

La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento

The New Anti-discrimination Law: Guidelines for its Further Improvement

Tomás Vial Solar

Universidad Diego Portales, Chile

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile; LL. M (Legal Master) en Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos; Magíster en Derecho Público, mención derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile; Ph.D, University College London (UCL). Actualmente Investigador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y profesor de derecho constitucional en la misma Universidad.

tomas.vial@udp.cl

RESUMEN

El artículo se centra en dos aspectos omitidos por la nueva Ley No. 20.609 de 2012, que establece medidas contra la discriminación: un órgano público capaz de impulsar políticas generales antidiscriminación y la definición de qué se entiende por discriminación por orientación sexual e identidad de género. Se proponen algunos criterios generales para establecer dicho órgano y también conceptos generalmente aceptados de los términos referidos.

Palabras clave: discriminación – orientación sexual – identidad de género – legislación.

SUMMARY

This paper focus on two key omissions of the new Chilean antidiscrimination act, Law No. 20.609 of 2012: the lack of a proper public body in charge of establishing antidiscrimination policies and of legal definitions of discrimination for sexual orientation and gender identity. Some general criteria for the creation of that body are proposed and also generally accepted definition of those terms.

Key words: discrimination – sexual orientations – gender identity – legislation.

Introducción

La nueva Ley No. 20.609, que Establece Medidas Contra la Discriminación¹, es el primer estatuto general en nuestro país que busca eliminar las diversas clases de discriminación existentes en Chile. En esta materia nuestro país llega tarde en materia legislativa, incluso a nivel latinoamericano² y como se ha apreciado por algunos comentaristas³ esto es sólo el primer paso en un proceso que implica legislación, desarrollo de políticas públicas y actividad jurisdiccional. Todos ellos, esperamos, irán conformando con el tiempo un *corpus* de normas y prácticas que permitan ir asegurando

¹ Ley No. 20.609 de 2012 que Establece Medidas Contra la Discriminación. Ministerio Secretaría General de Gobierno, República de Chile, 24 de julio de 2012.

² Ver al respecto PARRA, Carlos. "Estatutos de Antidiscriminación y su Desarrollo en Colombia". Barranquilla: *Revista de Derecho*, No. 27, 2007. [en línea] <http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/27/5_Estatutos%20antidiscriminacion.pdf> [consulta: 3 marzo 2013].

³ CONTESSÉ, Jorge y LOVERA, Domingo. "Dudas sobre Efectividad de la Nueva Ley Antidiscriminación". *Ciper*. 13 de julio de 2012. [en línea] <<http://ciperchile.cl/2012/07/13/dudas-sobre-la-efectividad-de-la-nueva-ley-antidiscriminacion/>> [consulta: 3 marzo 2013].

que todos los habitantes de este país puedan ser tratados con igual respeto y consideración. La nueva ley presenta diversas problemáticas, varias de las cuales no habían sido, ni lo han sido hasta la fecha, suficientemente discutidas en el ámbito jurídico nacional. Temas como la existencia de diversas categorías de discriminación, la relación entre la prohibición de discriminación y otros derechos y libertades, la nueva acción judicial que se introduce y su relación con las actuales acciones constitucionales, las agravantes en materia penal que introducen el llamado crimen de odio en nuestro derecho, son asuntos que requieren análisis y “decatamiento” dogmático y práctico. Dadas las restricciones de espacio me voy a referir en esta oportunidad a sólo dos aspectos de la nueva normativa que será necesario considerar para perfeccionar, entre varios asuntos, la ley vigente. Ambos quedaron pendientes en la discusión legislativa. El primero es el relativo a la forma institucional adecuada para establecer y desarrollar políticas públicas antidiscriminación. El segundo se refiere a cómo se pueden entender dos de las nuevas categorías que introduce la ley, como son la orientación sexual y la identidad de género.

1. Políticas públicas y discriminación

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 estructural⁴. 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.

Lo que quedó, en el artículo 1 de la ley, es un deber genérico impuesto a los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, de 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.

Esta referencia normativa presenta varios aspectos criticables que deberán ser subsanados en un futuro próximo. Primero, es un mandato que se aplica sólo a los órganos de la administración del Estado, dejando entonces fuera de su alcance, por ejemplo, el 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. Segundo, es ciertamente una obligación en extremo genérica, que no precisa cómo se construirá esa política, quién la revisará, quién participará en su elaboración, etc. Tercero, carece de plazos de creación, implementación y revisión. Cuarto, el deber que se impone es el de asegurar el goce de los derechos, no el de eliminar las prácticas discriminatorias. Esto puede parecer un juego semántico, pero no lo es pues el objetivo, ya extraordinariamente amplio de asegurar los derechos, no permite reconocer en forma concreta el problema que presenta la discriminación, en particular cuando ésta es de una naturaleza estructural.

La “difuminación” del deber del Estado en relación a la discriminación nos lleva a la necesidad de considerar si acaso es necesario un órgano encargado de esta tarea. Para efectos de este trabajo sólo se ofrecerán algunas consideraciones generales, basadas en la experiencia comparada, que permitan avanzar en una futura discusión legislativa sobre este punto.

⁴ Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2012.

Primero, hay que constatar que los problemas de discriminación se dan en razón de distintas circunstancias, como lo atestiguan las diversas categorías que la misma ley introduce, tales como género, edad u origen étnico. Esto lleva a que necesariamente va a existir una diversidad de instituciones estatales, las que tendrán competencia específica sobre uno o más de aquellos aspectos. Lo anterior, inmediatamente levanta el tema de la coordinación en esta materia entre los diversos órganos.

Segundo, justamente esta diversidad de situaciones de discriminación y de realidades sociales es la que ha llevado al legislador, entre otras razones, a crear una serie de órganos y servicios públicos que tiene como objetivo el mejorar las condiciones de vida de un sector de la población, que por sus particulares características, no estaban siendo considerados correctamente por las políticas estatales generales. El primero de ellos fue el SERNAM, por medio de la Ley No. 19.023 del año 1991⁵; luego el Instituto Nacional de la Juventud, por Ley No. 19.042 del año 1991⁶; posteriormente le siguió la CONADI, Ley No. 19.253 del año 1993⁷; el FONADIS, por la Ley No. 19.284 de 1994⁸ reemplazado en 2010 por el Servicio Nacional de Discapacidad por medio de la Ley No. 20.422⁹. En 2002, por medio de la Ley No. 19.828, se estableció el Servicio Nacional del Adulto Mayor. Todos estos entes públicos poseen expresamente la facultad de proponer políticas y hacer estudios en sus ámbitos específicos y de coordinación con otros organismos públicos para tales efectos.

A lo anterior se debe sumar el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), creado por la Ley No. 20.405 de 2010, que posee facultades amplias de proposición y estudios en materia de DD.HH., disponiendo de una vasta competencia temática¹⁰.

Ante esta realidad institucional diversa, y en particular la existencia de una institución como el INDH, es posible preguntarse si es necesario otro ente o reforzar uno ya creado que tenga como tarea eliminar la discriminación y asegurar la igualdad, en especial en el caso de las denominadas categorías sospechosas, tales como raza o género.

Una primera aproximación a esta cuestión es que la discriminación posee características transversales que exigen un tratamiento sistemático que aboga por un grado de coordinación general. Segundo, y por lo mismo, que las respuestas a ella, en particular en casos concretos, también deben ser coherentes entre los diversos tipos de discriminación. Así, por ejemplo, lo que se considera discriminación por género debe ser consistente con lo que se decide en casos de discriminación por razones de edad u origen étnico.

⁵ Ley No. 19.023 de 1991 que crea el Servicio Nacional de la Mujer. Ministerio del Interior, República de Chile, 3 de enero de 1991.

⁶ Ley No. 19.042 de 1991 que crea el Instituto Nacional de la Juventud. Ministerio de Planificación y Cooperación, República de Chile, 16 de febrero de 1991.

⁷ Ley No. 19.253 de 1993 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Ministerio de Planificación y Cooperación, República de Chile, 5 de octubre de 1993.

⁸ Ley No. 19.284 de 1994 que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad. Ministerio de Planificación y Cooperación, República de Chile, 14 de enero de 1994.

⁹ Ley No. 20.422 de 2010 que establece normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad. Ministerio de Planificación, 10 de febrero de 2010.

¹⁰ A todo lo anterior será necesario agregar la futura Subsecretaría de Derechos Humanos, dependiente del Ministerio de Justicia, la que tendrá facultades de proponer políticas públicas en materia de DD.HH. Ver proyecto, actualmente en el Senado, Boletín No. 8.207.

Tercero, el problema de la discriminación, que es amplio en Chile¹¹ y en particular la llamada discriminación estructural, requiere una cierta dirección política que permita enfrentarla con fuerza y responsabilidad. Especialmente, cuando las situaciones de discriminación, o mejor dicho, su solución, afecte a intereses grupales poderosos que deseen mantener un estatus privilegiado o una situación conveniente para ellos. La actual dispersión institucional y más aún la vaguedad de la ley en comento, no crean las condiciones para algo así.

Esta realidad transversal y los obstáculos para solucionar la discriminación son lo que explica que en otras sociedades se hayan creado entes específicamente responsables de asegurar la igualdad y de eliminar la discriminación. Al respecto, dos ejemplos mencionaremos que convendrá estudiar con detención, uno, el más antiguo y que sienta el modelo en esta materia, es la Comisión de Igualdad de Oportunidades Laborales Americana, la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC)¹², creada en 1964 por la *Civil Rights Act*. El otro, más reciente, es la británica Comisión por Igualdad y Derechos Humanos (*Commission for Equality and Human Rights*)¹³ de 2006, que fundió en un solo cuerpo las anteriores comisiones de igualdad en materia sexual, racial y discapacidades de 1975, 1976 y 1995, respectivamente.

Si se opta por crear un ente nuevo o de introducir nuevas competencias a uno ya existente, como al INDH, creemos que este órgano debiera poseer las siguientes características y capacidades con el fin de poder efectivamente contribuir a disminuir la discriminación, las que están, por cierto, ligadas estrechamente a las potestades que debe poseer.

(i) *Independencia*

Es necesario para que el órgano pueda resolver situaciones de discriminación y proponer con libertad soluciones y políticas que éste sea independiente del gobierno de turno y también de grupos y sectores políticos, sociales o económicos. Por cierto que ningún diseño institucional libera completamente de presiones e influencias. Al respecto, un modelo a seguir es el que se ha dado a varios órganos públicos creados en los últimos años, como el Consejo para la Transparencia o el propio INDH, es decir, una composición colegiada, con participación del Congreso.

(ii) *Facultades de coordinación*

Pese a que las políticas públicas particulares son de competencia de diversos órganos estatales como el SERNAM o la CONADI, es necesario que haya una debida coordinación entre ellas, por lo que el ente público debe tener la capacidad de promoverla, en forma similar a las facultades que hoy poseen cada uno de los órganos antes mencionados.

(iii) *Estudios*

Común a todos los entes es la capacidad de desarrollar estudios en su materia, esto debiese replicarse en el órgano a establecer o reforzar.

¹¹ Ver, por ejemplo, opiniones de la elite sobre lo extendido de la discriminación en Chile. En, ICSSO; Universidad Diego Portales. *Elites políticas. Discriminación y Diversidad Étnica*. Estudio de Opinión Pública 2012. [en línea] <<http://www.encuesta.udp.cl/2012/04/importante-brecha-en-percepcion-sociedadelite-sobre-el-conflicto-mapuche/>> [consulta: 3 marzo 2013].

¹² Ver, [en línea] <<http://www.eeoc.gov>> [consulta: 30 marzo 2013].

¹³ Ver, [en línea] <<http://www.equalityhumanrights.com>> [consulta: 30 marzo 2013].

(iv) Procesar y recibir denuncias

Sin duda una de las atribuciones más poderosas que diferencia a un órgano más bien asesor de uno que efectivamente puede luchar contra la discriminación es la capacidad de recibir denuncias por actos de discriminación y darles una respuesta en sede administrativa. Como se ha comprobado claramente con la efectividad, por ejemplo, de la actividad del Servicio Nacional del Consumidor y el Consejo de la Transparencia. Si las personas no poseen un ente que acoja denuncias y sea capaz de darles una respuesta uniforme, efectiva y relativamente rápida y de efectuar los estudios que se derivan de esas situaciones, toda ley antidiscriminación quedará trunca.

(v) Efectuar investigaciones

Junto con poder procesar denuncias es conveniente que para implementar efectivamente la ley antidiscriminación pueda el ente responsable iniciar investigaciones administrativas sobre prácticas discriminatorias. Esto es importante particularmente cuando estamos en presencia de prácticas estructurales o generales, pues de este modo se logra obtener la información necesaria que permita descubrir prácticas ocultas y de proponer medidas de reforma. El modelo para ello podría ser las facultades que posee la Fiscalía Nacional Económica de Chile.

(vi) Realizar denuncias y acciones judiciales

Consistente con las facultades anteriores, se requiere que el órgano pueda también interponer las acciones judiciales que el ordenamiento permite para remediar situaciones de discriminación. Esta facultad, por ejemplo, ya la posee el INDH.

(vii) Proponer políticas y planes de acción

Para subsanar justamente una de las falencias de la ley vigente, el órgano debiera ser capaz de proponer políticas, planes de acciones, con un plazo de ejecución y evaluación determinado. Un ejemplo de ello es el deber que tiene la Equality Commission británica, de preparar un plan de acción respecto de las funciones que la ley le asigna y de revisarlo al menos dentro de un plazo de tres años¹⁴. Algo similar existe en el sistema de monitoreo de los tratados de DD.HH. como el sistema de revisión periódica universal.

2. Categorías de discriminación y nuevas categorías

La ley introdujo en el derecho chileno el conjunto más completo de lo que se ha llamado categorías sospechosas. Con anterioridad a ella, en la legislación nacional sólo el Código del Trabajo contenía una enumeración amplia de esas categorías, en su artículo 2 inciso cuarto¹⁵, pero ésta es menos exhaustiva que la que introduce la nueva Ley. En materia de discapacidad también la Ley No. 20.422, en su artículo 1, lo hacía prohibiendo la discriminación en esa materia y

¹⁴ Equality Act 2010, Parliament of the United Kingdom. 8 abril de 2010, artículo 4.

¹⁵ “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Código del Trabajo de Chile, artículo 2 inciso cuarto.

respecto de las creencias religiosas. La Ley No. 19.638 sobre constitución jurídica de las iglesias y confesiones religiosas¹⁶ prohíbe también la discriminación en relación a creencias religiosas.

Los tratados internacionales ratificados por Chile por su parte contienen varias de las categorías “repcionadas” en la ley¹⁷. Así, por ejemplo, en el sistema de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸, en su artículo 2 prohíbe las distinciones basadas en la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Lo mismo la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁹, en su artículo 1.1 impone esta obligación en forma similar. En ambos casos, y esto es una característica general de los tratados de derechos humanos en este aspecto, se introduce la categoría abierta de “otra condición social”, lo que permite a las partes y órganos ejecutores una interpretación evolutiva de aquellos.

La nueva ley introduce varias categorías nuevas en nuestra legislación doméstica, tales como la apariencia personal o la situación socioeconómica. Pero sin duda las más polémicas fueron las categorías de orientación sexual e identidad de género. Éstas no poseen una definición legal ni jurisprudencial en nuestro derecho, ni tampoco en la Historia de la Ley²⁰. La carencia de estas definiciones, algo que por lo demás es más bien transversal a nuestro derecho, que prefiere dejar las cosas siempre para más adelante, sin duda que puede dificultar la aplicación de la ley. Por ello, sería conveniente que la normativa contuviera definiciones precisas, en particular cuando se emplean términos nuevos, como los que ahora nos preocupan.

Pese a que el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*²¹ –que para efectos del derecho nacional debiera ser en esta materia un antecedente primordial y obligatorio– precisó que tanto la orientación sexual como la identidad de género se encontraban incluidas dentro de la categoría “otra condición social” y que, por lo tanto, eran términos protegidos contra la discriminación, en aquel no se intentó una definición de los mismos ni tampoco se provee alguna en las numerosas fuentes internacionales, tanto del sistema de Naciones Unidas como europeo de derechos humanos, y de legislación comparada, en que se cita. Lo anterior es algo frustrante pues habría sido una buena oportunidad de dar una definición autorizada.

En este contexto, mayor ayuda, a objeto de ir precisando estos términos, se obtiene de un estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a petición de la Asamblea General de la OEA, sobre Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género del

¹⁶ Ley No. 19.638 de 1999 que Establece Normas Sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias Organizaciones Religiosas. Ministerio del Interior, República de Chile, 14 de octubre de 1999.

¹⁷ En el primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados se encuentra un largo listado de las normas internacionales ratificadas por Chile y que prohíben la discriminación. Véase, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). *Historia de la Ley No. 20.609. Establece Medidas contra la Discriminación*. Valparaíso: BCN, 2012. [en línea] <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_ulp> [consulta: 2 marzo 2013].

¹⁸ ONU. Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.

¹⁹ OEA. Convención Americana de Derechos Humanos. Adoptada entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990.

²⁰ En la historia de la ley lo relevante es encontrar la voluntad del legislador y no la mera referencia a las opiniones de uno o varios de los actores que participaron en su elaboración de ley (parlamentarios, expertos u organizaciones), lo que con frecuencia se toma en Chile como expresión de la voluntad de aquel. Para hablar con propiedad de ésta es necesario que sobre el sentido de la norma haya coincidencia expresa entre los tres cuerpos colegisladores, las cámaras y el Ejecutivo. Y, en este sentido, no hay una definición sobre los términos en cuestión.

²¹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

año 2012²², donde se sintetiza el estado de la cuestión a nivel del derecho internacional y de la doctrina. Contribuye en forma decisiva a este estudio las definiciones que entregan los denominados Principios de Yogyakarta, los que son fruto de una conferencia en esa ciudad de Indonesia el año 2006, a nivel de expertos sobre estos temas.

En este estudio se señala que pese que se debe entender que estas categorías no son cerradas, estáticas ni con un sentido universal, se presentan las nociones mayormente aceptadas de aquellas²³. El estudio se extiende a los diversos términos que se han desarrollado en esta materia. Para efectos de este artículo nos centraremos en los que la ley contiene.

El estudio parte señalando que el término “sexo” se refiere “a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer”²⁴, a “sus características fisiológicas”²⁵, a “la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres”²⁶. La categoría sexo, comprendida de esta forma, da pie también para que se pueda hablar de las personas intersex. La intersexualidad se entiende como “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al *standard* de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”²⁷, correspondido a lo que se entendió en el pasado como hermafrodita, es decir, una persona con dos sexos.

El término género, en cambio, y a diferencia del sexo, se entiende como una construcción social. Aquí el estudio cita al Comité de la Convención Contra Todas las Formas de Discriminación de la Mujer, el que ha señalado “que se refiere a las identidades, las funciones y los atributos cons-truidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”²⁸.

La distinción entre género y sexo también permite apreciar que hay personas que no se sienten identificadas con la asignación de género que va habitualmente asociada con su sexo, es decir, por ejemplo, una persona que teniendo un sexo masculino se siente o identifica con el género femenino, o viceversa. Estas son las personas trans. Así el estudio señala que el transgenerismo o trans es un término paraguas “que se utiliza para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste”²⁹. Las personas transgénero,

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Estudio sobre Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Expresiones Relevantes*, 2012. [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/igtbi/estudios/>> [consulta: 7 enero 2012].

²³ *Ibíd*em, p. 2.

²⁴ *Ibíd*em, p. 3. Citando al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

²⁵ CIDH, *Estudio sobre...* op. cit., p. 3. Citando al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Recomendación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 20.

²⁶ CIDH, *Estudio sobre...* op. cit., p. 3. Citando a la Organización Panamericana de la Salud y American University Washington College of Law. *El Derecho a la Salud de los Jóvenes y las Identidades de Género: Hallazgos, Tendencias y Medidas Estratégicas* para la Acción en Salud Pública. Washington DC: 2011, pág. 7.

²⁷ CIDH, *Estudio sobre...* op. cit., p. 3. Citando a CABRAL, Mauro y BENZUR, Gabriel. *Cuando Digo Intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad*. Campinas: Cad. Pagu No. 24 Jan/June 2005.

²⁸ CIDH, *Estudio sobre...* op. cit., p. 3. Citando al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

²⁹ CIDH, *Estudio sobre...* op. cit., p. 4.

indica el estudio, pueden ser mujeres trans, cuando teniendo un sexo masculino su identidad es femenina, hombre trans, cuando el sexo es femenino y la identidad masculina y, finalmente, persona trans o trans cuando no se identifican con ninguno de los dos géneros³⁰.

El estudio observa, correctamente que, sin perjuicio de la distinción entre sexo y género hoy generalmente aceptada, en el plano jurídico a nivel internacional y doméstico se ha tendido a intercambiar ambas categorías, en particular en el caso de los tratados internacionales que, como se señala, fueron redactados con anterioridad a que se considerara la palabra género.

La orientación sexual, y aquí el estudio pasa a citar directamente los principios de Yogyakarta antes mencionados, se entiende como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”³¹. Nótese que la orientación sexual se define respecto al género y no al sexo.

La categoría de orientación sexual, entonces, permite precisar varios otros términos. Así, por heterosexualidad se refiere “a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”³²; por homosexualidad (femenina o masculina) “[h]ace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”³³; y por bisexualidad “[h]ace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”³⁴.

Estas diversas categorías, que demuestran lo complejo y diverso que puede ser el panorama de la sexualidad humana, pueden ser algo confusas a primera vista, sobre todo si deben ser aplicadas por operadores jurídicos, en especial tribunales no acostumbrados a ellas y que no han recibido la adecuada capacitación en estas materias.

Por otra parte, parece esencial comprenderlas y aplicarlas adecuadamente, pues ellas dicen relación con algunos de los aspectos más sensibles de la persona, circunstancia que hace que la discriminación en estos casos sea particularmente odiosa.

Observaciones finales

La experiencia comparada³⁵ muestra que el desarrollo de la legislación y la jurisprudencia en relación a la discriminación son tareas de largo aliento y en constante necesidad de adaptación a las cambiantes condiciones sociales, políticas y económicas. En verdad, acercarse a una sociedad que trate a todos y a todas las personas con igual consideración y respeto es un ideal que ninguna ha logrado completamente, pero que sin duda, en las últimas décadas, ha tenido muy

³⁰ Ídem.

³¹ *Ibíd.*, p. 3. Citando a Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006, p. 6, nota al pie No. 1.

³² CIDH, *Estudio sobre...* op. cit., p. 4.

³³ Ídem.

³⁴ Ídem.

³⁵ Ver al respecto FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. Second edition. USA: Oxford University Press, 2011.

importantes progresos en varias áreas³⁶ y sociedades. Chile, con la Ley No. 20.609, ha dado un paso adicional en este camino por recorrer, el cual deber ser necesariamente profundizado y materializado con el desarrollo efectivo de políticas que combatan la discriminación. La propia ley requiere modificaciones a fin de poder acercarse a las promesas que ella conlleva. Esperamos que lo propuesto en este trabajo pueda contribuir a ese proceso de perfeccionamiento.

³⁶ Piénsese sólo en términos del rol de la mujer y las minorías sexuales. Por supuesto que en ambas materias existen profundas diferencias en cuanto a cómo los diversos Estados se comportan.

