979, el Decreto ley 2.967 ordenó en el numeral 4° de su artículo único, eliminar el numeral 3° de la redacción anterior, e incorporar el siguiente inciso tercero que aumentaba la pena cuando el delito se comete en contra de un menor de 14 años de su mismo género:

«Se impondrá la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo si el ofendido fuere menor de catorce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números del inciso anterior».³⁰²

3.2.2. DESPENALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD EN CHILE

La tramitación de la ley 19.617 desde 1993 fue el primer paso a la despenalización.³⁰³ Una de las ideas matrices de este proyecto era establecer una nueva redacción para el artículo 361 del Código Penal que tipifica el delito de violación, para que no hiciera distinción por género, dado que en ese entonces, dicho artículo definía la violación sólo respecto de mujeres.³⁰⁴ Pero adicionalmente,

³⁰⁰ República de Chile Ministerio de Justicia, “Ley 17.727, introduce modificaciones que indica al Código Penal” (1972), 727, <http://bcn.cl/2nk5h>.

³⁰¹ Etcheberry, *op. cit.* P. 72.

³⁰² República de Chile Ministerio de Justicia, “Decreto ley 2967, introduce modificaciones al Código Penal” (1979), 2, <http://bcn.cl/2poz1>.

³⁰³ Senado, República de Chile, “Boletín 1048-07: Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación” (1993), http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=1048-07. Véanse el mensaje del Ejecutivo, de fecha 3 de agosto de 1993, y el Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara, del 10 de mayo de 1995. También disponibles en República de Chile Biblioteca del Congreso Nacional, “Historia de la Ley N° 19.617”, 12 de julio de 1999, <http://s.bcn.cl/22yh8>.

³⁰⁴ El texto vigente en esa época decía “La violación **de una mujer** será castigada con...”, y el proyecto del Ejecutivo lo sustituía por “La violación **de una persona** será castigada con...”.

el mensaje presidencial derogaba los incisos 2º y 3º del artículo 365, esto es, el delito de violación sodomítica, pero manteniendo plenamente vigente la penalización de la sodomía del inciso 1º. Por último, cabe mencionar que, como consecuencia del fin de la diferenciación por género en la nueva redacción del artículo 361, el proyecto volvía aplicable también para hombres, la edad de consentimiento sexual en 12 años que se encontraba fijada respecto de mujeres.³⁰⁵

Sin embargo, durante el primer trámite constitucional, el diputado Aníbal Pérez Lobos³⁰⁶ presentó ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, la siguiente indicación, que reemplazaba también el inciso primero del artículo 365 por la siguiente redacción:

«El adulto que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, estupro o abusos sexuales, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio.»

El objetivo de la indicación era terminar con la penalización de la actividad sexual consentida entre hombres mayores de 18 años, pero la mantenía cuando involucraba a un adolescente menor de 18, pese a que fuera consentida por éste: dicho de otro modo, esta indicación sustituía la penalización total de la homosexualidad consentida entre hombres mayores de 18 años, por el establecimiento de una edad de consentimiento sexual diferenciada según orientación sexual.

³⁰⁵ Cabe señalar que, luego de años de tramitación, la propuesta original del mensaje presidencial de 1993, prosperó cuando se publicó la ley 19.617 en 1999, fijándose en 12 años la edad de consentimiento sexual, sin diferenciación de género, como consecuencia de la nueva redacción del delito de violación del artículo 361 del Código Penal, edad que también se reflejó en el delito de abuso sexual del artículo 366. Sin embargo, en 2004 ambos delitos se volvieron a modificar, fijando esta vez **la edad de consentimiento sexual en los 14 años, lo que se mantiene vigente hasta la fecha de esta investigación**. (Véase República de Chile Ministerio de Justicia, “Ley 19.927 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil” (2004), <http://bcn.cl/2qm3s>). Con todo, cabe destacar que fue un tema arduamente discutido: en efecto, durante el primer trámite constitucional en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, se decidió modificar la redacción del artículo 361 para distinguir la edad de consentimiento sexual según el género del adolescente, subiéndola a 14 años para el género masculino. Esto se debe a que se consideró problemático establecer la misma edad de consentimiento sexual en 12 años, tanto para mujeres como para hombres, puesto que se insistía en la conveniencia de hacerla calzar con las edades mínimas para contraer matrimonio, que en ese entonces era de 14 años para hombres y 12 años para las mujeres (Véase esta argumentación en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, del 26 de agosto de 1997, contenido también en la Historia de la Ley 19.617, específicamente en sus págs. 242-243, disponible en la nota al pie 303). Esta diferenciación de edad para contraer matrimonio según género, se debía a la aplicación del artículo 4º de la ley de matrimonio civil de 1884, entonces vigente, que regulaba los impedimentos para contraer matrimonio. (Véase República de Chile Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública, “Ley de matrimonio civil” (1884), <https://bcn.cl/2o7a6>). En específico, su numeral 2º señalaba que los impúberes no podían contraer matrimonio, y a su vez, el concepto de impúber está definido en el artículo 26 del Código Civil como “varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce”. Recién en 2004 se modificaron estas edades, con la publicación de la ley 19.947, también llamada “nueva ley de matrimonio civil”; cuyo artículo 5º, numeral 3º, fijó en 16 años la edad mínima para poder casarse, sin distinción por género, lo que a su vez fue modificado por la ley 21.515 que subió la edad a 18 años en 2022.

³⁰⁶ Claudia Solar, “Comisión de diputados despenaliza sodomía”, *La Época*, junio de 1995; “Homosexuales no consideran ‘oportuno’ discutir legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo”, *La Segunda*, 5 de abril de 1995; Sergio Mardones L., “Proyecto sobre despenalización de la sodomía: ¿luz verde a homosexuales?”, *Las Últimas Noticias*, 8 de mayo de 1995. Los tres artículos se encuentran disponibles en <http://movilh.cl/archivo/1995-articulo-365-del-codigo-penal/>.

Esta indicación fue aprobada, pero junto a otra indicación que agregaba un numeral 22 al artículo 494 del Código Penal, que establecía una multa de 1 a 4 UTM al que «públicamente ofendiere el pudor con acciones o conductas con personas del mismo sexo». Esta indicación tenía una redacción casi idéntica al numeral 5 del artículo siguiente, 495, aún vigente, que multa con 1 UTM a quien públicamente «ofendiere el pudor con acciones o dichos deshonestos». Así, con este nuevo numeral 22 en el artículo 494, lo que en realidad se pretendía multar de 1 a 4 UTM, eran las manifestaciones de afecto en público entre personas del mismo género,³⁰⁷ y, de hecho, los mismos informes de las comisiones de la Cámara señalan que dicha propuesta sería un «complemento» a las modificaciones aprobadas al artículo 365.³⁰⁸

Entre los argumentos que se dieron para la descriminalización de la homosexualidad estaban que se trataba de una conducta sin lesividad social, que no existe víctima y que, existiendo consentimiento de ambas partes, tampoco constituye un atentado contra la libertad sexual de ninguna, lo que podría constituir el único bien jurídico merecedor de tutela penal en este tipo de delito. Así, contravenía disposiciones constitucionales como el de la necesaria afectación de un bien jurídico, además del de la determinación típica (por cuanto el «hacerse reo de la sodomía» no describe de manera exacta el hecho punible), además del de igualdad, por cuanto la actividad sexual lésbica no estaba penada. También se arguyó que los Códigos Penales de España y Bélgica que inspiraron este artículo, ya no lo contenían, y que esta norma realmente promovía la abstinencia sexual de personas homosexuales.³⁰⁹

Luego de la primera aprobación en general del proyecto en la sala de la Cámara el 13 de junio de 1995, les diputades María Antonieta Saa, Marina Prochelle, Romy Rebolledo, Luis Balbontín y Andrés Palma propusieron una nueva indicación que bajaba de 18 a 16 años, la edad de consentimiento sexual entre personas del mismo género, modificando la redacción ya aprobada, que había sido propuesta por Pérez Lobos.³¹⁰ Sin embargo, este cambio fue rechazado por la Comisión de Constitución³¹¹ y cuando dicha indicación fue repuesta en la sala de la Cámara cuando el proyecto se discutió en ella por segunda vez, también fue rechazada por 42 votos contra 19.³¹²

Ya en el segundo trámite constitucional del proyecto en el Senado, durante la discusión en su Comisión de Constitución, la representante del Ministerio de Justicia de la época, Clara Szczaranski, manifestó el apoyo del Poder Ejecutivo a la modificación del inciso primero

³⁰⁷ Pilar Pezoa, “Homosexuales se quejan de nueva ley”, *La Nación*, 28 de mayo de 1995.

³⁰⁸ Véase el Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara, del 10 de mayo de 1995, y Segundo informe de la misma comisión, del 5 de julio de 1995, en nota al pie 303.

³⁰⁹ Véase el Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara, del 10 de mayo de 1995, en nota al pie 303.

³¹⁰ Véase al final de la Discusión en sala (de la Cámara) del 13 de junio de 1995, las indicaciones interpuestas después de su aprobación en general.

³¹¹ Véase el Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara, del 5 de julio de 1994, en nota al pie 303. También en este periodo se eliminó la palabra «adulto» de la redacción de la indicación original del diputado Pérez.

³¹² Véase la Discusión en sala (de la Cámara) del 2 de agosto de 1995.

aprobada en la Cámara (esta es, la propuesta por el diputado Pérez Lobos que despenalizaba la homosexualidad), afirmado que estimaba conveniente

«la solución planteada en el proyecto de limitar la tutela penal a las relaciones sodomíticas de un adulto con un menor, con miras a proteger el libre desarrollo sexual y asegurar su indemnidad, cuando medie entre ambos una diferencia significativa de edad».³¹³

Ante ello, el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, en representación del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, consideró que la redacción consistía en

«una transacción entre una tesis liberal y otra conservadora que propugnan desincriminar la conducta y conservar el castigo penal, [y] si lo que se intenta es proteger el libre desarrollo de la sexualidad del adolescente, la seducción homosexual debe ser sancionada al igual que la seducción heterosexual, sólo cuando sea constitutiva de abuso. Si, en cambio, lo que se desea es impedir la formación de una identidad homosexual en el adolescente, entonces será discriminatorio el trato de las conductas heterosexuales y las homosexuales, porque estas últimas se sancionarían en cualquier circunstancia, por oposición a la impunidad de la relación heterosexual, lo que presenta una evidente incongruencia con la equiparación de la protección penal frente a las agresiones heterosexuales y homosexuales en los delitos de violación, estupro y abusos sexuales».³¹⁴

Así las cosas, el Ministerio incorporó indicaciones que introducían tres cambios en el inciso primero del artículo 365: (i) reemplazar la referencia a las «relaciones sexuales» por la de «acceso carnal», a fin de describir la conducta típica sancionada con exhaustividad; (ii) agregar a la exigencia de que no medien las «circunstancias» de la violación, la exigencia de que tampoco medien los «modos» de comisión de este último delito; y (iii) reemplazar la mención al menor de 18 años, por una referencia explícita a una diferencia de edad entre los sujetos, sugiriendo al efecto cuatro años. Sin embargo, la Comisión rechazó no sólo estas tres indicaciones, sino que también la redacción que había sido aprobada en la Cámara, optando así por mantener la penalización total de la «sodomía» sin modificaciones, lo que fue ratificado en la votación en sala del Senado. La propuesta que sí prosperó, fue la de evitar que los cambios de redacción en otros delitos sexuales previstos en el mismo proyecto de ley, produjeran un concurso ideal con el delito de sodomía, lo que se resolvió reemplazando los incisos segundo y tercero del artículo 365, por el siguiente texto:

«En los casos en que un mismo hecho constituya delito conforme al inciso precedente y a los artículos 361, 362 o 363, sólo se aplicarán las penas establecidas en estas últimas disposiciones».³¹⁵

³¹³ Véase el Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, del 22 de enero de 1997. Cabe señalar que las citas corresponden a paráfrasis de las exposiciones de las personas señaladas, redactadas por la secretaría de la Comisión en el respectivo informe, por lo que no representan textualmente lo dicho en sus sesiones.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ *Ibidem*.

Por último, en el tercer trámite constitucional, la Comisión Mixta prosperó la redacción inicialmente aprobada en la Cámara de Diputados durante el primer trámite, pero incorporando las primeras dos modificaciones propuestas por el Poder Ejecutivo en el segundo trámite. Respecto de la edad, se propuso bajarla de 18 a 16 años, con lo cual la diferencia de edad de consentimiento sexual entre hombres homosexuales respecto del resto de relaciones, habría sido sólo 2 y no 4 años, lo que fue rechazado por 4 votos contra 3.³¹⁶ Con ello, el artículo 365 quedó con la siguiente redacción, que sería luego aprobada en ambas salas del Congreso:

«El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio».³¹⁷

3.2.3. IGUALACIÓN DE LA EDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL

Como se explicó en el título anterior, la modificación hecha al artículo 365 del Código Penal por la ley 19.617, implicó establecer una edad de consentimiento sexual diferenciada según orientación sexual, quedando en 18 años para parejas de hombres homosexuales, y en 12 años para el resto de las relaciones (y que luego se subió a 14 años en 2004).³¹⁸ Por ello, en 2020 se presentó un moción parlamentaria que buscaba derogar completamente el artículo 365,³¹⁹ con lo cual, el consentimiento sexual entre personas del mismo género, quedaría sometido a las reglas generales de los artículos 361 y 363. Sin embargo, dos diputades retiraron su patrocinio prestado originalmente al proyecto, por la resistencia pública que produjo éste en sectores anti-derechos.

La derogación se pudo concretar a raíz de una indicación que hicieron el 17 de junio de 2021, los diputados Matías Walker y Marcos Ilabaca, a la que se sumaron les diputades Karol Cariola y Leonardo Soto, en un proyecto de ley que modificaba el Código Penal sobre otras materias, vinculadas con la protección penal a la infancia.³²⁰ En su defensa, se argumentó que se trata de un resabio arcaico, que la violación ya está penalizada en los artículos 361 y 362 y que la misma hipótesis no se castiga respecto de relaciones heterosexuales. Ante ello, el Ejecutivo respondió que la indicación excedía las ideas matrices del proyecto de ley. Con todo, la indicación se aprobó por unanimidad,³²¹ y cuando el proyecto se informó en la sala de la Cámara Baja, se señaló explícitamente que el artículo 365 era discriminatorio por

“no existir tal figura penal cuando se trata de un menor de distinto sexo”.³²²

³¹⁶ Véase el informe de la Comisión Mixta, del 5 de noviembre de 1998.

³¹⁷ República de Chile Ministerio de Justicia, “Ley 19.617, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación” (1999), <http://bcn.cl/2fx4>. Artículo 1, numeral 10.

³¹⁸ Véase nota al pie 305.

³¹⁹ Véase nota al pie 290.

³²⁰ República de Chile Biblioteca del Congreso Nacional, “Historia de la Ley N° 21483”, 24 de agosto de 2022, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/8044/HLD_8044_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8044/>. P. 24.

³²¹ *Ibidem*, p. 35 y 36.

³²² *Ibidem*, p. 53.

Puesto en votación, el proyecto fue aprobado también por unanimidad de los presentes en la sala. Luego, en el segundo trámite constitucional, durante la fase de audiencias ante la Comisión de Constitución del Senado, el profesor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Chile, Francisco Bedecarratz señaló que

“es un delito que se ha eliminado en otras legislaciones extranjeras, porque penaliza el acceso carnal a un menor de 18 años del mismo sexo sin que medien circunstancias de violación o estupro, es decir, penaliza las relaciones homosexuales consentidas de menores de edad. Tal conducta no debe continuar penalizada, sobre todo considerando que las violaciones ya están incorporadas por el artículo 361, que sanciona la violación propiamente tal, y el artículo 362, que sanciona la violación a menores de 14 años. Si se utiliza engaño o se abusa de un trastorno que no alcanza a constituir enajenación mental u otro, se puede aplicar el artículo que sanciona el estupro (artículo 363).”³²³

Pese a lo anterior, sólo la senadora Ebensperger se opuso aduciendo que la derogación y no el artículo sería discriminatoria, insistiendo en que la relación consentida heterosexual de un mayor de edad con un menor de edad sí estaría sancionada, lo que sin embargo, no es real, en virtud del tenor literal del artículo 361.³²⁴ De hecho, así mismo lo indicó el Ministerio Público, a través de la directora de su Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, Ymay Ortiz, manifestándose a favor de la derogación pues

“ello sería coincidente con la opinión de la mayoría de la doctrina nacional: se trata de una figura con resabios morales, que sanciona conductas libremente consentidas.”³²⁵

En su primera discusión en sala del Senado del 11 de mayo de 2022, los senadores Moreira, Sanhueza y Sandoval criticaron la derogación, por escapar del objetivo inicial del proyecto.³²⁶ Este último agregaría que

“este no busca establecer una discriminación por orientación sexual sino, por el contrario, proteger la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes”.³²⁷

Dado que el proyecto fue objeto de indicaciones, volvió a la Comisión de Constitución: una de ellas, del senador Pugh, buscaba eliminar la derogación, a fin de mantener vigente el artículo 365,³²⁸ sin embargo, fue rechazada de forma unánime. Durante el debate de la misma, el senador

³²³ *Ibidem*, p. 77 y 78.

³²⁴ En la segunda discusión en sala del Senado, la senadora aclararía que es *“partidaria de que se mantenga como delito el que un mayor de edad tenga sexo, aunque sea consentido, con un menor de edad, pero esto no puede ser delito solo para aquellos que sean de un mismo sexo. Si va a ser delito, debe serlo para todos. (...) Veremos más adelante si se presenta un proyecto de ley para que vuelva a ser delito, ¡pero para todos!, no solamente para las parejas del mismo sexo conformadas por un mayor de edad y un menor de edad sobre catorce años, sino también cuando se trate de personas de sexo distinto.”* *Ibidem*, p. 130.

³²⁵ *Ibidem*, p. 79.

³²⁶ *Ibidem*, p. 92 y 96.

³²⁷ *Ibidem*, p. 98.

³²⁸ República de Chile Cámara de Diputadas y Diputados, “Boletín 14123-07: Modifica el Código Penal para reforzar la protección penal a la infancia y a otras personas que indica” (2021), <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14693&prmBOLETIN=14123-07>. Véase ficha “Indicaciones”, el Boletín de indicaciones del 17 de junio de 2022, p. 2.

Walker destacó que se trataba de una anomalía jurídica advertida por las organizaciones de la diversidad sexual desde la despenalización de la sodomía (refiriéndose a la modificación al mismo artículo estudiada en el subtítulo anterior), mientras que el senador Galilea indicó que el objetivo de la derogación era

“igualar las relaciones consentidas entre personas del mismo sexo con las de distinto sexo.”.³²⁹

La indicación fue renovada en la segunda discusión en sala, del 2 de agosto de 2022, con la firma de los senadores Castro Prieto, Chahuán, Edwards, Gahona, Kuschel, Moreira, Ossandón, Prohens, Pugh, Sandoval y Van Rysselberghe. Esta indicación se convirtió en uno de los aspectos más álgidos del debate durante esta discusión: en contra de ella, se pronunció el senador Walker quien señaló que la derogación del artículo 365 permite dar cumplimiento a obligaciones internacionales y a eliminar un “trato penal discriminatorio y desigual”. Por otro lado, defendió la indicación el senador Pugh, quien dijo desear que se presentara un proyecto de ley para que se penalicen tanto las relaciones consentidas heterosexuales como homosexuales entre menores de 18 y mayores de 14, agregando que

“hay países que incluso han avanzado en cuanto a la diferencia de edad que existe entre dos personas que mantienen una relación. Es distinto el consentimiento que puede haber en pololos de edad similar a que exista una diferencia de veinte o treinta años. Hoy las redes sociales (...) son usadas por depredadores que andan buscando a niños y niñas inocentes, y eso es lo que estamos previniendo. (...) No queremos que las personas que señalé, usando incluso medios que no existían anteriormente, como ingresar a la habitación de un niño o de una niña mediante un dispositivo electrónico, comunicando y falseando su identidad, engañándolos, logren, finalmente, bajo todas las técnicas propias de estos, una relación que no es adecuada. ¡De eso estamos hablando! De preservar a esa juventud, de preservar el derecho que tienen los padres de educar a sus hijos y evitar que estas personas queden sin sanción.”.

Puesta en votación, la indicación renovada fue rechazada con 29 votos en contra versus 15 a favor, y 1 abstención.³³⁰

En el tercer trámite constitucional, sectores ultra conservadores se manifestaron en duros términos a la derogación del artículo 365. El diputado Juan Irrázaval señaló que ello desprotegía y vulnera a niños de pedófilos, con los siguientes términos:

“la perversidad de este activismo no tiene límites. Es tan fría como la mano del asesino que mató a Tamara.³³¹ La indicación aprobada permitirá que muchos niños sean abusados, de aquí en adelante, en un proyecto que, por el contrario, buscaba precisamente protegerlos.

³²⁹ Historia de la Ley N° 21483, p. 115.

³³⁰ *Ibidem*, p. 139.

³³¹ Refiriéndose a Tamara Moya, una niña de 5 años de edad, asesinada durante un asalto, que impulsó la tramitación de la ley.

No han tenido asco, ni pudor ni decencia para manosear la tragedia, la cruzada familiar y ciudadana que corona el proyecto, que nada tiene que ver con sus viles objetivos.”³³²

Aún más insultante fue la intervención del diputado Urruticoechea:

“Nos han llamado homofóbicos, nos han llamado basura y nos han tildado de un cuanto hay, siempre violentándonos públicamente. Los que lo hacen son los mismos que han aplicado y aprobado la derogación del artículo 365, que no es más que la pedofilia. (...) Han manchado el proyecto con la infesta ideología, con la miserable ideología y con el olor a cloaca de la ideología de género (...) con todas las barbaridades y brutalidades expuestas por la ideología de género y por el lobby de la ideología de género, sobre todo, por el colectivo LGTBIQA+. Resguardar a los niños no se trata de su lobby ideológico, sino, justamente, de mantenerlos resguardados de ustedes. Mientras nosotros somos atacados por defender a los menores de ustedes, ustedes tratan de arrebatárselos a sus padres. Eso es, simplemente, una especie de hemiplejía mental.”³³³

Puesto en votación, el proyecto fue aprobado por 116 votos a favor, 3 en contra y 16 abstenciones.³³⁴

3.3. LEY 19.779 QUE ESTABLECE NORMAS RELATIVAS AL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA Y CREA BONIFICACIÓN FISCAL PARA ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS³³⁵

En el desarrollo de legislaciones sobre sexualidades y géneros, un segundo hito nuclear es la aprobación de la ley de este título, por la muerte de miles de personas a causa del SIDA, lo que dio lugar a la urgente necesidad de una regulación especial para el tratamiento de personas viviendo con VIH, que enfrentara la discriminación que recae sobre ellas (fenómeno al que también se le denomina “serofobia”), potenciado por el carácter concentrado de esta pandemia, lo que la hace de interés para este trabajo. En efecto, si bien cualquier persona podría vivir con VIH, el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, conocido como ONUSIDA, identifica a una serie de “poblaciones clave”, las que concentran el 65% de las nuevas infecciones por VIH a nivel mundial estas son:³³⁶

1. Personas usuarias de drogas inyectables, cuyo riesgo es 35 veces mayor.

³³² Ibídem, p. 145 y 146.

³³³ Ibídem.

³³⁴ Véase Sesión 61ª ordinaria de la Cámara de Diputadas y Diputados, del martes 16 de agosto de 2022, orden del día “Boletín 14107-07 y 14123-07”, ficha “Votaciones”, votación del tercer trámite. <https://www.camara.cl/sala/default.aspx#!/votaciones/4238/744/4/BOLET%C3%8DN%20N%C2%B0%2014107-07%20y%2014123-07/0.6640499551215009> .

³³⁵ República de Chile Ministerio de Salud y República de Chile Biblioteca del Congreso Nacional, «Ley 19.779 que establece normas relativas al virus de inmuno deficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas» (2001), <http://bcn.cl/1ux0y>.

³³⁶ ONUSIDA, “Hoja informativa 2021 - Estadísticas mundiales sobre VIH”, junio de 2021, https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/UNAIDS_FactSheet_es.pdf.

2. Mujeres trans, cuyo riesgo es 34 veces mayor.
3. Trabajadoras/es sexuales y sus clientes, cuyo riesgo es 26 veces mayor.
4. Hombres que tienen relaciones sexuales con hombres (HsH), cuyo riesgo es 25 veces mayor.

El concepto de “población clave de mayor riesgo” ha sido reconocido en el Plan Nacional de Prevención y Control del VIH/SIDA e ITS de los años 2018-2019 del Ministerio de Salud,³³⁷ donde se señala que

“Se refiere a grupos de población clave tanto para la dinámica de la epidemia como para la respuesta a la misma”.

La precisión terminológica es un asunto de extrema importancia, y en el mismo documento se distingue el concepto de “población clave” del de “grupos vulnerables”, dado que estos últimos

“están supeditados a presiones de índole social o circunstancias sociales que los hacen más vulnerables a la exposición a las infecciones; entre ellas el VIH”.

Y por su parte, también se instruye evitar el uso del concepto de “grupos de alto o mayor riesgo”, dado que

“Dan a entender que el riesgo está contenido dentro del propio grupo, mientras que, de hecho, todos los grupos sociales están interrelacionados. El uso del término “grupo de alto riesgo” puede inducir a un falso sentido de seguridad entre las personas que desarrollan comportamientos de riesgo, pero que, sin embargo, no se identifican con este grupo. Por otro lado, también puede generar estigma y discriminación. Pertenecer a un grupo determinado no expone a las personas a un mayor o menor riesgo, es el comportamiento que se adopta el que puede hacerlo”.

Estas precisiones introductorias son indispensables para, por una parte, evitar tanto la serofobia como la asociación arbitraria del VIH con sexualidades o géneros no hegemónicos; pero por otra, para también no desconocer las evidencias que indiscutiblemente han arrojado que se trata en una pandemia concentrada en poblaciones clave que deben identificarse en el trabajo para su prevención, respuesta, y abordaje legal, que es lo que estudiaremos en este título.

El virus de inmunodeficiencia humana (VIH) fue reconocido por primera vez en el Derecho chileno en el [Decreto 294-1984 del MINSAL](#),³³⁸ que modificó el [Decreto 362-1983 que aprueba](#)

³³⁷ República de Chile Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud, “Plan Nacional de Prevención y Control del VIH/SIDA e ITS 2018-2019” (Santiago, Chile: MINSAL, 12 de junio de 2019), https://diprece.minsal.cl/wp-content/uploads/2019/06/2019.06.12_PLAN-NACIONAL-VIH-SIDA-E-ITS.pdf. Véase la definición de “poblaciones clave de mayor riesgo”, p. 93.

³³⁸ República de Chile Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud, «Decreto 294, modifica n° Decreto 362, de 1983» (1984), <http://bcn.cl/2bqvg>.

[reglamento sobre enfermedades de transmisión sexual](#),³³⁹ incorporando al Síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) en su artículo 2. Con ello, empezaron a resultar aplicables sus normas acerca de prevención, que usaban un lenguaje insultante, retrógrado y estigmatizador, entre las que se encuentran aquella que prohibía el «comercio sexual» (arts. 12 a 18),³⁴⁰ y la que promovía una educación sexual heteronormada (arts. 19 a 24), dirigida explícitamente a

«la conceptualización de la sexualidad humana como una forma de relación heterosexual, motivada afectivamente, y que pretenda la organización de la familia».³⁴¹

Así mismo, se establecía como objetivo abordar la

«patología social de la sexualidad: homosexualidad, prostitución, violación, estupro, incesto».³⁴²

Por último, su artículo 6 permitía la denuncia e investigación de las personas que vivían con alguna de estas infecciones.

Estas normas fueron derogadas por el [Decreto 206 del 22 de septiembre de 2005, que contiene el Reglamento sobre infecciones de transmisión sexual](#),³⁴³ en donde se reemplazó la sigla SIDA del artículo 2, por la expresión «infección por VIH»; se utilizó la expresión «trabajadores(as) sexuales» en su artículo 10, y contemplaba el abordaje del «género, la identidad y la orientación sexual» en su artículo 17, letra a, sobre educación en salud sexual.

Por otra parte, a través del Decreto Exento n° 6 de 1990, el Ministerio de Salud creó la Comisión Nacional del SIDA (CONASIDA) y el primer Programa Nacional de Prevención y Control del VIH/SIDA.³⁴⁴ En 1996, el Decreto Exento n° 348 entregó al CONASIDA la gestión de las demás infecciones de transmisión sexual.³⁴⁵ Desde 2010, adoptó el nombre de Departamento del Programa Nacional de Prevención y Control del VIH/SIDA y las Infecciones de

³³⁹ República de Chile Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud, «Decreto 362, aprueba reglamento sobre enfermedades de transmisión sexual» (1984), <http://bcn.cl/1vghk>.

³⁴⁰ Para un estudio detallado de la terminología adecuada en el ámbito del trabajo sexual, véase Jacqueline Espinoza Ibacache, «Del conocimiento a la reivindicación del trabajo sexual: Discursos jurídicos estatales y saberes de las trabajadoras sexuales del Norte de Chile», *TDX (Tesis Doctorals en Xarxa)* (Ph.D. Thesis, Universitat Autònoma de Barcelona, 2019), <http://www.tdx.cat/handle/10803/666748>.

³⁴¹ Decreto 362, artículo 21, número 1.

³⁴² *Ibidem*, artículo 22, letra e.

³⁴³ República de Chile Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud, «Decreto 206 Reglamento sobre infecciones de transmisión sexual» (2007), <http://bcn.cl/1v4xf>.

³⁴⁴ MINSAL, «Plan Nacional de Prevención y Control del VIH/SIDA e ITS 2018-2019», p. 29.

³⁴⁵ Para ver un listado detallado de todos los instrumentos legales y administrativos atingentes al VIH/SIDA, véase República de Chile Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud, «Informe final de evaluación - Programa nacional de prevención y control del virus de inmunodeficiencia humana / Síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA) y de las infecciones de transmisión sexual (ITS)», agosto de 2010, http://www.dipres.gob.cl/597/articles-141173_informe_final.pdf. Pp. 19-21 (Pp. 43-45, PDF).

Transmisión Sexual (ITS), que es parte de la División de Prevención de Enfermedades (DIPRECE), perteneciente a la Subsecretaría de Salud Pública del MINSAL.³⁴⁶

Antes de esto, el Congreso Nacional aprobó la [ley 19.779 que establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas](#),³⁴⁷ la que fue publicada el 14 de diciembre de 2001 en el Diario Oficial, y que estableció cinco obligaciones para el Estado: (i) atención a quienes viven con el virus, lo que luego se concretó con la entrada en vigencia de la [ley 19.966 que establece un régimen general de garantías de salud](#),³⁴⁸ con la que se incorporó la infección por VIH en todos los decretos del MINSAL que establecen las condiciones de salud respecto de las que se aseguran garantías de acceso, de oportunidad de diagnóstico y tratamiento, y de protección financiera;³⁴⁹ (ii) elaboración de políticas públicas, con participación de la comunidad; (iii) entrega de información sobre prevención y tratamiento; (iv) promoción de la investigación científica y; (v) fomento a la creación de centros de prevención e investigación.

Un aspecto central de la normativa sobre VIH es la prohibición de discriminación por el estado seropositivo de alguna persona, también llamada «serofobia». También se prohíbe exigir la realización del examen. La regulación se refiere a los siguientes contextos en específico:

- a. **Ámbito laboral.** Tanto en el mundo público o privado, se prohíbe condicionar la contratación, permanencia, renovación o promoción de trabajadores, al estado seropositivo de una persona o al hecho de haberse realizado el examen. Con todo, se excluye expresamente de esta norma al personal de las Fuerzas Armadas, Carabineros y de la Policía de Investigaciones: en sus respectivas regulaciones, se establece «*tener salud compatible con el desempeño del cargo*» entre los requisitos que deben cumplir los postulantes a cargos profesionales, civiles e incluso religiosos y de personal de contrata. A su vez, también la salud incompatible es causal de cesación de funciones.³⁵⁰ Dado que no se define qué se

³⁴⁶ María Pilar Lampert Grassi, «Programas de VIH/SIDA: 2010-2018. Prevención, vigilancia, pesquisa, tratamiento y control.», *Biblioteca del Congreso Nacional - Asesoría técnica parlamentaria*, 24 de junio de 2019, https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27412/1/BCN_2010_2018_programas_prevencion_tratamiento_VIHSIDA_final.pdf.

³⁴⁷ República de Chile Ministerio de Salud y República de Chile Biblioteca del Congreso Nacional, «Ley 19.779 que establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas» (2001), <http://bcn.cl/1ux0y>.

³⁴⁸ República de Chile Ministerio de Salud, «Ley 19.966 que establece un régimen de garantías en salud» (2004), <http://bcn.cl/1uyp6>.

³⁴⁹ Véase el último decreto, en República de Chile Ministerio de Salud, «Decreto 22-2019, aprueba garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud» (2019), <http://bcn.cl/2bgv5>.

³⁵⁰ Véase República de Chile Ministerio de Defensa Nacional, «Decreto 412-1990, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del estatuto del personal de Carabineros de Chile» (1992), <http://bcn.cl/1w2zp>. Arts. 14 y 32.

También República de Chile Ministerio de Defensa, «Decreto con fuerza de ley 1-1997, que establece estatuto del personal de Fuerzas Armadas» (1997), <http://bcn.cl/1uz3p>. Arts. 26, letra d, 29, 234, inciso 2°, 254, inciso 2°. En el mismo sentido, República de Chile Ministerio del Interior y Seguridad Pública, «Decreto 1513-2015, Reglamento para el ingreso, formación, capacitación y perfeccionamiento de los profesionales peritos de la Policía de Investigaciones de Chile» (2016), <http://bcn.cl/2cyi9>. Arts. 3, letra h, y 6, inciso 3°.

entiende por salud compatible, queda a interpretación de las autoridades internas de la institución.

b. **Ámbito educacional.** No podrá condicionarse el ingreso, permanencia, promoción al estado seropositivo de un postulante, o al hecho de haberse realizado el examen.

c. **Ámbito de salud.** No podrá negarse el ingreso o atención a personas que vivan con VIH, tanto en establecimientos públicos como privados, ni tampoco condicionarla a la realización del examen o a la presentación de los resultados de éste.

Esta ley ha sido criticada por no regular aspectos esenciales para, por un lado, prevenir la expansión de la pandemia, y por otro, para mejorar el acceso a una salud digna a quienes viven con el virus, lo que ha motivado a activistas y organizaciones seropositivas a exigir su reforma. Entre los aspectos criticados se encuentran:

1. **Lenguaje obsoleto.** Usar palabras y frases precisas para referirse a cualquier situación en torno al VIH, resulta necesario para evitar nociones que den lugar a serofobia institucionalizada. Por ejemplo, deben abandonarse alusiones relativas a la idea de que el VIH “se contagia”, reemplazándolas por una noción de “transmisión del virus”. Así mismo, las personas “no se enferman” de VIH, sino que se trata de una condición crónica que no impide a la persona seropositiva seguir realizando sus actividades cotidianas, en la medida en que su adherencia al tratamiento le permita una buena calidad de vida: en ese sentido, es necesario abandonar conceptos como “padecer VIH”, reemplazándolos por “vivir con VIH”.
2. **Desregulación de la entrega terapias por periodos superiores a 30 días.** La ley no se hace cargo de las complejidades e ineficiencias asociadas a la obligatoriedad de que la persona seropositiva deba dirigirse mensualmente a su farmacia (pública o privada) a buscar su tratamiento antirretroviral que tienen duración mensual.³⁵¹
3. **Desregulación de la urgencia post exposición.** Actualmente, la normativa revisada sólo reconoce la existencia de la urgencia clínica post exposición al VIH en caso de accidentes de trabajadores de la salud a la hora de atender a una persona seropositiva, y en los casos de violencia sexual. Esto impide que el resto de la población que, por su acceso a información veraz y oportuna en materia de salud sexual, desea acceder de manera voluntaria, expedita y gratuita, al tratamiento disponible post exposición para prevenir una infección permanente de VIH, ya sea ante accidentes ocurridos durante el uso de profilácticos (rotura de condón) o por haber realizado prácticas de riesgo.

³⁵¹ Durante la pandemia del COVID-19, varios países promovieron la llamada “entrega de terapia multi-mes” a fin de que quienes vivan con VIH pudieran recibir los fármacos necesarios para que su tratamiento durara por 3 o más meses: así, se evita la innecesaria exposición al contagio de coronavirus por la realización de un trámite presencial repetitivo y previsible, que puede producir problemas de adherencia en el caso de que una persona se vea desmotivada a mantener de manera rigurosa su tratamiento por esta circunstancia. Con ello, además, se atiende a la recomendación de ONUSIDA en la materia, que incluso era previa a la pandemia de COVID-19.

Una regulación detallada en esta materia repercutiría en una disminución de nuevos casos de seroconversión, en especial si se potencia con programas de educación sexual libre de sesgos que pudieran limitar el acceso a la información disponible acerca de esta tecnología farmacológica. Además, permite enfrentar la desigualdad producida por el alto costo que tiene el tratamiento post exposición en el mundo privado, que se vuelve inaccesible para la mayoría de la población.

- 4. Falta de reconocimiento a la profilaxis pre-exposición.** En la misma línea de lo anterior, resulta oportuno promover desde la legislación, el uso de la profilaxis farmacológica pre exposición que aún no se había descubierto en el contexto en que se creó esta ley. Si bien, el Ministerio de Salud promovió un programa piloto desde 2019, como respuesta al explosivo aumento de casos nuevos de VIH; éste se encuentra priorizado para poblaciones clave, pero con un limitado presupuesto, lo que no ha permitido proyectar un uso más generalizado en estos grupos, que impacten efectivamente en una disminución de nuevos casos, razón por la que también resulta necesario incluir información sobre éste en programas de educación sexual y prevención de ITSs. Además, en el sistema privado de salud, la incorporación de este programa no es obligatoria para los prestadores de salud, quienes no tienen incentivos para implementar esta nueva tecnología farmacológica que perciben como un gasto, más que como una política de salud pública.

Un proyecto de ley que reforma la ley 19.779 fue presentado el 19 de mayo de 2023, con ocasión del día de la Vigilia Internacional en memoria de las víctimas del SIDA, y en él se incluyen varios de los aspectos mencionados en este título.³⁵²

3.4. LEY 20.609 QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

La LEY 20.609 QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, también conocida como ley antidiscriminación,³⁵³ fue aprobada el 8 y 9 de mayo de 2012,³⁵⁴ poco después del crimen de odio homofóbico que terminó con la vida de Daniel Zamudio Vera, en el Parque San Borja, en

³⁵² República de Chile Cámara de Diputadas y Diputados, “Boletín 15977-11: Modifica la ley N°19.779, que establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas, en materia de prevención, detección y no discriminación”, accedido 7 de septiembre de 2023, <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=16531&prmBOLETIN=15977-11>.

³⁵³ Véase nota al pie 282.

³⁵⁴ República de Chile Cámara de Diputadas y Diputados, “Boletín 3815-07: Establece medidas contra la discriminación” (2005), 3815-07, <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=4207&prmBOLETIN=3815-07>. Véase también la tramitación en el Senado en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=3815-07.

Santiago.³⁵⁵⁻³⁵⁶ Fue publicada en el Diario Oficial el 24 de julio de 2012 y fue una demanda constante de las organizaciones de la sociedad civil sobre sexualidades y género disidentes. Sus aspectos más relevantes se detallan en los siguientes subtítulos.

3.4.1. CATÁLOGO DE CATEGORÍAS PROTEGIDAS DE DISCRIMINACIÓN

El artículo 2 de la ley creó un listado de categorías respecto de las que más comúnmente existe discriminación, entre las que se encuentran la orientación sexual y la identidad de género. La expresión de género fue incorporada por el artículo 29 de la ley 21.120, entrando en vigencia el 27 de diciembre de 2019.

3.4.2. AGRAVANTE PENAL

El artículo 17 de la ley 20.609 modificó el artículo 12 del [Código Penal](#), incorporando el siguiente numeral 21 entre las agravantes penales:

«Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca».

Cabe señalar que la ley 21.120 no modificó la agravante penal, por lo que expresión de género no está contemplada de manera explícita.

3.4.3. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN A QUIENES EJERCEN LA FUNCIÓN PÚBLICA

La ley incorporó una referencia directa al artículo 2 de la ley 20.609, en las dos normas que establecen las prohibiciones que recaen a quienes ejercen la función pública: se trata del artículo 84 de la [ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo](#),³⁵⁷ y el artículo 82 del [Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales](#).³⁵⁸ En ambos cuerpos legales se incorporó el siguiente texto:

«Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2º, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la **discriminación arbitraria**, según la define el artículo 2º de la ley que establece medidas contra la discriminación».

³⁵⁵ Ximena Andrea Gauché Marchetti, “Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 5, n° 1 (30 de abril de 2014): 11–58, <https://doi.org/10.7770/rchdycp-V5N1-art708>. P. 36.

³⁵⁶ Véase causa RIT O-3539-2012 del 7º Juzgado de Garantía de Santiago, sentencia del 28 de octubre de 2013, en que se condenó a los asesinos de Daniel Zamudio Vera.

³⁵⁷ República de Chile Ministerio de Hacienda, «Decreto con fuerza de ley N° 29, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo» (2014), <http://bcn.cl/1x08o>.

³⁵⁸ República de Chile Ministerio del Interior, «Ley 18.883 que aprueba el Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales» (1989), <http://bcn.cl/1zwd3>.

En el caso del Estatuto Administrativo, también se modificó su artículo 125, estableciendo la sanción de destitución a quien incurriere en este tipo de prácticas.

3.4.4. ACCIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

El artículo 3 consagra una acción ante tribunales civiles, por acciones u omisiones que importe un acto de discriminación arbitraria, en virtud de la siguiente definición de la misma, presente en el artículo 2 de la ley:

«toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad».

Esta definición tiene una serie de problemas, que se analizan más adelante.³⁵⁹ La ley establece sus propias normas procesales, rigiendo subsidiariamente el Código de Procedimiento Civil. Sus características más importantes de la acción son:

- a. **Legitimación activa.** Puede interponerse por la persona afectada o por «*quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación*» de ésta. Si alguna de éstas no pudiere deducirla, lo podrá hacer cualquier persona.
- b. **Plazo.** Es de 90 días contados desde el hecho discriminatorio o desde que se toma noticia del mismo, siempre y cuando tampoco haya pasado un año desde el hecho.
- c. **Incompatibilidad.** La acción será denegada si también se ha interpuesto la acción constitucional de protección o amparo por los mismos hechos.
- d. **Suspensión provisional del acto reclamado.** Es una verdadera medida cautelar por cuanto se podrá pedir en cualquier momento del juicio, mientras haya apariencia de derecho y el acto vuelva inútil la acción o muy gravosa la restitución al estado anterior de cosas.
- e. **Informes, audiencias y prueba.** En la primera resolución, el Tribunal solicitará «informes» tanto al denunciado como a cualquiera que estime conveniente, que deberán ser evacuados en diez días. Posteriormente, el Tribunal citará a una audiencia que se realizará cinco días después de la última de las notificaciones, las que se harán por cédula. En ella, se llamará a conciliación y, de no producirse, en la misma audiencia se recibirá la causa a prueba o, en caso de no haber hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, se citará a oír sentencia.

³⁵⁹ Véase subtítulo 3.4.5.2. Definiciones relevantes.

Se admiten todos los medios de prueba, con un máximo de dos testigos por cada punto de prueba. También se permite al juez decretar medidas para mejor resolver dentro del plazo de 15 días.

f. **Sentencia.** En caso de que se declare que ha habido discriminación arbitraria, el Tribunal dejará sin efecto el acto que la produjo, o si se trata de una discriminación por omisión, ordenará que se realice éste, dentro de un plazo perentorio prudencial. Además, adoptará *«las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado»*. Por el contrario, si determina que la denuncia carece de todo fundamento, aplicará al denunciante, una multa entre 2 a 20 UTM a beneficio fiscal.

g. **Apelación.** El plazo es de cinco días, y el tribunal elevará los autos al día hábil siguiente. Se agregará extraordinariamente la causa a la tabla y las partes podrán ofrecer alegatos hasta el día previo a la vista de la causa. El recurso deberá fallarse en cinco días desde que quede en estado de fallo.

3.4.5. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY

Un obstáculo para el reconocimiento de las categorías sexogenéricas que terminaron siendo incorporadas a la ley, fue la gran resistencia de los sectores conservadores aduciendo ideas sobre “moral sexual”.³⁶⁰⁻³⁶¹⁻³⁶² Las organizaciones que promovían los derechos de la población de las diversidades sexogenéricas, por su parte, pujaron desde un inicio por la creación de una institucionalidad antidiscriminatoria que creara políticas públicas en la materia, pero ello no se concretó.³⁶³ Estas situaciones dieron paso a que, pese a que es una ley que busca proteger a todas las personas de la discriminación, públicamente se ha asociado a la población LGBTIQ+, en particular debido a que el asesinato homofóbico de Daniel Zamudio, catalizó la aprobación de esta ley. Con todo, los crímenes de odio lejos de disminuir, aumentaron,³⁶⁴ lo que motivó a un grupo de senadores a presentar un proyecto de reforma que contenía alguna de las modificaciones anheladas por la sociedad civil. A continuación, estudiaremos los principales cambios que podrían potenciar el impacto de la ley, en orden de importancia.

³⁶⁰ Ximena Gauché, op. cit. P. 35 y 38.

³⁶¹ El Mostrador, “El férreo bloqueo de la UDI, la Iglesia Católica y los evangélicos a la Ley Antidiscriminación”, 29 de marzo de 2012, <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/03/29/el-ferreo-bloqueo-de-la-udi-la-iglesia-catolica-y-los-evangelicos-a-la-ley-anti-discriminacion/>.

³⁶² MUMS, “Informe de Derechos Humanos y Discriminación 2006” (Santiago, Chile: MUMS Chile, 23 de octubre de 2006), http://www.mums.cl/wp-content/uploads/2020/11/Informe2006_Mums_v1.0.2.pdf. P. 59.

³⁶³ Ibidem, p. 56, 60 y 61. Obsérvense las propuestas de variadas institucionalidades levantadas por el “Foro por la No Discriminación”.

³⁶⁴ Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), “XIX Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile” (Santiago, Chile: MOVILH, marzo de 2021), https://drive.google.com/file/d/18P5_cccVJHJHIURqADylB5cNhj-vife/view, <https://www.movilh.cl/biblioteca/estudios/>. P. 18.

3.4.5.1. Institucionalidad antidiscriminatoria

Según consta en un informe del Movimiento por la Diversidad Sexual - MUMS,³⁶⁵ la presentación del proyecto que dio origen a esta ley, estuvo precedida de un trabajo articulado de organizaciones en el “Foro por la No Discriminación” gestionado desde el año 2000 por la Clínica de Acciones Interés Público y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales,³⁶⁶ del cual surgió en 2002 un anteproyecto que proponía, entre otras normas, la creación de una “Comisión Nacional por la Igualdad”, como un servicio público descentralizado y regionalmente desconcentrado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que ejecutara políticas públicas antidiscriminatorias.³⁶⁷ Entre los distintos órganos que lo compondrían, destaca la “Comisión Resolutiva Antidiscriminatoria”, que podría dictar medidas correctivas y reparatorias ante casos de discriminación.

Pese a las conversaciones que se realizaron con el gobierno de la época, el presidente Ricardo Lagos Escobar presentó un proyecto de ley el 14 de marzo de 2005,³⁶⁸ que si bien incluía algunos aspectos propuestos, no satisfizo los anhelos de la sociedad civil, en especial en materia institucional, lo que intentó ser incorporado en el segundo trámite constitucional, vía indicación del senador Alejandro Navarro,³⁶⁹ la que fue declarada inadmisibles por el presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Senado.³⁷⁰ Su diseño contemplaba un concejo de 12 miembros, compuesto por 5 representantes de la sociedad civil, 4 de instituciones públicas dedicadas al trabajo con grupos históricamente discriminados, y uno de cada poder del Estado.

³⁶⁵ En esa época, la sigla MUMS correspondía a “Movimiento Unificado de Minorías Sexuales”. Sin embargo, en 2010 cambia su nombre a “Movimiento por la Diversidad Sexual - MUMS”, a fin de “reflejar el dinamismo de orientaciones e identidades emergentes” y mantienen la sigla por lo conocida que era ésta dentro del activismo chileno de sexualidades y géneros. Véase <http://www.mums.cl/historia/>.

³⁶⁶ MUMS, “Informe de Derechos Humanos y Discriminación 2006”, p. 54 y ss.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 57.

³⁶⁸ Cámara de Diputadas y Diputados, Boletín 3815-07: Establece medidas contra la discriminación. Véase “Ingreso del proyecto”. Mensaje 315-352, de 14 de marzo de 2005, de su Excelencia el Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, conocido en Cuenta en Sesión 54, Legislatura 352.

³⁶⁹ *Ibidem*, véase, en el apartado “Indicaciones”, los boletines de indicaciones del 29 de junio de 2006, del 17 de julio de 2006 y del 19 de noviembre de 2007, indicación 73:

“Se creará un concejo para la prevención y eliminación de las formas de la discriminación. Será un organismo público autónomo, de participación ciudadana, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Para el cumplimiento de sus fines recibirá un presupuesto que le asigne la ley respectiva, pudiendo además obtener aportes de particulares y organizaciones no gubernamentales. Tendrá a su cargo prevenir y eliminar las formas de discriminación, mediante la promoción de políticas públicas y la elaboración de proyectos y propuestas a las instancias correspondientes que tiendan a fomentar la igualdad de oportunidades y de trato, así como idear medidas positivas y compensatorias en favor de la igualdad de oportunidades, para ser llevadas a cabo por el organismo correspondiente. / Este concejo constará de doce miembros: a) Un concejero elegido por cada uno de los tres poderes del Estado; b) Cuatro concejeros elegidos de entre las instituciones gubernamentales que tengan trabajo con grupos vulnerables. c) Cinco concejeros elegidos de entre las instituciones no gubernamentales que trabajen con grupos de vulnerabilidad social.”

³⁷⁰ República de Chile Biblioteca del Congreso Nacional, “Historia de la Ley N° 20609”, 24 de julio de 2012, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4516/HLD_4516_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf. P. 221.

Después de aprobada la ley, las organizaciones siguieron demandando la creación de una institucionalidad: sólo un año después, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) lanzó una campaña al respecto,³⁷¹ en la que propone:

“La creación de un servicio, instituto, consejo o ministerio por la diversidad y la no discriminación de alcance nacional y regional que sea dirigido por al menos un funcionario de cada uno de los ministerios del país, idealmente por los ministros, en coordinación y colaboración con organizaciones sociales que representen a cada uno de los sectores sociales amparados por la norma antidiscriminatoria.”³⁷²

En 2015, el Movimiento por la Diversidad Sexual - MUMS hizo lo propio,³⁷³ pero haciendo público un boceto de proyecto de ley que proponía un “Instituto Nacional de la Diversidad y la Inclusión (INADI)”, dirigido con un Consejo Nacional integrado por 2 consejeros electos por la Presidencia de la República, 2 por el Senado, 2 por la Cámara de Diputadas y Diputados y 4 por organizaciones de la sociedad civil.³⁷⁴ Por último, en 2022, la Fundación Iguales y el MOVILH hicieron de ésta su principal demanda en la marcha del orgullo.³⁷⁵

La academia también ha reconocido la necesidad de una institucionalidad antidiscriminatoria. El profesor Tomás Vial Solar, en un artículo publicado el año siguiente a la entrada en vigencia de la ley, ya advierte las negativas consecuencias institucionales y jurídicas de la carencia de ésta:

“Probablemente el aspecto más insuficiente de la nueva ley sea el referido a la falta de definición en los deberes del Estado respecto de las situaciones de discriminación, en particular aquellas de naturaleza estructural. Esto pues, pese a las declaradas intenciones expuestas en el mensaje presidencial, como también en la discusión legislativa, **no se consideró en forma concreta qué órgano estatal tendría bajo su responsabilidad el desarrollar las políticas públicas** que fueran capaces de prevenir y resolver las situaciones de discriminación.”³⁷⁶

³⁷¹ Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), “Institucionalidad antidiscriminación”, agosto de 2013, <http://www.movilh.cl/chilediverso/institucionalidad.html>.

³⁷² Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), “Por un Chile Diverso: Propuestas contra la discriminación” (Santiago, Chile, 2013), http://www.movilh.cl/chilediverso/por_un_chile_diverso-propuestas_contra_la_discriminacion.pdf. P. 23.

³⁷³ Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS), “Propuesta y campaña por la creación de un Instituto Nacional por la Diversidad e Inclusión, INADI”, 17 de agosto de 2015, <http://www.mums.cl/2015/08/campana-inadi/>.

³⁷⁴ Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS), “Propuesta de Proyecto de Ley: Crea el Instituto Nacional de la Diversidad y la Inclusión (INADI)” (Santiago, Chile, 17 de agosto de 2015), <http://www.mums.cl/wp-content/uploads/2014/10/Propuesta-Proyecto-de-Ley-INADI-PRESENTACION-MINJUS.pdf>. P. 20 y ss.

³⁷⁵ “A cinco días de la Marcha del Orgullo ejecutivo comienza el trabajo para crear una institucionalidad que prevenga la discriminación”, *El Mostrador (Braga)*, 30 de junio de 2022, <https://www.elmostrador.cl/braga/2022/06/30/a-cinco-dias-de-la-marcha-del-orgullo-ejecutivo-comienza-el-trabajo-para-crear-una-institucionalidad-que-prevenga-la-discriminacion/>; “Más de 80 mil personas: Marcha del Orgullo repleto la Alameda en Santiago”, *Diario UChile*, 25 de junio de 2022, <https://radio.uchile.cl/2022/06/25/mas-de-80-mil-personas-marcha-del-orgullo-repleto-la-alameda-en-santiago/>.

³⁷⁶ Tomás Vial Solar, “La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 9 (4 de junio de 2013): 183–91, <https://doi.org/10.5354/adh.v0i9.27043>. P. 184. El destacado es nuestro.

La jurista nacional Ximena Gauché Marchetti en un detallado análisis sobre la eficacia de la ley realizado dos años después de su entrada en vigencia, hace suya la misma crítica, agregando que la ausencia de institucionalidad es una insuficiencia frente a los estándares internacionales que ha definido la Corte IDH, que ha señalado que los Estados deben “debe organizar todo el aparato gubernamental y estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público”:³⁷⁷ esto lo extrae de la sentencia del caso Velásquez Rodríguez con Honduras de 1988, en la que, interpretando el alcance del artículo 1 sobre la obligación de los Estados de respetar los derechos, señala que implica

“el deber de los Estados Partes de **organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público**, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.³⁷⁸

Además de lo anterior, la academia también ha identificado dos posibles diseños institucionales: según el tipo de competencias y cantidad de órganos involucrados en la prevención de la discriminación, hablaremos de “modelo concentrado” cuando exista sólo una institución en la que se radica esta función; o de “modelo difuso” cuando dichas competencias se distribuyen en varias. Bellei Cornejo, analizando el Derecho comparado, identifica el primero en países como Alemania, Francia, Países Bajos, Reino Unido y Bolivia; mientras que quienes contarían con un modelo difuso, serían España, Argentina, México y Perú.³⁷⁹

Respecto a las atribuciones que tendría esta institucionalidad antidiscriminatoria, un artículo de Espacio Público concluye que son ocho las funciones clave que debería tener,³⁸⁰ que son casi las mismas que propone el profesor Vial en su artículo del 2013.³⁸¹ Éstas son:

- 1. Políticas transversales de no discriminación a largo plazo.** Una forma de concretarlas, sería a través de la elaboración periódica de Planes Nacionales Antidiscriminación. Tomás Vial sugiere que éstos contengan plazos predeterminados de ejecución y evaluación, y levanta una comparación con el sistema de examen periódico universal de Derechos Humanos.
- 2. Diseño de políticas públicas.** Permitiría una coordinación centralizada de iniciativas diversas que requieren coherencia integral cuando comprometan la acción de distintas

³⁷⁷ Ximena Gauché, op. cit. P. 51.

³⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (29 de julio de 1988). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

³⁷⁹ Bellei Cornejo, “Institucionalidad Antidiscriminación: Una perspectiva desde el derecho comparado. Documento de Referencia N°33.”, Documento de Referencia (Santiago, Chile: Espacio Público, 1 de agosto de 2016), <https://espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2021/05/DR33-con-Anexo-formateado.pdf>, https://espaciopublico.cl/nuestro_trabajo/institucionalidad-antidiscriminacion-una-perspectiva-desde-el-derecho-comparado-documento-de-referencia-n33/. P. 44 y ss.

³⁸⁰ María Eliana Arntz et al., “Chile Diverso: Institucionalidad para la Igualdad”, *Informe de Políticas Públicas*, Espacio Público, n° 10 (9 de agosto de 2016): 76. P. 34 y ss.

³⁸¹ Tomás Vial, op. cit., p. 186-187.

agencias estatales. Vial indica que debería tener atribuciones de coordinación como las que poseen el SERNAMEG y la CONADI.

3. **Asesoría técnica a otras reparticiones del Estado.** Aseguraría un enfoque de derechos humanos en políticas sectoriales.
4. **Acciones educacionales y de capacitación a funcionarios públicos.** Alojadas en una misma institución, garantizaría un espíritu interseccional en ellas.
5. **Promoción de una cultura transversal de no discriminación.** Esto podría traducirse en la realización de actividades oficiales que produzcan un positivo impacto cultural, como las realizadas en espacios públicos.
6. **Realización de estudios y estadísticas.** No existiendo otra institución a cargo de realizarlos de manera enfocada en estas materias, deben levantarse estudios como insumo necesario para la realización de las demás funciones.
7. **Revisión de normativa nacional según estándares internacionales.** Fortalecería el compromiso internacional adquirido en tratados internacionales en la materia.
8. **Recepción de denuncias e investigación y sanción de actos de discriminación.** Esta función remite a su vez, a la necesidad de definir el grado de alcance que pueda tener la institucionalidad en el conocimiento de hechos, por cuanto es distinto que sólo pueda asesorar a las víctimas, respecto de que pronunciarse a través de dictámenes o incluso imponer sanciones. Vial observa con buenos ojos el modelo de recepción de denuncias del SERNAC y el Consejo de la Transparencia, y las facultades de investigación que posee la Fiscalía Nacional Económica. Además, sugiere que dictamen administrativo pueda luego judicializarse.

Por último, y también relacionado con la creación de institucionalidades que dicen relación con los derechos de personas LGBTIQ+, cabe mencionar que en Argentina existe una “Subsecretaría de Políticas de Diversidad” dentro del Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad, creado en 2019,³⁸² y que atiende exclusivamente las necesidades de esta población.³⁸³

3.4.5.2. Definiciones relevantes

Habiendo identificado la falta de una institucionalidad antidiscriminatoria como la principal carencia de esta ley, también es posible identificar tres definiciones relevantes que resultan insuficientes para enfrentar la discriminación en el país: el **objetivo de la ley**, declarado en el inciso 1º del artículo 1º; el **mandato a los órganos de la Administración**, del inciso segundo del artículo 1º y; la **definición de discriminación**, del artículo 2º.

³⁸² República Argentina, “Decreto 7/2019 Ley de Ministerios” (2019), <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/223623/20191211>.

³⁸³ Véase <https://www.argentina.gob.ar/generos/secretaria-de-politicas-de-igualdad-y-diversidad/subsecretaria-de-politicas-de-diversidad>.

Respecto de lo primero, y en la misma línea del subtítulo anterior, la profesora Gauché observa que “no se busca terminar con las discriminaciones o **crear política pública**”, pese a que el proyecto original de 2005 decía que su propósito era “**prevenir y eliminar** todas las formas de discriminación”:³⁸⁴ en efecto, el artículo 1º finalmente aprobado, declara que el objetivo de la ley es “instaurar un **mecanismo judicial**”, y nada dice sobre erradicar o prevenir la discriminación, aspectos que tampoco aparecen en el mandato a los órganos de la Administración del inciso 2º, que señala

“Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a **garantizar** a toda persona, sin discriminación arbitraria, el **goce y ejercicio de sus derechos y libertades** reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

El profesor Vial critica que el deber no sea derechamente el de “eliminar prácticas discriminatorias”³⁸⁵ y por su parte, Gauché afirma que es una

“norma carente absolutamente de precisión (...) pues se trata de un deber genérico (que) no se ha traducido en una política pública a favor de la no discriminación con acciones y lineamientos concretos, ni en el establecimiento de plazos para ello, tema que debe ser modificado como se postula en el apartado siguiente.”.³⁸⁶

Si bien, algunos órganos de la Administración han impulsado políticas que en sus antecedentes normativos podrían hacer referencia a este mandato, es indudable que ello depende de la voluntad política de los jefes de servicio, y no del inexistente carácter perentorio del mismo. Respecto de lo genérico del mandato, Vial reprocha que no se precise “cómo se construirá esa política, quién la revisará, quién participará en su elaboración” y pone énfasis en que el mandato deja fuera al

“funcionamiento interno de los demás órganos del Estado, como son el Poder Judicial, el Congreso o el Ministerio Público. Por cierto que este deber debiera ser adaptado a las particulares competencias de cada uno de ellos.”.³⁸⁷

Otra definición problemática es la de discriminación arbitraria. Aparte de que el adjetivo “arbitraria” es anómalo respecto al reconocimiento internacional del derecho a la no discriminación; existe una diferencia central entre los requisitos que tiene la acción de la ley 20.609, respecto de los que tiene tanto la acción constitucional de protección, con la que también se puede resguardar el derecho a la no discriminación; como las acciones que se podrían ejercer en el sistema internacional de derechos humanos. Como lo explica el jurista chileno Iván Díaz, las acciones constitucional e “internacional”, exigen dos requisitos para que se configure la

³⁸⁴ Ximena Gauché, op. cit. P. 37.

³⁸⁵ Tomás Vial, op. cit., p. 184.

³⁸⁶ Ximena Gauché, op. cit. P. 42.

³⁸⁷ Tomás Vial, op. cit., p. 184.

discriminación: (i) que exista una distinción o diferencia de trato, y; (ii) que ésta carezca de justificación razonable. En cambio, la acción legal añade un tercer requisito que es, además, afectar el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental. Los tres requisitos aparecen explícitos en el texto del artículo 2:

“(i) Toda distinción, exclusión o restricción (ii) que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, (iii) y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Este tercer requisito adicional produce cuatro efectos:³⁸⁸

1. **Vacía de contenido el derecho a la no discriminación**, al requerir que deba vulnerarse otro derecho fundamental. Como lo afirma el profesor Hugo Tórtora, esto afecta su núcleo esencial, violando el artículo 19, número 26 de la Constitución, que establece el derecho a la no discriminación, privándolo de su carácter autónomo,³⁸⁹ el que además se encuentra asentado hace años en el sistema internacional de derechos humanos.³⁹⁰
2. **Disminuye la cantidad de casos tutelables por vía legal**, respecto de los susceptibles de protección constitucional o internacional.
3. **Impone exigencias probatorias adicionales a quien desea invocar la ley**, respecto de quien alega una discriminación en el marco de la Constitución o del Derecho internacional.
4. **Genera un desincentivo al uso de la acción de no discriminación de la ley**, frente a la acción constitucional de protección.

³⁸⁸ Iván Díaz García, “Ley chilena contra la discriminación: una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, *Revista chilena de Derecho* 40, n° 2 (agosto de 2013): 635–68, <https://doi.org/10.4067/S0718-34372013000200011>. P. 642.

³⁸⁹ Hugo Tórtora, “Proyecto de ley anti-discriminación: algunas ideas importantes.”, *Diario Constitucional*, 7 de abril de 2012, <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/proyecto-de-ley-antidiscriminacion-algunas-ideas-importantes/>.

³⁹⁰ Iván Díaz, op. cit., p. 638, notas al pie 9 y 10. Véanse también Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos, “Observación general n° 18: No discriminación”, 10 de noviembre de 1989, 18, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>. Párrafo 12 y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, “Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, 14 de diciembre de 1990, 3, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCESCR%2FGEC%2F4758&Lang=es. Párrafo 5.

Incluso la Corte Suprema ha hecho suyo este razonamiento en el informe que evacuó con ocasión del primer trámite constitucional del proyecto que reforma la ley en comento.³⁹¹

3.4.5.3. Jerarquización de derechos

Otro aspecto muy problemático de esta ley, se encuentra en lo dispuesto en el artículo 2º, inciso 3º, lo cual establece lo que se ha llamado la jerarquización de derechos. Señala dicha norma:

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

Sobre el inciso, Gauché señala

“En lo que estimamos es uno de los **puntos más criticables de esta ley**, desde una óptica de derechos humanos, los incisos 2.º y 3.º del mismo artículo 2 establecen una **cláusula de limitación general** al indicar que pueden producirse colisiones con otras garantías del catálogo de derechos, con una referencia imprecisa al ejercicio «legítimo» de otros derechos y una especial referencia a algunos numerales del artículo 19 de la Constitución. (...) Si se piensa desde una posible situación práctica, fácil es suponer que el conflicto podría darse por resuelto a priori por la ley a favor de uno de los derechos en juegos, pudiendo dar lugar a una verdadera **jerarquía de derechos**. De hecho, la primera sentencia dictada en un juicio en que se interpuso la acción de la Ley 20.609 —el mediático caso de una pareja de lesbianas que demandó a un motel por negarse a brindarles su servicio por su homosexualidad— tuvo en buena medida que ver con esta situación al argumentar los demandados en su defensa, junto con negar la discriminación, este inciso final del artículo 2 y el artículo 19 nro. 21 de la Constitución. Si bien la decisión final dio el favor a las demandantes, el problema está latente para casos futuros.”³⁹²

Analizando el contexto legislativo que dio origen a la ley, Bellei Cornejo concluye que

“La aprobación de la ley y el reconocimiento de las categorías que en definitiva fueron comprendidas tuvo, **como contrapartida, la inclusión de una excepción amplia** a favor del ejercicio de los restantes derechos que pueden encontrarse en colisión en los casos de discriminación, declarando nuestro legislador en el inciso final del artículo 2 (...) cuestión que ha sido interpretada por las organizaciones de la sociedad civil como una declaración del menor valor que presenta la igualdad frente a los otros derechos reconocidos.”³⁹³

³⁹¹ República de Chile Corte Suprema, “Oficio N° 8-2021 - Informe Proyecto de Ley N° 39-2020 (Boletín 12748-17)”, 19 de enero de 2021, <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=28031&prmTIPO=OFICIOPLEY>. Considerando 8º, p. 16-18.

³⁹² Ximena Gauché, op. cit., p. 40-41.

³⁹³ Bellei Cornejo, op. cit., p. 6.

Incluso, en el examen de constitucionalidad que realizó el Tribunal Constitucional una vez aprobada la ley, dos ministros estuvieron por declarar este inciso vulneratorio de la Carta Magna por dos motivos: (i) la regulación legal de un derecho constitucional no puede contemplar exigencias que hagan ilusorio o irrealizable su ejercicio, y; (ii) los límites que establezca el legislador al ejercicio de un derecho deben cumplir con el requisito de determinación y especificidad, sin afectar al derecho en su esencia.³⁹⁴

Por su parte, la Corte Suprema también ha criticado este aspecto, al valorar la sustitución propuesta por el Senado en el proyecto de reforma a la ley:

“La propuesta legal en este aspecto acierta, ya que lo relevante como factor de configuración será la falta de fundamento o de proporcionalidad, o la desviación del fin del acto discriminatorio. El Comité de Derechos Humanos ha señalado “que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se busca es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto.” En esta línea, se puede concluir que el proyecto aborda la crítica que se había realizado sobre este punto, **al entregar la realización del test de proporcionalidad o razonabilidad a la magistratura, otorgándole discrecionalidad para que defina la justificación caso a caso**, de acuerdo a las circunstancias concretas, como a su vez eliminando la referencia a otros derechos que puedan significar, prima facie, una justificación razonable para discriminar.”.

3.5. LEY 20.418 QUE FIJA NORMAS SOBRE INFORMACIÓN, ORIENTACIÓN Y PRESTACIONES EN MATERIA DE REGULACIÓN DE LA FERTILIDAD³⁹⁵

La ley 20.418 es la única normativa nacional que establece la obligación de todos los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado, a impartir educación sexual, pero limitándose a aspectos reproductivos y preventivos, dado que, en términos de la pedagoga chilena Arlette Poduje, la ley

«caracteriza la sexualidad desde sus posibles consecuencias negativas, como el embarazo adolescente y las ITS, reduciendo la sexualidad a la reproducción, **omitiendo otras prácticas sexuales y otros sujetos cuya sexualidad no está ligada a ésta**».³⁹⁶

En efecto, el artículo 1, inciso 2º de la ley señala:

³⁹⁴ Tribunal Constitucional, Control de constitucionalidad del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. (Boletín N° 3815-07), No. Rol N° 2231-2012-CPR (28 de junio de 2012). Sentencia definitiva, votos particulares II de ministros Vodanovic Schnake y Viera-Gallo Quesney, p. 15-17.

³⁹⁵ República de Chile Ministerio de Salud, “Ley 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad” (2010), 20418, <http://bcn.cl/2fbmh>.

³⁹⁶ Arlette Poduje Reyes, “Currículum y sexualidad: disputas y enfoques que habitan la educación sexual en Chile” (Universidad de Chile, 2020), <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/179721>. P. 28. Las negritas son nuestras.

«Dicha educación e información deberán entregarse [...] para decidir sobre los métodos de regulación de la fertilidad y, especialmente, para prevenir el embarazo adolescente, las infecciones de transmisión sexual, y la violencia sexual y sus consecuencias».

Por ende, la ley no exige un enfoque integral como condición para su implementación en los establecimientos educacionales, lo que obstaculiza la incorporación de perspectivas que velen por el reconocimiento de las personas LGBTIQ+ a nivel escolar.

Parte de lo anterior podría explicarse porque la ley nació bajo el alero del Ministerio de Salud, lo que según Poduje, sitúa al saber médico como autoridad en la materia, en detrimento del social y experiencial. Es una ley corta, cuyo propósito material era regularizar la entrega gratuita y confidencial de la píldora del día después a mayores de 14 años, lo que queda en evidencia por lo informado por los medios nacionales en ese momento,³⁹⁷ y por el tenor del mensaje presidencial del proyecto de ley, en el que hace un recorrido por la historia de la “regulación de la fertilidad” y de la evolución de las “actividades de planificación familiar”: de hecho, la palabra “educación”, sólo aparece en el último párrafo del mensaje.³⁹⁸

Todo lo anterior ha dado lugar a que la implementación de la obligatoriedad de impartir educación sexual se enfrenta a serias dificultades, las que se resumen en las siguientes tres, según el estudio de las investigadoras chilenas Claudia Dides, Cristina Benavente e Isabel Sáez:³⁹⁹

1. Tensiones institucionales por la superposición de los roles del Ministerio de Salud y de Educación en la materia.
2. Externalización del servicio como modelo de mercado basado en la competencia entre “proveedores” de programas de educación sexual.
3. Mecanismo de financiamiento poco definido y basado en modelo de “capacitaciones”.

Sobre el último punto, el análisis cuantitativo de las investigadoras a octubre de 2011, arrojó que sólo un 39% del presupuesto asignado había sido efectivamente ejecutado, impactando en sólo 466 establecimientos educacionales que recibían subvención estatal en esa fecha.⁴⁰⁰ Esto ubicó a Chile como el país con menor avance en la implementación en el ámbito de la educación sexual,

³⁹⁷ Cooperativa.cl, “Este martes el Gobierno presenta proyecto sobre la ‘píldora del día después’”, 30 de junio de 2009, <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/pildora-del-dia-despues/este-martes-el-gobierno-presenta-proyecto-sobre-la-pildora-del-dia/2009-06-30/100529.html>.

³⁹⁸ República de Chile Biblioteca del Congreso Nacional, “Historia de la Ley N° 20.418”, 28 de enero de 2010. Véase el mensaje del Ejecutivo, de fecha 30 de junio de 2009.

³⁹⁹ Claudia Dides Castillo, Cristina Benavente R, y Isabel Sáez A, *Seguimiento a la Ley 20.418: Prevención del embarazo adolescente, educación sexual y anticoncepción de emergencia* (Santiago, Chile, 2011), <https://www.icmer.org/documentos/adolescencia/te-educa-sexual-y-ae-chile%20AMConcha%2029.04.2013.pdf>. P. 29 y ss.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 32.

en la evaluación realizada por la Federación Internacional de Planificación Familiar sobre la situación en Latinoamérica.⁴⁰¹

Además, el sistema externalizado de proveedores del Ministerio de Educación, dio lugar a siete programas de sexoafectividad,⁴⁰² entre los cuales había algunos que calificaban a la homosexualidad como trastorno, entre otros contenidos erróneos.⁴⁰³

Ante esta situación, se presentaron cuatro iniciativas legislativas que pese a ser refundidos en el llamado proyecto de “Bases generales para la Educación Afectiva y Sexual de niños, niñas y adolescentes, en los establecimientos educacionales”; fue rechazado el 15 de octubre de 2020 por falta de quórum.⁴⁰⁴ Un año después, el 29 de septiembre de 2021 se insistió con el ingreso de un nuevo proyecto, el que no ha tenido avance a la fecha de esta investigación.⁴⁰⁵

3.6. LEY 20.830 QUE CREA EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL

El 22 de octubre de 2015 entró en vigencia la [ley 20.830 que crea el acuerdo de unión civil](#),⁴⁰⁶ contrato que consagra por primera vez, el reconocimiento jurídico a parejas del mismo género, a través de la creación del estado civil de «conviviente civil» en virtud de lo cual serán parientes, de acuerdo al artículo 42 del Código Civil, adquiriendo además parentesco por afinidad de los consanguíneos del otro. Es una ley corta con una gran cantidad de modificaciones a otros cuerpos legales con las que equipara gran parte de los efectos jurídicos del matrimonio con los del contrato de acuerdo de unión civil, con la excepción de su mecanismo de disolución, que es mucho más simple que el divorcio. Aparte de la muerte (natural o presunta) de algún contrayente, del matrimonio entre ambos y de la declaración judicial de nulidad; el acuerdo terminará por

⁴⁰¹ Flor Hunt, Erick Monterrosas Castrejón, y Ricardo Mimbela, *Evaluación de la implementación de la declaración ministerial: prevenir con educación - Su cumplimiento en América Latina 2008-2015* (New York, USA.: International Planned Parenthood Federation/ Western Hemisphere Region Inc., 2015), <http://salutsexual.sidastudi.org/es/registro/a53b7fb35a776666015aff97d5b0299>.

⁴⁰² La Tercera, “Mineduc anuncia los siete programas de educación sexual”, *La Tercera*, 28 de diciembre de 2010, <https://www.latercera.com/noticia/mineduc-anuncia-los-siete-programas-de-educacion-sexual/>.

⁴⁰³ La Tercera, “Ministro Beyer admite ‘error’ en programas escolares que catalogan la homosexualidad como ‘trastorno’”, *La Tercera*, 6 de junio de 2012, <https://www.latercera.com/noticia/ministro-beyer-admite-error-en-programas-escolares-que-catalogan-la-homosexualidad-como-trastorno/>.

También El Dínamo, “Programas de Ed. Sexual del Mineduc incorporan plan que califica a la homosexualidad como ‘trastorno’”, *El Dínamo*, 6 de junio de 2012, <https://www.eldinamo.cl/pais/2012/06/06/programas-de-educacion-sexual-del-mineduc-consideran-plan-que-califica-a-la-homosexualidad-como-trastorno/>.

⁴⁰⁴ Senado, República de Chile, “Boletín 11710-04: Modifica la ley N° 20.418, con el objeto de asegurar la obligatoriedad de impartir educación en sexualidad, afectividad y género dentro de los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado” (2020), http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11710-04.

⁴⁰⁵ Senado, República de Chile, “Boletín 14637-04: Dicta normas en materia de educación en afectividad, sexualidad y género” (2021), 14367, http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=14637-04.

⁴⁰⁶ República de Chile Ministerio Secretaría General de Gobierno, «Ley 20.830, crea el acuerdo de unión civil» (2015), <http://bcn.cl/1uvyy>.

mutuo acuerdo o por voluntad unilateral. En ambos casos, deberá constar en escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil.⁴⁰⁷

Otra diferencia esencial es que no permite la adopción: si bien, ni la ley de matrimonio civil ni el Código Civil determinan qué personas pueden adoptar, los artículos 20 a 22 de la [ley 19.620 que dicta normas sobre adopción de menores](#);⁴⁰⁸ determina un orden de prelación en que no están contempladas las parejas del mismo género, debiendo el juez preferir a cónyuges, incluso por sobre personas solteras. Esta situación, que tampoco fue resuelta con la aprobación de la ley 21.400 que consagra el matrimonio igualitario, da cuenta de la mantención de una lógica discriminatoria respecto de las parejas del mismo género para efectos de poder construir proyectos de vida que incorporen la crianza de hijos, en igualdad de condiciones respecto a las parejas heterosexuales.

Con todo, un aspecto destacable de esta ley es que modifica el artículo 226 del Código Civil, estableciéndose que el tribunal, al confiar el cuidado personal de hijos en caso de inhabilidad física o moral (típicamente, en caso de muerte) de algún progenitor, preferirá a los ascendientes de éste, y a su cónyuge o conviviente civil. Con esto, un conviviente civil podría acceder al cuidado personal de los hijos de su pareja, cuando ésta haya fallecido: con todo, esto no implica el reconocimiento de derechos filiativos, ni la adopción de dichos niños.

Respecto a los aspectos económicos, los derechos patrimoniales de cada conviviente civil no se alterarán con la celebración del acuerdo, a menos que pacten expresamente el régimen de «**comunidad de bienes**», en virtud del que los bienes adquiridos durante la vigencia de éste, se considerarán «*indivisos por mitades*», con excepción de los muebles de uso personal necesario. Con todo, podrán pactar el régimen de «separación de bienes» en todo momento, a través de escritura pública que deberá subinscribirse al margen de la inscripción del acuerdo, en un plazo máximo de 30 días, después de lo que tendrá efectos respecto de terceras personas.

Además, los convivientes civiles serán **herederos intestados y legitimarios** del otro, concurriendo a la sucesión de la misma forma que el cónyuge sobreviviente, siempre y cuando el acuerdo no haya expirado a la fecha de la declaración de la herencia. También les son aplicables las normas del Código Civil sobre desheredamiento (artículo 1208), sobre bienes familiares (artículos 141 a 149), incluyendo aquella de adjudicación preferente de éstos (artículo 1337,

⁴⁰⁷ Cuando se pone término al acuerdo por voluntad unilateral, deberá notificarse por receptor judicial en un plazo de 20 días hábiles desde la subinscripción del término; pero la falta de ésta sólo hará responsable de los perjuicios al ex conviviente negligente, y no afectará la validez del término. Con todo, no deberá notificarse a la otra parte si se encuentra desaparecido, se ignora su paradero o «*ha dejado de estar en comunicación con los suyos*»; y en todo caso, no podrá alegarse ignorancia después de tres meses de la subinscripción. En caso de término por voluntad unilateral, mutuo acuerdo o por declaración de nulidad, ambos convivientes civiles tienen derecho a compensación económica, según lo regulado en los artículos 62 a 66 de la ley 19.947.

⁴⁰⁸ República de Chile Ministerio de Justicia, «Ley 19.620, dicta normas sobre adopción de menores» (7d. C.), <http://bcn.cl/1uw1k>.

numeral 10), entre otras normas.⁴⁰⁹ Por otro lado, le conviviente civil **no podrá ser curador** del otro declarado disipador; pero sí podrá serlo del declarado demente, a menos que estén separades de bienes.

3.7. LEY 21.120 QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

La LEY 21.120 QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO (más conocida como ley de identidad de género)⁴¹⁰ fue aprobada después de cinco años de tramitación en el Congreso Nacional, y fue publicada en el Diario Oficial el 10 de diciembre de 2018. Entró en vigencia el 27 de diciembre de 2019, esto es 180 días después de la publicación de dos reglamentos: uno acerca del trámite administrativo para personas solteras mayores de 18 años, a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos,⁴¹¹ y otro que regula específicamente los programas de acompañamiento a los que deberán asistir adolescentes trans menores de 18 y mayores de 14 que deseen cambiar su nombre y sexo registral.⁴¹²

Es considerado el primer triunfo a nivel legislativo de la población trans en Chile, por cuanto crea mecanismos específicos para cambiar el nombre y sexo registral. Anteriormente, éstos se realizaban a través de procedimientos voluntarios ante los tribunales civiles, usando la ley 17.344 que autoriza el cambio de nombres y apellidos.⁴¹³ Sin embargo, en ellos ocurrían graves lesiones a la dignidad de personas trans, al ordenarse peritajes intrusivos, al exigirse modificaciones

⁴⁰⁹ Le conviviente civil también podrá: (i) reclamar las **indemnizaciones de perjuicios** por hechos ilícitos de terceros que causen el fallecimiento del otre, o que le impidan ejercerla por sí mismo; (ii) podrá ser **carga del otre en el sistema de salud** público o privado; (iii) será beneficiarie de la **cuota mortuoria**, regulada en el artículo 88 del Decreto ley 3500-1980, que establece nuevo sistema de pensiones; y de (iv) la **pensión de sobrevivencia** prevista en el artículo 5 de dicho cuerpo legal, siempre y cuando el acuerdo se encuentre vigente al momento del fallecimiento, y se haya celebrado un año antes, a menos que quien haya fallecido hubiera sido pensionado de vejez o invalidez, en cuyo caso el plazo aumenta a tres años (plazos que no se aplican si le conviviente civil sobreviviente está embarazada o existían hijos comunes al momento de la muerte). (v) También es beneficiarie del derecho a **desahucio y a percibir el sueldo** que corresponde hasta el último día del mes de la muerte del otre conviviente civil, según lo establecido en el Estatuto Administrativo y en el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. (vi) Por último, les convivientes civiles serán considerados **grupo familiar**, para efectos de la asignación de la **pensión básica solidaria**, en los términos del artículo 4 de la ley 20.255 que establece la reforma previsional.

⁴¹⁰ República de Chile Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, «Ley 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género» (2018), <http://bcn.cl/283xn>.

⁴¹¹ República de Chile Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Justicia, «Decreto 355, aprueba reglamento que regula el procedimiento administrativo de rectificación de partidas de nacimiento ante el servicio de registro civil e identificación, de conformidad a la ley n° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género» (2019), <http://bcn.cl/2byy2>.

⁴¹² República de Chile Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, «Decreto 3, aprueba reglamento del artículo 26 inciso primero de la ley n° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género» (2019), <http://bcn.cl/2bjol>.

⁴¹³ República de Chile Ministerio de Justicia, «Ley 17.344 que autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica» (1970), <http://bcn.cl/1v80p>.

corporales e incluso esterilizaciones, todo lo cual contraviene el estándar internacional en la materia.⁴¹⁴

La ley originalmente establecía tres procedimientos diferentes: uno de carácter administrativo para personas mayores de 18 años que se encuentren solteras; y otros dos de carácter judicial ante los Tribunales de Familia. El primero de estos últimos estaba destinado a personas que se encuentran casadas, pero fue derogado con la entrada en vigencia de la ley 21.400 que permitió el matrimonio entre personas del mismo género: su tramitación era muy parecida a un divorcio, con el efecto adicional de que se cambiaba el nombre y sexo registral de la persona solicitante, y su regulación específica obedeció a que se buscaba evitar que, a través del cambio de género de una persona casada, ocurriera en la práctica un matrimonio entre personas del mismo género.

El segundo trámite judicial aún vigente está destinado a personas menores de 18 y mayores de 14 años, toda vez que cuenten con la autorización de al menos un representante legal (normalmente la madre o el padre, a elección de le adolescente trans). La ley no contempla la posibilidad de que personas menores de 14 años puedan cambiar su nombre y sexo registral, pese a que los tribunales civiles ya los han autorizado en más de una ocasión haciendo uso de la citada ley 17.344. Así las cosas, respecto de niñas trans menores de 14 años, sólo existe protección específica a nivel escolar, a través de lo dispuesto en la Resolución Exenta 0812 de la Superintendencia de Educación.⁴¹⁵

También la ley establece cinco principios, entre los que destacan el de **no patologización** (artículo 5, letra a), en virtud del que nace el derecho de toda persona trans a no ser tratada como enferma, razón por la que también se prohíbe la realización de exámenes físicos al solicitante menor de 18 años (artículo 17, inciso 4°); y el de **interés superior del niño y de autonomía progresiva**, los que funcionan de manera complementaria en torno a la comprensión del desarrollo de la identidad de género en la niñez y la juventud.

A continuación, abordaremos los aspectos jurídicos más relevantes de analizar respecto de esta ley.

3.7.1. [SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA CATEGORÍA “EXPRESIÓN DE GÉNERO”](#)

El artículo 1, inciso 1° de la ley define el **derecho a la identidad de género** como

«la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos».

⁴¹⁴ Para más información acerca de estos procedimientos, véase Luis César Barrientos Paredes y Claudia Llanquilef Candia, «Jurisprudencia de los tribunales civiles de Santiago sobre solicitudes de rectificación de partida de nacimiento en cuanto al nombre y en cuanto al sexo formuladas por personas transexuales durante los años 2005-2009» (2012), <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112757>.

⁴¹⁵ República de Chile Superintendencia de Educación, “Resolución Exenta 0812, establece nueva circular que garantiza el derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en el ámbito educacional” (2021), <https://www.supereduc.cl/wp-content/uploads/2021/12/REX-No-0812-SUSTITUYE-ORD.-N-0768-DE-2017-DE-LA-SIE-Y-ESTABLECE-NUEVA-CIRCULAR.pdf>.

Luego el inciso 2º define a la **identidad de género** como

«la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento».

De esto, se deriva una **GARANTÍA ESPECÍFICA**, establecida en el artículo 4, que consiste en 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, 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».

A su vez, el artículo 4º establece una serie de garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género, entre las que se encuentra el reconocimiento y protección de la identidad y expresión de género. Tal y como aparece en los Principios de Yogyakarta + 10, la expresión de género no es lo mismo que la identidad de género: la diferencia radica en que la identidad está referida principalmente al nombre y pronombres utilizados para apelar a alguien; mientras que la expresión está referida a elementos externos, percibidos con los sentidos. Así las cosas, con la ley 21.120 se consagra un reconocimiento explícito en nuestro ordenamiento jurídico a ambas categorías sexogenéricas, lo que consideramos un avance sustantivo para la protección de personas trans, no binarias y de género diverso.

En la ley, la expresión de género es definida como

«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».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al definir en una sentencia el mismo concepto, también incluye «*el peinado o utilización de artículos cosméticos*», agregando que «*la expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida*».⁴¹⁶

En efecto, la identidad y la expresión de género no necesariamente coinciden, dado que no son reducibles a dos categorías, femenino y masculino, sino que son más bien comprendidas como un espectro, con lo que aparecen conceptos como «persona no binaria», «expresión de género andrógina» o «agénero», entre otros. Si bien, éstos no están expresamente reconocidos por la ley de identidad de género, sí pueden estar dentro de su ámbito de protección de manera indirecta a través de las garantías descritas en los párrafos anteriores, las que pueden invocarse en correlación con instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Por su parte, el artículo 29 de la ley de identidad de género también agregó a la expresión de género dentro del artículo 2 de

la ley anti discriminación, con lo que también está incorporado dentro de su ámbito de protección.

La Corte IDH considera a la identidad de género como un

«concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, 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».

Más adelante, señala que

«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 éste. 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».⁴¹⁷

3.7.2. SOBRE LA VOLUNTARIEDAD DE LAS MODIFICACIONES CORPORALES

Desde el artículo 1º, inciso 3º se establece que el cambio de nombre y sexo registral «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». Con ello, se establece la voluntariedad de las modificaciones corporales.

Ante los abusos cometidos contra personas trans en los tribunales civiles antes de la existencia de esta ley, el artículo 2, inciso 2º es más específico al señalar que

«**En ningún caso** el órgano administrativo o judicial, según se trate, **podrá exigir modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante**, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, para dar curso, rechazar o acoger las rectificaciones referidas en el inciso precedente».

Su importancia es tal que luego es reiterado en el artículo 4, inciso 2º, que señala que

«Ninguna persona natural o jurídica, norma o procedimiento, podrá limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer **otros requisitos que los contemplados por esta ley** para el ejercicio de este derecho. 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».

La idea que está detrás de estas normas es que *«Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas»*.⁴¹⁸

3.7.3. SOBRE INNECESIDAD DE REPRESENTACIÓN JUDICIAL

Respecto al trámite judicial, el inciso 3° del artículo 13 de la ley 21.120, establece como norma supletoria, la LEY 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA. Sobre la exigencia de comparecer en juicio con patrocinio de abogado, el inciso final del artículo 18 de la ley 19.968, libera de esta exigencia a los procedimientos establecidos en el título IV, entre los que se encuentran los actos judiciales no contenciosos en su párrafo 3°: sostenemos que los procedimientos de la ley 21.120 deben ser considerados como no contenciosos, por cuanto no establecen posibilidad de oposición por parte de terceras personas, por lo que no es requisito comparecer con patrocinio de abogado, tal y como ha ocurrido en los primeros casos conocidos por los Tribunales.⁴¹⁹ Esta circunstancia facilita el acceso a este trámite cuando son sustanciados por jueces que conozcan la realidad de las personas trans; pero por otro, podría exponer a las personas a un posible trato discriminatorio por parte del mismo tribunal de la que sería difícil poder defenderse sin la asistencia de un abogado, por el lenguaje técnico que es necesario manejar en un proceso.

3.7.4. SOBRE LA AUTONOMÍA DEL ADOLESCENTE PARA INCORPORARSE A LOS PROGRAMAS DE ACOMPAÑAMIENTO

Los programas de acompañamiento son un requisito que eventualmente puede exigir el tribunal de familia para conceder la solicitud de cambio de nombre y género registral del menor de 18 y mayor de 14 años. Están definidos en el artículo 23, como

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

Su regulación específica está entregada a un reglamento del Ministerio de Desarrollo Social y la Familia, y de Salud, que fue publicado el 29 de agosto de 2019,⁴²⁰ y cuyo artículo 4 establece que podrán ser ofrecidos por el Estado, o por las personas jurídicas sin fines de lucro debidamente acreditadas: en este punto, el contenido más significativo del reglamento son las acciones mínimas que debe contemplar y que se encuentran enunciadas en el artículo 9, entre las que están la evaluación psicosocial, las visitas domiciliarias (al hogar, escuela o establecimiento de redes de apoyo), las consultas con psicólogo, la intervención familiar y el acompañamiento en toma de decisiones. El inciso final del artículo señala además que la entidad prestadora debe garantizar la

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁴¹⁹ Así ocurrió en los casos de roles R-1-2019, del 2° Juzgado de Familia de Santiago, R-1-2020, del Juzgado de Familia de Ancud y R-1-2020, del Juzgado de Familia de Puerto Montt.

⁴²⁰ Véase República de Chile Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, «Decreto 3, aprueba reglamento del artículo 26 inciso primero de la ley n° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género» (2019), <http://bcn.cl/2bjol>.

disponibilidad de psiquiatras, ya sea a través de profesionales propios o de convenios con otras entidades.

Al programa de acompañamiento puede incorporarse el adolescente por sí mismo de manera autónoma, aunque no cuente con la aprobación de sus progenitores, o de sus representantes legales o familiares, y debe asistir a él durante al menos un año. Durante el trámite de toma de razón del reglamento por parte de la Contraloría, la Asociación OTD Chile (Organizando Trans Diversidades) hizo una presentación en la que defendió este punto, después de lo cual el reglamento fue devuelto a la Subsecretaría de la Niñez, la que eliminó el requisito de autorización de representante legal para acceder a los programas de acompañamiento, que había sido incorporado en la primera versión del reglamento.

En efecto, la ley 21.120 no regula con detalle los programas ni establece barreras de acceso al mismo a adolescentes que quieran ingresar al mismo. El argumento de la Asociación era que el artículo 23 de la ley 21.120 establece un «derecho de acceso» a los programas de acompañamiento, que puede ser caracterizado como un programa social, y que los sujetos respecto de quien está establecido son, según el tenor literal de la norma, los adolescentes trans y sus familias, poniendo énfasis en que, siendo sujetos diferentes, el hecho de que los familiares no ejerzan ese derecho de acceso a los programas de acompañamiento, no debe obstar a que el adolescente trans sí pueda incorporarse voluntariamente a los programas.⁴²¹ En el escrito, se compara esta situación con el artículo 6 del reglamento de la ley 20.418, que permite la entrega de métodos anticonceptivos de emergencia a personas menores de 14 años, con la obligación para el funcionario que lo entregue, de informar de este hecho al progenitor o adulto responsable que le mismo niño señale.⁴²² Del mismo modo, el inciso final del artículo 5 del reglamento de los programas de acompañamiento, establece que la voluntad del adolescente de participar en los programas deberá ser informada al representante legal que elija.

Del programa de acompañamiento, debe emanar un informe que podrá ser presentado ante el Tribunal de Familia en el trámite judicial de cambio de nombre y sexo registral.

Por último, el reglamento establece que siempre podrá cambiarse de entidad prestadora del programa de acompañamiento, en cuyo caso ésta tiene la obligación de entregar todos los registros de las atenciones realizadas.

3.7.5. SOBRE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE NIÑES Y ADOLESCENTES EN EL CAMBIO DE NOMBRE Y SEXO REGISTRAL

Casi en la totalidad de los casos, los representantes legales de un niño o adolescente serán sus progenitores, aunque, como veremos, la regulación varía en el caso de que éstos no vivan juntos.

⁴²¹ Véase Contraloría General de la República, «Tramitación de Reglamentos: N° 3 de 2019, Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de la Niñez», 16 de agosto de 2019, <https://www.contraloria.cl/web/cgr/tramitacion-de-reglamentos>. Sección “Reglamentos tramitados”, año 2019. Documento 8, Presentación del 30-julio-2019.

⁴²² Ministerio de Salud (2011): *Decreto Supremo 49 que aprueba el reglamento para el ejercicio del derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad*, <http://bcn.cl/1vxgt>.

El hecho de que la representación legal de niños corresponda a sus progenitores, es efecto de la aplicación del artículo 264 del Código Civil, en concordancia con el artículo 244: el primero exige que la comparecencia en juicio de un “hijo” debe hacerse autorizado o representado por

“el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta”.

Por su parte, el artículo 244, señala que

“La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.”

Por tanto, la representación judicial de un niño o adolescente recaerá en quien detente la patria potestad, que en la mayoría de los casos serán ambos progenitores, quienes habrán de autorizar o representar conjuntamente en juicio al hijo en cuestión. Con todo, cabe destacar que la regulación específica del trámite de cambio de nombre y sexo registral establece una excepción a esta norma general, por cuanto el artículo 14 de la ley 21.120 establece que la solicitud ante el Tribunal de Familia

“deberá ser presentada por sus representantes legales o alguno de ellos, a elección del mayor de catorce y menor de dieciocho años, si tuviere más de uno.”

Por lo anterior, y por aplicación de la regla general integrada con la regulación específica de la ley 21.120, existiendo dos representantes legales en la mayoría de los casos (los dos progenitores), la solicitud podrá ser presentada ante el Tribunal de Familia, por ambos, o bien, por uno de ellos, elegida por el niño o adolescente trans en cuestión.

Ahora bien, podría ocurrir que exista sólo un representante legal, como efecto de que la patria potestad quede radicada sólo en una persona, lo que ocurrirá en los siguientes casos: (i) cuando exista acuerdo entre los progenitores para radicar la patria potestad en sólo uno de ellos, a través de escritura pública o acta ante el Registro Civil (artículo 244, inciso 1° o artículo 245, inciso 2°); (ii) cuando un juez ha radicado la patria potestad en sólo uno de los progenitores (artículo 244, inciso 4° o artículo 245, inciso 2°), o; (iii) cuando los padres viven separados, en cuyo caso, “la patria potestad será ejercida por quien tenga el cuidado personal del hijo” (artículo 245, inciso 1°). En todos estos casos, al existir sólo un representante legal, el niño o adolescente trans, por aplicación del artículo 14 de la ley 21.120, sólo podrá elegir a dicho progenitor, por ser quien detenta la patria potestad y, por ende, el único que tiene su representación legal.

Si este único representante legal se niega a presentar la solicitud, la vía judicial que queda es que el otro progenitor solicite al Tribunal de Familia que se le otorgue o la patria potestad o el cuidado personal. En el primer caso, resulta relevante la referencia al “interés del hijo” que aparece tanto

en el artículo 244 inciso 4º, y 245 inciso 2º, a fin de justificar que el cambio de género registral es beneficioso para le niño o adolescente en cuestión. Respecto del segundo caso, será importante que le adolescente manifieste su adhesión a la idea de convivir con le progenitor solicitante, por cuanto ese es el principal efecto de la figura del cuidado personal. En ambos casos, si el Tribunal accede a la solicitud, entonces ese progenitor podrá presentar la solicitud de cambio de nombre y sexo registral de su hijo.

Por último, si ninguno de los representantes legales desea presentar la solicitud, es muy probable que le adolescente esté siendo víctima de violencia intrafamiliar transfóbica, lo que vuelve urgente la intervención de sus redes de apoyo escolares, familiares o de los mismos programas de acompañamiento a los que podría haberse incorporado de manera autónoma le mismo adolescente, según lo explicado arriba. En casos graves, los Tribunales de Familia pueden otorgar el cuidado personal a otra persona adulta responsable del adolescente, distinta a sus progenitores, por aplicación del artículo 226 del Código Civil. También esta última norma es la que aplica cuando los progenitores del niño o adolescente han fallecido o se han ausentado de su crianza, en cuyo caso, un tribunal debe otorgar el cuidado personal (y con ello la patria potestad) a otros adultos responsables: si se ha asignado el cuidado personal a más de una persona, también le niño o adolescente podrá elegir entre éstos, por aplicación del artículo 14 de la ley 21.120.

Por último, en el caso de niños y adolescentes bajo la tutela del Estado, el cuidado personal será detentado por el director de la residencia en que se encuentre, por aplicación del artículo 24, inciso 6º de la ley 21.302 que crea el Servicio Nacional de Protección especializada a la Niñez y Adolescencia.

3.7.6. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY

Si bien la ley 21.120 ha sido un hito muy significativo para la población trans, existen críticas respecto a lo que finalmente estableció la ley:⁴²³

1. **Críticas a la judicialización del trámite.** Desde la sociedad civil, señalan que todo requisito que suponga la intervención de una tercera persona para autorizar u otorgar validez a la manifestación de una persona trans respecto de su voluntad de cambiar su nombre y sexo registral, es una vulneración a su derecho a la autodeterminación de su identidad de género. Por lo anterior, tanto la intervención de un tribunal, como la exigencia de testigos, o el requisito de autorización de un representante legal en caso de menores de 18; son mirados con sospecha. Así las cosas, las organizaciones trans siempre han sido partidarias de un trámite administrativo. En el caso de niños y adolescentes, se plantea el desafío de compatibilizar la sustracción del trámite del ámbito judicial, con los resguardos necesarios para que niños y adolescentes puedan realizar actos jurídicos, desde una perspectiva no adultocentrista, ante el Registro Civil, reconociendo su derecho a la autonomía progresiva, garantizado en el mismo artículo 5, letra f de la ley 21.120.

⁴²³ Asociación OTD Chile, “Comunicación Pública, con la Ley de Identidad de Género avanzamos un primer paso pero...”, 27 de diciembre de 2019, <https://otdchile.org/comunicadoleydeidentidaddegenero/>.

Respecto de este punto, resulta interesante lo planteado por los profesores Lathrop y Espejo quienes recalcan lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño:

«Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que **el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.**».

Al respecto señalan:

«Esta norma no debe ser entendida como la **concesión de derechos plenos a los padres o representantes legales de los NNA sobre esos mismos NNA (...)**: es un derecho que los padres o representantes legales de los NNA ejercen **en contra del Estado y no en contra de los propios NNA**».⁴²⁴

2. **Cambio de sexo en menores de 14 años.** La Asociación OTD Chile critica que les niñas que quedaron excluidos del trámite judicial de cambio de sexo registral, son quienes están más expuestas al suicidio: según el catastro que realizaron en 2017, 56% de las personas trans chilenas ha intentado suicidarse, y de este grupo, un 57% lo ha intentado antes de los 15 años.⁴²⁵
3. **Legitimación activa para la terminación del matrimonio.** La ley 21.400 de matrimonio igualitario, eliminó el trámite judicial para que personas casadas pudieran cambiar su nombre y sexo registral, y lo sustituyó por una vía excepcionalísima para solicitar la terminación del matrimonio, dentro de seis meses desde la notificación que ha de realizar el Registro Civil al acoger la solicitud de cambio de sexo registral (artículo 19 de la ley 21.120).⁴²⁶ Sin embargo, esta vía está establecida sólo para el cónyuge de la persona trans y no para esta misma, y considerando que la otra forma de terminar un matrimonio sería a través de un juicio de divorcio, resulta discriminatorio que no esté establecido dicho derecho para ambas partes.
4. **Género no binario.** La ley 21.120 nada dice respecto a la existencia de géneros no binarios, los que, sin embargo, sí han sido reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos. En efecto, en la icónica Opinión Consultiva 24-17 de la Corte Interamericana de

⁴²⁴ Nicolás Espejo Yaksic y Fabiola Lathrop Gómez, “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes: comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, *Revista de Derecho (Coquimbo)* 22, n° 2 (30 de octubre de 2014): 393–418, <https://doi.org/10.4067/S0718-97532015000200013>. P. 410.

⁴²⁵ Asociación OTD Chile, “Informe sobre Encuesta T - Primera encuesta para personas trans y de género no conforme en Chile” (Santiago de Chile, octubre de 2017), <https://otdchile.org/biblioteca/encuesta-t-2/>.

⁴²⁶ República de Chile Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Ley 21.400 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo” (2022), <https://bcn.cl/30q72>. Véase artículo 9, numeral 9, que reemplaza el artículo 19 de la ley 21.120.

Derechos Humanos, del año 2017, incorporó un glosario sobre sexualidades y géneros, que en la definición de “transgénero o persona trans” señala:

«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.».⁴²⁷

Posteriormente, y con ocasión del día de la visibilidad trans en 2021, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló

«la CIDH recuerda que las personas no binarias son aquellas que no se identifican única o completamente como mujeres o como hombres; es decir, que trascienden o no están incluidas dentro del binario mujer-hombre. (...) La Comisión resalta que la identidad y expresión de género de las personas, incluyendo las no binarias, son categorías protegidas contra la discriminación.».⁴²⁸

Respecto de los derechos que les asisten a las personas no binarias, la Comisión señala

«la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos concluyó que los Estados deben garantizar la rectificación de la imagen, nombre y anotación del género o, en su caso, sexo en los registros y documentos legales, de conformidad con la identidad y expresión de género de las personas interesadas. En el caso de las personas no binarias, la CIDH ha destacado que, en algunos Estados de la región, existe la posibilidad de contar con un marcador de género neutro ("X") en los documentos de identificación personal [pero] en la mayoría de Estados de la región, las personas no binarias no cuentan con acceso a la rectificación registral y, como consecuencia, ven vulnerado su derecho a la identidad/expresión de género. Lo anterior tiene consecuencias en el ejercicio de sus actividades diarias, incluyendo el ámbito educativo, laboral, médico y electoral, resultando en la negación de sus derechos humanos, incluyendo los derechos económicos sociales, culturales y ambientales (DESCA).».⁴²⁹

5. **Veces que se puede cambiar el nombre y sexo.** El artículo 9 de la ley 21.120 señala que mayores de 18 podrán cambiar su nombre y sexo hasta dos veces. Respecto a personas que ya realizaron una rectificación de sexo siendo menores de 18, el artículo 12 señala que “una vez que alcancen la mayoría de edad, podrán requerir una nueva rectificación en conformidad a los procedimientos que correspondan”. Por tanto, una persona durante su

⁴²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica - Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Véase Glosario (Título IV.A, párr. 30 y ss), acápite “h) Tránsgendero o persona trans”.

⁴²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Día Internacional de la Visibilidad Trans: la CIDH llama los Estados a garantizar el derecho a la identidad de género de las personas no binarias”, *Comunicado de prensa No. 079/21*, 31 de marzo de 2021, <http://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/079.asp>.

⁴²⁹ *Ibidem*.

vida podría cambiar su sexo registral, en total, una vez entre los 14 y 18, y dos veces más después de esa edad. Esta regulación dice relación con la estabilidad que requeriría el sistema jurídico respecto del dato personal que es el sexo registral, frente a la cantidad de veces que una persona podría transitar de género. Si bien, este último tema excede el objeto de esta investigación, una forma de compatibilizar ambos aspectos podría conseguirse de mejor manera estableciendo un límite de tiempo dentro del que no se puede volver a cambiar de sexo registral, más que de “un número de veces en la vida”, a fin de resguardar el derecho a la autodeterminación de la identidad de género.

Varios de los aspectos mencionados en este título, están recogidos en un proyecto de ley que reforma la ley 21.120, que fue presentado en mayo de 2022.⁴³⁰

3.8. LAS CATEGORÍAS SEXOGENÉRICAS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CHILENO

A partir de la revisión realizada en este capítulo, podemos observar que la recepción de conceptos asociados a las sexualidades y los géneros en el Derecho chileno ha sido **más lenta y menos esquematizada que la que observamos en el Derecho internacional** en el capítulo anterior. Desde ya, sólo tres de las cuatro categorías han sido incorporadas en la ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, mientras que el concepto de “características sexuales” sólo ha sido incorporado en la ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia. Respecto del concepto de “orientación sexual”, es interesante destacar que su recepción en 2007 en el Reglamento sobre infecciones de transmisión sexual del Ministerio de Salud, fue un cambio muy significativo para terminar con la grave discriminación que implicaba la patologización a la diversidad sexual que contenía su versión anterior, heredada de la dictadura cívico-militar.⁴³¹ Este ejemplo es muy elocuente para demostrar cómo el reconocimiento de las categorías sexogenéricas fundamentales, puede derogar normativa anticuada, inspirada por añejas estigmatizaciones a la población LGBTIQ+.

Con todo, y como señalábamos al final del capítulo anterior, el reconocimiento de las categorías por sí solo, no transforma inmediatamente las condiciones de vida de disidentes sexogenérics y son más bien la respuesta institucional a la colectiva resistencia de la población LGBTIQ+ a la “cisheteronormatividad”, entendida como un sistema “implícito” de normas que dirige a la sociedad a la cisgeneridad y cisheterosexualidad obligatorias. Bajo este marco, resulta útil **distinguir entre las normas que explícitamente producen o reproducen la exclusión de personas LGBTIQ+; de aquellas áreas del Derecho que, en sus silencios, producen implícitamente desde el sistema jurídico, dicha exclusión.** Un ejemplo de las primeras son las recién mencionadas normas patologizantes de la diversidad sexual, derogadas por el

⁴³⁰ República de Chile Cámara de Diputadas y Diputados, “Boletín 14985-34: Modifica la ley N°21.120 y otros cuerpos normativos, en materia de reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género” (2022), <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15498&prmBOLETIN=14985-34>.

⁴³¹ Véase el análisis realizado en la introducción del título 3.3 sobre la ley de VIH.

Reglamento sobre infecciones de transmisión sexual del 2007 del Ministerio de Salud; o el mismo artículo 365 del Código Penal, que derechamente penalizaba el sexo consentido entre adultos del mismo género, y que fue completamente derogado recién en 2022. Por su parte, para identificar las segundas – esto es, aquellas normas implícitas que producen exclusión- debemos evaluar críticamente aquellas insuficiencias del Derecho que generan discriminación, pobreza y violencias sobre la población LGBTIQ+, lo que, como ya vimos, también son consecuencia de la criticada noción clásica de “sujeto de derechos”

Es en este orden de cosas en que las leyes descritas en este capítulo serán analizadas en este título conclusivo. En primer lugar, la **ley 19.779 sobre VIH**, si bien atiende a la emergencia de una pandemia antes inexistente, la respuesta legislativa demoró casi dos décadas desde que el virus fue descrito a principios de los años 80. Si bien, el SIDA fue reconocido en 1984 en un reglamento, el tratamiento a quienes vivían con VIH sorteaba una enorme cantidad de inhumanas dificultades antes de la garantía de atención que consagró la ley 19.779. Una de las más obvias explicaciones a esta demora, dice relación con la concentración de la pandemia en disidentes sexogénriques, lo que dio lugar a prejuicios serofóbicos, mezclados con homotransodio en todas partes del mundo. Con el grado de mortalidad y daño que produjo el SIDA en millones de personas, es incomprensible que los Estados no reaccionaran legislativamente con la rapidez que, por ejemplo, pudo apreciarse durante la pandemia del COVID en 2020, que exigió una serie de reformas legales que permitieran las adaptaciones urgentes que produjo dicha tragedia. Sin embargo, con la pandemia del VIH, los primeros países que aprobaron leyes para proteger a quienes vivían con el virus, fueron aquellos en donde la sociedad civil se organizó para visibilizar la profundidad del desamparo en el que quedaron las comunidades más afectadas, y en ello, las organizaciones de hombres homosexuales, de personas trans y en general, de las diversidades sexogénriques, tomaron un protagonismo esencial.

En segundo lugar, la **ley 20.609 antidiscriminación**, fue la fórmula legislativa utilizada por el sistema político chileno para intentar dar una primera respuesta a las deficiencias del concepto de “sujeto de derechos” que, desde los feminismos, analizamos críticamente en el capítulo primero: dicha crítica es válida no sólo respecto de la exclusión de mujeres y disidencias que inspira esta investigación, sino que, desde una perspectiva interseccional, también respecto de una serie de grupos de la población que quedaron plasmados en el listado de categorías protegidas de discriminación de su artículo 2º de la ley 20.609. En sí, la existencia de leyes antidiscriminación son el reconocimiento más elocuente de que la mera declaración constitucional de la igualdad ante la ley, no es suficiente para evitar la estigmatización fundada en diversos prejuicios, con lo cual dicho principio (de igualdad ante la ley) requiere como contracara, una prohibición de discriminación, no sólo como enunciado también constitucional, sino que con el detallado establecimiento de medidas afirmativas dirigidas a grupos desaventajados, y también con sanciones para quienes incurran en actos de discriminación. Como se explica en el subtítulo respectivo, la ley sólo se encarga de lo segundo y con una serie de trabas, y respecto de lo primero, nos remitimos a lo indicado acerca de la necesidad de una institucionalidad antidiscriminatoria.

En tercer lugar, la **ley 20.830 que crea el acuerdo de unión civil** es un caso interesante para criticar desde la óptica de la cisheteronormatividad, por cuanto -respecto de la población homosexual- fue una fórmula intermedia para, por una parte, mantener vigente la redacción heterosexista del artículo 105 del Código Civil, que establecía el matrimonio entre “un hombre y una mujer”; pero, por otra, atender a la demanda del movimiento de la diversidad sexual respecto de la necesidad de regular los efectos civiles de las parejas del mismo género. Es decir, al permitir la unión civil entre personas del mismo género, se crea una norma especial y un contrato específico, para enfrentar los efectos sistémicos de la legislación homofóbica del matrimonio, pero manteniendo vigente este último: por lo tanto, antes de la aprobación del matrimonio igualitario, convivió un contrato homofóbico con uno igualitario en materia de regulación de la vida en pareja. Con todo, esta afirmación debe ser morigerada al observar la utilidad que significó el acuerdo de unión civil para parejas heterosexuales, quienes son la mayoría que lo usan.⁴³²

En cuarto lugar, la **ley 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad**, que analizamos por tratarse de la única normativa obliga a los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado, a impartir educación sexual, podríamos tratarla como un ejemplo de ley que buscó hacerse cargo de la inexistencia de un cuerpo normativo que se encargara de desarticular la cisheteronormatividad a través de la enseñanza sobre cuestiones relativas a sexualidades y géneros; pero que en la práctica pasó a la irrelevancia, por el nulo desarrollo que dio a esta necesidad social. Por tanto, los prejuicios y la discriminación que subsiste en torno a las diversidades y disidencias sexogenéricas no cuentan con un cuerpo legal que les enfrente en el ámbito escolar.

Por último, la **ley 21.120 de identidad de género**, es el ejemplo más paradigmático de normativa que derechamente busca derogar una de las bases de la cisgeneridad obligatoria, de momento en que autoriza el reconocimiento registral de la transgeneridad, con las limitaciones que ya se criticaron: desglosando la definición que propusimos de “cisgeneridad obligatoria”,⁴³³ cabe destacar que, si bien, la “división binaria de todas las personas, basada en las características sexuales” se mantendrá mientras siga existiendo el registro de género al nacer; esta ley termina con el “mandato (legal) a identificarse durante toda la vida” con sólo un género. Aún falta el reconocimiento de géneros fuera del binario femenino-masculino, pero es un significativo paso

⁴³² La Tercera, “Cada día los chilenos prefieren más los Acuerdos de Unión Civil que los matrimonios para casarse”, 16 de abril de 2024, <https://www.latercera.com/que-pasa/noticia/acuerdos-de-union-civil-poco-a-poco-desplazan-a-matrimonios-como-la-principal-forma-de-casarse-en-el-pais/ZKC6DVKTBVH2BFS4EFAY2XFQ4Q/>.

⁴³³ Transcribimos aquí, para tenerla a la vista: “La cisgeneridad obligatoria crea una división binaria de todas las personas, basada en las características anatómicas sexuales predominantes en la población, y que produce en ellas un mandato a identificarse durante toda la vida con sólo uno de dos únicos géneros posibles, en virtud de la relación mimética entre sexo y género (Butler); a cada uno de los cuales se asignan arbitrariamente ciertos trabajos o roles sociales (división sexual del trabajo) y también predeterminados usos lingüísticos, estéticos, kinésicos, cognitivos, conductuales, afectivos y eróticos, entre otros, que también se traducen en la heterosexualidad y heteroafectividad obligatoria”.

para la legitimidad jurídica y, con ello, social, de las identidades trans, más allá de que la discriminación, pobreza y violencias que la misma cisgeneridad obligatoria sigue produciendo, persistirá y requerirá de más legislaciones y políticas públicas para hacerle frente, como la ya mencionada ley antidiscriminación, educación sexual integral, entre otras.

El reconocimiento de las categorías sexogenéricas fundamentales ha sido resultado de un largo proceso de transformaciones en el abordaje, estudio y tratamiento de las sexualidades y géneros en las ciencias sociales, lo que, como afirmábamos en las conclusiones del capítulo anterior, es resultado de la movilización, incidencia y cabildeo del movimiento social de las diversidades y disidencias sexogenéricas, que ha impactado una serie de ámbitos, como la cultura o también el Derecho: las leyes analizadas aquí son algunos ejemplos exitosos de dicha movilización, la que es antecedida por incontables interrelaciones sociales que terminaron en la legislación de lo estudiado aquí. Sin embargo, el Derecho constituye sólo una órbita de poder, y por ello el poner el foco en el “sistema implícito de normas” que producen discriminación, resulta necesario para identificar qué áreas del ordenamiento jurídico podrían contribuir con la erradicación de la discriminación. Son estos cambios los que pueden contribuir enormemente para que la historia se vaya aproximando a una ciudadanía que permita el pleno ejercicio de derechos en igualdad de condiciones para quienes disidamos del binarismo de género y de la cisheteronormatividad.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación, hemos estudiado cómo el Derecho, influido por el desarrollo que en otras ciencias sociales ha habido acerca de las sexualidades y géneros, ha recepcionado lentamente nuevas nociones acerca de la no discriminación que han permitido el reconocimiento de las personas LGBTIQ+ como sujetos de derechos civiles, políticos y sociales. Ello ha sido posible gracias al aporte crítico de la teoría iusfeminista y de las teorías *queer* sobre el contractualismo clásico, sobre la distinción entre sexo y género, y sobre otras reflexiones que han impactado en el desarrollo doctrinario del derecho a la igualdad y no discriminación. En efecto, la exclusión de las mujeres del “pacto originario” observada por Pateman, fue nuestro punto de partida para luego entender a la heterosexualidad obligatoria como un régimen político que Wittig invoca desde un enfoque lesbofeminista, y que Preciado amplía a la noción de “contrato social heterocentrado”, criticando a la naturaleza como orden legitimador de la subordinación de ciertos sujetos sobre otros. Esta reflexión tiene una línea de continuidad con la crítica a la noción de igualdad universalizadora del sujeto de derechos, que, en términos de De Cabo, borra las diferencias y frente a lo cual preferimos un **modelo de igualdad que recoja la diversidad y la subjetividad**. Para construirlo, resulta nuclear el cuestionamiento de Butler a que sean las mujeres la única sujeta del feminismo, puesto que, para evitar la uniformidad y universalidad que ya justificó la exclusión de las mujeres de la configuración patriarcal de la noción moderna de sujeto de derechos; propone que la política feminista admita como requisito metodológico, la construcción variable de la identidad, lo que nos permite introducir la multiplicidad de diferencias sexogénicas bajo el modelo de diversidad y disidencia desarrollado en este trabajo.

Con esa base, el paso siguiente fue identificar cómo en las ciencias sociales, evolucionó conceptualmente a lo largo del siglo XX específicamente, la comprensión del sexo y el género, y con ello, de la diversidad sexual (como grupo de la población). Fue esta evolución la que sometimos a examen desde la teoría *queer*, lo que nos condujo a la adopción de un **enfoque transfeminista disidente, esto es, situado desde la disidencia sexogénica (como posicionamiento político) para una lectura *queer* o marica del Derecho**: con la articulación de todos estos elementos como corpus teórico, pudimos conceptualizar a **la cisheteronormatividad como un sistema implícito de normas que conduce estructuralmente a la sociedad a la cisheterosexualidad y cisgeneridad obligatorias**, las que también constituyen un régimen político que produce discriminación, pobreza y violencia en personas LGBTIQ+. Con esto, el enfoque transfeminista disidente se traduce en esta investigación, en una teoría crítica del Derecho que nos motiva a analizar el derecho internacional y nacional bajo esa óptica.

En dicho análisis, advertimos la importancia de **cuatro categorías sexogénicas fundamentales: (i) orientación sexual; (ii) identidad de género; (iii) expresión de género y; (iv) características sexuales**. Son conceptos que constituyen elementos de la personalidad sobre la sexualidad y género de cada persona, cuyo reconocimiento jurídico ha sido paulatino,

de la mano de su aceptación en las ciencias sociales, pero, sobre todo, de la incidencia política de las organizaciones y movimientos sociales en torno a la población LGBTIQ+. Evidencia de ello es el hito que constituyó la difusión pública de los Principios de Yogyakarta, en cuya redacción las categorías ocupan un rol esencial, y los que, pese a no emanar ni de una declaración ni de un tratado de un órgano institucional, tuvo un impacto enorme en las ciencias jurídicas, siendo un instrumento esencialmente doctrinario, nacido de la potencia del activismo. Si bien, en el derecho internacional hay una escasa recepción de las categorías en instrumentos vinculantes (sólo en dos tratados interamericanos se incluyen tres de las cuatro categorías), existe un prolífico abordaje y reconocimiento de ellas en diversos pronunciamientos, tanto de órganos diplomáticos como en mecanismos de denuncia internacional, tanto en el sistema universal como interamericano, algunos de los cuales citan explícitamente a los Principios de Yogyakarta.

El reconocimiento más amplio se da respecto de la categoría de “orientación sexual”, por ser la primera invocada en dichas instancias, pero también por la historia del movimiento social en torno a las sexualidades y géneros, dentro del que en sus inicios, predominó la causa de “liberación gay”.⁴³⁴ Le siguió, a partir de la mayor visibilidad pública del movimiento trans durante la última década, el reconocimiento del de “identidad de género”, la que también está íntimamente ligada a la “expresión de género”, y más recientemente ha ido ganando espacio el de “características sexuales” para la protección de las personas intersex.

En el derecho internacional, identificamos cuatro estándares jurídicos que se aprecian en la diversidad de pronunciamientos: (i) se reconocen a las categorías sexogénicas fundamentales como **categorías protegidas de discriminación**, lo que se ha traducido en (ii) una protección paulatinamente más especificada respecto de derechos distintos al de igualdad y no discriminación, **primeramente, respecto de los civiles y políticos y, luego, respecto de los derechos sociales**. Otro estándar muy relevante es que (iii) este reconocimiento **amplía la noción tradicional de familia en el Derecho**, por el potencial afectivo de las relaciones entre personas LGBTIQ+; y, por último, (iv) el reconocimiento es parte de la **adopción de un enfoque interseccional de la discriminación**, por la serie de instrumentos en los que se abordan las sexualidades y géneros en relación a otros grupos históricamente excluidos. Una fuente importante para la construcción de estos estándares, han sido los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial el caso de Karen Atala e hijas vs. Chile, y la Opinión consultiva 24-17 solicitada por Costa Rica, mientras que, en el sistema universal, destacan los numerosos fallos del Comité de Derechos Humanos (el primero se remonta a 1982), pero también las elocuentes observaciones generales del Comité DESC, CEDAW y del Niño, algunas referidas a las ECOSIEG (esfuerzos para cambiar la orientación sexual, identidad o expresión de género, popularmente llamadas “terapias de conversión”) y sobre las que también existe un reporte específico del experto independiente en la materia, nombrado por el Consejo

⁴³⁴ Véase la explicación del desarrollo del concepto de diversidad sexual en el título 1.4 y en específico, la nota al pie 51.

de Derechos Humanos de la ONU, por ser considerada la vulneración más grave que afecta a la población LGBTIQ+ en todo el mundo.

Todo este desarrollo en el derecho internacional lo caracterizamos como la respuesta institucional a la colectiva resistencia de las personas LGBTIQ+ a la cisheterosexualidad obligatoria, a través del reconocimiento de las categorías sexogenéricas fundamentales que funcionan como dispositivos jurídicos que procesan las impugnaciones políticas del movimiento de diversidades y disidencias sexogenéricas en torno a la discriminación, pobreza y violencia que produce la cisheteronormatividad. Con todo, **este reconocimiento, como mecanismo esencialmente lingüístico, pero también jurídico, es insuficiente, por cuanto no transforma inmediatamente las condiciones de vida de la población LGBTIQ+ y por las limitaciones que tiene el Derecho como institución y ciencia**, que no sólo es ineficiente al atender las desigualdades sociales, sino que derechamente podría reproducirlas o perpetuarlas: tanto los pronunciamientos de órganos diplomáticos como los litigios estratégicos en sede internacional tienen impactos limitados, los primeros por no contar con dispositivos coactivos relevantes, y los segundos, por tratarse de recursos de última ratio, llegan a estas instancias luego de años de impunidad, y sólo gracias a la férrea asesoría jurídica probablemente proporcionada por defensores de derechos humanos u organizaciones sociales. Con todo, valoramos ambos tipos de instrumentos por su innegable incidencia, no sólo en operadores jurídicos que puedan usarlos en el sistema judicial interno de los países, sino que también por el debate político y social que motivan, lo que dependerá de su nivel de recepción en las autoridades y medios de comunicación.

En el derecho chileno, si bien también observamos con atención el reconocimiento de las cuatro categorías sexogenéricas fundamentales, que calificamos como más lento y menos esquematizado; también pudimos distinguir -usando la conceptualización que construimos en torno a la cisheteronormatividad- entre aquellas **normas que explícitamente producen discriminación, de aquellas que, en sus silencios, la perpetúan**. Ejemplo de las primeras son el artículo 365 del Código Penal que sancionaba las relaciones sexuales consentidas entre hombres; o el artículo 102 del Código Civil, que definía el matrimonio como un contrato entre un hombre y una mujer. Con todo, las leyes de despenalización de la homosexualidad, o la creación del acuerdo de unión civil y luego, del matrimonio igualitario, no estuvieron exentos de nuevas fórmulas de discriminación que reproducen la exclusión. Así, en el primer caso, para llegar a la despenalización total, hubo más de una reforma necesaria antes de llegar al establecimiento de una misma edad de consentimiento sexual sin distinción entre homosexuales y heterosexuales; mientras que, en el segundo caso, la aprobación del acuerdo de unión civil mantuvo la discriminación a homosexuales respecto del matrimonio, y una vez que terminó ésta, se mantuvo la discriminación, pero respecto a la adopción de hijos. De esta manera, bajo la óptica de los estándares observados en el derecho internacional, confirmamos en el derecho nacional, una lenta progresividad en la protección al acceso de derechos civiles por parte de la población LGBTIQ+, incluso en la transformación de la noción tradicional de familia que también constatamos dentro de dichos estándares.

Este desarrollo progresivo del Derecho de sexualidades y géneros, está inserto en una serie de legislaciones que han tenido que sortear la falta de consenso en la opinión pública local, expresada principalmente en la negativa de los **sectores más conservadores de la política, los que han buscado caracterizar estos avances como supuestos beneficios para un grupo de la población, cuando en realidad lo que hacen dichas normas es garantizar derechos**, ya enunciados en el ámbito internacional, en el SIDH, y que la población LGBTIQ+ no puede ejercer en igualdad de condiciones en virtud de la cisheteronormatividad que es posible advertir desde la lectura *queer* del Derecho que hemos adoptado.

Un ejemplo de dicha circunstancia es la manera en que la ley 20.609 antidiscriminación ha sido incorrectamente sindicada como una norma en “beneficio”, principalmente, de las diversidades sexogenéricas, pese a proteger a una serie de grupos de la sociedad expuestos a exclusiones injustificadas, lo que consta en el objetivo de la ley enunciado en su artículo 1º, que es “*restablecer eficazmente el imperio del Derecho*” ante un acto de discriminación, incluyendo un mandato a la Administración del Estado a elaborar políticas que garanticen “*a toda persona (...) el goce y ejercicio de sus derechos*”. De hecho, la ley ha sido mayoritariamente usada por personas en situación de discapacidad:⁴³⁵ observada críticamente, la ley antidiscriminación es el reconocimiento más elocuente de la insuficiencia de la declaración constitucional de igualdad ante la ley para evitar la estigmatización de grupos de la población fundada en prejuicios, que es el efecto social de la noción del “sujeto de derechos” construido por la Modernidad. Por ello, es una ley que, en vez de ser derogatoria de normas explícitamente excluyentes, viene a suplir los vacíos existentes en ciertas áreas del Derecho que implícitamente perpetúan la discriminación.

Si bien, es innegable que la ley logró ser aprobada luego del brutal crimen de odio homofóbico que terminó con la vida de Daniel Zamudio Vera; el interés del movimiento de la diversidad sexual en esta normativa se remonta a los primeros anteproyectos de ley de principios de la década del 2000⁴³⁶ y dice relación con que ésta podía constituir la primera aproximación legal a la consagración explícita de la igualdad de derechos para personas LGBTIQ+ en nuestro ordenamiento jurídico, al mencionarse explícitamente como categorías protegidas de discriminación, la orientación sexual y la identidad de género. Es un contexto histórico en el que recién estaba despenalizada la homosexualidad y se veían muy lejanos avances posteriores que pudimos constatar en esta investigación, como la ley de identidad de género o el acuerdo de unión civil.

Respecto a otras leyes que analizamos del derecho nacional, también clasificamos como normas que suplen vacíos existentes, la ley 19.779 de VIH, 20.418 y la ley 21.120 de identidad de género,

⁴³⁵ Según el rastreo hecho por la Fundación Iguales, de un total de 87 acciones interpuestas en 2017, 15 fueron por discapacidad, 11 por orientación sexual y 10 por ideología política, mientras que, en 2018, de 71 acciones, 21 fueron por discapacidad, 13 por orientación sexual y 9 por nacionalidad. Véase Fundación Iguales y Jorge Lucero Rossel, “Acciones interpuestas en virtud de la ley 20.609 entre el 2017 y febrero de 2020” (Santiago, Chile: Fundación Iguales, febrero de 2020), <https://www.iguales.cl/wp-content/uploads/2016/01/Informe-2017-2018-an%C3%A1lisis-LAD-Fundaci%C3%B3n-Iguales.pdf>.

⁴³⁶ Véase nota al pie 367.

todas las que, al igual que las de despenalización y la de acuerdo de unión civil, **vuelven a tener insuficiencias a causa de la falta de consenso que advertíamos en el ámbito político, lo que distorsiona la capacidad del ordenamiento jurídico de recepcionar los estándares internacionales identificados en torno a la no discriminación de personas LGBTIQ+.** Si la primera de ellas, vino tardíamente a atender la extrema vulnerabilidad en la que se encontraban las personas viviendo con VIH, hoy no ha tenido si no dos reformas marginales que le han impedido actualizarse a las recomendaciones más recientes en la materia, precisamente por la complejidad del debate público en torno al tema. Por las mismas razones, la ley 20.418 no fue capaz de desarrollar ampliamente un enfoque integral de educación sexual que permitiera incluir elementos dirigidos a prevenir la discriminación a personas LGBTIQ+, mientras que la última mencionada, de identidad de género, derechamente excluyó a jóvenes mayores de 14 años del procedimiento expedito establecido para la adultez y privó completamente del cambio de nombre y género a la niñez, ambas cuestiones contrarias a lo recomendado en la Opinión consultiva 24-17 de la Corte IDH.

Todas estas leyes requieren reformas para adecuarse a los estándares internacionales: la ley 20.609 antidiscriminación, a la fecha de esta investigación, es objeto de un debate legislativo que incluiría la creación de una institucionalidad antidiscriminatoria entre cuyas funciones se incluirían varias de las sugeridas por la sociedad civil en el análisis hecho en este trabajo, lo que podría acercar nuestro Derecho a los estándares identificados, por cuanto podría generar recomendaciones de política pública en diversos ámbitos.

La falta de consenso en la opinión pública acerca de la importancia de un modelo de igualdad desde la perspectiva de la diversidad y de la subjetividad de cada persona; es una amenaza a la protección, sin discriminación, de los derechos humanos de los diferentes grupos de la población que más se alejan de la noción tradicional del “sujeto de derechos” de la Modernidad. Por ello, es esencial el rol que cumplen el movimiento social de las diversidades y disidencias sexogenéricas, movimientos feministas, y en general, de todos aquellos que, representando a grupos históricamente excluidos, promueven enfoques interseccionales en las políticas públicas y en el goce y garantía de derechos, lo que, como observamos en este trabajo, tiene un enorme potencial transformador de las ciencias sociales, entre ellas, las jurídicas, a fin de promover nuevas institucionalidades jurídicas que superen la discriminación y, desde una lectura *queer* del Derecho, que enfrenten la cisheteronormatividad como “orden social cisheterosexual” que produce pobreza y violencia a la población LGBTIQ+.

Sin embargo, pese a que el Derecho Internacional de Derechos Humanos ofrece estándares interesantes para la configuración de dicho modelo de igualdad, en la actualidad parecen ser cada vez más populares, en distintas partes del mundo, los sectores que niegan, no sólo su importancia, sino que incluso la autoridad de las instancias de diálogo multilateral que lo sustentan y que en las últimas décadas otorgaron cierta estabilidad a las complejas relaciones entre los distintos países del mundo. Frente a este escenario, tanto los múltiples operadores jurídicos, desde la academia a los tribunales, como también activistas y dirigentes de los

movimientos sociales y de la política institucional, han de convertirse en **defensores de un *ethos* colectivo que contenga un compromiso inquebrantable con la lucha contra toda forma de discriminación** y que comprendan que, así como la diversidad es un valor de la vida en sociedad; la disidencia es un camino de emancipación a los mandatos implícitos que han reprimido el libre desarrollo de la identidad y de proyectos de vida que se fugan de la hegemonía. Esta investigación busca, para ser parte de dicho compromiso, recepcionar en el Derecho, los postulados de las disidencias sexogenéricas, y de ese modo aportar con la erradicación de la discriminación de las personas LGBTIQ+ en una disciplina que muchas veces consolidó su opresión y mantuvo su exclusión. Por ende, es, en parte, también un ejercicio de emancipación.

BIBLIOGRAFÍA

“Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles”. Yogyakarta, 10 de noviembre de 2017. http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf.

Arntz, María Eliana, Robert Funk, Eleonora Nun, Camila Palacios, Pablo Simonetti, y Verónica Undurraga. “Chile Diverso: Institucionalidad para la Igualdad”. *Informe de Políticas Públicas*, Espacio Público, n° 10 (9 de agosto de 2016): 76.

Asociación OTD Chile. “Comunicación Pública, con la Ley de Identidad de Género avanzamos un primer paso pero...”, 27 de diciembre de 2019. <https://otdchile.org/comunicadoleydeidentidaddegenero/>.

———. “Informe sobre Encuesta T - Primera encuesta para personas trans y de género no conforme en Chile”. Santiago de Chile, octubre de 2017. <https://otdchile.org/biblioteca/encuesta-t-2/>.

Bancroft, John. “Alfred C. Kinsey and the Politics of Sex Research”. *Annual Review of Sex Research* 15, n° 1 (1 de marzo de 2004): 1–39. <https://doi.org/10.1080/10532528.2004.10559818>.

Bascuñán Rodríguez, Antonio, Jaime Couso Salas, Juan Pablo Cox Leixelard, Felipe de la Fuente Hulaud, José Ángel Fernández Cruz, José Luis Guzmán Dálbora, Héctor Hernández Basualto, et al. “La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. Informe en Derecho”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 14 (2011): 73–109. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2011.28556>.

Biblioteca del Congreso Nacional, República de Chile. “Historia de la Ley N° 19.617”, 12 de julio de 1999. <http://s.bcn.cl/22yh8>.

———. “Historia de la Ley N° 20609”, 24 de julio de 2012. https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4516/HLD_4516_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

———. “Historia de la Ley N° 20.418”, 28 de enero de 2010.

———. “Historia de la Ley N° 21483”, 24 de agosto de 2022. https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/8044/HLD_8044_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8044/>.

Briffa, Tony. “Tony Briffa Writes on ‘Disorders of Sex Development’”. *Intersex Human Rights Australia*, 8 de mayo de 2014. <https://ihra.org.au/26808/tony-briffa-on-dsd/>.

Brown, David. “Making Room for Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law: An Introduction to the Yogyakarta Principles”. *Michigan Journal of International Law* 31, n° 4 (2010): 821–79.

Butler, Judith. *Desbacer el género*. Traducido por Patricia Soley-Beltran. Paidós studio 167. Barcelona: Paidós, 2006.

———. *El género en disputa*. 2ª ed. Santiago, Chile: Planeta Chilena, 2018.

Castillo Muñoz, Natalia, y Pablo Vidal Rojas. “Oficio 27.273. Estado del proceso de ratificación de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.”

Cámara de Diputados de Chile, 15 de mayo de 2019. <https://www.camara.cl/verdoc.aspx?prmTIPO=OFICIO&prmID=127263&DESTINOID=81203>.

https://www.camara.cl/fiscalizacion/oficios_fiscalizacion/detalle_oficio.aspx?prmIdOficio=127263.

Catrileo Araya, Antonio Calibán. *Awkan epupillan mew: dos espíritus en divergencia*. Pehuén Editores. Santiago, Chile, 2019.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Día Internacional de la Visibilidad Trans: la CIDH llama los Estados a garantizar el derecho a la identidad de género de las personas no binarias”. *Comunicado de prensa No. 079/21*, 31 de marzo de 2021. <http://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/079.asp>.

———. “En el Día Internacional de la Memoria Trans, CIDH urge a los Estados a aumentar la expectativa de vida de las personas trans en América”, 20 de noviembre de 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/137.asp>.

———. “Registro de violencia contra personas LGBT”. Washington, D.C, 17 de diciembre de 2014. <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/Anexo-Registro-Violencia-LGBTI.pdf>. <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/registro-violencia-lgbt.html>.

———. *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Organización de los Estados Americanos, 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>.

Comité de Derechos del Niño, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Ante la discriminación y vulneración de sus derechos, los jóvenes LGBT e intersex necesitan reconocimiento y protección Para el Día Internacional contra la Homofobia, la Bifobia y la Transfobia”, 13 de mayo de 2015. <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15941&LangID=S>.

Cooperativa.cl. “Este martes el Gobierno presenta proyecto sobre la ‘píldora del día después’”, 30 de junio de 2009. <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/pildora-del-dia-despues/este-martes-el-gobierno-presenta-proyecto-sobre-la-pildora-del-dia/2009-06-30/100529.html>.

Cornejo, Bellei. “Institucionalidad Antidiscriminación: Una perspectiva desde el derecho comparado. Documento de Referencia N°33.” Documento de Referencia. Santiago, Chile: Espacio Público, 1 de agosto de 2016. <https://espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2021/05/DR33-con-Anexo-formateado.pdf>. https://espaciopublico.cl/nuestro_trabajo/institucionalidad-antidiscriminacion-una-perspectiva-desde-el-derecho-comparado-documento-de-referencia-n33/.

Corte Suprema, República de Chile. “Oficio N° 8-2021 - Informe Proyecto de Ley N° 39-2020 (Boletín 12748-17)”, 19 de enero de 2021. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=28031&prmTIPO=OFICIOPLEY>.

De la Rosa Jaimes, Verónica. “Una aproximación a la noción de igualdad sustancial”. *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos* 1, n° 3 (1 de enero de 2006).

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5539>.

De Lauretis, Teresa. “Género y teoría queer”. *Mora: Revista del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género*, n° 21 (29 de abril de 2014): 107–18.

Diario UChile. “Más de 80 mil personas: Marcha del Orgullo repletó la Alameda en Santiago”. 25 de junio de 2022. <https://radio.uchile.cl/2022/06/25/mas-de-80-mil-personas-marcha-del-orgullo-repleto-la-alameda-en-santiago/>.

Díaz Flores, Joselyn de los Ángeles, y Jessica Andrea Zúñiga Cáceres. “El delito de sodomía del Artículo 365 del Código Penal: reafirmación del paradigma falo(go)centrista de la moral social sexual bajo el pretexto de la protección de la autodeterminación sexual”. Universidad de Chile, 2016. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/139690>.

Díaz García, Iván. “Ley chilena contra la discriminación: una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”. *Revista chilena de Derecho* 40, n° 2 (agosto de 2013): 635–68. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372013000200011>.

Dides Castillo, Claudia, Cristina Benavente R, y Isabel Sáez A. *Seguimiento a la Ley 20.418: Prevención del embarazo adolescente, educación sexual y anticoncepción de emergencia*. Santiago, Chile, 2011. <https://www.icmer.org/documentos/adolescencia/te-educa-sexual-y-ac-chile%20AMConcha%2029.04.2013.pdf>.

Dirección General de Asuntos Jurídicos, Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile. “RREE. (DIGEJUR) Oficio público N° 7487”, 19 de julio de 2019. https://www.camara.cl/verdoc.aspx?prmTIPO=OFICIO_FISCALIZACION_RESPUESTA&prmID=81190.

Drescher, Jack. “Out of DSM: Depathologizing Homosexuality”. *Behavioral Sciences* 5, n° 4 (4 de diciembre de 2015): 565–75. <https://doi.org/10.3390/bs5040565>.

El Dínamo. “Programas de Ed. Sexual del Mineduc incorporan plan que califica a la homosexualidad como ‘trastorno’”. *El Dínamo*, 6 de junio de 2012. <https://www.eldinamo.cl/pais/2012/06/06/programas-de-educacion-sexual-del-mineduc-consideran-plan-que-califica-a-la-homosexualidad-como-trastorno/>.

El Mercurio Online. “Proyecto pretende derogar norma que sanciona ofensa a buenas costumbres”. 12 de diciembre de 2007. <https://www.emol.com/noticias/nacional/2007/12/12/285046/proyecto-pretende-derogar-norma-que-sanciona-ofensa-a-buenas-costumbres.html>.

El Mostrador. “El férreo bloqueo de la UDI, la Iglesia Católica y los evangélicos a la Ley Antidiscriminación”, 29 de marzo de 2012. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/03/29/el-ferreo-bloqueo-de-la-udi-la-iglesia-catolica-y-los-evangelicos-a-la-ley-anti-discriminacion/>.

El Mostrador (Braga). “A cinco días de la Marcha del Orgullo ejecutivo comienza el trabajo para crear una institucionalidad que prevenga la discriminación”. 30 de junio de 2022. <https://www.elmostrador.cl/braga/2022/06/30/a-cinco-dias-de-la-marcha-del-orgullo-ejecutivo-comienza-el-trabajo-para-crear-una-institucionalidad-que-prevenga-la-discriminacion/>.

Epps, Brad. “Retos, Riesgos, Pautas y Promesas de La Teoría Queer”. *Revista Iberoamericana* 74, n° 225 (2008): 897–920. <https://doi.org/10.5195/reviberoamer.2008.5216>.

Espejo Yaksic, Nicolás, y Fabiola Lathrop Gómez. “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes: comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”. *Revista de Derecho (Coquimbo)* 22, n° 2 (30 de octubre de 2014): 393–418. <https://doi.org/10.4067/S0718-97532015000200013>.

Espinoza Ibacache, Jacqueline. “Del conocimiento a la reivindicación del trabajo sexual: Discursos jurídicos estatales y saberes de las trabajadoras sexuales del Norte de Chile”. *TDX (Tesis Doctorals en Xarxa)*. Ph.D. Thesis, Universitat Autònoma de Barcelona, 2019. <http://www.tdx.cat/handle/10803/666748>.

Etcheberry Orthustéguy, Alfredo. *Derecho penal*. 3 ed. rev. y Actualizada 1997. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.

Filgueira, María. “Lenguaje inclusivo: hay cada vez más universidades que aceptan su uso dentro de las instituciones”. *La Nación*, 7 de febrero de 2020. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/lenguaje-inclusivo-hay-cada-vez-mas-universidades-nid2331692/>.

Flores Dávila, Julia Isabel. *La diversidad sexual y los retos de la igualdad y la inclusión*. México, D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), 2007. [http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E0005\(1\).pdf](http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E0005(1).pdf).

Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad I - La voluntad de saber*. México, D.F.: Siglo XXI Editores, 2007.

Friedler, Sergio. “IX: Entre el Paradigma de Derechos y el Paradigma Libertario: La significancia de la Coordinadora Universitaria de la Disidencia Sexual – CUDS- en la Lucha por las reivindicaciones sexuales y de Género en Chile”. En *Derechos humanos, diversidad sexual y políticas públicas en América Latina*, editado por Ximena Erazo, Ximena Gauché, José Jara, y Catalina Saldaña Lagos, Primera edición. Ciencias humanas. Ciencias sociales. Santiago: LOM Ediciones, 2015.

Fundación Iguales, y Jorge Lucero Rossel. “Acciones interpuestas en virtud de la ley 20.609 entre el 2017 y febrero de 2020”. Santiago, Chile: Fundación Iguales, febrero de 2020. <https://www.iguales.cl/wp-content/uploads/2016/01/Informe-2017-2018-an%C3%A1lisis-LAD-Fundaci%C3%B3n-Iguales.pdf>.

García Meseguer, Álvaro. “Sexismo y lenguaje”. *Cambio* 16, 11 de noviembre de 1976. https://www.grijalvo.com/Alvaro_Garcia_Meseguer/Sexismo_y_lenguaje.htm.

Gauché Marchetti, Ximena Andrea. “Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 5, n° 1 (30 de abril de 2014): 11–58. <https://doi.org/10.7770/rchdycp-V5N1-art708>.

González Barrientos, Marcela, Carmen Gloria Núñez, Caterine Galaz Valderrama, Lelya Troncoso, y Rodolfo Morrison. “Diversidades sexuales y de género: Lógicas y usos en la acción pública.” *Psicoperspectivas. Individuo y Sociedad* 17, n° 1 (15 de marzo de 2018). <https://doi.org/10.5027/psicoperspectivas-Vol17-Issue1-fulltext-1315>.

González Morales, Felipe, ed. “Derechos humanos de las minorías sexuales”. En *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006: hechos de 2005.*, 427–34. Santiago (Chile): Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2006. <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/01/Cap-09-DDHH-Minorias-sexuales.pdf>.

González Ortuño, Gabriela. “Teorías de la disidencia sexual: de contextos populares a usos elitistas. La teoría queer en América latina frente a las y los pensadores de disidencia sexogenérica”. Editado por Programa de Posgrado en Estudios Latinoamericanos, Universidad Nacional Autónoma de México. *De Raíz Diversa. Revista Especializada en Estudios Latinoamericanos* 3, n° 5 (junio de 2016): 179–200.

Guasch, Oscar. *La crisis de la heterosexualidad*. Barcelona: Editorial Laertes, 2000.

Haraway, Donna Jeanne. “Conocimientos situados: la cuestión científica en el feminismo y el privilegio de la perspectiva parcial”. En *Ciencia, cyborgs y mujeres: la reinención de la naturaleza*. Madrid: Cátedra, 1995.

Hegarty, P. J. “Beyond Kinsey: The Committee for Research on Problems of Sex and American Psychology.” *History of Psychology*, 2012. <https://epubs.surrey.ac.uk/121739/>.

hooks, bell. “Mujeres Negras: Dar forma a la teoría feminista”. En *Otras inapropiables: feminismos desde las fronteras*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2010.

Hughes, I A, C Houk, S F Ahmed, P A Lee, y LWPES1/ESPE2 Consensus Group. “Consensus statement on management of intersex disorders”. *Archives of Disease in Childhood* 91, n° 7 (julio de 2006): 554–63. <https://doi.org/10.1136/adc.2006.098319>.

Hunt, Flor, Erick Monterrosas Castrejón, y Ricardo Mimbela. *Evaluación de la implementación de la declaración ministerial: prevenir con educación - Su cumplimiento en América Latina 2008-2015*. New York, USA.: International Planned Parenthood Federation/ Western Hemisphere Region Inc., 2015. <http://salutsexual.sidastudi.org/es/registro/a53b7fb35a776666015aff97d5b0299>.

ILGA, Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex. “Treaty Bodies’ Jurisprudence on SOGIESC”, 24 de enero de 2023. <https://ilga.org/Treaty-Bodies-jurisprudence-SOGIESC>.

International Conference on LGBT Human Rights of the 1st World Outgames. “Declaración de Montreal”, 26 de julio de 2006. <http://www.declarationofmontreal.org/DeclaraciondeMontrealES.pdf>.

Iriarte Rivas, Claudia Paz. “La ausencia del sujeto mujeres en la configuración del sujeto jurídico: buscando caminos hacia la igualdad sustancial de mujeres y hombres”. Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, 2017. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146367>.

Iriarte Rivas, Claudia Paz, Liliana Galdámez Zelada, Pablo Astudillo Lizama, y Juan Ignacio Jiménez Albornoz. “Estudio de acceso a la justicia de personas LGBTI+”. Santiago, Chile: Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, mayo de 2022.

https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/estudios/accesojusticialgbti/Informe%20final_LGBTI.pdf.

Johnson, Marsha P., y Sylvia Rivera. *Travestis Callejeras de Acción Revolucionaria: supervivencia, revuelta y lucha cuir antagonista*. Invertido Ediciones, 2021.

Kemp, Stephen F. “The Role of Genes and Hormones in Sexual Differentiation”. En *Ethics and Intersex*, editado por Sharon E. Sytsma, 1–16. International Library of Ethics, Law, and the New Medicine, v. 29. Dordrecht: Springer, 2006.

Kinsey, Alfred C y Institute for Sex Research. *Sexual Behavior in the Human Female*. Bronx, Nueva York: Ishi Press International, 2010.

Kinsey, Alfred C., Wardell Baxter Pomeroy, y Clyde E. Martin. *Sexual behavior in the human male*. Bronx, Nueva York: Ishi Press International, 2010.

Kirichenko, Kseniya, y ILGA, Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex. “Jurisprudencia de los Órganos de Tratados de la ONU en materia de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales: Documento de orientación”. Treaty Bodies Strategic Litigation toolkit. Ginebra, Suiza: Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA), septiembre de 2019. https://ilga.org/downloads/Organos_De_Tratados_Guia_Litigio_Estrategico_documento_orientacion_es.pdf.

Kirkwood, Julieta. *Feminarios*. Viña del Mar: Asociación communes, 2017. <http://www.communes.cl/docs/feminarios.pdf>.

La Segunda. “Homosexuales no consideran ‘oportuno’ discutir legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo”. 5 de abril de 1995.

La Tercera. “Cada día los chilenos prefieren más los Acuerdos de Unión Civil que los matrimonios para casarse”, 16 de abril de 2024. <https://www.latercera.com/que-pasa/noticia/acuerdos-de-union-civil-poco-a-poco-desplazan-a-matrimonios-como-la-principal-forma-de-casarse-en-el-pais/ZKC6DVKTBVH2BFS4EFAY2XFQ4Q/>.

———. “Mineduc anuncia los siete programas de educación sexual”. *La Tercera*, 28 de diciembre de 2010. <https://www.latercera.com/noticia/mineduc-anuncia-los-siete-programas-de-educacion-sexual/>.

———. “Ministro Beyer admite ‘error’ en programas escolares que catalogan la homosexualidad como ‘trastorno’”. *La Tercera*, 6 de junio de 2012. <https://www.latercera.com/noticia/ministro-beyer-admite-error-en-programas-escolares-que-catalogan-la-homosexualidad-como-trastorno/>.

Lambertucci, Constanza. “Milei anuncia la prohibición del lenguaje inclusivo y de ‘todo lo referente a la perspectiva de género’”. *El País Argentina*, 27 de febrero de 2024. <https://elpais.com/argentina/2024-02-27/milei-anuncia-la-prohibicion-del-lenguaje-inclusivo-y-de-todo-lo-referente-a-la-perspectiva-de-genero.html>.

Madrigal-Borloz, Víctor. “Práctica de las llamadas ‘terapias de conversión’ - Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”. Ginebra, Suiza: Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1 de mayo de 2020. <https://undocs.org/es/A/HRC/44/53>.

Mardones L., Sergio. “Proyecto sobre despenalización de la sodomía: ¿luz verde a homosexuales?” *Las Últimas Noticias*, 8 de mayo de 1995.

Medina-Vicent, María. “La fragilidad de las dicotomías sexuales y de género en el pensamiento de Paul B. Preciado”, 2016. <https://doi.org/10.6035/Dossiers.2016.21.1>.

Ministerio de Educación, Gobierno de Chile. “Orientación para la inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en el sistema educativo chileno”. Santiago de Chile: Ministerio de Educación, abril de 2017. <https://bibliotecadigital.mineduc.cl/handle/20.500.12365/439?show=full>.

———. “Orientaciones para el resguardo del bienestar de estudiantes con identidades de género y orientaciones sexoafectivas diversas en el sistema educativo chileno”, 17 de mayo de 2023. <https://inclusionyparticipacion.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/113/2023/05/DOCUMENTO-PARTICIPACION-2-v2.pdf>.

Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad, República Argentina. “(Re)nombrar - Guía para una comunicación con perspectiva de género”, 16 de septiembre de 2020. argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_para_una_comunicacion_con_perspectiva_de_genero_-_mmgyd_y_presidencia_de_la_nacion.pdf.

Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud, República de Chile. “Plan Nacional de Prevención y Control del VIH/SIDA e ITS 2018-2019”. Santiago, Chile: MINSAL, 12 de junio de 2019. https://diprece.minsal.cl/wp-content/uploads/2019/06/2019.06.12_PLAN-NACIONAL-VIH-SIDA-E-ITS.pdf.

Mogrovejo, Norma. “Diversidad sexual, un concepto problemático”. *Trabajo Social UNAM*, n° 18 (2008): 62–71.

Money, J. “Hermaphroditism, Gender and Precocity in Hyperadrenocorticism: Psychologic Findings”. *Bulletin of the Johns Hopkins Hospital* 96, n° 6 (junio de 1955): 253–64.

Moraga Droguett, Armando. “Consideraciones sociales y médico-legales sobre la degeneración del instinto genésico - Memoria Chilena”. Universidad de Chile, 1916. <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-551124.html>.

Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH). “Institucionalidad antidiscriminación”, agosto de 2013. <http://www.movilh.cl/chilediverso/institucionalidad.html>.

———. “Por un Chile Diverso: Propuestas contra la discriminación”. Santiago, Chile, 2013. http://www.movilh.cl/chilediverso/Por_un_Chile_Diverso-Propuestas_contra_la_discriminacion.pdf.

———. “XIX Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género en Chile”. Santiago, Chile: MOVILH, marzo de 2021. https://drive.google.com/file/d/18P5_cccVJHJHIURqADyIB5cNhj-vife/view. <https://www.movilh.cl/biblioteca/estudios/>.

Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS). “Propuesta de Proyecto de Ley: Crea el Instituto Nacional de la Diversidad y la Inclusión (INADI)”. Santiago, Chile, 17 de agosto de 2015. <http://www.mums.cl/wp-content/uploads/2014/10/Propuesta-Proyecto-de-Ley-INADI-PRESENTACION-MINJUS.pdf>.

———. “Propuesta y campaña por la creación de un Instituto Nacional por la Diversidad e Inclusión, INADI”, 17 de agosto de 2015. <http://www.mums.cl/2015/08/campana-inadi/>.

MUMS. “Informe de Derechos Humanos y Discriminación 2006”. Santiago, Chile: MUMS Chile, 23 de octubre de 2006. http://www.mums.cl/wp-content/uploads/2020/11/Informe2006_Mums_v1.0.2.pdf.

Muñoz D'Albora, Adriana. "Oficio N° 1.723/INC/2020. Pide informar acerca de la posibilidad de impulsar la ratificación de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia." Senado de Chile, 11 de noviembre de 2020. https://www.senado.cl/appsenado/templates/consultas_as_oa/listadoOA.html.

Nothing, Ehn. "Queen against society". En *Street Transvestite Action Revolutionaries: Survival, Revolt and Queer Antagonist Struggle*, 3–11. Madrid: Imperdible, 2015.

Núñez Noriega, Guillermo. *¿Qué es la diversidad sexual? 2ª*. Programa Universitario de Estudios de Género, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

Oakley, Ann. *Sex, Gender and Society (1972)*. Londres, Inglaterra: Gower / Maurice Temple Smith, 1985.

ONUSIDA. "Hoja informativa 2021 - Estadísticas mundiales sobre VIH", junio de 2021. https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/UNAIDS_FactSheet_es.pdf.

Orentlicher, Diane, y Naciones Unidas Consejo Económico Social. "Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad", 8 de febrero de 2005. <http://undocs.org/es/E/CN.4/2005/102/Add.1>.

Pateman, Carole. *El Contrato sexual*. Barcelona: Anthropos: Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Iztapalapa, 1995.

Pezoa, Pilar. "Homosexuales se quejan de nueva ley". *La Nación*, 28 de mayo de 1995.

Poduje Reyes, Arlette. "Currículum y sexualidad: disputas y enfoques que habitan la educación sexual en Chile". Universidad de Chile, 2020. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/179721>.

Preciado, Paul B. *Manifiesto contra-sexual*. Madrid, España: Opera Prima, 2002.

———. *Testo yonqui*. Espasa forum. Pozuelo de Alarcón (Madrid): Espasa Calpe, 2008. <https://libroschorcha.files.wordpress.com/2018/05/testo-yonqui-beatriz-preciado.pdf>.

"Principios de Yogyakarta (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexoafectiva y la identidad de género)". Yogyakarta, marzo de 2007. http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf.

Pulecio Pulgarín, Jairo Mauricio. "Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos". *Revista Análisis Internacional*, n° 3 (2011): 239–59.

Real Academia Española, y Asociación de Academias de la Lengua Española. *Nueva gramática de la lengua española*. Madrid, España: Espasa Libros, 2009. <http://aplica.rae.es/grweb/cgi-bin/buscar.cgi>.

Richard, Nelly. "Judith Butler en la Universidad de Chile: Deshacer y rehacer el género". *Palabra Pública*, 14 de mayo de 2019. <http://www.libros.uchile.cl/files/revistas/DIRCOM/PalabraPublica/13-mayo2019/6/index.html>.

Riquelme, Marcela. "Resolución N° 104: Solicita a S. E. el Presidente de la República hacer presente la urgencia en la tramitación de la agenda legislativa de igualdad y no discriminación hacia la población LGTBIQA+, especialmente en las reformas a las leyes antidiscriminación y a la ley de identidad de género. Asimismo, considere apoyar la ratificación de la convención

interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.”, 17 de mayo de 2022. https://www.camara.cl/legislacion/resoluciones/resolucion_documentos.aspx?prmId=7134.

Rivas San Martín, Felipe. “Diga ‘queer’ con la lengua afuera: Sobre las confusiones del debate latinoamericano”. En *Por un feminismo sin mujeres: 2º Circuito de Disidencia Sexual; [fragmentos del segundo circuito de disidencia sexual]*, editado por Jorge Díaz Fuentes, Alejandra Castillo, Diamela Eltit, y Coordinadora Universitaria por la Disidencia Sexual. Santiago, Chile: Territorios Sexuales Ediciones, 2011.

Rubin, Gayle. “El tráfico de mujeres: notas sobre la ‘economía política’ del sexo”. *Revista Nueva Antropología* VIII, n° 30 (1986): 95–145.

Salinas Hernández, Héctor Miguel. “El movimiento de disidencia sexual en México: un panorama general desde el activismo, las instancias sociales y el gobierno”, 18. Rosario, Argentina: CEI, 2012. <https://puds.unr.edu.ar/wp-content/uploads/2014/06/SALINAS-HERNANDEZ-H%C3%A9ctor-Miguel.pdf>.

———. *Políticas de disidencia sexual en México*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), 2008. <https://es.scribd.com/doc/100546429/Políticas-de-disidencia-sexual-en-Mexico>.

Schneider, Emilia. “Resolución N° 545: Solicita a S. E. el Presidente de la República enviar a ratificación del Congreso, la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia y la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia.”, 13 de diciembre de 2022. https://www.camara.cl/legislacion/resoluciones/resolucion_documentos.aspx?prmId=7589.

Secretaría de Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas. “Bulletin of informal meetings held in parallel to the 4th session of the Human Rights Council”, 26 de marzo de 2007. <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session4/OOD/bim26032007.doc>.

Sepúlveda Hales, Bárbara. *Género y Derecho Público*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2020.

Servicio Nacional de Menores. “Política para el abordaje de la diversidad sexual en niños, niñas y adolescentes atendidos por SENAME”. Santiago, Chile: SENAME, 28 de enero de 2021. <https://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2021/07/POLITICA-DIV-SEXUAL-GENERO.pdf>.

Solar, Claudia. “Comisión de diputados despenaliza sodomía”. *La Época*, junio de 1995.

Solar, Tomás Vial. “La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento”. *Anuario de Derechos Humanos*, n° 9 (4 de junio de 2013): 183–91. <https://doi.org/10.5354/adh.v0i9.27043>.

Stoller, Robert J. *Sex and Gender; on the Development of Masculinity and Femininity*. New York: Science House, 1968.

Tórtora, Hugo. “Proyecto de ley anti-discriminación: algunas ideas importantes.” *Diario Constitucional*, 7 de abril de 2012. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/proyecto-de-ley-antidiscriminacion-algunas-ideas-importantes/>.

Tribunal Constitucional. Control de constitucionalidad del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. (Boletín N° 3815-07), No. Rol N° 2231-2012-CPR (28 de junio de 2012).

Vera del Barco, Fabián. “Ontología, alteridad y géneros. Simone de Beauvoir y Judith Butler en la perspectiva poshegeliana”. *Telar: Revista del Instituto Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos*, n° 16 (2016): 159–80.

Vidal Rojas, Pablo, Gabriel Boric Font, Jorge Brito Hasbún, Miguel Crispi Serrano, Giorgio Jackson Drago, Alejandro Bernal Maldonado, Marcelo Díaz Díaz, et al. “Oficio N° 67.361. Aumento de actos de violencia y odio, constitutivos de delitos en contra de personas LGBTIQA+”. Cámara de Diputados de Chile, 2 de noviembre de 2020. <https://www.camara.cl/verdoc.aspx?prmTIPO=OFICIO&prmID=167686&DESTINOID=123434>.
https://www.camara.cl/fiscalizacion/oficios_fiscalizacion/detalle_oficio.aspx?prmIdOficio=167686.

Weeks, Jeffrey. *Sexualidad*. México: Paidós Universidad Nacional Autónoma de México, Programa Universitario de Estudios de Género, 2000.

Wittig, Monique. “A propósito del contrato social (1989)”. En *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, traducido por Javier Sáez y Francisco Javier Vidarte, 59–72, 2016.

———. “El pensamiento heterosexual”. En *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, traducido por Javier Sáez y Francisco Javier Vidarte, 45–56, 2016.

INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL

Asamblea General, Naciones Unidas. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965). [https://undocs.org/es/A/RES/2106\(XX\)](https://undocs.org/es/A/RES/2106(XX)).

———. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPR1.aspx>.

———. “Resolución 34/180. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, 18 de diciembre de 1979. <https://undocs.org/es/A/RES/34/180>.

———. Resolución 39/46. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984). <https://undocs.org/es/A/RES/39/46>.

———. “Resolución 44/25. Convención sobre los Derechos del Niño”, 20 de noviembre de 1989. <https://undocs.org/es/A/RES/44/25>.

———. Resolución 47/133. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (1993). <https://undocs.org/es/A/RES/47/133>.

———. “Resolución 53/144. Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos.”, 8 de marzo de 1999. <https://undocs.org/es/A/RES/53/144>.

———. “Resolución 57/214. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias”, 25 de febrero de 2003. <https://undocs.org/es/A/RES/57/214>.

———. Resolución 61/106. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). <https://undocs.org/es/A/RES/61/106>.

———. Resolución 61/177. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2007). <https://undocs.org/es/A/RES/61/177>.

———. “Resolución 75/189. Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias”, 16 de diciembre de 2020. <https://undocs.org/es/A/RES/75/189>.

———. “Resolución 217 (III). Carta Internacional de los Derechos Humanos. A. Declaración Universal de los Derechos Humanos”, 10 de diciembre de 1948. [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III)).

Asamblea General, Organización de Estados Americanos. “Resolución 2435. Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género”, 3 de junio de 2008. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf.

———. “Resolución 2807. Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género”, 6 de junio de 2013. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf.

———. “Resolución 2941. Promoción y protección de derechos humanos”. En *49º período ordinario de sesiones - Actas y documentos*, I:152–53, 28 de junio de 2019. http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_19/AG07971S03.doc.

———. “Resolución 2961. Promoción y protección de derechos humanos”. En *50º período ordinario de sesiones - Actas y documentos*. Vol. I, 21 de octubre de 2020. https://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_21/AG08309S03.docx.

———. “Resolución 2976. Promoción y protección de derechos humanos”. En *51º período ordinario de sesiones - Actas y documentos*. Vol. I, 11 de noviembre de 2021. https://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_22/AG08489S07.docx.

———. “Resolución 2991. Promoción y protección de derechos humanos”. En *52º período ordinario de sesiones - Actas y documentos*. Vol. I, 7 de octubre de 2022. https://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_23/AG08750S08.docx.

Comité contra la Tortura, Naciones Unidas. “Observación general N° 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”, 24 de enero de 2008. <https://undocs.org/es/CAT/C/GC/2>.

———. “Observación general N° 3 (2012). Aplicación del artículo 14 por los Estados partes”, 13 de diciembre de 2012. <https://undocs.org/es/CAT/C/GC/3>.

———. “Observación general núm. 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22”, 4 de septiembre de 2018. <https://undocs.org/es/CAT/C/GC/4>.

———. Uttam Mondal c. Suecia, comunicación N° 338/2008 (23 de mayo de 2011).

Comité de Derechos del Niño, Naciones Unidas. A. B. c. Finlandia, comunicación núm. 51/2018 (4 de febrero de 2021).

———. “Observación general núm. 21 (2017) sobre los niños en situación de calle”, 21 de junio de 2017. <https://undocs.org/es/CRC/C/GC/21>.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas. “Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, 14 de diciembre de 1990. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCESCR%2FGEC%2F4758&Lang=es.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas. “Observación general n° 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 2 de julio de 2009. <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/20>.

———. “Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 2 de mayo de 2016. <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/22>.

———. “Observación general núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 30 de abril de 2020. <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/25>.

Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas. G. c. Australia, comunicación N° 2172/2012 (17 de marzo de 2017).

———. Hertzberg et al. c. Finland, communication N° 61/1979 (2 de abril de 1982).

———. Joslin et al. c. Nueva Zelanda, comunicación N° 902/1999 (17 de julio de 2002).

———. M.Z.B.M. c. Dinamarca, comunicación N° 2593/2015 (20 de marzo de 2017).

———. “Observación general n° 18: No discriminación”, 10 de noviembre de 1989. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>.

———. “Observación general n° 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)”, 16 de diciembre de 2014. <https://undocs.org/es/CCPR/C/GC/35>.

———. “Observación general n° 36. Artículo 6: derecho a la vida”, 3 de septiembre de 2019. <https://undocs.org/es/CCPR/C/GC/36>.

———. Toonen c. Australia, communication N° 488/1992 (31 de marzo de 1994).

———. X c. Colombia, comunicación N° 1361/2005 (30 de marzo de 2007).

———. Young c. Australia, comunicación N° 941/2000 (6 de agosto de 2003).

Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas. “Observación general N° 13 (2011): Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, 18 de abril de 2011. <https://undocs.org/es/CRC/C/GC/13>.

———. “Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, 6 de diciembre de 2016. <https://undocs.org/es/CRC/C/GC/20>.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Naciones Unidas. O.N. y D.P. c. Federación de Rusia, comunicación núm. 119/2017 (24 de febrero de 2020).

———. “Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos”, 16 de diciembre de 2010. <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/27>.

———. “Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, 16 de diciembre de 2010. <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/28>.

———. “Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia”, 3 de agosto de 2015. <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/33>.

———. “Recomendación general núm. 36 (2017) sobre el derecho de las niñas y las mujeres a la educación”, 27 de noviembre de 2017. <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/36>.

———. “Recomendación general relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución) [N° 29]”, 30 de octubre de 2013. <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/29>.

Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas. “Examen Periódico Universal: Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal – Chile”, 4 de junio de 2009. <https://undocs.org/es/A/HRC/12/10>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* (21 de noviembre de 2012).

———. *Caso Pavez Pavez vs. Chile* (4 de febrero de 2022).

———. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (29 de julio de 1988).

———. Opinión consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica - Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (24 de noviembre de 2017).

Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945). <https://doi.org/10.18356/2ee708df-es>.

Organización de Estados Americanos. Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41) (1948). http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp.

———. “Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”, 5 de junio de 2013. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp.

LEYES Y NORMAS CITADAS

Ministerio de Desarrollo Social y Familia, República de Chile. Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia (2022). <https://bcn.cl/2ynd0>.

Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública, República de Chile. Ley de matrimonio civil (1884). <https://bcn.cl/2o7a6>.

Ministerio de Justicia, República de Chile. Decreto ley 2967, introduce modificaciones al Código Penal (1979). <http://bcn.cl/2pozl>.

———. Ley 17.727, introduce modificaciones que indica al Código Penal (1972). <http://bcn.cl/2nk5h>.

———. Ley 19.617, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación (1999). <http://bcn.cl/2fjx4>.

———. Ley 19.927 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil (2004). <http://bcn.cl/2qm3s>.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, República de Chile. Ley 21.400 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo (2022). <https://bcn.cl/30q72>.

Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto 314: Ordena llevar a efecto como ley de la República la Carta de la Organización de Estados Americanos (1953). <http://bcn.cl/2olhu>.

———. Decreto 287: Aprueba Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1972). <http://bcn.cl/2n2fu>.

———. Decreto 326: Promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969. (1989). <http://bcn.cl/1vm47>.

———. Decreto 778: Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución n° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha (1989). <http://bcn.cl/1uyr9>.

———. Decreto 838: Ratifica, por parte de Chile, la Carta de las Naciones Unidas, suscrita en San Francisco el 26 de junio de 1945. (1945). <http://bcn.cl/2awm1>.

Ministerio de Relaciones Exteriores, Chile. Decreto 162: Promulga la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2017). <http://bcn.cl/2283x>.

Ministerio de Salud, República de Chile. Ley 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad (2010). <http://bcn.cl/2fbmh>.

República Argentina. Decreto 7/2019 Ley de Ministerios (2019). <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/223623/20191211>.

República de Ecuador, Asamblea Nacional. “Asamblea ratifica Convención interamericana contra Toda forma de Discriminación e Intolerancia”, 13 de julio de 2021. <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/72645-asamblea-ratifica-convencion-interamericana-contra-toda>.

Senado, República de Chile. Boletín 1048-07: Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación (1993). http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=1048-07.

———. Boletín 5565-07: Deroga el artículo 373 del Código Penal (2007). http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=5565-07.

———. Boletín 11710-04: Modifica la ley N° 20.418, con el objeto de asegurar la obligatoriedad de impartir educación en sexualidad, afectividad y género dentro de los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado (2020). http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11710-04.

———. Boletín 13631-07: Deroga el artículo 365 del Código Penal con el fin de terminar con la discriminación y criminalización de las relaciones homosexuales (2020). http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13631-07.

Superintendencia de Educación, República de Chile. Circular 0768, derechos de niñas, niños y estudiantes trans en el ámbito de la educación (2017). <https://www.supereduc.cl/wp->

content/uploads/2017/04/ORD-N%C2%BA-0768-DERECHOS-DE-NI%C3%91AS-NI%C3%91OS-Y-ESTUDIANTES-TRANS-EN-EL-%C3%81MBITO-DE-LA-EDUCACI%C3%93N-A-SOSTENEDORES.pdf.

———. Resolución Exenta 0812, establece nueva circular que garantiza el derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en el ámbito educacional (2021). <https://www.supereduc.cl/wp-content/uploads/2021/12/REX-No-0812-SUSTITUYE-ORD.-N-0768-DE-2017-DE-LA-SIE-Y-ESTABLECE-NUEVA-CIRCULAR.pdf>.

PROYECTOS DE LEY Y TRAMITACIÓN DE LEYES APROBADAS

Cámara de Diputadas y Diputados, República de Chile. Boletín 3815-07: Establece medidas contra la discriminación (2005). <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=4207&prmBOLETIN=3815-07>.

———. Boletín 14123-07: Modifica el Código Penal para reforzar la protección penal a la infancia y a otras personas que indica (2021). <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14693&prmBOLETIN=14123-07>.

———. Boletín 14985-34: Modifica la ley N°21.120 y otros cuerpos normativos, en materia de reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género (2022). <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15498&prmBOLETIN=14985-34>.

———. Boletín 15977-11: Modifica la ley N°19.779, que establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas, en materia de prevención, detección y no discriminación. Accedido 7 de septiembre de 2023. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=16531&prmBOLETIN=15977-11>.

Senado, República de Chile. Segundo informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica y fortalece la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Boletín 12.748-17 (2021). https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12748-17.

———. Boletín 14637-04: Dicta normas en materia de educación en afectividad, sexualidad y género (2021). http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=14637-04.

