

NACIONAL

Estudio de la identidad de género en Chile a la luz de la acción de no discriminación arbitraria (Ley 20.609) y el derecho a la identidad

*Study on gender identity in Chile in view of the non-arbitrary discrimination
action (Law 20.609) and the right to identity*

Valentina Canales Guzmán

Universidad de Chile

Rodrigo Mallea Cardemil

Universidad de Chile

RESUMEN El presente artículo tiene por finalidad dar cuenta del contexto legal y judicial del reconocimiento y protección de la identidad de género en el ordenamiento jurídico chileno, actualmente solo abordada de forma indirecta por la Ley 17.344, que autoriza el cambio de nombre y apellido en los casos que indica, y la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación como una categoría sospechosa de discriminación. Se contempla un análisis jurisprudencial originado por la aplicación de estas normas y de los tratados y convenciones internacionales suscritos, ratificados y actualmente vigentes en Chile, el cual permite dar cuenta, entre otras cosas, de la consideración autónoma del derecho a la identidad de género y la perspectiva de género en el ejercicio judicial.

PALABRAS CLAVE Identidad de género, ley antidiscriminación, derecho a la identidad.

ABSTRACT The present article seeks to give an account for the legal and judicial context of the recognition and protection of gender identity in the Chilean legal system, currently only indirectly recognized by Law 17,344, which authorizes the change of name and surname in the cases indicated, and in Law 20,609, which establishes measures against discrimination as a suspicious category of discrimination. There will also be a jurisprudential analysis, initiated by the application of these norms and also the international treaties and conventions subscribed, ratified and currently in force in Chile, that allows to show, among other things, the autonomous consideration of the right to gender identity and the perspective of gender in judicial exercise.

KEYWORDS Gender identity, anti-discrimination law, right to gender identity.

Consideraciones previas: Marco normativo actual de la identidad de género en Chile

Para comenzar, se estima pertinente analizar el contexto jurídico actual de la identidad de género en Chile.

Ley 17.344

Nuestro país carece de una legislación especial que reconozca la identidad de género de las personas como un derecho autónomo. Por lo tanto, a través de la Ley 17.344, que Autoriza el Cambio de Nombre y Apellido en los Casos que Indica, y la Ley 4.808 de Registro Civil, se ha permitido a aquellas personas cuyo género identitario no se condice con el sexo con que han nacido optar al cambio de nombre y de sexo en su partida de nacimiento.

La vía voluntaria-judicial no se encuentra exenta de dificultades para las personas trans. El hecho de ser conocida por jueces de competencia especializada civil implica un alto desconocimiento en la materia, lo que produce vulneraciones a los derechos humanos de la población referida, principalmente por el rol preponderante de la discrecionalidad de los jueces en procedimientos como éste, que se han traducido, por ejemplo, en que para la mayoría de los procedimientos iniciados de rectificación (nombre y sexo) se exige una carga para el o la solicitante: convencer a los jueces de no padecer alguna situación mental o psicológica que podría motivar la decisión, lo que debe probarse a través de informes psicológicos, psiquiátricos o exámenes físicos y mentales en el Servicio Médico Legal. Cabe señalar que el procedimiento establecido en la Ley 17.344 ha implicado dos procedimientos diversos: uno para las personas que no son trans y otro para las que sí lo son, ya que a estas últimas se les han impuesto diligencias que están fuera de los requisitos legales y que se han adoptado como requisitos jurisprudenciales, sin estar libres de prejuicios, situaciones discriminatorias o vulneraciones a la dignidad de toda persona humana.

Por último, son variados los criterios que se han seguido para acceder o no a la solicitud, pues se ha establecido en la mayoría de los casos que no es necesaria la intervención quirúrgica de reasignación de sexo para solicitar el «cambio legal». Sin embargo, el no haberse sometido a una operación ha sido en ocasiones determinante para denegar la solicitud,¹ y existe incertidumbre jurídica respecto del momento de determinar cuál sería la situación de hecho que permite o no acceder al reconocimiento legal de la identidad de género de una persona.

1. Sentencia del Decimosexto Juzgado Civil de Santiago, rol V-09-2009, 30 de noviembre de 2009.

Ante esta situación, cabe señalar que la última y más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha uniformado el criterio para acceder al cambio de partidas. Así, en una sentencia inédita del 29 de mayo de 2018, la Corte ha definido que

supeditar la sentencia de reasignación sexual a la previa realización de una intervención quirúrgica implicaría una seria incongruencia. En efecto, sería quedarnos en una visión reduccionista que equipara el sexo en términos jurídicos, con solo una de sus exteriorizaciones, en este caso, la presencia de órganos genitales externos masculinos, obviando los mandatos constitucionales y valoraciones legales más importantes en desmedro de la identidad personal del involucrado.²

Ley 20.609

Enseguida, es necesario referirse a la Ley 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación, conocida como «ley antidiscriminación» o «ley Zamudio». Esta ley busca

determinar si ha existido o no una discriminación arbitraria, y en caso afirmativo, ordenarse dejar sin efecto el acto discriminatorio y disponer, ya sea su no reiteración, o bien que se realice el acto omitido (fijando un plazo perentorio prudencial para ello); pudiendo el juez adoptar otras medidas o providencias que estime necesarias con objeto de restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado (artículo 12). Adicionalmente, el tribunal debe aplicar una multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorios, a beneficio fiscal (Casas Becerra y Lagos Tschorne, 2014: 128).

La ley antidiscriminación es el primer cuerpo normativo de origen nacional que se refiere de forma expresa a la identidad de género, y lo hace reconociendo que un acto podría ser discriminatorio si se basa en la identidad de género de una persona, lo que queda plasmado de la siguiente forma en su artículo 2:

Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, *la identidad de género* [...]. (El énfasis es nuestro).

2. Sentencia de la Corte Suprema de Chile, rol 70.584-2016, 29 de mayo de 2018.

En concreto, lo que esta ley pretendía era el reconocimiento de diversas situaciones o características de determinados grupos de la sociedad que los hacen vulnerables y posibles sujetos de actos discriminatorios, con la intención de consagrar la igualdad ante la ley como principio fundante, por lo que en consecuencia se debía respetar en todas las relaciones sociales e instituciones. Si ha cumplido con su cometido o no, es un asunto por desarrollar a lo largo de este trabajo.

En relación con el reconocimiento que por parte de esta ley se hace de la identidad de género, resulta pertinente referirse al fallo 38.238-16 de la Corte Suprema, del 19 de diciembre de 2017.

Corte Suprema e identidad de género: Un precedente a considerar

El 21 de abril del 2014, la concejala de la comuna de Lampa, Alejandra González Pino, interpuso una acción de no discriminación en contra de Graciela Ortúzar, alcaldesa de Lampa, y de Fernando Salame, administrador municipal, debido a los actos discriminatorios que vivía en el ejercicio de sus funciones dentro de la Municipalidad, que se traducían principalmente en hostigamientos y en no reconocer el nombre social de la demandante, que llevaba a no respetar su identidad de género.³

Dicha pretensión fue rechazada en primera instancia en sentencia del 17 de noviembre de 2015, y la parte demandante fue además condenada en costas. Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la sentencia en la parte que condenaba al pago de costas, pero mantuvo la decisión del juez de letras en cuanto al no reconocimiento de actos discriminatorios debido a la identidad de género de la demandante.

La requirente interpuso un recurso de casación en el fondo solicitando la anulación de la sentencia y la dictación de una nueva de reemplazo, cuestión a la que la Corte Suprema accedió.

Conceptualización y definiciones recogidas según estándares internacionales

La sentencia de reemplazo comienza introduciendo un concepto de identidad de género, que entendió como:

La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo —que puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de médicos quirúrgicos o de otra índole, siempre que sea libremente escogida— y otras expresiones de género que comprenden la vestimenta, el modo de hablar y los modales.⁴

3. Sentencia del Juzgado de Letras de Colina, rol C-922-2014, 30 de marzo de 2015.

4. Sentencia de la Corte Suprema de Chile, rol 38.238-16, 29 de diciembre de 2017.

Esta definición fue recogida de la Unidad LGBTI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, razona aplicando normas internacionales como los principios de Yogyakarta, específicamente al tenor del principio 3:

La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, esterilización o terapia hormonal, como requisito para su reconocimiento legal de su identidad de género.

A partir de lo señalado, es factible concluir que los criterios utilizados en el fallo medular de esta investigación configuran la base de una nueva línea jurisprudencial de la Corte Suprema, que fue profundizada en la posterior sentencia rol 70.584-2016 del 29 de mayo 2018, ya citada, toda vez que ambos argumentos de derechos son recogidos de forma íntegra.

Derecho a la identidad

La Corte Suprema es tajante al afirmar en su considerando segundo que el derecho a la identidad se encuentra protegido en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 8),⁵ y que no por reconocerse en la ley antidiscriminación los derechos establecidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes en nuestra legislación, se han de considerar como derechos fundamentales.

De todas formas, y sobre la base de lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 13 de mayo de 2008, antecedentes rol 834-07, queda clara la intención del tribunal de considerar como cierta la relación que existe entre la identidad y la dignidad humana, y «aun cuando la Constitución chilena no reconozca en su texto el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección».⁶

5. Adoptada el 20 de noviembre de 1989, su artículo 8 dispone: «1) Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; 2) cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad».

6. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol 834-2007, 13 de mayo de 2008. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Julio Magri Rabaglio, respecto de los artículos 188, 199 y 199 bis del Código Civil, respecto de la causa *Magri con Magri*, RIT C-680-2007, RUC 07-2-0098411-5, del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago.

Derecho a la integridad síquica y a la igualdad ante la ley

Finalmente, se reconoce a la identidad como un derecho personalísimo, por lo que no puede obstruirse su libre e igual ejercicio, ni la edad, ni el sexo o la condición social de cualquier persona. Además, establece que no respetarlo conlleva la vulneración de otros derechos como los establecidos en el artículo 19 numerales 1 y 2 de la Constitución Política, correspondientes a la integridad síquica y la igualdad ante la ley, ya que se ha demostrado que las consecuencias en el fuero interno de las personas a las que se les niega el ejercicio y goce del derecho en cuestión son altamente perjudiciales, lo que genera situaciones de estrés y aflicción. Al considerar entonces que, si debido a la identidad de género de una persona se la priva, perturba o amenaza, se estaría incurriendo en un acto de discriminación arbitraria.

Acceso a la justicia por parte de personas trans: Una deuda pendiente

Se puede afirmar que actualmente no existe un derecho a la identidad de género propiamente tal, ya que su contenido se ha obtenido a partir de la interpretación de la identidad o de otros derechos como la identidad, la igualdad y no discriminación.

Desarrollo constitucional del derecho a la identidad e identidad de género

Desde el derecho constitucional ha existido un amplio tratamiento jurisprudencial y el asentamiento de un concepto constitucional del derecho a la identidad, a manos del Tribunal Constitucional, según se constata en la causa rol 2.955-2016:

Que, de la aplicación del referido principio de completitud del ordenamiento jurídico, se sigue que si bien el derecho a la identidad no está asegurado por la Constitución, corresponde que el juez constitucional le preste la debida protección por tratarse de un derecho esencial a la naturaleza humana garantizado en tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes.⁷

El tribunal cristaliza la idea de que el derecho a la identidad está vinculado a la dignidad humana y protegido a pesar de la falta de reconocimiento expreso, según lo señalado en la causa rol 834-2007 antes citada, y reafirmado por el mismo tribunal en el rol 1.340-2009 considerando décimo, ya que ha entendido que,

en esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la identidad personal —en cuanto emanación de la dignidad humana— implica la posibilidad de que toda per-

7. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol 2.955-2016, 28 de julio de 2016. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Juzgado de Familia de Paillaco respecto del artículo 206 del Código Civil, en los autos sobre reclamación de filiación no matrimonial, caratulado *Carrasco con Carrasco y otros*, que conoce el Juzgado de Familia de Paillaco bajo el RIT C-178-2015.

sona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos. [...] no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social.⁸

Ello implica que dicho derecho prevalece sin distinción alguna. De esta forma, que la identidad de género surja como parte de una noción general de la identidad es un complemento recíproco y positivo, sobre todo en un contexto de falta de definiciones y regulación normativa. Con todo, la identidad por sí misma es insuficiente para entender el derecho a la identidad de género, porque ha quedado evidenciado en la práctica jurídica que el contenido de género es inherente y exclusivo de este derecho. Así, la identidad podría permitir limitadamente un reconocimiento interpretativo e indirecto, pero insuficiente para fundamentar la amplitud de su garantía y protección.

En la actualidad se ha trabajado jurisprudencialmente en una concepción que mezcla ambas definiciones, lo que limita el contenido de la identidad de género a rectificaciones registrales de nombre y sexo, cuya observancia en detención excede el presente análisis. Sin embargo, es menester señalar que el solo cambio de nombre no implica el respeto social ni jurídico, como ha quedado en evidencia en el caso comentado. Muy por el contrario, dichos cambios registrales fueron la motivación principal de la arbitrariedad por la que fue hostigada y discriminada la demandante.

Un elemento distintivo es el tenor de la discriminación a la cual se enfrentan. La Convención Americana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, firmada y ratificada por Chile, define «discriminación» de la siguiente manera:

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 [...] La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género (artículo 1).

Así, el componente de género en un acto discriminatorio se presenta copulativamente a exclusiones estructurales de índole jurídica, social y económica. No se trata de un nombre exótico, extravagante o diferente, sino de la representación de una per-

8. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol 1.340-2009-INA, 29 de septiembre de 2009. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, por ser contrario a la Ley Fundamental.

sona fuera de los márgenes estereotipados de la sociedad en su estado actual, cuyos desajustes no solamente revisten discriminaciones arbitrarias, sino que usualmente, altos niveles de violencias. A pesar de lo anterior, el concepto de discriminación por sí solo tampoco permite dibujar el sustrato del contenido del derecho a la identidad de género, aunque sin dicho componente, es posible que la Corte Suprema no hubiese reemplazado la sentencia de instancia.

Entonces, existe una acepción de la igualdad que solamente se evidencia en la realidad, no así en abstracto. Ello dice relación con una clásica diferenciación entre la igualdad formal, aquélla contenida en las leyes de manera general y extensiva, con el concepto de igualdad material, en que un sentido general de una norma puede no cumplir sus objetivos respecto de realidades específicas, excepcionales o no, de grupos de personas en contextos sociales.

La misma idea es defendida por Carmona Cuenca al reformular el principio de igualdad:

En primer lugar, legitimaría las medidas que puedan adoptar los Estados estableciendo un trato jurídico desigual en favor de determinados colectivos discriminados (mujeres, discapacitados, minorías étnicas o religiosas, etcétera) con la finalidad de conseguir la equiparación real de estos colectivos con el resto de la sociedad, sin que esas medidas sean consideradas contrarias al principio de igualdad formal [...] En segundo lugar —y esta funcionalidad resulta más problemática—, el principio de igualdad configuraría un auténtico derecho subjetivo de las personas pertenecientes a estos colectivos tradicionalmente discriminados a recibir un trato jurídico desigual y favorable en determinados casos, con la finalidad de conseguir su equiparación social (Carmona Cuenca, 2004: 20-21).

Así todo, es debido reconocer el avance que la identidad en general ha servido a la conceptualización de la identidad de género como un derecho. Esto ha permitido que el avance sea tal que existan nociones de un derecho autónomo y con un sustrato normativo diferenciado, con contenido propio y una perspectiva de género innata.

Ley Antidiscriminación e identidad de género: Críticas a la Ley 20.609

Esta prerrogativa se ha constituido como uno de los principales mecanismos de protección contra actos discriminatorios para el resguardo de la identidad de género en Chile. Esto se debe a la diferencia detrás de una perturbación de derechos sin razón de género, remediables ordinariamente, por ejemplo con una acción de protección o una demanda en la sede correspondiente, y, por otro lado, un remedio judicial concentrado y específico para corregir el desequilibrio jurídico por actos discriminatorios, cuya compensación generalmente no implica una restitución pecuniaria. Su naturaleza como acción especial propia del procedimiento sumario permite que la protección de derechos se desenvuelva en tiempos acotados.

Según cifras entregadas por Fundación Iguales en julio de 2018, durante los seis años de vigencia de la ley antidiscriminación han sido presentadas ante los tribunales 319 acciones de discriminación, con solo 11 sentencias en las que se ha reconocido la existencia de actos discriminatorios en razón de la orientación sexual o de la identidad de género de las personas denunciadas.⁹ Así ocurrió en la causa rol 17.314-2012 de diciembre de 2012, el primer fallo por una demanda de esta acción para combatir la discriminación, presentada por una pareja de lesbianas que fue privada de ingresar y usar una habitación de un motel de Santiago sin razón alguna. En esta línea, se razonó:

Cabe hacer presente que causa extrañeza a este magistrado la afirmación contenida en el párrafo anterior, por cuanto se ignora qué acondicionamiento especial o preparación adicional requeriría una habitación de motel para que una pareja homosexual concurriera a dicho recinto —además del mobiliario y servicios higiénicos—, no pudiendo más que desestimar esta fundamentación.¹⁰

Esta ley no solamente significa un cambio simbólico de estructuras jurídicas, sino también una reforma al acceso a la justicia de las diversidades sexuales y de personas trans como sujetos de discriminaciones estructurales en nuestra sociedad, además de una renovación de la técnica de decisión judicial. Cabe señalar que la ley antidiscriminación, a su vez, no define el concepto de identidad de género y mucho menos la consagra como un derecho —de hecho, la corte lo niega explícitamente en el considerando segundo de la sentencia trabajada—, sino que la clasifica como una categoría sospechosa de discriminación, con el objetivo de brindarle protección.

Sin embargo, sus limitaciones han quedado en evidencia y exceden la sola omisión de definiciones normativas. En primer lugar, esta normativa, al no considerar modificaciones a las reglas generales de la carga de la prueba, establece la obligación de las personas denunciadas de probar que han sido víctimas de un acto discriminatorio, cuestión que en muchos casos resulta desventajosa por los contextos en los que podrían generarse estas situaciones.

En segundo lugar, la ley no permite acceder a una indemnización directa en favor de la víctima, debido a que las sanciones que la ley establece se valorizan entre las 5 y 50 UTM en beneficio fiscal, que sería la única vía para optar a una reparación el procedimiento ordinario de lato conocimiento de indemnización de perjuicios. Si bien la discriminación no es necesariamente compensable en un peculio por homologación, la valorización de los actos discriminatorios se encuentra circunscrita al rango men-

9. Valentina Pozo, «Discapacidad, enfermedad, orientación sexual e identidad de género y opinión política concentran el mayor número de sentencias por ley antidiscriminación», Fundación Iguales, 12 de julio de 2018, disponible en <http://bit.ly/2NViT9a>.

10. Sentencia del Tercer Juzgado Civil de Santiago, rol C-17.314-2012, 5 de diciembre de 2012.

cionado, lo que hace prejuzgar que la gravedad de la discriminación que puede ser demandada ante la justicia sea notoriamente inferior a delitos de otra índole.

Esta debilidad sancionatoria podría ser salvaguardada por la facultad del demandante de solicitar providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y la correspondiente voluntad del juez para decretarlas. Precisamente, en el fallo analizado la demandante solicitó al juez establecer dichas medidas, para lo cual propuso programas de inclusión y no discriminación, así como capacitación a funcionarios municipales por ONG expertas. A pesar de lo anterior, la sentencia se limitó exclusivamente al reconocimiento del acto discriminatorio por razón de identidad de género perjudicando a la demandante, por lo cual exigió el cese de la conducta y obligó al pago del monto mínimo legal de 5 UTM.

Dicha argumentación es reforzada por los planteamientos de las abogadas expertas Casas Becerra y Lagos Tschorne:

Una interpretación pro persona de este cuerpo legal, que busque darle un efecto útil y que permita garantizar de manera efectiva el goce y ejercicio del derecho a la igualdad y no discriminación, debe conducir a la conclusión de que la acción de no discriminación sí permite al tribunal conocer, declarar y revertir situaciones de desigualdad originadas por la falta de adopción de medidas especiales (Casas Becerra y Lagos Tschorne, 2014: 130).

Esta falencia es una debilidad importante de la ley, ya que el sentido de la prerrogativa es entender que la sanción no acaba con una multa, sino que con medidas positivas que terminen con la discriminación en nuestra sociedad, con mecanismos estatales de promoción, capacitación y educación.

En materia de prueba, el recurso analizado revela infracciones a las reglas de la sana crítica para efectos de la valoración judicial de la prueba presentada en juicio. Es decir, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Se configura un deber del juez el presentar un argumento razonado de su decisión, el cual se verifica inexistente al omitir los antecedentes probatorios rendidos por la parte demandante.

A juicio de Carmona Cuenca (2004: 9), las perspectivas de género y de los derechos humanos pueden vincularse mediante acciones positivas de instrumentos estadísticos e indicadores segregados por sexo o género; educación en igualdad de género con especialistas en la materia, y fomentar la participación de mujeres, entre otras. En este caso, el mismo razonamiento es aplicado a las personas trans, pero no existen estadísticas públicas sobre su participación en el sistema de justicia, lo que da a entender que es marginal o nula.

Conclusiones

Según el estudio de diagnóstico de la perspectiva de igualdad de género en el Poder Judicial chileno:

Para conseguir este efecto y evitar las situaciones de desigualdad, es necesario dictar resoluciones judiciales en las que se tengan en cuenta las características de mujeres y hombres, algunas coincidirán y otras serán diferentes y precisamente por ser diferentes deben tenerse en cuenta. De igual forma, la aparición de nuevas realidades para las que la ceguera de un sistema judicial y el desarrollo legislativo probablemente no estén preparados puede generar un efecto inverso del inicialmente pretendido con la salvaguarda de la imparcialidad judicial (Poder Judicial, 2015: 103).

Esta nueva mentalidad implicaría un razonamiento que no se base en nociones preconcebidas de las relaciones de género en nuestra sociedad, que demuestran conductas estereotipadas de juzgamiento. Dicho sesgo queda en evidencia irrefutable con lo acontecido en primera y segunda instancia, a tal nivel que en aquella se condenó en costas por negar que haya habido motivo alguno para litigar.

La perspectiva de género debe ser un elemento para configurar una nueva médula del razonamiento judicial, pues ha quedado demostrado que los principios actuales, y su cruzada por una sentencia objetiva, no están exentos de componentes de género. Lamentablemente, dicho sesgo es negativo y fomenta discriminaciones que nuestra sociedad perpetra a diario. Esta visión no debe ser un agregado ni un anexo posterior a los razonamientos actuales. Tampoco puede ser una noción solamente general, vacía de un contenido propositivo. Por el contrario, sus principios invocan la exigencia de reformular el sistema en su totalidad.

El fallo comentado representa el trasfondo de una discusión amplia y vigente en nuestra sociedad. Actualmente, las comunidades LGBTIQ+ y sobre todo las personas trans han sido marginadas del ordenamiento jurídico, tanto por la falta de derechos específicos como el limitado acceso a acciones que permitan justiciarlos. La ley antidiscriminación pretende ser uno de los mecanismos que otorgue esa protección, al definir y castigar la discriminación arbitraria por razón de género.

Así todo, este medio ha sido insuficiente para proteger un derecho que actualmente no se encuentra consagrado de forma particular en Chile. Si bien nutre su contenido del derecho a la identidad, el componente de género exige que su contenido sea autónomo, de modo que su reconocimiento, garantía y protección sean desarrolladas a la luz de las realidades materiales de las personas trans.

Para finalizar, es importante enfatizar la existencia de conceptualizaciones internacionales que reconocen expresamente la identidad de género como derecho autónomo, que han sido citadas y reproducidas en la sentencia comentada y en este análisis. Se hacen evidentes, como de hecho ha señalado la Corte Suprema, las falencias

normativas de nuestro ordenamiento jurídico para dar una respuesta que contemple el reconocimiento y la protección del derecho de las personas trans a vivir libres de discriminaciones legales y culturales.

Referencias

- CARMONA CUENCA, Encarnación (2004). «El principio de igualdad material en la Constitución europea». *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, 8: 1-21. Disponible en <http://bit.ly/2OqLzGl>.
- CASAS BECERRA, Lidia y Catalina LAGOS TSCHORNE (2014). «Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos». *Anuario de Derechos Humanos*, 10: 127-137. DOI: 10.5354/0718-2279.2014.31699.
- PODER JUDICIAL (2015). *Igualdad de género y no discriminación, proyecto de estudio diagnóstico de la perspectiva de igualdad de género en el Poder Judicial chileno*. Santiago: Dirección de Estudios de la Corte Suprema, Management & Research Chile.

Sobre los autores

VALENTINA CANALES GUZMÁN es egresada de Derecho de la Universidad de Chile, ayudante *ad honorem* de la cátedra de Derecho Constitucional y de la cátedra de Clínica Jurídica especializada de Interés Público, ambas de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es valentina.canales.g@gmail.com.

RODRIGO MALLEA CARDEMIL es egresado de Derecho de la Universidad de Chile, ayudante *ad honorem* de la cátedra de Derecho Constitucional y de la cátedra de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ambas de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es r.mallea.2010@gmail.com.

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS

El *Anuario de Derechos Humanos* es una publicación anual de referencia y consulta en derechos humanos y materias afines, que busca ser un espacio de discusión, difusión y conocimiento de los temas centrales sobre derechos humanos en sus contextos nacional e internacional, poniendo a la disposición del público de manera gratuita los distintos desarrollos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos ocurridos en este campo dentro del período anual cubierto por cada edición.

DIRECTORA RESPONSABLE

Nancy Yáñez Fuenzalida

EDITOR DE CONTENIDOS

Salvador Millaleo

SITIO WEB

anuariodh.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

anuario-cdh@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipográfica
(www.tipografica.cl)