

XIMENA GAUCHÉ-MARCHETTI*, **ÁLVARO DOMÍNGUEZ-MONTOYA****, **PABLO FUENTEALBA-CARRASCO*****,
DANIELA SANTANA-SILVA****, **GABRIELA SÁNCHEZ-PEZO*******, **CECILIA BUSTOS-IBARRA*******,
MANUEL BARRÍA-PAREDES*****, **CECILIA PÉREZ-DÍAZ*******, **RODRIGO GONZÁLEZ-FUENTE*******
Y CYNTHIA SANHUEZA-RIFFO*****

**Juzgar con perspectiva de género.
Teoría y normativa de una estrategia
ante el desafío de la tutela judicial
efectiva para mujeres y personas
LGBTIQ+*****_*******

**Judging from a Gender Perspective.
Theory and Regulations of a Strategy
to Face the Challenge of the Effective
Legal Protection of Rights
for Women and LGBTIQ+ People**

RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo defender la incorporación de la perspectiva de género como una estrategia que favorece el logro de la tutela judicial

* Profesora asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Doctora en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. ORCID ID: 0000-0001-9859-4596. Contacto: xgauche@udec.cl

** Profesor asistente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. ORCID ID: 0000-0001-9059-6730. Contacto: aedodominguez@udec.cl

*** Profesor asistente de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción. M.A. en Investigación Social y Desarrollo de la Universidad de Concepción. ORCID ID: 0000-0002-5965-0556. Contacto: pfuente@udec.cl

**** Apoyo de investigación del Proyecto FONDEF ID 17I10111 de la Universidad de Concepción. LL.M. en estudios avanzados de Derecho Internacional Público de la Universidad de Leiden. ORCID ID: 0000-0001-8836-5650. Contacto: danisantana@udec.cl

***** Apoyo de investigación del Proyecto FONDEF ID 17I10111 de la Universidad de Concepción. Socióloga de la Universidad de Concepción. ORCID ID: 0000-0003-3640-6777. Contacto: gabrielasanchez@udec.cl

efectiva para mujeres y personas LGBTIQ+. Afirmamos que el acceso a la justicia debe ser comprendido como un derecho humano indispensable en un Estado democrático, debiendo cuidar la remoción de los obstáculos que afectan especialmente a estas categorías de personas, como lo han indicado estándares internacionales de derechos humanos. En ese contexto, a partir del caso chileno, sostenemos que la perspectiva de género es una herramienta que, llevada al ejercicio de la función jurisdiccional, contribuye a hacer efectiva la tutela judicial.

PALABRAS CLAVE

Acceso a la justicia, tutela judicial efectiva, mujeres, LGBTIQ+, discriminación.

ABSTRACT

This work aims to defend the inclusion of the gender perspective as a tool that favors the legal protection of rights for women and LGBTIQ+ people. We uphold the idea that the access to justice must be understood as an essential human right in a democratic state. So, it is relevant to remove obstacles affecting these categories of people in line with the international human rights standards. In this context, based on the Chilean case, we endorse the idea

***** Profesor asistente de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción. Doctora en Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona. ORCID ID: 0000-0002-3773-8450. Contacto: cecbustos@udec.cl

***** Profesor asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica. ORCID ID: 0000-0002-2470-4024. Contacto: mbarria@udec.cl

***** Profesor asistente de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción. M.A. en Trabajo Social y Políticas Sociales de la Universidad de Concepción. ORCID ID: 0000-0003-3592-9672. Contacto: nperezd@udec.cl

***** Juez de la República Chile. Doctor en Derecho de la Universidad de Göttingen. ORCID ID: 0000-0002-4783-4104. Contacto: rgonzalez-fuent@gmail.com

***** Colaboradora técnica del Proyecto FONDEF ID 17110111 de la Universidad de Concepción. Licenciada en Educación de la Universidad San Sebastián. ORCID ID: 0000-0002-8742-7175. Contacto: cyntyasanhueza@udec.cl

***** Recibido el 27 de diciembre de 2019, aprobado el 31 de enero de 2022.

Para citar el artículo: GAUCHÉ-MARCHETTI, X., DOMÍNGUEZ-MONTOYA, Á., FUENTEALBA-CARRASCO, P., SANTANA-SILVA, D., SÁNCHEZ-PEZO, G., BUSTOS-IBARRA, C., BARRÍA-PAREDES, M., PÉREZ-DÍAZ, C., GONZÁLEZ-FUENTE, R. y SANHUEZA-RIFFO, C. *Juzgar con perspectiva de género. Teoría y normativa de una estrategia ante el desafío de la tutela judicial efectiva para mujeres y personas LGBTIQ+*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N.º 52, mayo-agosto de 2022, 247-278.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.08>

***** Este artículo de investigación científica y tecnológica se enmarca dentro de la Primera Etapa Proyecto FONDEF ID 17110111 “Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad”, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, ANID, 2018-2020.

that, within the jurisdictional function, the gender perspective contributes to a more effective protection of rights.

KEYWORDS

Access to justice, legal protection of rights, women, LGBTIQ+, discrimination.

SUMARIO

1. Introducción. 1.1. El acceso a la justicia como derecho humano. 1.2. Los obstáculos al acceso a la justicia desde el enfoque de las desigualdades estructurales. 1.3. Posibles razones que afectan el acceso a la justicia de ciertas personas: la falacia de la neutralidad del derecho y la ausencia de una mirada a la realidad de mujeres y personas LGBTIQ+. 2. La perspectiva de género como método que favorece la no discriminación en la tutela judicial efectiva. 2.1. Qué entender por perspectiva de género. 2.2. La perspectiva de género y el orden normativo internacional a favor de la no discriminación. 3. Razones que justifican la importancia de la incorporación de la perspectiva de género en la función de juzgar. 3.1. Aportes concretos de la incorporación de la perspectiva de género para la adopción de una decisión judicial. 3.2. De la teoría a la normativa internacional como marco referencial. Conclusiones. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. El acceso a la justicia como derecho humano

El acceso a la justicia es un derecho humano autónomo que permite avanzar hacia el cumplimiento de la igualdad entre las personas. Puede ser visto, así, como una herramienta para el ejercicio de otros derechos ligados al desarrollo de los derechos ciudadanos, siendo su reconocimiento y garantía componentes fundamentales para la legitimidad de un Estado democrático¹.

En lo formal, el acceso a la justicia supone que cada persona pueda acceder a medios y órganos jurisdiccionales, como también a fórmulas de resolución extrajudiciales, las cuales incluyen instancias administrativas, no estatales y prejudiciales de resolución alternativa de conflictos².

1 GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género: el caso Atala*. Documento Materiales Docentes Academia Judicial. Santiago, 2020, 187; HEIM, D. *Mujeres y acceso a la justicia: de la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*. 1.^a ed. en español. Argentina: Didot, 2016, 15.

2 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Manual autoformativo sobre acceso a la justicia y derechos humanos en Chile*. San José de Costa Rica, 2011, 50.

También, para un adecuado acceso a la justicia, existen ciertas condiciones relativas a la noción de debido proceso y tutela judicial efectiva que deben cumplirse³. Así, se requiere un acceso libre e igualitario a un tribunal u órgano imparcial establecido con anterioridad, un proceso rápido, ágil y eficaz⁴ que permita resolver conflictos de relevancia jurídica, y remover aquellas barreras económicas que pudieran afectar el acceso a la justicia, lo que supone disponer de recursos y medios de fácil accesibilidad, adecuados y eficaces para el reclamo de derechos; y, además, que considere la adopción de medidas dirigidas a los grupos en situación de mayor vulnerabilidad, como, entre otros, las mujeres⁵.

Por otra parte, creemos que el acceso a la justicia implica que cada persona debe obtener un pronunciamiento judicial justo, respetuoso de los derechos fundamentales, lo que puede entenderse como parte integral de la tutela judicial efectiva de los derechos en litigio.

En este contexto, el derecho de acceso a la justicia abarca dimensiones tanto de proceso como de resultados⁶. Esto lo transforma en un derecho humano especialmente relevante que requiere una mirada integral e integradora que permita “buscar soluciones a las necesidades, los problemas y conflictos

3 Respecto a la estructuración y contenido de ambas nociones en nuestro ordenamiento jurídico, véase GARCÍA, G. y CONTRERAS, P. *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. En *Estudios Constitucionales*. 11, 2, 2013; NOGUEIRA, H. *Derechos fundamentales y garantía constitucionales*. Vol. II. Santiago: Librotecnia, 2018, 416 ss.; BORDALÍ, A. *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*. En *Revista Chilena de Derecho*. 38, 2, 2011.

4 GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 187.

5 Particularmente respecto de este grupo en situación de vulnerabilidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Informe de 2007 “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, definió el acceso a la justicia (para los fines del mismo Informe) como el acceso *de iure* (de derecho) y *de facto* (de hecho) a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Washington DC, 2007, 3. Por su parte, el Comité que vigila el cumplimiento de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en su Recomendación General n.º 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, del año 2015, indicó: “1. El derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Es un elemento fundamental del estado de derecho y la buena gobernanza, junto con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley. El derecho de acceso a la justicia es pluridimensional. Abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia”.

6 Universidad de Concepción. *Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual*. Chile: Universidad de Concepción, 2020, 16.

que puedan expresarse jurídicamente, ya sean individuales o sociales, tanto dentro como fuera de los sistemas de justicia”⁷.

Por ello, el presente artículo tiene como objetivo defender la incorporación de la perspectiva de género como una estrategia que favorece el logro de la tutela judicial efectiva para mujeres y personas LGBTIQ+⁸. Por defender, se entiende formular un conjunto de argumentos destinados a mostrar que la incorporación de la perspectiva de género en asuntos judiciales permite mejorar el acceso a la justicia y llegar a resultados más justos desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva.

Para el logro de esto, presentaremos los aspectos esenciales asociados a la perspectiva de género, para mostrar cómo el sistema sexo-género dominante puede obstaculizar el acceso igualitario a la justicia de mujeres y grupos LGBTIQ+. Luego mostraremos cómo la incorporación de la perspectiva de género favorece la no discriminación en la tutela judicial efectiva, justificando así la necesidad de que esta perspectiva sea incorporada. Finalmente, mostraremos cómo la incorporación de la perspectiva de género en el quehacer judicial posee un amplio respaldo en el derecho internacional y nacional⁹.

1.2. Los obstáculos al acceso a la justicia desde el enfoque de las desigualdades estructurales

La desigualdad y la discriminación estructural dan cuenta de que una gran variedad de grupos sociales experimenta dificultades sistemáticas para ejercer sus derechos¹⁰. Como afirma Solís¹¹, a lo largo de generaciones ciertos colectivos se han visto marginados de manera reiterada. Los contextos de desigualdad y discriminación estructural impiden a muchas personas ejercer

7 HEIM, D. *Mujeres y acceso a la justicia*, cit., 47.

8 La sigla se refiere a personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, *intersex*, *queer* o de género fluido.

9 GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 3.

10 A partir del año 2004, Corporación Humanas comenzó a realizar encuestas nacionales de opinión pública dirigidas a mujeres con “el objetivo de generar conocimiento en torno a las percepciones y demandas de las mujeres, llenando el vacío de estudios de opinión tradicionales; visibilizar la percepción de las mujeres en temáticas no abordadas por los estudios de opinión existentes e identificar permanencias y cambios en el discurso de las mujeres, produciendo información comparable en el tiempo”. Así, en el año 2019, la Encuesta Nacional Percepciones de las mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile señaló que “un 86,4% de las personas encuestadas considera que las mujeres son discriminadas en Chile”. Corporación Humanas. *Decimotercera Encuesta Nacional “Percepciones de las mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2019”*. Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2 y 6.

11 SOLÍS, P. *Discriminación estructural y desigualdad social. Con casos ilustrativos para indígenas, mujeres y personas con discapacidad*. México, D. F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2017.

su derecho de acceso a la justicia en condiciones igualitarias, disminuyendo su potencialidad frente a los conflictos de relevancia social y jurídica. De esta forma, el acceso a la justicia debe considerar los factores que dificultan la igualdad de ejercicio en cuanto a este derecho.

Tales obstáculos pueden ser físicos, sociales, políticos, culturales y/o normativos, pudiendo impactar en el diseño, elaboración y aplicación de leyes e instituciones que reproducen una cosmovisión del mundo, intereses y valores fundamentalmente masculinos¹².

Dichos obstáculos, destacados por estándares internacionales de derechos humanos, perjudican especialmente a mujeres y personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, *intersex*, *queer* o de género fluido¹³. Así, quienes trascienden y desafían con sus identidades el binomio hombre/mujer aparecen como ejemplo de las asimetrías y desequilibrios que han perdurado históricamente en la sociedad humana.

En particular, el obstáculo sociocultural impacta el plano normativo, afectando persistentemente el acceso a la justicia de mujeres y personas LGBTIQ+¹⁴, donde juegan un rol fundamental los estereotipos¹⁵, roles¹⁶ y representaciones de género¹⁷.

12 Es lo que se denomina como la masculinidad del derecho y la formalidad de los tribunales. Véase HEIM, D. *Mujeres y acceso a la justicia*, cit., 18; GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 188.

13 Universidad de Concepción. *Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual*, cit., 18-19.

14 GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 189.

15 Se puede conceptualizar el término “estereotipos de género” como aquellas representaciones construidas y fuertemente arraigadas, en función de las cuales se asigna un atributo (positivo, negativo o mixto) de forma indiscriminada o generalizada al grupo de hombres, mujeres, homosexuales, transexuales, u otros. Los estereotipos de género se refieren a la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres, en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Este, es un término genérico que abarca estereotipos sobre las mujeres y los subgrupos de mujeres y sobre los hombres y los subgrupos de hombres. Su significado es fluido y cambia con el tiempo en torno a la cultura. Es una “visión generalizada o una preconcepción sobre características y atributos de los miembros de un grupo en específico, asumiendo que comparten las mismas características y ciertos roles que deben cumplir”. COOK, R. y CUSACK, S. *Estereotipos de género, perspectivas legales tradicionales*. Universidad de Pennsylvania, 2009. Para calificar una generalización como estereotipo, no importa si dichos atributos o características son o no comunes a las personas que conforman el grupo o si sus miembros, de hecho, poseen o no tales roles. El elemento clave es que, en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características o cumple con esos roles, se le atribuye a una persona una propiedad a cumplir por el solo hecho de pertenecer a él. Véase ARENA, F. *Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual*. En *Revista de Derecho*, xxix, 1, 2016, 51-75.

16 El término “roles de género” se puede conceptualizar como el comportamiento socialmente esperado (y también construido y naturalizado) para los miembros de un grupo de acuerdo a su sexo o género. Por ejemplo, “se espera que el principal proveedor económico sea el hombre”, “se espera que las labores domésticas y de cuidado de los niños las realicen mujeres”.

En el caso de las mujeres, creemos que esto se evidencia en aspectos como la construcción binaria y estereotipada del género femenino, con la consecuente existencia de roles, órdenes y representaciones pretendidamente establecidos; las expectativas de comportamiento derivadas de ellos; la construcción sexista de muchas instituciones; el uso de un determinado lenguaje de género, o las distintas manifestaciones de violencia. Todo ello desfavorece el acceso a la justicia, como ha sido puesto de manifiesto por la institucionalidad internacional de derechos humanos, basada en las obligaciones estatales derivadas de tratados internacionales que recogen las diversas dimensiones del acceso a la justicia¹⁸.

En el caso de personas LGBTIQ+, entendemos que las formas de manifestar su sexualidad, de auto percibir su cuerpo, de construir su género y expresarlo, se levantan como obstáculos para acceder a la justicia, esto dada la pervivencia de concepciones estereotipadas y naturalizadas sobre la sexualidad, el género y los propios cuerpos, que se tensionan frente a las identidades que no encajan en el binarismo hombre/mujer o en los roles exigidos socialmente bajo la dicotomía masculino/femenino¹⁹; siendo el acceso a la justicia uno de los mayores problemas, como lo ha evidenciado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)²⁰.

Así, los estereotipos, roles y representaciones de género, siendo barreras socioculturales, tienen alcance normativo. Si bien los estereotipos son categorizaciones identitarias construidas sobre personas o grupos de personas, comprendemos que pueden afectar lo jurídico por cuanto pueden determinar

Las diferencias sexuales-biológicas siempre van de la mano con una perspectiva cultural y social, la cual define ciertos tipos de comportamiento esperables que son construidos, aceptados y naturalizados socialmente. Esto se evidencia cuando la sociedad participa en la construcción de las identidades masculinas, femeninas y otras definiendo lo normal y lo anormal.

17 BUEL DOS SANTO, T. *Representaciones sociales de género. Un estudio psicosocial acerca de lo masculino y lo femenino*. Tesis doctoral. Facultad de Psicología, Universidad Autónoma de Madrid, 2018.

18 En ese sentido, por ejemplo, el Comité CEDAW ha observado una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad, incluida una falta de protección jurisdiccional efectiva de los Estados partes en relación con todas las dimensiones del acceso a la justicia. Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación, y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, así como al hecho de que no se ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres. Todos estos obstáculos constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres. Véase GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 189.

19 *Ibid.*, 189-190.

20 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*. Washington DC, 2018, párrs. 190-205.

la interpretación y aplicación de una norma o de la realidad que se discute en un proceso judicial, afectando normalmente los derechos en litigio²¹.

1.3. Posibles razones que afectan el acceso a la justicia de ciertas personas: la falacia de la neutralidad del derecho y la ausencia de una mirada a la realidad de mujeres y personas LGBTQ+

Desde una mirada histórico-jurídica, sostenemos que la igualdad entre las personas y la neutralidad de la norma jurídica como pretendidos paradigmas de la modernidad, en realidad son solo un discurso que, por siglos, ha validado la exclusión de personas desde la figura del hombre²².

En relación directa con ello, la comprensión y la forma en que el derecho se ha relacionado con los cuerpos evidencia la exclusión de personas desde el derecho, siendo irrelevante esta comprensión en el discurso liberal de los derechos²³. También se puede agregar el uso de los cuerpos como armas de guerra desde la subordinación corporal de niñas y mujeres²⁴. Concretamente, las personas LGBTQ+ evidencian esa tensión existente entre un cuerpo que escapa a la norma y a la forma de concebir la subjetividad jurídica. En general, esto hace que carezcan de la facultad de adoptar decisiones autónomamente y que sus derechos suelen estar sometidos a una serie de restricciones legales, reglamentarias y de hecho²⁵.

A su vez, la binarización de los cuerpos, que tiene al cuerpo de hombre como parámetro o norma, ha llevado a que el cuerpo de las mujeres se analice desde ese cuerpo de varón²⁶.

21 GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 190.

22 COSTA, M. *Feminismos jurídicos*. Buenos Aires: Didot, 2016, 30.

23 ZÚÑIGA, Y. *Cuerpo, género y derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad*. En *Revista Ius et Praxis*. 24, 3, 2018, 210.

24 La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la violencia sexual, violaciones y torturas cometidas contra mujeres en el caso de un operativo policial en el año 2006 en México. Ha reconocido en este caso que la violencia sexual se ha usado en los conflictos armados como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo o represión. Véase la sentencia en el caso *Atenco contra México*, Serie C n.º 371, de 28 de noviembre de 2018, párrs. 181-204. Este tipo de violencia sobre cuerpos de mujeres en situaciones de conflicto antes fue abordada por los tribunales penales *ad hoc* de Rwanda y Yugoslavia, y por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer. En relación con este tema véase GAUCHÉ, X. *Violencia contra las mujeres en la agenda de paz y seguridad internacional*. En *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*. N.º 132, 2018, 37-66.

25 ZÚÑIGA, Y. *Cuerpo, género y derecho*, cit., 218.

26 Recogiendo esa idea se puede citar el “Protocolo para juzgar con perspectiva de género”, haciendo realidad el derecho a la igualdad, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, que indica que una perspectiva de género cuestiona el paradigma de único “ser humano neutral y universal”, basado en el hombre blanco, heterosexual, adulto sin discapacidad, no indígena, y en los roles que a dicho paradigma se atribuyen. Es por eso que no se trata de un método enfocado únicamente en las mujeres, sino de una estrategia que permite ver a las

Además, se han construido ciertos modelos como “naturales” y “correctos”, basados en dicho sistema binario y heterosexual, dando una menor valoración a lo diverso. Esas realidades, que van más allá de lo dicotómico y de la aceptación sin condiciones de las diferencias entre cuerpos, desafían las construcciones del lenguaje, los discursos y narrativas sobre los seres humanos, las instituciones y, por cierto, al derecho, los derechos y a la justicia. Por ello, se requiere un lente de género, primero para ver, y luego para interpretar y aplicar de forma diferente una normativa en un litigio determinado. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) recoge el impacto de este modelo al reconocer que el sistema binario sexo-género es un modelo social y cultural dominante en la cultura occidental²⁷, que “considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber, masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías (como las personas trans o intersex)”²⁸.

Por otra parte, conformaciones históricas en torno a la construcción de las relaciones sociales entre las personas han moldeado y profundizado aún más la subordinación de las mujeres y de las llamadas “identidades subversivas”²⁹. Entre estos elementos, creemos que aparecen como relevantes, por un lado, la división sexual del trabajo y, por otro, la organización institucionalizada de la sexualidad y la procreación. Estas han permitido la apropiación de las capacidades generativas y sexuales de las mujeres, limitando su autonomía y libertad o, en tiempos más actuales, poniendo en tensión los paradigmas, estereotipados y roles de género.

Por cierto, estas conformaciones históricas sobre ciertas construcciones sociales se agravan en sus efectos cuando se da el cruce de las propias circunstancias de mujeres y personas LGBTIQ+ con otros factores de categorización social, tal como la pertenencia a otros grupos excluidos, como un pueblo originario, por ejemplo. Ello obliga a mirar diferente, apelando así al enfoque de la interseccionalidad del cual la justicia debe hacerse cargo. Por lo demás, también *órganos del Sistema Internacional de Derechos Humanos* lo han indicado³⁰.

personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomía. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. 2.^a ed. México D. F., 2015, 66; GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 198.

27 *Ibid.*, 121.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 24-17 de 24 de noviembre de 2017, párr. 32, letra c).

29 SALDIVIA, L. *Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*. Buenos Aires: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2017.

30 El Comité ha documentado muchos ejemplos de los efectos negativos de las formas interseccionales de discriminación sobre el acceso a la justicia, incluidos los recursos ineficaces, para grupos específicos de mujeres. Las mujeres que pertenecen a esos grupos suelen no denunciar la

Por lo tanto, consideramos que es indispensable entender las teorías de género, ya que con su conocimiento y comprensión es posible posicionarse de forma diferente frente al acceso de justicia, muchas veces rodeado de pretensiones de neutralidad y objetividad atribuidas al derecho, y aportar una perspectiva interdisciplinaria, que traspasa lo jurídico y que entendemos es absolutamente necesaria, dada la tendencia del derecho a asumir la autosuficiencia.

Esta constatación es indispensable, más aún cuando la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dicho que el poder judicial constituye la primera línea de defensa de carácter nacional para la protección de derechos y libertades individuales de las mujeres; de ahí la trascendencia de la respuesta efectiva³¹.

Además de la recomendación normativa internacional, diversas razones ponen hoy a las teorías de género, y la perspectiva que aportan, como un enfoque relevante para comprender la sociedad y sus desigualdades, y para tratar de cambiarlas en el ámbito del acceso a la justicia. Entre tales razones pueden considerarse la presión e influencia de movimientos sociales que visibilizan injusticias hacia mujeres y personas LGBTIQ+ y la formalización de nuevas agendas políticas, como es el caso de la adopción por la Corte Suprema de Chile de su Política de Igualdad de Género y No Discriminación³², precedida esta de la creación y puesta en marcha de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación en octubre de 2017.

2. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO MÉTODO QUE FAVORECE LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

2.1. *Qué entender por perspectiva de género*

El enfoque o perspectiva de género no es nuevo. Ya en los tiempos de la Revolución Francesa surgieron iniciativas que pueden verse como el origen de

violación de sus derechos a las autoridades por temor a ser humilladas, estigmatizadas, arrestadas, deportadas, torturadas o sometidas a otras formas de violencia contra ellas, incluso por los oficiales encargados de hacer cumplir la ley. El Comité ha observado también que, cuando las mujeres de esos subgrupos plantean reclamaciones, las autoridades con frecuencia no actúan con la debida diligencia para investigar, enjuiciar y castigar a los perpetradores y/o aplicar medidas correctivas. El Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad se refiere a dicha discriminación como aquella que hace referencia a una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación, lo que conduce a una discriminación compleja o agravada, recogiendo lo que ya en el año 2004 el Comité de la CEDAW indicara. Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general n.º 26, de 2004, sobre las medidas especiales de carácter temporal, párr. 12.

31 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Washington DC, 2007.

32 Secretaría Técnica de Género PUUD. *Política de género y no discriminación*, 2018.

un enfoque de género. Ejemplo de ello es la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana que, se ha dicho, es quizás el plagio más osado en materia jurídica, al ser el calco de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789³³.

De ahí en adelante hay un notable recorrido a partir de las llamadas “teorías feministas”, que se insertan a su vez en las teorías críticas de la realidad, procurando evidenciar las razones de las desigualdades y proponiendo su transformación³⁴. En efecto, la perspectiva de género corresponde a una categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma teórica, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que favorezcan un cambio hacia la igualdad³⁵.

Literatura consultada muestra que la expresión inglesa *gender mainstreaming*, traducida al español como “perspectiva de género”, apunta a una técnica para enfrentar las desigualdades entre mujeres y hombres y la discriminación a mujeres, siendo considerada como un avance para lograr la igualdad y también como una estrategia global³⁶.

Otra definición afirma que la perspectiva o enfoque de género “permite el análisis profundo de las relaciones sociales entre hombres y mujeres, con el fin de esclarecer las diferencias e inequidades en salud que están vinculadas al género”³⁷. No solo analiza la relación de subordinación entre mujeres y hombres, sino también las relaciones entre mujeres y la funcionalidad de sus prácticas con el sistema patriarcal; por lo tanto es un conjunto de roles culturales³⁸. No busca tan solo realizar un análisis de la mujer, puesto que deben ser estudiados todos los factores, ya sean económicos, culturales, geográficos o simbólicos, y cómo estos afectan a mujeres y hombres. A partir de estas definiciones, creemos que el sistema patriarcal sostenido en el tiempo no afecta solo a mujeres ubicadas en un plano de inferioridad en la mayoría de los ámbitos de la vida, sino que limita y restringe también a los hombres, a pesar de su estatus de privilegio: en efecto, al asignar a las mujeres un tipo de comportamiento esperado y aceptado acorde a su propio sexo, los hombres quedan obligados a prescindir de estos roles de comportamiento y tensar al máximo sus diferencias con ellas.

33 COSTA, M. *Feminismos jurídicos*, cit., 29.

34 Para un recorrido por diferentes corrientes feministas jurídicas y por el pensamiento de autoras influyentes véase *ibid.*

35 *Ibid.*, 29.

36 GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 197; CARMONA, E. *La perspectiva de género en los sistemas europeos e interamericanos de derechos humanos*. Serie Cuadernos y Debates. N.º 243. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, 27.

37 SERRANO, C. *Gender Approach as a Conceptual and Methodological Opening in Public Health*. En *Revista Cubana de Salud Pública*. 38, 5, 2012, 811-822.

38 FACIO, A. *Feminismo, género y patriarcado*. Lectura de apoyo 1, ca. 2005.

Teniendo estas conceptualizaciones a la vista, elementos de las construcciones elaboradas en torno al concepto teórico de género pueden ser relevados, considerados y usados en la lucha contra los obstáculos a la justicia respecto de mujeres y personas del colectivo LGBTIQ+.

El concepto de género es entendido como una categoría que alude a las construcciones culturales y sociales sobre la base de las diferencias sexuales, siendo una herramienta fundamental para analizar críticamente las dinámicas sociales, las normas y las instituciones³⁹. El género refiere a la construcción social de las identidades de hombres y mujeres, donde se produce un *etiquetaje* que asigna ciertos valores, responsabilidades, conductas, funciones, identidades, tareas, roles, creencias, actitudes, espacios y sentimientos diferentes, opuestos y sin duda desiguales⁴⁰. Lo que determina la identidad y comportamiento no es el sexo biológico, sino las experiencias, ritos y costumbres asignados⁴¹. Estas diferencias sociales y culturales entre mujeres y hombres poseen además un sentido estratificante como lo es la raza, la clase, la etnia, entre otros, lo que ayuda a comprender que la estructura desigual nace de la relación desigual de los sexos⁴². Entonces, esta forma de desigualdad social posee una dinámica propia pero que está articulada con otras formas de distancias y jerarquías sociales⁴³. El género constituye entonces uno de los principales ejes de desigualdad social que articulan la estructura social, entendida como un sistema de posiciones jerarquizado, en función de muchos ejes que dividen a la población económica, política y culturalmente, y que lo hacen en términos de dominación y desigualdad relativa entre los grupos⁴⁴.

Al ser el género una construcción cultural y social, el significado hace del término una acepción fluida que varía de acuerdo con las ideologías sobre el rol y el comportamiento considerados como “aceptables”, principalmente para las mujeres, en diferentes países y tiempos⁴⁵. Esta construcción simbólica reglamenta y condiciona la conducta objetiva y subjetiva de las personas. Es importante aclarar de igual manera que el género comprende tanto a hombres como a mujeres, ya que la definición de feminidad se hace

39 FERNÁNDEZ, M. *Usando el género para criticar al derecho*. En *Revista Derecho PUCP*. N.º 59, 2006, 357-369.

40 Asociación de Magistradas Chilenas – MACHI. *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial chileno*, cit.

41 LAMAS, M. *La perspectiva de género*. En *Revista de Educación y Cultura*. 47, s. f., 1-8.

42 COOK, R. y CUSACK, S. *Esteriotipos de género*, cit.

43 DE BARBIERI, T. *Sobre la categoría de género. Una introducción teórico metodológica*. En *Revista Debates en Sociología*. 18, 1993, 145-169.

44 ADELANTADO J., NOGUERA J. y RAMBLA X. *El marco de análisis: las relaciones complejas entre estructura social y políticas sociales*. En Adelantado, J., *Cambios en el Estado del bienestar: políticas sociales y desigualdades en España*. Barcelona, 2000, 23-61.

45 FERNÁNDEZ, G. *Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por la violencia de género: el papel del Comité CEDAW en la eliminación de la discriminación y estereotipación*. En *Oñati Socio-Legal Series*. 5, 2, 2015, 498-519.

en contraste con la de masculinidad, por lo que se comprenden y estudian las relaciones entre los sexos⁴⁶. Así pues, como señala Scott⁴⁷, el concepto de género es una categoría útil para el análisis, principalmente por ser crítica ante los significados y los contextos en los cuales se desarrolla.

De lo anterior podemos extraer que la categoría género puede aportar de diversas maneras para mirar la realidad social. Entendemos que puede ser una categoría descriptiva que permite visibilizar las diferencias y desigualdades existentes entre hombres y mujeres, así como entre personas que desafían las categorías binarias del sexo, o también puede ser una categoría de análisis que permite mayor precisión y completitud en la comprensión de fenómenos sociales tales como las políticas públicas, el desarrollo, la pobreza, las relaciones laborales, las formas de producción, la educación y la participación social y política⁴⁸.

Por otro lado, sobre la base de las diversas comprensiones de esta categoría que hemos expuesto, podemos entender que el género sería una categoría relacional, puesto que involucra tanto lo femenino como lo masculino y requiere analizar la dinámica entre ambos, sus tensiones e intersecciones⁴⁹. Esto se expresa a su vez en un orden, un régimen e ideologías de género, e influye además en la manera como las personas representan su género y asumen su identidad y su rol social⁵⁰.

Cuando hablamos de orden de género podemos entender que nos remitimos al mundo normativo, a las reglas o pautas que se construyen y reproducen en las instituciones sociales, como en la escuela, la familia, los ámbitos laborales, fijando posiciones, roles y prescripciones diferenciales para hombres y mujeres. Por su parte, desde esta comprensión el régimen de género podemos entenderlo como las prácticas cotidianas desarrolladas en esos ámbitos, y donde se encarnan y perpetúan unos determinados órdenes de género⁵¹, por ejemplo, que las mujeres asuman como propio el rol del trabajo doméstico y la crianza de los hijos e hijas y los hombres el rol del proveedor⁵². En cuanto a las ideologías de género, estas pueden ser entendidas, de manera genérica, como sistemas de creencias o representaciones que justifican un determinado

46 LAMAS, M. *La perspectiva de género*, cit., 1-8.

47 SCOTT, J. *Género: ¿todavía una categoría útil para el análisis?* En *La manzana de la Discordia*. 6, 1, 2010, 95-101.

48 GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 59.

49 *Ibid.*, 58.

50 “La dominación masculina” es, en efecto, el título de una de las obras centrales para entender las dinámicas desiguales y el orden de género que existe entre hombres y mujeres: BOURDIEU, P. *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama, 2000.

51 CONNELL, R. *Gender and Power*. Stanford: Stanford University Press, 1987, 34-39.

52 GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 60.

orden de género, sea con base en religiones o, también, en discursos que se pretenden científicos, dando así significados determinados a las personas⁵³.

El Comité de vigilancia de CEDAW ha establecido que género se refiere a “las identidades, los atributos y las funciones de las mujeres y los hombres contruidos socialmente y el significado cultural impuesto por la sociedad a las diferencias biológicas, que se reproducen constantemente en los sistemas de justicia y sus instituciones”⁵⁴. Por su parte, la Corte IDH ha definido género como “las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”⁵⁵.

Entendemos que comprender los aportes que brinda la categoría género permite entonces situarse de forma diversa frente a la realidad, especialmente por la confusión que se suele dar entre tal concepto y el de sexo –confusión que corresponde a un error, como pasamos a explicar–.

El sexo es un concepto biológico, es la materia prima para moldear y ajustar los géneros y las sexualidades⁵⁶, y se refiere a los aspectos físicos, biológicos y anatómicos⁵⁷. Por otro lado, el término género es fluido y varía de acuerdo con las ideologías sobre el rol y comportamiento social, cambiando con el tiempo y en función de las diferentes culturas⁵⁸. Este concepto señala las características sociales y culturalmente asignadas para hombres y mujeres, usando como base estas diferencias biológicas; con esta lógica se construyen los conocidos géneros femenino y masculino, los cuales han sido usados históricamente⁵⁹. El concepto de género, entonces, se refiere a las áreas de la conducta humana que se relacionan con los sexos pero que no tienen una base biológica⁶⁰.

Sexo y género se vinculan claramente al evidenciar un conjunto de prácticas, símbolos, representaciones de normas y valores sociales que se elaboran bajo una diferencia sexual biológica⁶¹. Ambos conceptos son necesarios, no se debe ni puede sustituir sexo por género. Una cosa es la diferencia sexual y otra

53 Universidad de Concepción. *Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual*, cit., 133.

54 CEDAW. Recomendación general n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015, párr. 7.

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, párr. 32, letra e).

56 COOK, R. y CUSACK, S. *Esteriotipos de género*, cit.

57 Asociación de Magistradas Chilenas – MACHI. *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial chileno*, cit.

58 COOK, R. y CUSACK, S. *Esteriotipos de género*, cit.

59 Asociación de Magistradas Chilenas – MACHI. *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial chileno*, cit.

60 FACIO, A. *Feminismo, género y patriarcado*, cit.

61 DE BARBIERI, T. *Sobre la categoría de género*, cit., 145-169.

muy diferente son las atribuciones, ideas y representaciones sociales que se producen tomando como referencia y punto de partida esta diferencia sexual⁶².

Pese a lo expuesto sobre la relación entre sexo y género, hay quienes plantean que el sexo no preexiste a la conformación cultural del género, sino que también es un producto cultural. El sexo nunca puede ser anterior al género ya que el género es la norma a través de la cual se lo piensa. El binarismo biológico es el resultado de una lectura ideológica del cuerpo⁶³. Por lo tanto, no tiene sentido definir el género como una interpretación cultural del sexo si el sexo mismo es una categoría generalizada. Si el género es construido socialmente, lo mismo puede ocurrir con los significados biológicos del sexo; el género atribuye a la biología su significación supuestamente innata, lo que es clave para comprender de igual manera el sexo⁶⁴.

A estos antecedentes teóricos hay que agregar que las teorías del sistema sexo-género atribuyen características y actitudes a cada uno de los sexos, donde los hombres gozan de más prestigio⁶⁵ y quienes desafían tales características y actitudes salen perjudicadas. Tal es el caso de las personas transgénero, de género fluido y de las personas intersexuales, cuya sexualidad es difícil o solo forzosamente encasillable en el conformismo binario.

Ante la ficción de dos sexos, existen autores que proponen una perspectiva que contemple la sexualidad humana como un continuo de diferentes variantes sexo-género con las que se pueda identificar y manifestar una persona⁶⁶. Estos enfoques evidencian los aportes que los elementos de las teorías de género pueden dar para comprender realidades que pueden escapar de lo que aparece a veces como lo correctamente normado y natural. Así, la sexualidad humana está compuesta por una continuada mezcla de identidades sexuales que van más allá de la categorización binaria. Se rechaza muchas veces la idea del vínculo necesario y directo entre el sexo biológico y la representación de género. Idealmente no deben situarse las categorías hombre y mujer como algo absoluto, sino que las categorías duales de género son más amplias y sin límites.

A pesar de los avances teóricos en esta temática, las personas que responden a la sociedad siguen construyendo y viviendo su vida afectiva y sexual enmarcada en lo binario heteronormativo, aunque actualmente un poco más tensionadas⁶⁷. Es decir, postulamos que tradicionalmente el modelo social y cultural binario considera que el género y el sexo abarcan solo dos categorías

62 LAMAS, M. *La perspectiva de género*, cit., 1-8.

63 SALDIVIA, L. *Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad*. En *Revista Pensamiento Penal*. N.º 6, 2012, 1-27.

64 SCOTT, J. *Género*, cit., 95-101.

65 FACIO, A. *Feminismo, género y patriarcado*, cit.

66 SALDIVIA, L. *Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad*, cit.

67 BENAVENTE, M. y VERGARA, C. *Sexualidad en hombres y mujeres. Diversas miradas*. Santiago de Chile: FLACSO, 2006.

rígidas, a saber, masculino-hombre y femenino-mujer⁶⁸ y, en este sentido, la sociedad estaría construida sobre la norma. Así, la heteronormatividad se refiere al “sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales, siendo 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”⁶⁹. Por su parte, la cisnormatividad hace referencia a una “idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres”⁷⁰.

En las relaciones entre hombres y mujeres, o inter-género e intra-género, se manifiesta el espacio de formación de la masculinidad, donde comienzan las conductas violentas y se reprimen las vinculadas a la emotividad y el afecto. Estas relaciones se han caracterizado históricamente por ser desiguales, respondiendo a los roles, espacios y atributos que socialmente han sido asignados, donde se ha infravalorado lo femenino y se ha sometido y subordinado a las mujeres en relación con los hombres⁷¹.

De esta manera, la perspectiva de género sirve como un marco de análisis que aparece como un esquema posible para abordar soluciones, sea normativas, de políticas públicas o de práctica por organismos públicos y privados, incluyendo a los legisladores y tribunales de justicia.

2.2. La perspectiva de género y el orden normativo internacional a favor de la no discriminación

Asumir la perspectiva de género es una forma de contribuir a hacer efectivo el mandato normativo de igualdad y no discriminación.

Teóricamente, las prácticas de discriminación de género hacen referencia a cualquier acción, sea en el comportamiento observado como en la decisión y selección, que no se encuentra fundamentada en criterios racionales o realistas, sino en estereotipos de género, prejuicios y/o representaciones de roles sexuales y que, en consecuencia, afectan el principio de igualdad.

En el ámbito internacional, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) acuñó una definición de discriminación que ha sido am-

68 GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 121.

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, cit., párr. 32, letra u).

70 *Ibid.*, párr. 32, letra t).

71 Asociación de Magistradas Chilenas – MACHI. *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial chileno*, cit.

pliamente recogida⁷². En la Observación general n.º 18, el CDH señala que discriminación es:

... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. No toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo⁷³.

En el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), los Estados parte de la misma aprobaron en el año 2013 un tratado internacional que define –por primera vez en este ámbito– distintas clases de discriminación. Así, se afirma que discriminación “es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes”⁷⁴.

La citada Convención contra la discriminación y la intolerancia establece además los motivos en los que puede estar basada esta discriminación, estableciendo como categorías sospechosas las siguientes: “nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”⁷⁵, lo cual en todo caso es un listado abierto.

La amplitud y complejidad que ha ido ganando la prohibición de discriminación estipulada en normas y jurisprudencia internacionales permite apro-

72 Esa es la definición que utilizó la Corte IDH en la condena contra Chile en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C n.º 239, 24 de febrero de 2012, párr. 81.

73 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Observación general n.º 18, No discriminación, párr. 6.

74 Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (A-69), 2013, art. 1.1. Tratado firmado por Chile el 22 de octubre de 2015.

75 Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (A-69), cit., art. 1.1.

ximarse a ella diciendo que la discriminación por género es toda restricción, distinción o exclusión basada en el sexo, que tenga por objeto menoscabar el reconocimiento o ejercicio por parte de la mujer de sus derechos humanos, políticos, económicos, sociales, culturales y civiles⁷⁶.

Por su parte, la CEDAW define en su artículo 1 que discriminación contra la mujer es “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”⁷⁷.

El Comité de la CEDAW añade:

[la] discriminación contra la mujer, sobre la base de los estereotipos de género, la estigmatización, las normas culturales dañinas y patriarcales y la violencia basada en el género, que afectan particularmente a las mujeres, tienen efectos adversos sobre la capacidad de éstas para obtener acceso a la justicia en pie de igualdad con los hombres. Además, la discriminación contra la mujer se ve agravada por factores interseccionales que afectan a algunas mujeres en diferente grado o de diferente forma que a los hombres y otras mujeres. Las causas de la discriminación interseccional o compuesta pueden incluir la etnia y la raza, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil y/o maternal, la localización urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, la propiedad de los bienes y el hecho de ser mujeres lesbianas, bisexuales, intersexuales. Estos factores interseccionales dificultan a las mujeres pertenecientes a esos grupos el acceso a la justicia⁷⁸.

El Sistema Interamericano, asimismo, ha desarrollado estándares relacionados con la discriminación. Gran parte del análisis de la CIDH y de la Corte IDH sobre este tema se ha centrado en los principios de igualdad y de no discriminación consagrados en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); en el artículo II de la Declaración Americana; en las distintas disposiciones de la Convención de Belém do Pará, y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

76 Asociación de Magistradas Chilenas - MACHI. *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial chileno*, cit.

77 Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 1979, art. 1. En similar sentido, véase artículos 2, 3 y 15.

78 Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Recomendación general n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015, párr. 8.

Convencionalmente, para los países del Sistema Interamericano, la obligación general de no discriminar está consagrada en la CADH, en el artículo 1.1 que establece: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. En cuanto al artículo 24 del mismo tratado, establece que “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”⁷⁹.

El Sistema también ha concentrado una gran parte de sus esfuerzos en definir el alcance del vínculo entre la discriminación y la violencia contra las mujeres, aunado a las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar estos derechos en el marco de su obligación general consagrada en el artículo 1.1 CADH⁸⁰ y a la comprensión de que la violencia es una de las más graves formas de discriminación⁸¹.

En este punto es relevante destacar que la CIDH considera que la Convención de Belém do Pará es un instrumento vivo⁸², y cuando esta se refiere a “la obligación del Estado de tener especialmente en cuenta la situación de la violencia que pueda sufrir la mujer, en razón de varios factores ‘entre otros’, éstos necesariamente incluyen la orientación sexual y la identidad de género”⁸³.

Así las cosas, todo lo anterior nos muestra que la perspectiva de género en el derecho permite focalizarse en la discriminación que viven principalmente las mujeres; y, sobre todo, ayuda a impulsar transformaciones sociales, pues entender la perspectiva de género reta y obliga a tomar posturas reflexivas frente a realidades que colocan en desventaja a las mujeres y personas que desafían el binarismo heteronormado⁸⁴.

79 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 18 de julio de 1978, art. 1.1 y art. 24.

80 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación, OEA/Ser.L/V/II.143, 3 de noviembre de 2011, párr. 129.

81 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, párr. 118. Este tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”.

82 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia contra las personas LGBTI en las Américas, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 de noviembre de 2015, párr. 52.

83 *Ibid.*, párr. 52.

84 GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 198.

En 2020, a propósito del primer caso sobre violencia sexual contra una niña en el contexto educativo, la Corte IDH reforzó la idea de la importancia determinante de la incorporación de la perspectiva de género en el abordaje de causas de violencia⁸⁵.

Para el caso chileno, por la vía del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República de 1980, las normas que versan sobre derechos humanos consagradas en tratados internacionales son un límite a la soberanía, y los órganos del Estado deben respetar y promover estos derechos, debiendo conformar sus actuaciones en virtud de las obligaciones que impone la Constitución⁸⁶. Si bien existen discusiones relativas a la jerarquía que estas normas ocupan a nivel doméstico, la mayoría de la doctrina –y la jurisprudencia mayoritaria– parece estar de acuerdo en que estas normas ocupan una posición al menos supralegal e infraconstitucional⁸⁷. De esta forma, las normas contenidas en esta especie de tratados internacionales tienen aplicación preferente en el sistema jurídico nacional y obligan a quien juzga a adoptar medidas para velar por que sus disposiciones tengan efecto útil en el ámbito interno, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.1 y 2 CADH. Además, de acuerdo a lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no sería posible invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado⁸⁸.

85 “150. La Corte entiende que debe integrarse la perspectiva de género en el análisis de hechos que podrían configurar malos tratos, pues ello permite analizar de un modo más preciso su carácter, gravedad e implicancias, así como, según el caso, su arraigo en pautas discriminatorias. En ese sentido, actos de violencia sexual pueden presentar una especificidad propia respecto a mujeres y niñas. A fin de determinar el sufrimiento de malos tratos, ‘el género es un factor fundamental’, al igual que la edad de la víctima”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de junio de 2020, párr. 150.

86 Constitución Política de la República de Chile, art. 6.

87 Así, en tribunales ordinarios fue relevante en su momento la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago (5 de enero de 2004), confirmada por unanimidad por la 2.ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 517-04 (17 de noviembre de 2004) (desaparición forzada de Miguel Sandoval Rodríguez) en su considerando 47.º. En la jurisprudencia del tribunal constitucional creemos que fue determinante la sentencia en el requerimiento de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma (8 de abril de 2002) y el *dictum* sobre la Jerarquía de los Tratados, parte VI, párrs. 59 ss., considerando 74. En su tiempo, tales sentencias sirvieron para ir configurando esta construcción jurisprudencial que en general se ha mantenido en el tiempo.

88 En materia de estándares internacionales, debe señalarse la importancia de otros instrumentos internacionales agrupados como *soft law*, ya que la práctica internacional ha demostrado que muchos estándares fijados por instrumentos *soft law* se convierten en *hard law* cuando son integrados en dictámenes de órganos competentes. Las principales manifestaciones de *soft law* son las resoluciones no obligatorias de las organizaciones internacionales, el derecho de los actores no estatales y los acuerdos interestatales que no vinculan jurídicamente; a ellos se agregan los comentarios u observaciones generales de los comités de expertos que vigilan el cumplimiento de los tratados de derechos humanos del Sistema de Naciones Unidas y las opiniones consultivas de tribunales internacionales. Es así como se ha afirmado que “Chile resulta obligado a tener como obligaciones aquellos pronunciamientos que surgen de instrumentos no estricta ni

3. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA IMPORTANCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA FUNCIÓN DE JUZGAR

3.1. Aportes concretos de la incorporación de la perspectiva de género para la adopción de una decisión judicial

Parece evidente que mujeres y personas LGBTIQ+ pueden estar vinculadas al poder judicial y los operadores de justicia de diferentes maneras: personas como demandantes o reclamantes de derechos, personas vulneradas violentamente en sus derechos, personas que son testigos en causas de terceras personas, personas imputadas, etc.

Por lo demás, ello constata que hoy existe una posible “tendencia” a judicializar diversos conflictos que inciden en las relaciones personales de diferente índole (especialmente familiares o hechos violentos). Si esta tendencia se asume como tal, favorecer un acceso a la justicia con pleno respeto tanto en los aspectos de las dimensiones de proceso como de resultado no parece ser una cuestión de poca importancia. Ello además si se acepta que hoy existen investigaciones y teorías que reconocen que la realidad judicial no está caracterizada por la neutralidad de quien debe juzgar un caso⁸⁹. A esto se puede agregar la expectativa asociada a los tribunales como actores que pueden aportar ante legislaciones de letra deficiente.

Específicamente, en relación con el ámbito de la justicia, teniendo presente las dificultades en el acceso a la justicia para mujeres y personas LGBTIQ+, la perspectiva de género cobra un valor relevante para la adopción de decisiones judiciales y para el posterior análisis de la jurisprudencia. Así, la “dogmática jurídica”, clásica como método o perspectiva de estudio del derecho positivo, cuyo objeto son las normas y las decisiones judiciales, puede enriquecerse sustantivamente con un enfoque de este tipo. En relación con las sentencias, la dogmática se enriquece si se asumen los siguientes aspectos como los puntos de vista con que los juristas asumen el análisis de la jurisprudencia: descriptiva y sistematizadora de sentencias, de alcance para casos futuros, o

directamente vinculantes[.] como es el caso de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que sí se pueden considerar como estándares internacionales en una materia determinada”. GAUCHÉ, X. *Comentarios a la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de identidad de género*. En *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales. 2018, 175-202. La interpretación extensiva del ya referido artículo 5.º inciso 2 de la Constitución Política de la República generada por la práctica jurisprudencial del máximo tribunal de Chile refuerza la idea de normatividad de instrumentos que no son necesariamente vinculantes. Véase, de nuevo, *ibid.*, 175-202.

89 Véase, sobre este tema y su relación con el activismo judicial y la judicialización de la política, LARRAÍN, B. *La judicialización de la política en Chile y sus factores causales: análisis a través de un estudio de caso*. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N.º 23, 2005, 313-327.

destinada a analizar y criticar las sentencias de modo de provocar un cambio en la línea jurisprudencial⁹⁰.

Las diversas críticas feministas al derecho, tanto a la teoría del derecho como a las instituciones y métodos de análisis jurídicos⁹¹, en general apuntan a la idea de que el derecho tiene sexo y género, de lo cual deriva una inequidad jurídico-normativa en los planos social, político, jurídico y económico.

El carácter neutro que se tiende a defender respecto de la norma jurídica afecta especialmente y con mayor fuerza a las mujeres y personas LGBTIQ+. Como bien da cuenta Zúñiga, la literatura feminista “ha puesto consistentemente de relieve que las categorías jurídicas no son neutras y que se encuentran, en cambio, saturadas de sexualidad. El sujeto liberal, en torno al que orbita buena parte de la construcción jurídica moderna, no sería abstracto, ni neutro, ni mucho menos asexuado. Tendría su sede en un cuerpo generizado”⁹². Las regulaciones jurídicas de muchas materias en Chile evidencian que no da lo mismo el cuerpo femenino que el cuerpo en un género fluido, que el cuerpo *intersex*, que el cuerpo masculino. Un ejemplo lo proporciona la Ley 21.120, que en su artículo 1 reconoce y da protección al derecho a la identidad de género al consagrar una definición binaria de identidad de género⁹³ que se separa de la mirada no centrada solo en la identidad femenina o masculina que sigue, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde otro ángulo visual, la importancia de incorporar la perspectiva de género en relación con la justicia revela la escasa disponibilidad del derecho a dialogar con otros saberes atribuyendo a “lo normativo jurídico” un valor de dogma. A ello se adiciona la estrechez de las miradas sobre la realidad, usando el argumento de esa pretendida y poco realista “neutralidad” que se busca atribuir a la norma jurídica; y los intereses con relación a factores que realmente pueden incidir en que se adopten ciertas decisiones político-normativas y otras no⁹⁴.

90 COURTIS, C. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de investigación dogmática*. En *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006, 105-118.

91 AGATÓN, I. *Justicia de género. Un asunto necesario*. Bogotá: Temis, 2013, 7-15.

92 ZÚÑIGA, Y. *Cuerpo, género y derecho*, cit., 217.

93 Para efectos de esta ley, se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento.

94 Lucía Raphael de la Madrid lo ha evidenciado muy bien en una reflexión extraordinariamente ilustrativa del propósito que ha perseguido este trabajo. Ella sostiene que se hace indispensable, para el estudio del derecho, que todo estudioso de esta inexacta ciencia humana tenga la humildad y la actitud necesaria para abrir el espíritu y entender que no hay área del conocimiento humano que pueda ser abordada únicamente desde sí mismo, y que nunca más que ahora el derecho requiere desesperadamente de sus hermanas las disciplinas sociales, pero también de las científicas, para comprenderse, estudiarse, analizarse, cuestionarse y proponer reflexiones y propuestas creativas en el espacio de lo jurídico, a partir de una verdadera conciencia ética, y de la búsqueda de un paradigma en el que el derecho no sea una suma de reglas y leyes

Esta carencia en la capacidad de dialogar se evidencia, por ejemplo, en que a veces este enfoque no se cruza con otros, no considerando así la necesaria interseccionalidad, como, por ejemplo, con la interculturalidad o con otras condiciones. Es decir, las desigualdades y desequilibrios en la organización del poder, y en este caso en el acceso a la justicia, no pueden explicarse solo a partir de un motivo o razón.

Así, una perspectiva de género favorece la aplicación de este enfoque, como ha quedado demostrado en la jurisprudencia interamericana. Así por ejemplo, en el caso *Vicky Hernández y otras contra Honduras*, fallado en sentencia de 26 de marzo de 2021 se dijo:

129. [...] el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará insta a los Estados para que, a la hora de adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, tomen en cuenta “la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”. Esta lista de factores no es *numerus clausus*, como lo indica la utilización de la expresión “entre otras”. De esta forma, es dable considerar que la identidad de género en determinadas circunstancias como la presente, que se trata de una mujer trans, constituye un factor que puede contribuir de forma interseccional a la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia basada en su género. En efecto, la Corte ha determinado que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana y que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas. Además, esta Corte ha sostenido que la identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”, por lo que “el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligado necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad”⁹⁵.

3.2. De la teoría a la normativa internacional como marco referencial

La CEDAW es uno de los tratados de derechos humanos que exige la eliminación de los estereotipos perjudiciales de género con el fin de “asegurar el pleno

herrumbrosas que someten la libertad del ser humano, sino que sean siempre principios, leyes, reglas vivas, acordes a la realidad, coherentes con la evolución y, sobre todo, basadas en sólidos principios éticos de libertad, de igualdad, de laicidad, de legalidad. Véase RAPHAEL, L. *Género y literatura: hacia una perspectiva otra del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, 3-4.

95 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Fondo Reparaciones y Costas, 26 de marzo de 2021, párr. 129.

desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizar el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”⁹⁶.

Esto, específicamente en relación con el acceso a la justicia, consagra el compromiso de los Estados de proteger jurídicamente los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes, la protección efectiva contra la discriminación⁹⁷, así como el reconocimiento de la igualdad ante la ley y un trato igualitario en todas las etapas del procedimiento⁹⁸.

En 2015 el Comité que vigila el cumplimiento de la CEDAW desarrolló su Recomendación general n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. En este instrumento señaló que el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la CEDAW:

[e]s un elemento fundamental del estado de derecho y la buena gobernanza, junto con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley [...] El derecho de acceso a la justicia es pluridimensional. Abarca la justicia-bilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia⁹⁹.

En su momento, el Comité observó que los estereotipos de género son un obstáculo para el acceso a la justicia de las mujeres, en un contexto estructural de discriminación y desigualdad¹⁰⁰, obstáculos que constituyen violaciones persistentes a los derechos humanos de las mujeres¹⁰¹. Además, estableció que en virtud del párrafo a) del artículo 5 de la Convención, “los Estados partes tienen la obligación de exponer y eliminar los obstáculos sociales y culturales subyacentes, incluidos los estereotipos de género, que impiden a las mujeres el ejercicio y la defensa de sus derechos e impiden su acceso a recursos efectivos”¹⁰².

Por su parte, la Recomendación general n.º 35, sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza en 2017 la Recomendación n.º 19, aborda un enfoque de género e interseccionalidad frente a la gravedad

96 COOK, R. y CUSACK, S. *Estereotipos de género*, cit.

97 CEDAW, art. 2, letra c).

98 CEDAW, art. 15.2.

99 CEDAW. Recomendación general n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015, párr. 1.

100 *Ibid.*, párr. 3.

101 *Ibid.*, párr. 3.

102 *Ibid.*, párr. 7.

del fenómeno de la violencia. Además, establece la obligación de todos los órganos judiciales de abstenerse de incurrir en todo acto de discriminación o violencia por razón de género contra la mujer, así como de aplicar estrictamente todas las disposiciones penales que sancionan esa violencia, garantizando que todos los procedimientos judiciales en causas relativas a denuncias de violencia por razón de género contra la mujer sean imparciales, justos y no se vean afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas, incluido el derecho internacional. Agrega expresamente indicaciones sobre la responsabilidad por los actos u omisiones de agentes no estatales, entre las que se puede contar cuáles deberían ser las respuestas a la violencia contra mujeres¹⁰³.

El Sistema Interamericano, a través de la jurisprudencia de la Corte IDH y del trabajo de la Comisión Interamericana, también se ha preocupado de la temática a través, por ejemplo, de informes temáticos sobre acceso a la justicia y mujeres, como el de 2007, referido antes en este artículo.

La citada Corte, por su parte, comenzó a abordar las temáticas de género por primera vez en el caso *Penal Castro Castro contra Perú*, esto es, en el año 2006, siendo 2009 el momento en que se concreta una mayor preocupación y se inicia un desarrollo progresivo en la materia hasta estos días¹⁰⁴.

En el caso *Campo Algodonero contra México*, fallado en 2009, el estereotipo se conceptualiza como una “pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”¹⁰⁵. Años más tarde, en el caso *López Soto vs. Venezuela* de 2018, se añade “que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. Estas condiciones se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”¹⁰⁶.

103 CEDAW. Recomendación general n.º 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general n.º 19, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio 2017, párrs. 24-26.

104 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2006, párr. 229.

105 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009, párr. 401. En este caso, la Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la desaparición y ulterior muerte de tres mujeres (dos de ellas menores de edad) cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodón de Ciudad Juárez. En el fallo, la Corte valoró que la doble condición de las víctimas: mujeres y pobres, fue el motivo por el cual los agentes estatales y los tribunales de justicia no cumplieron su labor de investigar e identificar a los responsables de los asesinatos.

106 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *López Soto y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2018, párr. 235. En este caso, la Corte determinó

Un concepto más amplio es aquel dado por la Comisión Interamericana en su Informe sobre violencia contra las personas LGBTI+ en las Américas, donde estereotipo se definió como “la visión o pre-concepción generalizada de los atributos o características que los miembros de un grupo particular poseen, o de los roles que juegan o deben jugar”¹⁰⁷. Al respecto, la misma Comisión ha examinado la situación de violencia basada en “la percepción de que la orientación sexual, y/o identidad o expresión de género de las personas LGBT desafían normas y roles de género tradicionales”¹⁰⁸.

En 2019 esta Comisión dio a conocer su informe “Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas”, que pone como un tema central el acceso a la justicia para esta comunidad y recomienda adecuar los sistemas de administración de la justicia para que tengan en cuenta el respeto y la protección de los derechos humanos de las personas LGBTI, considerando particularmente su orientación sexual, identidad de género –real o percibida– y diversidad corporal¹⁰⁹⁻¹¹⁰.

que Venezuela es responsable por los hechos de tortura y violencia sexual sufridos por Linda Loaiza López Soto, todo ello en violación de disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará. En particular, la Corte refuerza el concepto de estereotipo de género y aborda la obligación de debida diligencia estricta en la prevención de la violencia contra la mujer.

107 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia contra las personas LGBTI en las Américas, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 de noviembre de 2015, párr. 41.

108 *Ibid.*, párr. 15.

109 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*, DOC. OAS/Ser.L/V/II.170 Doc. 184, 7 de diciembre 2018, Recomendación 12, 139.

110 Ahora bien, a nivel de poderes judiciales, la Cumbre Judicial Iberoamericana ha sido un espacio para la recogida colectiva de estos desarrollos normativos internacionales, al tener como uno de sus ejes la promoción a favor de grupos especialmente sometidos a condiciones de vulnerabilidad. En 2008, durante la XIV Cumbre celebrada en Brasilia, se elaboraron las llamadas “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, en las que se desarrollaron principios trabajados en el año 2002 en México en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, que incluyó un apartado sobre “Una justicia que protege a los más débiles” (apartados 23 a 34). Las Reglas de Brasilia se basan en la consideración matriz de que los sistemas judiciales “deben asumir que existen personas que no pueden acceder de forma efectiva a la justicia para obtener la tutela de sus derechos y, en consecuencia, deben llevar a cabo una actividad más intensa, para vencer, eliminar o mitigar esas limitaciones”. Véase HEIM, D. *Mujeres y acceso a la justicia*, cit. Entre las condiciones de mayor vulnerabilidad las Reglas consideran el género. A partir de ahí el trabajo siguió, y en la edición de 2014 de la Cumbre, celebrada en Santiago de Chile, se formó un Grupo de Trabajo sobre personas en vulnerabilidad y género, y se creó la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Iberoamericana como órgano dependiente de la Asamblea Plenaria de la Cumbre. El objetivo fue dar seguimiento y continuidad al proceso de incorporación de la perspectiva de género en el marco del trabajo de la Cumbre, a partir de propuestas que ayuden a la integración en los poderes judiciales nacionales. También, a partir de la elaboración del llamado Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso

En 2020, a propósito de una sentencia contra Perú por vulneración de derechos de una persona trans, la Corte IDH señaló que la violencia contra las personas LGBTI es basada en prejuicios y percepciones generalmente negativas respecto de aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes. La violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico: la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación. La violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría. Esta violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio¹¹¹. En su decisión, la Corte estableció que la detención inicial de la señora Rojas Marín –hecho que dio lugar a la causa internacional– fue ilegal por haberse realizado sin atender a las causas y procedimientos establecidos en la ley peruana, incluyendo la falta de registro de la detención. Además, la detención fue arbitraria ya que fue motivada por discriminación contra la señora Rojas Marín. La Corte recordó su jurisprudencia en torno a estereotipos y discriminación, reafirmando que los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes¹¹².

CONCLUSIONES

Hemos podido mostrar que la perspectiva de género favorece la tutela judicial efectiva, como una dimensión particularmente importante del acceso a la justicia. Así, esta puede ser vista como una estrategia clara en ese sentido.

Como razones adicionales para considerar esta perspectiva, si bien no han podido ser desarrolladas en este trabajo, se puede pensar también que, a través de ella, se toman en cuenta las circunstancias de las personas que acceden

a la justicia, centrado en las personas con discapacidad, migrantes, niños, niñas y adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. Véase GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 184. En lo que interesa a este trabajo, el primer volumen del Protocolo se fundamenta en instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre otros temas, prioriza los principios y prácticas dirigidos tanto a la modificación de aspectos jurídicos como a los administrativos relacionados con la atención en el ámbito judicial de personas y colectivos en situación de vulnerabilidad. Véase Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana, 2019. Disponible en: <http://www.cumbrejudicial.org/> [consulta: 25 de septiembre de 2019].

111 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de marzo de 2020, párr. 92 y 93.

112 GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género*, cit., 192.

a la justicia, para que sientan que son consideradas en sus particularidades, evitando así el impacto diferenciado de algunas normas aparentemente neutrales. De esta forma se cumple de mejor manera con normas y principios internacionales aceptados por Chile en materia de igualdad y no discriminación, acceso a la justicia e imparcialidad de los jueces, por ejemplo, y para el caso del poder judicial se recogen los compromisos y recomendaciones generales de la Cumbre Iberoamericana de Justicia a que se hizo antes referencia.

En esa lógica, proponemos que presupuestos esenciales para avanzar hacia una actuación diferente consistirían en asumir la perspectiva de género como una competencia que debe desarrollar un profesional en el ejercicio de su labor, esto es: saber, saber hacer y ser, lo que implica conocimientos, habilidades y actitudes. En concreto, en el plano de los conocimientos, comporta dotarse de un marco teórico y conceptual con enfoque interdisciplinario y normativo (internacional y nacional) sobre igualdad y no discriminación, acceso a la justicia e imparcialidad judicial, comprensión y estudio de las teorías de infancia y género y sus diversos enfoques. A nivel de las habilidades y actitudes, se traduce por ejemplo en la implementación de buenas prácticas en el lenguaje y la actitud que favorezcan la eliminación de estereotipos y comunicación sexista que pueda resultar ofensiva con grupos LGBTQ+. La incorporación del enfoque de género debe transformarse en una actitud y debe abordarse integralmente para sus posibles aplicaciones en el ámbito del derecho internacional y nacional. Además, los poderes judiciales no debiesen contar con mecanismos que generen algún tipo de discriminación entre quienes trabajan en ellos, por razón de su sexo, orientación o identidad sexual.

En relación con este último punto y específicamente pensando en la actual normativa chilena en diversas materias, es preciso asumir que los estereotipos de género están presentes en la realidad social afectando desproporcionadamente a mujeres y personas LGBTQ+ y que, si bien son categorizaciones de origen social, afectan lo jurídico por cuanto determinan la interpretación de una norma (estereotipo en la norma) o de la realidad que se discute en un proceso judicial, eventualmente afectando los derechos que puedan estar en litigio (estereotipo en la sentencia). Así, por ejemplo, en el Código Civil chileno aún persisten normas que hacen diferencias entre hombre y mujer. La situación se encuentra claramente constatada en la normativa relativa al régimen matrimonial de sociedad conyugal. A modo de ejemplo, el artículo 1749 inicia con la frase “El marido es el jefe de la sociedad conyugal”. En ese sentido, como administrador de la sociedad conyugal le corresponde administrar el haber del patrimonio social, pero también la administración de los bienes propios de la mujer.

De ahí que surge como imperativo otra reflexión de cierre. Es necesaria la capacitación de todas las personas intervinientes y operadores que aplican el sistema de justicia, con un trabajo coordinado e integral, donde una interpretación pro persona de lo normativo e integradora del derecho interno

con el derecho internacional de los derechos humanos se proyecte hacia las políticas públicas y las medidas necesarias para implementarlas. Ello supone asumir, en el marco de la función jurisdiccional, que el género puede ayudar a identificar impactos diferenciados de las decisiones que se adoptan por y para una tercera persona.

Como otra cuestión de cierre, nos parece interesante dar una mirada de cambio global sobre el derecho, que lo aborde con un enfoque holístico de la realidad. No es lo mismo ser mujer que ser hombre, o tener un cuerpo “estandarizado” que no tenerlo.

Esto seguramente es el mayor desafío para el derecho pues lo obliga a dialogar con otros saberes, haciendo imperiosa la adopción de una perspectiva interdisciplinaria.

REFERENCIAS

- ADELANTADO J., NOGUERA J. y RAMBLA X. *El marco de análisis: las relaciones complejas entre estructura social y políticas sociales*. En Adelantado, J., *Cambios en el Estado del bienestar: políticas sociales y desigualdades en España*. Barcelona, 2000, 23-61.
- AGATÓN SANTANDER, I. *Justicia de género*. Un asunto necesario. Bogotá: Temis, 2013.
- ARENA, F. *Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual*. En *Revista de Derecho*. XXIX, 1, 2016, 51-75.
- Asociación de Magistradas Chilenas - MACHI. *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial chileno*. Santiago de Chile: Comisión de Derechos Humanos y Género de la Asociación Nacional de Magistrados, 2015.
- BENAVENTE, M. y VERGARA, C. *Sexualidad en hombres y mujeres. Diversidad de miradas*. Santiago de Chile: FLACSO, 2006.
- BORDALÍ, A. *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*. En *Revista Chilena de Derecho*. 38, 2, 2011.
- BOURDIEU, P. *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama, 2000.
- BUEL DOS SANTO, T. *Representaciones sociales de género. Un estudio psicosocial acerca de lo masculino y lo femenino*. Tesis doctoral. Facultad de Psicología, Universidad Autónoma de Madrid, 2018.
- CARMONA, E. *La perspectiva de género en los Sistema Europeo e Interamericano de Derecho Humanos*. Serie Cuadernos y Debates. N.º 243. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- CONNELL, R. *Gender and Power*. Stanford: Stanford University Press, 1987.
- COOK, R. y CUSACK, S. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Universidad de Pennsylvania, 2009.

- Corporación Humanas. *Decimotercera Encuesta Nacional "Percepciones de las mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2019"*. Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. Disponible en: <https://www.humanas.cl/decimotercera-encuesta-nacional-percepciones-de-las-mujeres-sobre-su-situacion-y-condiciones-de-vida-en-chile-2019/>
- COSTA, M. *Feminismos jurídicos*. Buenos Aires: Didot, 2016.
- COURTIS, C. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de investigación dogmática. En Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006, 105-118.
- DE BARBIERI, T. *Sobre la categoría de género. Una introducción teórico-metodológica. En Debates en Sociología*. 18, 1993, 145-169.
- FACIO, A. *Feminismo, género y patriarcado*. Lectura de apoyo 1, ca. 2005.
- FERNÁNDEZ, M. *Usando el género para criticar al derecho*. En *Revista Derecho PUCP*. N.º 59, 2006, 357-369.
- FERNÁNDEZ, G. *Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por la violencia de género. El papel del Comité CEDAW en la eliminación de la discriminación y de estereotipación*. En *Oñati Socio-Legal Series*. 5, 2, 2015, 498-519.
- GARCÍA, G. y CONTRERAS, P. *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. En *Estudios Constitucionales*. 11, 2, 2013.
- GAUCHÉ, X. *Violencia contra las mujeres en la agenda de paz y seguridad internacional*. En *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*. N.º 132, 2018, 37-66.
- GAUCHÉ, X. *Comentarios a la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de identidad de género*. En *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales. 2018.
- GAUCHÉ, X. *Cuaderno sobre estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género: el caso Atala*. Documento Materiales Docentes Academia Judicial. Santiago, 2020.
- HEIM, D. *Mujeres y acceso a la justicia. De la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*. 1.ª ed. en español. Argentina: Didot, 2016.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Manual autoformativo sobre acceso a la justicia y derechos humanos en Chile*. 2011.
- LAMAS, M. *La perspectiva de género*. En *Revista de Educación y Cultura*. 47, s. f., 1-8.
- LARRAÍN, B. *La judicialización de la política en Chile y sus factores causales. Análisis a través de un estudio de caso*. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N.º 23, 2005, 313-327.
- NOGUEIRA, H. *Derechos fundamentales y garantía constitucionales*. Vol. II. Santiago: Librotecnia, 2018.

- RAPHAEL, L. *Género y literatura: hacia una perspectiva otra del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- SALDIVIA, L. *Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad*. En *Revista Pensamiento Penal*. N.º 6, 2012, 1-27.
- SALDIVIA, L. *Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*. Buenos Aires: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2017.
- SCOTT, J. *Género: ¿todavía una categoría útil para el análisis?* En *La manzana de la discordia*. 6, 1, 2010, 95-101.
- Secretaría Permanente Cumbre Judicial Iberoamericana. 2019. Disponible en: <http://www.cumbrejudicial.org/> [consulta: 25 de septiembre de 2019].
- Secretaría Técnica de Género PJUD. *Política de género y no discriminación*. Corte Suprema de Justicia, 2018.
- SERRANO, C. *Gender Approach as a Conceptual and Methodological Opening in Public Health*. En *Revista Cubana de Salud Pública*. 38, 5, 2012, 811-822.
- SOLIS, P. *Discriminación estructural y desigualdad social. Con casos ilustrativos para jóvenes indígenas, mujeres y personas con discapacidad*. México, D. F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2017.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. 2.ª ed. México D.F, 2015.
- Universidad de Concepción. *Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual*. Chile: Universidad de Concepción, 2020.
- ZÚÑIGA, Y. *Cuerpo, género y derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad*. En *Revista Ius et Praxis*. Año 24, n.º 3, 2018.

FUENTES JURÍDICAS

- CEDAW. Recomendación general n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015.
- CEDAW. Recomendación general n.º 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general n.º 19, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación*, OEA/Ser.L/V/II.143, 3 de noviembre de 2011.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra las personas LGBTI en las Américas*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 de noviembre de 2015.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 2007.

- 278 Ximena Gauché-Marchetti, Álvaro Domínguez-Montoya, Pablo Fuentealba-Carrasco...
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*. Washington DC, 2018.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), de 9 de junio de 1994.
- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 18 de julio de 1978.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-967 de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 24-17, 24 de noviembre de 2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *López Soto y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de junio de 2020.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de marzo de 2020.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de marzo de 2021.
- Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, de 24 de julio de 2012.
- Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, de 10 de diciembre, 2018.
- Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (A-69), 2013.
- Principios de Yogyakarta más 10. Principios adicionales y obligaciones estatales en torno a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales que complementan los Principios de Yogyakarta, 2017. [Disponible solo en inglés y francés].
- Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad de género, 2016.