

CONSEJO DE LA SOCIEDAD CIVIL DPP, Sesión 22 de octubre 2014

Temática:

Situación de minorías sexuales LGTBI (Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales)

Expone: Rolando Jiménez, Presidente MOVILH

A fin de establecer un lenguaje común y referencial sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, la OEA encarga a la CIDH –en abril de 2012- un estudio que entrega las siguientes definiciones:

http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf

A. Sexo

En un sentido estricto, el término “sexo” se refiere “a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer”, a sus características fisiológicas, a “la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres” o a “la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer”.

- **Personas intersex**

Desde la perspectiva del sexo, además de los hombres y las mujeres, se entiende que se alude también a las personas intersex. En la doctrina se ha definido la intersexualidad como “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al *standard* de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”. Históricamente la comprensión de esta identidad biológica específica se ha denominado a través de la figura mitológica del hermafrodita, la persona que nace “con ‘ambos’ sexos, es decir, literalmente, con pene y vagina”. Estas expresiones, también se han reflejado en el lenguaje jurídico y en el lenguaje médico. En la actualidad, tanto en el movimiento social LGTBI, como en la literatura médica y jurídica se considera que el término intersex es técnicamente el más adecuado.

B. Género

La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y

los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

C. La orientación sexual

La orientación sexual de una persona es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. Se ha definido 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 mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. En el derecho comparado se ha entendido que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, para lo cual se han utilizado distintos criterios, que incluye la inmutabilidad de ésta “entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”.

En esta perspectiva se ubican los términos heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad, los cuales pueden describirse de la siguiente manera:

- **Heterosexualidad**

Hace 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 a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

- **Homosexualidad**

Hace 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 mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. De la información recibida por la Comisión se observa una tendencia en el movimiento LGTBI a reivindicar el uso y referencia a los términos *lesbiana* (para hacer referencia a la homosexualidad femenina) y *gay* o *gai* (para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina).

- **Bisexualidad**

Hace 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 mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

D. La identidad de género

De conformidad con los Principios de Yogyakarta, la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Dentro de la categoría identidad de género se incluye generalmente la categoría transgenerismo o trans. A continuación se presentan las definiciones mayormente aceptadas en relación con esta perspectiva.

- **Transgenerismo o trans**

Este término paraguas –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones- es utilizado 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. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos.

- **Transexualismo**

Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

- **Otras subcategorías que no necesariamente implican modificaciones corporales**

Entre estas categorías se encontrarían las personas travestis. En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

En relación a estas categorías existen discusiones legales, médico-científicas y sociales, que desde diferentes perspectivas se aproximan a ellas. Sin embargo, existe un cierto consenso para referirse o autoreferirse las personas transgénero, como *mujeres trans* cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; *hombres trans* cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o *persona trans* o *trans*, cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización masculino-femenino.

E. La expresión de género

La expresión de género ha sido definida como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”.

Como afirma la Comisión Internacional de Juristas:

La noción de aquello que constituyen las normas masculinas o femeninas correctas ha sido fuente de abusos contra los derechos humanos de las personas que no encajan o no

se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. Las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, la independencia económica de las mujeres y la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género.

F. Discriminación con base en la identidad de género, orientación sexual y expresión de género

De conformidad con los distintos tratados internacionales, la discriminación es toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en atributos de la persona que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades.

La CIDH entiende por discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado -ya sea *de jure* o *de facto*-^{xliv} anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías.

No obstante -en particular dada la ausencia actual de una regulación específica y taxativa de estas categorías dentro de las causales tradicionales de no discriminación- jurídicamente las categorías de no discriminación por orientación sexual y la identidad de género se han subsumido en dos causales de discriminación en el ámbito del derecho internacional, a saber: discriminación por "sexo" y en las cláusulas abiertas de discriminación, como aquellas que se manifiestan por "cualquier otra condición social".

MOVILH Y LEY ZAMUDIO

La ley N° 20.609 de Antidiscriminación o ley Zamudio tiene por propósito, según se consagra en su artículo primero, "instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria".

**Material extraído del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh),*

Contiene de 18 artículos y tres capítulos:

- 1.- Disposiciones generales: Define el objetivo de la ley, así como la discriminación arbitraria.
- 2- Establece los mecanismos para entablar una acción de no discriminación arbitraria.
- 3.- Establece reformas a cuerpos legales para garantizar la no discriminación arbitraria.

I. Fines:

a.- “Instaurar un **mecanismo judicial** que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”

b.- Establece la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado de elaborar e implementar **políticas públicas** contra la discriminación.

II.- Definición:

La discriminación arbitraria es entendida como “...toda privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

Para que exista discriminación arbitraria la ley exige dos elementos:

a.- **Elemento conductual:** “Distinción, exclusión o restricción” realizada por un sujeto agresor, el cual puede ser un agente del Estado o cualquier particular, que resulta en “privación, perturbación o amenaza” en el ejercicio de derechos fundamentales de la víctima.

b.- **Elemento antijurídico:** La carencia “de justificación razonable” de la conducta.

ACCIONES DE NO DISCRIMINACION

1.- Los atropellos se denuncian **en forma escrita o verbal ante el juez de letras del domicilio** de la víctima o del victimario en un plazo de máximo de un año de ocurrido el hecho o de haber tenido conocimiento del mismo.

2.- Denuncia puede hacerla el **afectado o sus representantes**.

3.- Denuncia pasa por examen de admisibilidad. Serán **inadmisibles** las denuncias cuando: a) fue declarado admisible un recurso de protección, de amparo por el mismo hecho o se presenta en paralelo un recurso de tutela laboral y b) se impugnen leyes vigentes o sentencias previas de otros tribunales.

4.- Declarada admisible, el tribunal requerirá a la persona y a quienes estime pertinente que **entregue informe** sobre la situación denunciada, el cual deberá presentarse en plazo de 10 días desde la notificación. La tramitación seguirá con o sin informes.

5.- El tribunal fijará **una audiencia oral**. De no producirse conciliación, el tribunal citará a las partes a oír sentencia si no hubiere hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, y si los hubiere se establecerá un plazo para presentar todo tipo de pruebas.

6.- Se dicta sentencia en un plazo de 15 días hábiles después de quedar la causa en estado de sentencia.

a.- Si se comprueba discriminación:

a) Se ordenará **cese de discriminación** arbitraria, lo que puede ocurrir antes de la sentencia si el demandante lo pide b) se garantizará la debida protección del afectado mediante las medidas que el juez estime necesarias c) se restablecerá el imperio del derecho y d) Se fijará una multa a beneficio fiscal de 5 a 50 UTM.

b.- Si no hubo discriminación de acuerdo al juez, se aplicará al recurrente una multa a beneficio fiscal de 2 a 20 UTM.

7.- Ambas partes pueden apelar a la Corte de Apelaciones.

REFORMA CUERPOS LEGALES

1.- La norma modifica **La Ley Sobre Estatuto Administrativo y la ley sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales**.

En ambos se prohíbe a los funcionarios públicos y municipales, en forma respectiva, la discriminación en virtud de lo estipulado Ley que Establece Medidas contra la discriminación

2.- Modifica el **Código Penal** estableciendo como agravante cometer o participar de un delito motivado por discriminación arbitraria.

DEFICIENCIAS (punto de vista MOVILH)

1.- Derechos de no discriminación limitados por derechos constitucionales.

2.- Carece de institucionalidad de no discriminación.

3.- No establece indemnización para las víctimas.

4.- Impide impugnar leyes o sentencias discriminatorias.

5.- Multa al demandante en caso de no comprobarse discriminación.