

ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL¹

Lidia Casas Becerra²

Juan Pablo González Jansana³

con la colaboración de María Soledad Molina

Resumen

Las relaciones de poder juegan un rol fundamental en la creación del Derecho. Esto conlleva muchas veces a que el Derecho establecido como neutral y objetivo sea el triunfo de una posición dominante que impone sus términos en cuanto a qué debe contener la norma. De este modo, ese qué puede estar integrado de estereotipos que etiquetan y asignan un rol a determinadas personas o grupo de personas dentro de la sociedad y el cual es reiterado por los tribunales de justicia en sus sentencias. El presente artículo analiza cómo algunos fallos del Tribunal Constitucional emitidos durante el 2011 reafirman estereotipos de género y cómo ello constituye una forma de discriminación que afecta a diversos grupos vulnerados de nuestra sociedad.

Introducción

No es una tesis novedosa señalar que el poder –y específicamente las relaciones de poder– juegan un rol significativo en el proceso legislativo. El Derecho que se manifiesta en la ley tiende a reflejar las relaciones sociales, económicas y políticas en una sociedad, siendo un claro ejemplo de ello el tortuoso camino que ha debido seguir en nuestro país el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación y, en especial, el arduo debate

1 El presente artículo contó con la valiosa ayuda de Soledad Molina, estudiante de Derecho UDP, como asistente de investigación, a quién agradecemos todo su esfuerzo y responsabilidad.

2 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales UDP y Abogada, LLM de la Universidad de Toronto y Candidata a Doctora de la Universidad de Ottawa.

3 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales UDP y Abogado. Diplomado en Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica, Universidad de Chile. Abogado de la Unidad de Estudios del Instituto Nacional de Derechos Humanos y Secretario de Redacción del Anuario de Derecho Público UDP.

por incluir categorías sospechosas como la orientación sexual o la identidad de género.⁴

La ley como instrumento normativo se plantea como una declaración neutra y objetiva, lo que es objetable. En ella se manifiestan diversos tipos de prejuicios o preconcepciones de quienes detentan el poder, que son quienes integran el Gobierno y Congreso Nacional como poderes colegisladores. En otras palabras, las reglas generales establecidas en toda ley son las que ellos (hombres) estiman convenientes y las prohibiciones establecidas son vistas por los grupos vulnerados como obstáculos para ampliar la distribución de poder y para participar en las decisiones sobre asuntos públicos.

Estos estereotipos normativos son, posteriormente, reiterados por el Poder Judicial en sus sentencias judiciales. Lo que hace el tribunal de justicia no es otra cosa que interpretar la norma (supuestamente neutra y objetiva) en base a consideraciones abstractas impregnadas de un orden natural patriarcal, lo que tiene como consecuencia una reiteración del estereotipo. El propósito de este trabajo es revelar los estereotipos que se traducen en las sentencias judiciales y que dañan la condición de iguales de las personas. Los prejuicios encasillan o niegan el reconocimiento a las personas, y ello ocurre en la ley y en la interpretación judicial. Nuestra indagación se centrará en la revisión de decisiones del Tribunal Constitucional en dos ámbitos: el derecho de familia y el derecho penal. La remisión a sentencias únicamente del TC no implica que no exista esta misma situación en otros tribunales, pero, dentro de la estructura de la justicia constitucional chilena, el TC cumple un rol fundamental principalmente a partir de la reforma de la Ley 20.050, cuando comenzó a conocer las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por lo que analizar cómo este tribunal conoce estas acciones en materias donde está en juego la aplicación de estereotipos es una forma de responder la pregunta de si el TC ha resguardado debidamente el derecho a la igualdad.

1. El Derecho: una construcción de realidad

El proceso judicial en cuanto creación de Derecho permite el juego de distintos actores y papeles y, a través del proceso, opera como un guión que debe considerar los hechos del caso. El juez, a través de sus fallos, tiene la posibi-

4 Al momento de finalizar este artículo, el Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación (Boletín 3815-07) se encontraba aprobado por el Congreso Nacional y en proceso de ser promulgado por el Poder Ejecutivo, tras siete años de debate legislativo.

lidad de aminorar las asimetrías de poder entre las partes atendido el mérito del caso cuando, en concreto, aplica el Derecho a los hechos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha reiterado que los tribunales nacionales son la primera línea de salvaguarda de los derechos de las mujeres, por lo cual, para la labor de los jueces, es relevante sustraerse de los prejuicios al momento de fallar.⁵ Sin embargo, no solo el juez puede reiterar o profundizar las asimetrías, sino también los actores que intervienen en la disputa judicial, a través de sus argumentaciones. De esta manera, se va moldeando el Derecho a través de actuaciones concretas que no solo competen a los jueces. En el caso de los abogados litigantes más cercanos al foro, estas se traducen en las formas que cimientan sus relaciones con jueces y colegas, como también el tipo de casos que litigan.⁶ La abogada laboralista en busca de una reivindicación de derechos a través de una tutela de derechos fundamentales en el trabajo, o el abogado de familia que disputa la pensión de alimentos para su representada, cuentan con un prestigio distinto a aquellos abogados que litigan los derechos preferentes de grandes empresas mineras. Así, no son solo las relaciones que los abogados tejen en el foro, sino también la naturaleza misma de sus litigios los que van influenciando el Derecho.

Galanter lo describe muy bien cuando analiza la situación de los justiciables y sus posibilidades en el proceso no solo en razón de los intereses y derechos en juego (caso) y la naturaleza de las pretensiones al sistema, sino también del tipo de profesional litigante que representa al justiciable. Galanter diría que las redes sociales-profesionales sí importan.

De esta manera, en el proceso de creación del Derecho se da una relación simbiótica entre el mundo social que moldea el Derecho y este, que, a su vez, influye en la interacción y la organización social y el orden político.⁷ El Derecho como construcción posee un fuerte componente simbólico, ya que, a través de él, las personas pueden obtener reconocimiento y su silencio puede agudizar las carencias de ciudadanía. Así, confiere reconocimiento⁸ o insti-

5 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 Doc. 60, 3 noviembre 2011, Párr. 8, en: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf>.

6 Galanter, Paul, “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, en *Law & Society Review*. Vo. 9, 1, 1974, pp. 30-31.

7 Bourdieu, Pierre, “The Force of Law”, en *Hastings Law Journal*, 38, 1986-1987, p. 814.

8 La idea del reconocimiento aparece en un razonamiento del caso de maltrato habitual de un conviviente trans a su pareja, a quien el tribunal, luego de identificar como un varón por su sexo, trata y reconoce

tucionaliza la invisibilidad de ciudadanos de ciertos colectivos; otorga ciudadanía e igualdad, en tanto todos y todas somos titulares del mismo derecho a ser valorados; y contribuye a la realización personal,⁹ en tanto emancipa o subordina.¹⁰

Estas observaciones están claramente presentes en las obras de autores como el ya mencionado Galanter,¹¹ Bourdieu¹² y Silbey.¹³ También en otros que miran con ojos aun más críticos al Derecho, como Kennedy, quien realiza una especial referencia a los elementos ideológicos que trasuntan en la adjudicación.¹⁴ Lascoumes y Severin, por su parte, se refieren indirectamente a esta cuestión cuando expresan que juegan fuerzas políticas e ideológicas al momento de evaluar la eficacia de las normas y su relación con la identificación de su infracción y las sanciones que se imputarían a estas conductas.¹⁵ El poder y la experticia de los actores que juegan en el campo del Derecho, como lo denomina Bordieu, es crucial. Los abogados, en tanto litigantes, son intermediarios, traducen las pretensiones de los justiciables en ciertos códigos lingüísticos a fin de amoldarlos a lo que el sistema exige. Los mandantes entregan, la mayor parte de las veces, líneas gruesas respecto de sus peticiones y los intermediarios controlarán, en definitiva, la técnica del cómo se pide y potencialmente el conocimiento experto en qué se pide.

Abogados, jueces, académicos son [somos] actores que monopolizan [monopolizamos] la capacidad de determinar cuál es el *Derecho*, cómo este se

como una "ella" a lo largo de la sentencia, confiriéndole de esta manera identidad. Ver, Tribunal de Garantía de Combarbalá RUC 0600284381-k, RIT 99-2006 del 14 de noviembre de 2005, "Honorino Esteban Muñoz Tapia". La decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de La Serena, rol 373-2006, 8 de enero de 2007. Los jueces de la mayoría sostienen en el considerando cuarto que "[...] resultaría particularmente atentatorio contra el principio de independencia de los jueces, que un tribunal superior impusiera sobre el inferior su concepto valórico sobre un tema jurídico en conflicto, máxime en este caso, en que la resolución de la jueza a quo muestra pormenorizadamente los antecedentes, incluso constitucionales, que la convencen para su decisión."

- 9 Réaume, Denise, "Harm and Fault in Discrimination Law: The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination", en *Theoretical Inquiries in Law*, 2,1, 2001, pp. 13-14 y p. 22.
- 10 Mooney Cotter, Anne Marie, *Gender Injustice. An International Comparative Analysis of Equality in Employment*, (Ashgate) 2004, pp. 19-20.
- 11 Galanter, op. cit., pp. 30-31.
- 12 Bourdieu, op. cit., p. 839.
- 13 Silbey, Susan, "Ideals and Practices in the Studies of Law", en *Legal Studies Forum*, IX, 1, 1985, p. 19.
- 14 Kennedy, Duncan, *Adjudication in Social Theory, A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, (Harvard University Press) 1997, pp. 267-271.
- 15 Lascoumes, Pierre y Serverin, Evelyne, "Théories et pratiques de l'effectivité du Droit", en *Droit et Société*, 2, 1986, pp. 142-145.

construye y reconstruye, y cómo recrea un cierto mundo social a través de su intervención. Los intervinientes del campo jurídico jugamos con nuestros propios prejuicios para leer las leyes, aplicarlas o interpretarlas.

Los prejuicios ingresan casi de un modo natural en la construcción y reconstrucción del Derecho. Esto no es privativo de los jueces, sino que profesores de Derecho en las aulas, penalistas o civilistas, también los reproducen en sus textos o sus cátedras. No sería raro que en la cátedra del Derecho Penal todavía se hable de ciertos delitos como pasionales, que las muertes de mujeres en manos de sus parejas o viceversa sean presentadas como delitos pasionales oscureciendo los contextos, la historia de malos tratos, amenazas y violencia sexual que nada tienen que ver con la pasión. Quizás el prejuicio ingresa sutilmente al pensar que la muerte de una mujer en manos de su pareja es la muerte explicable y pasional del celópata que descubre o cree descubrir el engaño, o se cree engañado. Dar muerte por honor era una exculpante, y la razón por la cual la mayoría de los hombres que mataban a sus parejas en Brasil quedaban impunes.¹⁶ La norma en Brasil fue derogada en 1991, y fue materia de observaciones por la CIDH, que reparó en el trato discriminatorio que implica el que, en materia de delitos sexuales, la investigación se centre en la reputación sexual de la víctima y su inculpabilidad moral.¹⁷

Los prejuicios que *naturalmente* fluyen en la cátedra marcan a algunos y más tarde se reproducen, a veces *abiertamente*, en las actuaciones judiciales. El alegato de apertura de la defensa en un caso de una violación conyugal es ejemplo de ello: “[la defensa] señaló que el Código Civil define el contrato del matrimonio y, dentro de esos fines, está el de procrear. Un abogado como él, que salió hace muchos años convencido de que no existe la violación dentro del matrimonio y hoy sin embargo existe, porque no se pasa a ser una cosa cuando uno se casa, ya el marido no puede o no debe tener relaciones con otra persona que no sea con su mujer al igual que ella, ¿será necesario que tenga hojas firmadas para obtener la autorización?”¹⁸

16 Romany, Celina, “La responsabilidad del Estado se hace privada: Una crítica feminista a la distinción entre lo público y lo privado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, trad. Iván Zagarra, en Cook, Rebecca (ed.), *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, (Profamilia) 1997, p. 97 y nota 92 citando el informe de Human Rights Watch, *Criminal Injustice: Violence against Women in Brazil*, 1991.

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil* 1996, cap. VIII, D, párrafo 27.

18 Tribunal Oral en lo Penal Villarrica, Rol 27/2007, 25 de mayo de 2007, Coñoeman Iturra.

El alegato –que pudo ser una mala estrategia de defensa, considerando que el tribunal oral estaba compuesto por tres mujeres–, muestra una situación pintoresca, ilustrando un cierto entendimiento de una conducta delictual y el ejercicio de la sexualidad en el matrimonio o los fines de este. En primer lugar, se evidencia una reticencia a la creación de un ilícito, la violación conyugal, pero la norma ahí está y no hay mucho que hacer, como dice el defensor. El cambio legal rompe un cierto sentido común en la formación legal. En segundo lugar, aparece el matrimonio y sus fines: procrear y las consecuencias que ello tiene en relación a cómo se ejerce y qué fines tiene la sexualidad. En tercer lugar, se alude a las relaciones de poder y el lugar que ocupa el consentimiento en el ejercicio de la sexualidad al interior del matrimonio. No cabe duda que, desde una óptica moderna, prima la autonomía sexual y ello alcanza al matrimonio, la idea de que firmar un consentimiento informado, “las hojas firmadas sobre el velador”, lleva implícitas las relaciones de poder que eran antaño naturalizadas en las normas¹⁹ ya no es válida. El trasfondo es el acceso carnal del marido, atendido el débito conyugal que supone el matrimonio, adosado, además, al fin de procrear.²⁰ Esta teoría del débito conyugal, tal como la reseñan los jueces, tiene plena cabida en la doctrina mayoritaria: “seguidores de esta teoría encontramos a Raúl Carranca y Trujillo y Celestino Porte Petit, y especialmente a Manuel Abarca, que en su obra referente al Derecho Penal señala que ‘siendo el ayuntamiento sexual acto propio del matrimonio, el marido tiene derecho de ejecutarlo con su esposa y por lo tanto no cabe la legítima defensa de esta, salvo el caso de que el marido lo intentare contra natura, o bajo condiciones que dañare gravemente la salud de la mujer o le infiriera una ofensa que también revistiera gravedad. Esto corresponde a lo que se enseñó por años en las escuelas de Derecho [...]’²¹ Sin embargo, las juezas contraponen a esta visión una mirada moderna del Derecho Penal y las relaciones sexuales entre marido y mujer, que deben estar precedidas de voluntariedad y exentas de violencia: “Que es de esta última forma como estas juezas entienden la aplicación de la justicia, con el respeto al género y a la igualdad, frente a la indemnidad sexual y a su libertad, actuar contra esta libertad constituye el delito de violación, pues subvertiría el orden ético jurídico de la organización familiar moderna y se convertiría a la mujer en un

19 Ibid.

20 El imputado en un peritaje “reconoció participación en los hechos pero lo justificaba dentro del matrimonio, como uno de los deberes conyugales que debía cumplir su mujer [...]”. Ibid.

21 Ibid.

instrumento de placer o de satisfacción sexual sin su voluntad y tal vez con repugnancia o con dolor, en detrimento de su integridad mental, de su libertad sexual, de su seguridad física y sobre todo de su dignidad humana, pues el contraer matrimonio no implica la renuncia de la libertad ni de la seguridad sexual de los cónyuges, porque todo acto dentro del matrimonio, específicamente el coito matrimonial debe ser solicitado y prestado en forma voluntaria para satisfacer el ímpetu carnal de los dos”.²²

Si bien en el discurso moderno del Derecho repugna la violencia en el ámbito doméstico porque representa el quebrantamiento de la igualdad de cónyuges, esta es explicada y a veces justificada en la medida en que la función de la procreación en el matrimonio se mantiene evidentemente en la retina de algunos jueces.

Es así como los estereotipos sexuales y de género se van manifestando no solo en la gestación de normas, sino también en su interpretación y aplicación.

2. Descubriendo el velo del prejuicio

Seguimos a Cook y Cusack en su detallada descripción sobre estereotipos en el Derecho. Ellas señalan que un estereotipo es una generalización o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo o los roles que las personas de tales grupos deben cumplir.²³ El estereotipo es útil en tanto permite que procesemos información sobre el mundo que nos rodea, pero es simplista ya que no considera las particularidades de las personas, que pueden coincidir o no con las características del miembro del grupo. El estereotipo también se usa para marcar diferencias y establecer relaciones de inferioridad o superioridad con una persona de un grupo, por lo cual no es inocente. Es prescriptivo cuando, a partir de él, se arrogan ciertas funciones o reglas de comportamiento a las personas en razón de la pertenencia a un grupo determinado. Se basa en marcadores sociales: el ser “pobre”, “flaite”, “rubia” o miembro de una barra de un club de fútbol. Presuponemos que su pertenencia a un grupo implica un cierto tipo de conductas o características sobre lo que son o se espera de ellas. Por ello, Cook y Cusack se refieren a estos como una suerte de guiones de identidad.²⁴

²² *Ibíd.*

²³ Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, (University of Pennsylvania Press) 2010, p. 9 y ss.

²⁴ *Ibíd.*, pp. 18-19.

Los estereotipos de género involucran representaciones, características, atributos, roles y funciones que se dan a los hombres y mujeres en la sociedad, y que son temporales y espacialmente determinados. Involucran el sexo o diferencias anatómicas de las personas, la base de la diferencia sexual, a la que se adosa una jerarquización sobre las relaciones entre varones y mujeres. Es un concepto cultural y no biológico, como nos recuerda Lamas.²⁵ Atribuimos lo que entendemos por “femenino” o “masculino”. Por ello, podemos distinguir entre estereotipos de sexo, sexuales y de roles de género. Los primeros dicen relación con las características fisiológicas de las personas, los segundos son relativos a la sexualidad y los terceros a la construcción de roles. Cada uno de ellos se intersecta con otros marcadores sociales, como clase, edad o etnia, cuestión que la CIDH ha comenzado a destacar.²⁶ En el mismo sentido, la Corte IDH ha definido los estereotipos de género como “una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”.²⁷

Así, participamos de ciertas representaciones sociales sobre lo que es una inmigrante mujer y negra, y de otras mujeres si son rubias y vienen de América del Norte o Europa, de manera tal que la discriminación se configura desde las características y las pertenencias de los afectados. Las personas estamos construidas desde diversas “identidades”, diferencias a las cuales se les adosa un cierto valor creando una identidad que puede esencializar de la misma manera que lo hace el prejuicio o estereotipo. La categoría de “las experiencias de las mujeres” tiende a generalizar, soslayando que hay múltiples vivencias de mujeres, pues esas identidades se superponen, por lo que se debe estar atento de no caer en la trampa. Gómez nos recuerda que el estereotipo conlleva prejuicio, que no es solo la atribución de ciertas características sino además de jerarquías, construye “al otro” como un distinto al “nosotros” del grupo dominante,²⁸ que no actúa en forma aislada sino como parte de la sociedad, con la complicidad de esta.²⁹

25 Lamas, Marta, “Diferencias de sexo, género y diferencia sexual”, en *Revista Cuicuilco*, vol/año 7, 18, 2000, pp. 2-3.

26 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., párrafo 28.

27 Corte IDH, sentencia caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párrafo 401.

28 Gómez, María Mercedes, “Crímenes de odio”, en Sáez, Macarena y Motta, Cristina (eds.), *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo 2, (Siglo de Hombre Editores) 2008, pp. 90-92.

29 *Ibíd.*, p. 91.

2.1. El estereotipo y los roles de género

Los estereotipos ingresan ex profeso a la ley o como categorías implícitas que se encuentran presentes en las representaciones culturales de quienes legislan. Ello es elocuente en la discusión sobre la igualdad de hombres y mujeres en la *Comisión Constituyente*, en relación con ciertas instituciones el derecho de familia.³⁰ La posibilidad de incorporar una disposición en el actual artículo 19 No 2 de la CPE propuesta por Jaime Guzmán que señalaba “El hombre y la mujer gozan de iguales derechos, sin perjuicio de las distinciones que impongan sus diferencias naturales o las que derivan de las relaciones de familia”.³¹ Esa propuesta generó discusión en relación con la constitucionalidad de varias normas del Código Civil, que naturalizaba la jefatura masculina en el temperamento y la constitución de la mujer. Al efecto, el Presidente de la Comisión Ortúzar señaló que:

[...] todo organismo, toda organización, por pequeña que sea, debe tener una cabeza visible. De otra manera, imperaría en ella tal anarquía, que podría conducir a la disolución de esta organización. Partiendo de la base que la familia debe tener un jefe, incuestionablemente de que este debe ser el hombre. Por lo demás, el temperamento y la constitución de la mujer requieren, precisamente de la autoridad del hombre. Está probado, en el hecho, que la mujer ama al hombre que realmente es capaz de ejercer en forma justa, por cierto su autoridad, así como los hijos requieren de la autoridad del padre y el pueblo la autoridad del gobernante.

Por su parte, Silva Bascuñán sostuvo que era necesaria la inclusión del precepto y que no se deriva de la igualdad ante la ley, ya que el principio de igualdad ante la ley *se topa con una diferencia de la naturaleza*.³² Fue parte de la reflexión la jefatura en la familia y cómo le correspondería al marido, naturalizando no solo los roles para hombres y mujeres sino también, implícitamente, las jerarquías al interior de la familia. Como señaló Evans de la Cuadra, habiendo disenso, alguien debe tener la última palabra y en “cualquier sociedad

30 República de Chile, Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Garantías Constitucionales, Tomo III, sesión 95, 16 de diciembre de 1974, p. 6 y ss.

31 *Ibid.*, p. 30.

32 *Ibid.*, p. 9.

en el mundo la tiene el hombre”.³³ Lathrop está en lo correcto cuando observa que esos prejuicios menoscaban la igualdad no en un sentido abstracto sino, por el contrario, en uno muy concreto.³⁴ Estos prejuicios se mantienen en diversos órdenes, como, por ejemplo, en la discusión de la igualdad entre hijos fuera y dentro del matrimonio en las palabras del entonces senador Bombal, quien manifestó, en 1994, su rechazo a igualar derechos entre los hijos porque “al borrarse arbitrariamente toda diferencia en materia de filiación, estaremos debilitando para siempre la institución del matrimonio, *naturalmente* llamada por antonomasia, a ser el cauce ético y legal más propio para construir una familia”.³⁵

La historia nos dice que el estereotipo primó y mantuvo a la mujer, en cuanto sujeto, en una condición ciudadana de segunda categoría que implicaba, por ejemplo, solicitar autorización del marido para ejercer profesión u oficio o mantener su condición de relativamente incapaz. Esta situación se modificó con la Ley 18.802, que, sin embargo, conservó al marido como jefe de la sociedad conyugal, reafirmando la supremacía de la jefatura masculina.³⁶

Los estereotipos también funcionan privilegiando, supuestamente, a las mujeres en sus relaciones de familia. Ejemplo claro de esto es el artículo 225 del Código Civil que atribuye preferentemente el cuidado de los hijos a la madre.³⁷ Esta regla dispone que, luego de una separación y no habiendo acuerdo entre los padres por el cuidado de los hijos, este lo tendrá la madre. Esta es una regla legal subsidiaria de atribución en el cuidado a la madre y que opera automáticamente ante la separación. Solo cuando el padre impugna la regla, el tribunal deberá elegir entre el padre o madre. Esta norma de atribución supletoria divide a la doctrina. Algunos postulan que no rompe con la igualdad ante la ley, ya que atribuye legalmente *un deber* –el de cuidar a los hijos, que

33 Ibid., p. 11.

34 Lathrop, Fabiola, “(In)Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 16, 2, 2010, pp. 177-178.

35 Historia fidedigna de la Ley 19.585, vol. 1, sesión 41, pp. 154-155.

36 Vale recordar el caso tramitado ante la Comisión Interamericano de Derechos Humanos, Sonia Arce Esparza v. Chile, Caso 071/01, Informe No. 59/03, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser./L/V/II.118 Doc. 70 rev. 2 en 213 (2003) el que fue declarado admisible. La discriminación se produce atendido que la norma existente dispone que el marido es el administrador de los bienes propios de la mujer y que, de no mediar consentimiento del marido para enajenar, la mujer debe acudir a una intervención judicial para ser autorizada. En este caso, Chile alcanzó una solución amistosa, en 2008, que implicaría, entre otras cosas, modificar la ley, lo que a la fecha no se ha producido. Véase, Gatica, Ana María, “El destino de la sociedad conyugal”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2001, pp. 169-178.

37 Ley 19.585 de 1998 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación.

no otorga un derecho subjetivo– y no busca fundarse en la inhabilidad de padre o madre, sino solo procurar el interés superior del niño.³⁸ Otros sostienen que esa regla rompe con la igualdad ya que el criterio por el cual se otorga un trato diferenciado no tiene bases razonables ni objetivas.³⁹ Si ambos padres son igualmente progenitores, la regla de atribución supletoria da a entender que se prefiere a uno: la madre. Y la pregunta que debe formularse entonces es si esta opción de la norma en cuestión es arbitraria, razonable y proporcional al fin perseguido.⁴⁰ Si la decisión es asumir que las madres son mejores cuidadoras que los padres no tenemos un problema sino dos: la mujer asume *el deber*, tal como señala la profesora Rodríguez; y no promueve en verdad el interés superior del niño –tal como lo sostiene Lathrop–, pues el padre, quien debe demandar cuando no hay acuerdo, puede ser un mejor cuidador.⁴¹

Lo que subyace a la norma son las visiones sobre los roles parentales en el cuidado de los niños. Viera Gallo, en la discusión en el Senado, señaló que, no habiendo acuerdo respecto del cuidado compartido, y “[...] quizás por ser fieles a costumbres muy tradicionales y ancestrales de nuestra sociedad, o tal vez porque no hemos encontrado una solución mejor, se mantuvo el criterio de don Andrés Bello [...]”.⁴² Se promovió –por parte del senador Otero y la senadora Feliú– el castigo de la infidelidad del padre o la madre, de tal manera que el adúltero no podría tener el cuidado de los hijos por constituir una falta grave,⁴³ aun cuando la inhabilidad por adulterio ya había sido superada en la ley. Lo más relevante es que, respecto al cuidado de los hijos, se plasma la idea de la *idoneidad natural* de la madre, idea que sostuvo la mayoría de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, y que los senadores Fernández, Larraín y Otero argumentaron como una realidad que la regla solo vendría a respaldar.⁴⁴ Una visión distinta fue la del diputado Espina, quien advirtió que de esa manera los padres quedaban eximidos de responsabilidad.

38 Rodríguez, María Sara, “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: Criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho chileno de familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, 3, 2009, p. 563.

39 Lathrop, op. cit., p. 153.

40 *Ibíd.*, p. 155.

41 *Ibíd.*

42 Biblioteca Nacional, Historia de la Ley 19.585, Cámara de Diputados, 22 de noviembre de 1994, Sesión 19, Legislatura 330, p. 289. En: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366&buscar=Ley+19.585>

43 Senado, 4 de noviembre de 1997, Sesión 12, Legislatura 336, Indicación 121; *ibíd.*, p. 793.

44 *Ibíd.*

Como señaló la diputada Aylwin, la realidad es que las mujeres se quedan a cargo de sus hijos, por lo que estimaba más equitativa la tuición compartida.⁴⁵

El diputado Espina reiteró la idea de dejar espacio a los jueces para resolver de otra manera, “porque me parece que no hay posición más cómoda para el hombre que le digan, por anticipado, que la mujer tendrá el cuidado de los hijos, pues él delegará toda su responsabilidad.”⁴⁶ El entonces diputado Chadwick contra argumentó señalando que “Si no [hay acuerdo se le entrega el cuidado a] la madre, por derecho propio, puede prestar mejor atención a los hijos por *una relación de carácter natural*”.⁴⁷ Esta disposición *natural* de las mujeres hacia la maternidad explica la figura de abandono de los hijos que se encuentra en el Código Penal: si la madre abandona es un ilícito por el que la mujer es doblemente castigada, pues quebranta la norma y rompe con un ideal social según el cual que las mujeres acogen y aceptan *naturalmente* la maternidad.⁴⁸

El Tribunal Constitucional tendrá la labor de afirmar o deconstruir los estereotipos de género, discutir cuál es el rol de las mujeres al interior de la familia y qué relación le asigna a la maternidad o la paternidad en la causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada en el 2011 por un padre.⁴⁹ El demandante, quien solicita el cuidado personal de sus hijos, alega que son cuatro los derechos constitucionales afectados: el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 No 2 CPR), igualdad ante las cargas pública (artículo 19 No 23 CPR), el derecho a educar de ambos padres (artículo 19 No 10 CPR) y el interés superior del niño, principio recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación al artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política. El requirente cita doctrina que apunta que el cuidado de los hijos, y quién lo asuma, no debe estar determinado *a priori* sino que debe evaluarse las condiciones fácticas del mejor cuidado en concreto, sea por el padre o madre. Así, romper con el estereotipo constituye un camino de ida

45 Ibid.; Cámara de Diputados, 22 de noviembre de 1994, op. cit., p. 295.

46 Ibid., p. 296.

47 Ibid., p. 298. Énfasis añadido.

48 En este sentido ver Castelletti, Claudia, “¿Las mujeres somos las únicas responsables del cuidado de los hijos? La persecución del delito de abandono de menores en Chile. Comentario crítico a la sentencia del TOP de Arica en causa RUC 0710014873-5”, en Minuta 2, (Departamento de Estudios Defensoría Nacional) 2011. Sobre la discusión del caso La Pastora, actualmente en tramitación en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ver González, Juan Pablo, “Discriminación múltiple y estereotipos de género: El caso de Gabriela Blás”, en *Revista de Derechos Humanos*, (Universidad Diego Portales) 2011.

49 Tribunal Constitucional, Recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol 2157-II-INA.

y vuelta para hombres y mujeres. Por ello, Jaramillo acertadamente señala que las normas construidas desde el estereotipo de la mujer esencialmente castigan dos veces: a las mujeres a ser madres y a los hijos que pudieran tener una persona más idónea para su cuidado.⁵⁰ Las mujeres, aun cuando sientan que no son tan buenas cuidadoras como el padre, deben enfrentar el estigma social asociado a entregar el cuidado al padre, lo que lleva implícito el rechazo a los hijos y destruye el ideal maternal.

El Tribunal Constitucional tendrá que entregar razones y no meros enunciados para justificar que el cuidado preferente de la madre es una norma que puede ser explicada a la luz del principio de igualdad. Hemos dicho que los estereotipos juegan de uno y otro lado. Un ejemplo de ello es el caso de la tuición de las niñas López Atala. El estereotipo que privilegia a la madre se fractura cuando otros prejuicios, como la idea que una madre lesbiana no es apta para garantizar y promover el bienestar y desarrollo de sus hijos, entra en juego.⁵¹

3. El estereotipo sexual y la sexualidad normalizada

El estereotipo sexual está construido a partir de una sexualidad normalizada. Este se refiere a los comportamientos sexuales esperables y deseables para hombres y mujeres, aludiendo al deseo, atracción sexual y, en definitiva, a todo aquello que resulta aceptado en ese ámbito.⁵² Implica evaluar cuáles relaciones sexuales pueden ser legítimas, y entre quienes. En el primer caso se encuentra, por ejemplo, la legitimidad de las relaciones dentro del matrimonio, reprochando, por ejemplo, la actividad sexual prematrimonial.⁵³

Los derechos sexuales intersectan cuestiones de orientación sexual, discriminación o abuso en el ejercicio de la sexualidad fuera del matrimonio y

50 Jaramillo, Isabel Cristina, "Familia", en Sáez y Motta (eds.), op. cit., p. 323.

51 Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia del 24 de febrero 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo III.

52 Cook y Cusack, op. cit., p. 25.

53 Esto estaba implícito en el requerimiento de inconstitucionalidad de las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad que explicitaba la entrega de consejería y prescripción de métodos anticonceptivos a las adolescentes sin autorización paterna, cuestión que pugnaría con el derecho de los padres a educar a sus hijos. La Corte de Apelaciones, en un recurso de protección, se refirió a las relaciones prematrimoniales de los jóvenes señalando que los padres podían educar a sus hijas para que no las tuvieran, y que no era excluyente del rol del Estado de prestar la debida atención en salud a las adolescentes que requirieran consejería y anticonceptivos. Véase, Tribunal Constitucional, Rol 740-07, 18 de abril de 2008, y Corte de Apelaciones de Santiago, Zalaquett y otros contra Ministerio de Salud, Rol 4693-2006, 10 de noviembre de 2006.

también los abusos en contra de las trabajadoras sexuales.⁵⁴ En este sentido, cuando se mira a las personas a través del lente del prejuicio sexual y se las califica como distintas, según ocurre con personas no heterosexuadas, se produce la discriminación en la dictación de las normas o en su aplicación.

Denominamos heteronormatividad al hecho que las normas están interpretadas o fueron creadas desde un paradigma en que todos los sujetos en una sociedad son o deben ser heterosexuales. De allí se desprende que los comportamientos sexuales diversos serán una desviación denostada, castigada o incluso penalizada.⁵⁵

El prejuicio está presente en la vida cotidiana y, aunque con apariencia inocente o bien intencionada, en lugares como la campaña del Servicio Nacional de la Mujer “Maricón el que maltrata a una mujer”, que refuerza ideas negativas sobre un grupo de personas con determinada sexualidad. Igualmente, los jueces emiten opiniones a partir de la condición sexual de las personas, como en el caso del informe del Ministro visitador Lillo (de la Corte de Apelaciones de Temuco) sobre la denuncia de irregularidades administrativas en la tramitación del juicio de tuición en el caso López Atala, por parte de Karen Atala, a la época jueza de garantía en Villarrica. El Ministro señaló en su informe que el conocimiento público de la condición de homosexualidad de uno de sus miembros (Jueza Atala) dañaba a la afectada y también la imagen del Poder Judicial.⁵⁶ La única razón por la cual el Ministro podría haber considerado de tal forma la sexualidad de uno de sus funcionarios es que la homosexualidad fuese considerada como una falta grave a las funciones del cargo contemplado en el Código Orgánico de Tribunales, como lo afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁷

La heteronormatividad alcanza no solo a las decisiones judiciales (en la decisión de la Corte Suprema en el juicio de tuición de las niñas López Átala,

54 International Council on Human Rights Policy citando a Ignacio Saiz, “Bracketing Sexuality: Human Rights and Sexual Orientation. A Decade of Development and Denial at the UN”, en *Health and Human Rights*, 7, 2, 2004 y en *Sexuality and Human Rights. A Discussion Paper*, 2009, p. 8.

55 Casas y Ahumada se refieren al castigo y discriminación en las escuelas a los y las adolescentes cuya orientación sexual se desvía del ideal heterosexual. Ver Casas, Lidia y Ahumada, Claudia, “Teenage Sexuality: From Denial to Punishment”, en *Reproductive Health Matters*, Vol. 17, 34, 2009, pp. 88-99.

56 Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia del 24 de febrero 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 124.

57 *Ibid.*, artículo 544 inciso 4, que dispone que las facultades disciplinarias de la Corte Suprema y Corte de Apelaciones deberán especialmente ejercitarse, respecto a los funcionarios del Poder Judicial, “Cuando por irregularidad de su conducta moral o sus vicios que les hicieran desmerecer en el concepto público comprometieren el decoro de su ministerio”

como hemos señalado) sino también a la doctrina y a la visión del Tribunal Constitucional y su razonamiento sobre el concepto de matrimonio y parejas del mismo sexo.⁵⁸ El Tribunal Constitucional se pronunció sobre si el artículo 102 del Código Civil, referido al matrimonio entre un hombre y una mujer, constituía una forma de discriminación en contra de las parejas del mismo sexo. La acción se rechazó con el argumento –deferente– que tal materia debía ser resuelta por el legislador. No obstante, se dejaron expuestos una serie de razonamientos sobre las implicancias de reconocer con el mismo estatus jurídico las relaciones de personas del mismo sexo.⁵⁹

Cierta doctrina sostiene que *la familia* objeto de reconocimiento jurídico es aquella unida por el vínculo matrimonial.⁶⁰ Sin embargo, la Constitución Política de manera alguna señala que sea la familia unida en matrimonio la única reconocida jurídicamente. Ello fue precisado en el voto particular concurrente de los Ministros Fernández Fredes, Carmona, Viera Gallo y García, señalando que la Constitución asegura la protección a todas las familias, independientemente del vínculo matrimonial.⁶¹ De hecho, esa línea argumental se desprende de la modificación que buscó excluir las diversas categorías de hijos en el Derecho según si los padres estaban o no casados.

El rechazo a considerar el matrimonio entre personas del mismo sexo parece fundarse en la idea que la institución permite la continuación de la especie, como si fuese indispensable para ello y se produjera por ese solo hecho. Este razonamiento se desprende de la expresión que utiliza la Ministra Marisol Peña cuando sostiene que el matrimonio es decisivo para la supervivencia de la especie.⁶² Ergo, si los homosexuales no se reproducen, no podrían

58 Tribunal Constitucional, Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol 1881-10-INA, 3 de noviembre de 2011.

59 Ver Figueroa, Rodolfo, “El Matrimonio ante el Tribunal Constitucional”, en este mismo *Anuario de Derecho Público*, (Universidad Diego Portales) 2012.

60 Ver por ejemplo, Hernán Corral Talciani, quien describe la familia como núcleo fundamental de la sociedad a luz del art. 1 de la CPE, o el art. 17.1 de la Convención Americana, “a partir de la comunidad de personas que se funda en la unión entre un hombre y una mujer que se comprometen pública y jurídicamente a compartir a plenitud sus vidas y establecer así un hogar adecuado para recibir, criar, y educar a los hijos [y las] otras relaciones de parentesco o de convivencia podrán merecer efectos jurídicos, para evitar abusos o para fines asistenciales, pero eso no significa que sean equiparables al modelo sobre el cual el sistema jurídico incentiva y propone la constitución y desarrollo de la familia, como realidad social fundamental para el bien personal y para el bienestar público”, en *Simposio, Anuario de Derechos Humanos*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2011, p. 67.

61 Tribunal Constitucional, Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol 1881-10-INA, op. cit., 2012.

62 Voto particular concurrente de la Ministra Marisol Peña, Considerando 3. Nótese que esta misma línea argumental se encuentra en el documento de Joseph Card. Ratzinger y Angelo Amato, S.D.B.,

cumplir con una de sus funciones. Desde 2003, más del 50% de los niños en Chile nacen en uniones libres de pareja. De allí que el matrimonio, si bien es preponderante, representa un dato que debe contextualizarse en una continuidad de *supervivencia de la especie* fuera de las instituciones.⁶³ Asimismo, se desprende de este razonamiento que los homosexuales no se reproducen o no tienen hijos. Algunos los tienen. Se trata de hombres o mujeres que han tenido relaciones con personas de distinto sexo, reproduciéndose, siendo una prueba de ello precisamente el caso de tuición López Atala. Además, las técnicas de reproducción asistida permiten a estos colectivos “reproducirse” sin que sea necesario un coito. Asimismo, también debería rechazarse el matrimonio de una pareja heterosexual de adultos mayores, que biológicamente ya no son aptos para la reproducción.

Estereotipos en materia penal: el delito de sodomía

Los estereotipos de género son transversales en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, en materia penal, también es posible identificar estas preconcepciones que asignan un rol, etiquetan y otorgan una identidad en base a distinciones entre hombre/mujer, femenino/masculino, etc. El punto no es menor, toda vez que la herramienta penal es la expresión del poder punitivo del Estado, sobre el cual ostenta una relación monopólica. Existe el peligro que el Estado persiga a determinadas personas en virtud de estereotipos que los etiquetan como *peligrosos* o, derechamente, como *delincuentes*.⁶⁴ El Derecho Penal es el medio jurídico legitimado para coartar la libertad de las personas, por lo que su aplicación no puede quedar entregada a estereotipos que encasillan a las personas como *buenas* o *malas*.

“Congregación para la doctrina de la fe, Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales”, (Vaticano) 2003.

63 Por todos, Valdés, Ximena, Caro, Pamela, Saavedra, Rosa, *¿Modelos familiares emergentes o fractura del modelo tradicional? Puertas Adentro - Femenino y masculino en la familia contemporánea*, (Lom) 2006, pp. 18-20.

64 Un ejemplo de esto es el “Caso Bombas”, en que 15 personas fueron detenidas, mantenidas en prisión preventiva y acusadas de instalar artefactos explosivos en virtud de la Ley 18.314 que determina conductas terroristas. Tras 10 meses de prisión preventiva, todos y todas recuperaron su libertad. Hoy el Ministerio Público y el Gobierno (partes acusadoras) están en entredicho por haber llevado a cabo un juicio contra estas personas producto de su identidad. Ejemplo de esto fueron las pruebas presentadas por el Ministerio Público, entre las cuales habían afiches de grupos musicales de rock, poleras negras y libros sobre anarquismo. Con fecha 1 de junio de 2012, la tercera sala del Tribunal Oral en lo Penal de Santiago dictó sentencia absolutoria a favor de los últimos acusados. En el punto quinto del acta de deliberación, el Tribunal planteó que “surgieron aristas que no fueron objeto de análisis policial ni fiscal, determinándose entonces que esta resultó incompleta, y como tal conlleva un sesgo de parcialidad, considerando que solo fueron perseguidos por estos hechos personas habitantes en las determinadas casas okupa”. Acta de deliberación, RIT 138-2011.

Para los efectos de este artículo y en razón de un fallo emitido por el Tribunal Constitucional durante 2011, interesa particularmente el delito de sodomía, contenido en el Código Penal en el título VII del libro II, denominado “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”. En este título, se tipifica una serie de delitos, incluyendo el aborto, el abandono de menores, la violación, el estupro y la sodomía. Cabe detenerse desde ya en que el título hable de delitos contra “el orden de las familias” ¿Qué “orden” es el querido? Por lo menos en cuanto a sodomía, es plausible concluir que lo protegido por la ley no es la familia con independencia de la estructura que esta adopte (que es lo que se espera de un Estado neutral), sino un tipo determinado (heterosexual) de familia, de modo que el ejercicio contrario es penalizado y considerado atentatorio contra la moralidad pública. En este caso, la sexualidad normalizada ha conllevado al uso de la herramienta penal para mantener el orden deseado.

Como señaláramos, no solo preocupa la norma abstracta estereotipada sino también las sentencias judiciales, ya que muchas veces reiteran tales estereotipos. Es el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional al conocer la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal (CP). El caso ante el TC se originó a propósito de una querrela interpuesta por el Ministerio Público (MP) en contra de Jorge W. Sepúlveda por el delito de sodomía. La Defensoría Penal Pública (DPP) interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (RII) ante el TC con el objeto de que no se aplicara el artículo 365 del CP en el juicio específico, por atentar contra derechos reconocidos en la Constitución Política y en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. Entre tales derechos, alegaban la afectación de la vida privada de la pareja y la libertad para autodeterminar la sexualidad de la pareja. Asimismo, se alegaba que la norma sería discriminatoria por no aplicarse a las mujeres.

El CP regula el delito de sodomía prescribiendo que “el que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penalizado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”. La redacción actual es fruto de la Ley N° 19.617 (1999), que despenalizó la relación sexual homosexual entre adultos, castigándose penalmente el acceso carnal de una persona mayor de 18 a otra persona de su mismo sexo menor de 18, pero mayor de 14 (a quien en adelante llamaremos “adolescente”). En el tipo penal se menciona de ma-

nera explícita la penetración (el acceso carnal); quien aparece como activo/pasivo en la relación sexual depende de ciertos presupuestos y estereotipos.

En otras palabras, el legislador estableció como delito la relación sexual consentida entre dos hombres (porque, si bien el artículo habla de “un mismo sexo”, se ha interpretado que solo el hombre puede “acceder carnalmente”, aspecto en sí cuestionable). La relación es consentida porque el mismo tipo exige que no medien las circunstancias de los delitos de violación ni estupro, lo que requiere de una posición de dependencia, de un grave desamparo, de la ignorancia de la víctima o del uso de fuerza o intimidación, tal como lo establece el artículo 361 N°1 del Código Penal en relación a la violación. En conclusión, no se está frente a un abuso de una persona mayor frente a otra menor del mismo sexo.

¿Por qué, entonces, se castiga punitivamente esta relación? Para Luis Rodríguez, se debe entender “que lo sancionado es el hecho que un individuo acceda carnalmente a un varón menor de dieciocho, quien, pese a haber manifestado su consentimiento, se encuentra en situación de ser afectado en su desarrollo psíquico o emocional”.⁶⁵ Para el TC, el fundamento de esta tipificación radica principalmente en tres elementos en relación a la “víctima”: el impacto de la experiencia sexual, el riesgo de corrupción y la afectación del libre desarrollo de su sexualidad.⁶⁶

En la redacción de la norma se evidencia un claro estereotipo. Este tiene relación con el prejuicio hacia la relación entre personas de un mismo sexo, traducido en un trato discriminatorio por parte del legislador al castigar la relación consentida entre personas de un mismo sexo, pero no castigando esa misma relación consentida entre un hombre y una mujer (cabe recordar que el estupro exige alguna de las situaciones de abuso ya comentadas). No existe una razón objetiva y racional por la cual el Estado haga esta distinción. ¿Por qué el Estado decide castigar un hecho sexual –entre personas de un mismo sexo– y no toda situación en la que una persona mayor acceda carnalmente a un o una adolescente?

El Estado no interviene en el caso del acceso carnal heterosexual porque entiende que es parte de la autonomía de las personas, quienes libre y voluntariamente deciden tener relaciones sexuales, es decir, entiende como parte del orden natural o, como señala el título del Código Penal ya comentado, del

65 Rodríguez, Luis, *Delitos Sexuales*, (Editorial Jurídica) 2000, p. 250.

66 Tribunal Constitucional, Rol 1683-2010, sentencia de fecha 4 de enero de 2011, considerando 33.

“orden de las familias”, que un hombre y una mujer, aun siendo uno o una de ellas adolescente, tengan relaciones sexuales consentidas. Sin embargo, en el caso de las personas de un mismo sexo, ese orden de las familias se ve alterado ya que no es el querido por la naturaleza y que el Estado debe fortalecer (ocupando los términos de la Constitución). Es el orden no querido por el Estado el que legitima al legislador a hacer la distinción arbitraria, ya que obedece a preconcepciones y no a fundamentos objetivos y racionales sobre los cuales legítimamente se pueda diferenciar, constituyendo una discriminación normativa.

El voto mayoritario del TC, en sentencia emitida en enero de 2011, rechaza el RII, no solo reiterando el estereotipo sobre el orden natural de la familia, sino que además incorporando nuevos estereotipos que pasamos a revisar.

En primer lugar, el TC señala que “nunca podría aceptarse que la relación sodomítica con un menor de edad fuere la vía para reafirmar su particular opción sexual. Sobre esto ya hemos venido dando luces. La víctima –menor de edad– pasaría a ser un simple medio u objeto para satisfacer la autodeterminación sexual del varón mayor de edad, lo que repugna a la concepción constitucional de persona”.⁶⁷ En otras palabras, el TC establece una distinción en la relación consentida entre personas de un mismo sexo, donde la persona mayor de edad busca satisfacerse sexualmente y la persona adolescente es una víctima –pese a su consentimiento y autonomía progresiva–, que se transforma en objeto o medio para lograr dicha satisfacción. Cuesta no creer que este razonamiento no sea una preconcepción en contra de parejas de un mismo sexo, cuando nada dice el TC respecto las relaciones sexuales consentidas entre un hombre mayor de edad y una mujer adolescente. ¿Por qué en ese caso el hombre no busca satisfacerse y la mujer no es un objeto, como sucedería en la relación entre personas de un mismo sexo? Aparentemente la respuesta radicaría en el consentimiento, el cual, en el caso de la relación heterosexual, sería libre y espontáneo, mientras que en el caso de la relación homosexual sería una afectación de derechos del adolescente, por constituir un objeto. Siguiendo a Bascuñán, en estos argumentos del TC existe “una representación arraigada desde la antigüedad, conforme a la cual el rol pasivo en el coito es incompatible con la masculinidad”.⁶⁸

67 *Ibíd.*

68 Bascuñán, Antonio, “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010)”, en *Revista de Estudios Públicos*, 124, 2011, p. 128.

Del mismo modo, la concepción manejada por el TC y, en general, por la tradición jurídica nacional sobre “penetración”, influye también en cómo los jueces analizan el fallo. No obstante que el tipo penal no hace distinción alguna y castiga de modo genérico el acceso carnal a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, se ha señalado que ello solo puede tener lugar entre dos hombres, ya que –por su naturaleza– la mujer no puede penetrar. El TC señala en el fallo respecto de este punto que “[debe] entenderse que se trata del acceso carnal de un varón a otro varón”⁶⁹ y posteriormente agrega que “debe tratarse de un acceso carnal que se realiza por vía anal”,^{70 71} con lo cual se castigaría, si y solo si, hubiera penetración de parte del mayor de 18 y el menor fuese el penetrado. Ello no debiera suceder si la situación fuese a la inversa. Sostenemos que la idea del tipo es que se castigue a ambas.

Este estereotipo está presente en un segundo argumento criticable del TC: lo protegido por el delito de sodomía es el interés superior del niño. Como señalábamos, la aplicación judicial del interés superior del niño ha sido un problema complejo para los tribunales, que adoptan decisiones a partir de este principio clave de la Convención de Derechos del Niño (CDN) sin aplicación en el caso concreto. Al respecto, se ha planteado que “se advierte una aplicación formal del principio y la misma CDN sin aportar mayor contextualización o explicación al respecto. En esta lógica, no es posible conocer ni ahondar en los elementos que los jueces consideran a la hora de configurar el Interés Superior del Niño, cómo determinan lo que se considera su bienestar, cuánto pesa su opinión y preferencias”.⁷²

69 Tribunal Constitucional, Rol 1683-2010, sentencia de fecha 4 de enero de 2011, considerando 16.

70 *Ibíd.*, considerando 17.

71 Si bien no es el objeto de este artículo detenerse en este punto, sí parece relevante señalar que mantener estas concepciones significa una exclusión de la mujer y hace incoherente uno de los argumentos principales del TC en cuanto a la protección del interés superior del niño. Ha sido principalmente a partir de los Tribunales ad-hoc a propósito de los crímenes de lesa humanidad, y en especial del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) en el caso Akeyesu, donde se ha planteado la necesidad de establecer una definición amplia de penetración. Analizando el fallo de la ICTR, Palacios señala que una definición amplia “pudiese incluir en ella actos que no involucran órganos típicamente considerados como sexuales, pero que sí tenían una clara connotación sexual. [L]a invasión que es requisito de esta nueva definición de violación puede cometerse con cualquier miembro corporal o cualquier objeto, siempre que la invasión tenga una naturaleza sexual”. Palacios, Patricia, *El tratamiento de la violencia de género en la Organización de las Naciones Unidas*, (Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile) 2011, p. 202.

72 Vargas, Macarena y Correa, Paula, *Niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia*, 2009, p. 32. De la misma manera, ver Vaggione, Juan Marco, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, en Sáez y Motta (eds.), *op. cit.*, pp. 63-76.

Algo similar sucede en esta sentencia del TC, que señala sobre la sodomía: “el impacto inmediato de la experiencia, el grave riesgo de corrupción y la consiguiente afectación del libre desarrollo de la sexualidad son, así, claros fundamentos del artículo 365 del Código Penal. Ello tiende, como se ha dicho, a proteger el interés superior del niño y a asegurar su mayor realización material y espiritual posible. [N]unca podría aceptarse que la relación sodomítica con un menor de edad fuere la vía para reafirmar su particular opción sexual”.⁷³

El TC da por sentadas ciertas afirmaciones carentes de fundamento. Si bien puede afirmarse abstractamente que cualquier experiencia que implique un impacto en un o una adolescente, creando un grave riesgo de corrupción o que afecte su libre desarrollo de la sexualidad constituye una afectación del interés superior del niño, la pregunta clave de este caso no es planteada por el TC: ¿es una relación sexual consentida entre personas de un mismo sexo –donde una de ellas es progresivamente autónoma– un acto que afecte el interés superior del niño (en este caso, adolescente) a la luz de la CDN? El TC razona que una relación sexual no heterosexual constituye *per se* una afectación de este principio. En este sentido, Jaime Couso ha señalado que “esta facultad paternalista [que el tribunal identifique cuál es el interés superior del niño], que en ciertos casos es ineludible ejercer, permitió, sin embargo, convertir no pocas veces el argumento del interés superior del niño en un pretexto para decidir sobre la vida del niño conforme a las propias preferencias, preconcepciones morales o de normalidad o la propia ideología del juzgador de turno”.⁷⁴ Asimismo, Bascuñán, analizando el fallo del TC en cuestión, plantea que “esta concepción del menor de edad como un sujeto dotado de una autonomía progresiva que debe ser también progresivamente reconocida por el Estado se contrapone diametralmente a la descripción del menor como víctima necesitada de protección con que el voto de mayoría encabeza su análisis del fin de protección que perseguiría el Art. 365 CP”.⁷⁵

Así también lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el reciente fallo del caso de Atala y Riffó y niñas, estableciendo que “una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el

73 Tribunal Constitucional, Rol 1683-2010, sentencia de fecha 4 de enero de 2011, considerando 33.

74 Couso, Jaime, “El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, en *Revista de Derechos del Niño*, 3/4, 2006, p. 147.

75 Bascuñán, op. cit., p. 126.

bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño”.⁷⁶

Por tanto, cuando el TC piensa en el “niño”, no piensa en un adolescente homosexual (como es el caso en particular), sino en un niño heterosexual a quien una experiencia homosexual afectaría en su interés superior (lo cual también es cuestionable a priori). El interés superior no se puede entender de manera separada del niño y su mundo, sus intereses, sus afectos y sus opciones, aun más cuando el caso que obliga al TC a analizar la norma trata de un adolescente que, en virtud de su voluntad libre y espontánea, decidió mantener una relación con un hombre adulto, lo que incluía intimidad sexual. El interés superior del niño obliga a entender al adolescente como un sujeto progresivo de derechos, que en la adolescencia adquiere una mayor autonomía. Nuevamente, el TC no se pregunta si la relación heterosexual entre una adolescente y un adulto no afecta el interés superior de la adolescente, lo que reafirma el estereotipo en juego.

Finalmente, con la aplicación de los estereotipos, el TC crea una diferencia arbitraria –y por tanto discriminatoria– entre los y las adolescentes. Por una parte, aquellos adolescentes heterosexuales, por estar dentro del orden deseado, no se ven comprometidos en su interés superior, justamente porque la concepción abstracta del TC de este interés es heterosexual. Por el contrario, los y las adolescentes que, por convicción o intuición, viven una experiencia homosexual, son objeto de preocupación para el TC ya que *per se* ella afectaría su interés superior y les crearía un daño que el Estado debe proteger.

Conclusión

El Derecho pretende parecer un conjunto de normas regulatorias vinculantes, imparciales, independientes y objetivas. Se suele olvidar que este conjunto de normas responde en su producción a diversas relaciones de poder, por lo que no ocurre entre cuatro paredes y ajeno a presiones. Ellas llevan a la elaboración de normas jurídicas estereotipadas, es decir, construidas sobre preconcepciones que etiquetan a determinados grupos de personas o colectivos en razón de su apariencia o asignan un supuesto deber ser que deben cumplir en la sociedad. Estos estereotipos llevan a diversas maneras de discriminación.

76 Corte IDH, sentencia caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párrafo III.

Los Tribunales de Justicia reiteran esos estereotipos normativos al momento de dictar sus sentencias, lo que consecuentemente origina pronunciamientos judiciales que amparan discriminaciones normativas. Ese es el caso de dos sentencias dictadas durante el 2011 por el Tribunal Constitucional: matrimonio entre personas del mismo sexo y el delito de sodomía, donde el TC elabora su análisis desde la sexualidad normalizada. En ambas sentencias, el TC recurre a argumentos estereotipados en materia de género, reiterando etiquetas sociales sobre el rol que deben cumplir hombres y mujeres o sobre qué debe considerarse femenino o masculino. En el caso del matrimonio entre personas de un mismo sexo, el TC se ampara en la familia heterosexual como un orden natural dentro de la sociedad; en el caso de sodomía, aplica este mismo orden, justificando la penalización de la relación homosexual entre un adulto y un(a) adolescente homosexual, lo que a todas luces es arbitrario y contrario a la igualdad, principio consagrado tanto por la Constitución como por los tratados internacionales.