Modifica la ley N° 20.066, que Establece ley de violencia intrafamiliar, y la ley N° 20.609, que Establece medidas contra la discriminación, para sancionar los actos ejecutados en el ámbito familiar o educacional destinados a modificar la orientación sexual y la identidad o expresión de género de los niños, niñas y adolescentes

Boletín N° 12660-18

CONSIDERANDO

1. El Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes es un principio elemental que supone respetar sus derechos y priorizarlos frente a otros derechos o intereses. De este principio se deriva el derecho sustantivo que obliga al Estado a garantizar, de manera primordial, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en toda actividad legislativa relacionada con ellos.
2. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, que rige en nuestro país desde el 27 de septiembre de 1990, establece en su artículo 8 lo siguiente:

   "1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

   2.Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad."

   Respecto de este artículo, en particular, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Observación General Nº 14 del año 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) ha indicado:

   "La identidad del niño

   55. Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño.

   (…)57. Aunque debe tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosos y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la

Convención no responden al interés superior del niño. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención."

De esta manera, el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes está vinculado no sólo al nombre, nacionalidad u origen familiar, sino que abarca la condición de ser una persona identificable. No lo expresa el artículo 8 de la Convención pero el derecho a la identidad de los niños comprende *"también su historia personal desde el nacimiento, su raza, cultura, religión, lengua, apariencia física, habilidades, identidad de género y orientación sexual.*[1]*"*

1. En el numeral 1 del artículo 12 de la Convención, los Estados Partes se obligan a garantizar al niño las condiciones para formarse un juicio propio y el derecho de expresar su opinión libremente en función de su edad y madurez. Los niños, niñas y adolescentes no son sólo objetos de protección, sino que también son titulares de derechos. De esta manera, sus intereses, sean morales o de otra índole, deben ser considerados en toda materia que les afecte. Los Estados partes deben partir de la premisa que los niños son capaces de formarse sus opiniones y expresarlas libremente.
1. El artículo 5° de la Convención establece que *"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención."* Esta norma reconoce la primacía de la responsabilidad parental respecto de la responsabilidad del Estado, pero no otorga derechos plenos a los padres, sólo pueden en actuar en interés de los niños, niñas y adolescentes.
2. El marco para determinar cómo debe ser ejercida esa responsabilidad la provee el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Observación General N° 12:

"El artículo 5 de la Convención establece que los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, los tutores o los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de impartir dirección y orientación al niño en su ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención. Por consiguiente, el niño tiene derecho a

---

1 Espejo, N., Lathrop, F., (2015) *Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.* Volumen dos, Revista Universidad Católica del Norte. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000200013&lng=en&tlng=en#n40

recibir dirección y orientación, que tienen que compensar la falta de conocimientos, experiencia y comprensión del niño y estar en consonancia con la evolución de sus facultades, como se establece en ese artículo. Cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Esta transformación no tendrá lugar en un punto fijo del desarrollo del niño, sino que se producirá paulatinamente a medida que se alienta al niño a aportar sus opiniones.

Esta condición se ve reafirmada por el artículo 12 de la Convención, que estipula que deberán tenerse debidamente en cuenta las opiniones del niño, siempre que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio. En otras palabras, a medida que los niños adquieren facultades tienen derecho a asumir un nivel cada vez mayor de responsabilidad respecto de la regulación de los asuntos que los afectan"

De esta manera, la responsabilidad de los padres, presupone siempre, que dicha función se ejerza de un modo compatible con el progresivo desarrollo de la autonomía de los niños, niñas y adolescentes para el ejercicio pleno de los derechos.

6. Los niños, niñas y adolescentes sufren violación de derechos en ámbitos familiares y escolares, y son mucho más susceptibles a vulneraciones cuando se encuentran en procesos de definición de identidad de género u orientación sexual. Las cifras que arrojan los estudios de UNICEF son impresionantes, cerca del 70% de nuestros niños dice haber sufrido algún tipo de violencia por parte de su padre y/o madre. El maltrato es transversal al nivel socioeconómico de las familias.

7. En concordancia con la normativa internacional, nuestro sistema jurídico ha incorporado en los últimos años leyes como:

   1)La Ley N° 20.609, en el año 2012, que "Estable medidas contra la discriminación", conocida como "Ley Zamudio" porque fue en respuesta a uno de los casos más atroces de violencia en contra de una persona, Daniel Zamudio, por su orientación sexual.

   2) La Ley N° 21.120, que "Reconoce y da protección al Derecho a la Identidad de Género" Esta última consagra, en su artículo primero, que 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."*

8. En el artículo 5° de la ley que "Reconoce y da protección al Derecho a la Identidad de Género" se establecen los Principios relativos al derecho a la identidad de Género. En él se consagra, en relación a los niños, niñas y adolescentes:

"e) Principio del interés superior del niño: los órganos del Estado garantizarán a todos los niños, niñas y adolescentes la máxima satisfacción en el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, en los términos del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

f) Principio de la autonomía progresiva: todo niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez.

El padre, madre, representante legal o quien tenga legalmente el cuidado personal del niño, niña o adolescente deberá prestarle orientación y dirección en el ejercicio de los derechos que contempla esta ley."

9. Los niños, niñas y adolescentes en una situación particular -que los pueda hacer objeto de una doble vulnerabilidad- generan la obligación estatal de mejorar los estándares de protección para reubicarlos en una situación de equivalencia con los demás niños, aquellos que no están en esta doble o triple situación de vulnerabilidad. Cualquier situación de riesgo inminente para un niño, niña o adolescente que importe la posibilidad de sufrir un maltrato, aún cuando éste no se haya llevado a cabo, debe hacer que todo el aparato estatal adopte las medidas de protección que correspondan. El presente proyecto de ley viene a consolidar esta idea y a proponer un nuevo marco de protección para los derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes.

IDEA MATRIZ

Modificar la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar y la Ley N° 20.609 para regular y sancionar los actos ejecutados en el seno familiar o educacional destinados a modificar la orientación sexual y la identidad y/o expresión de género de los niños, niñas y adolescentes

PROYECTO DE LEY

Artículo 1: Introdúzcanse las siguientes modificaciones a la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar

A) Agréguese, un nuevo inciso final al artículo 5°, del siguiente tenor:
"Será constitutivo de violencia intrafamiliar también, toda acción, distinción, exclusión o restricción que implique una afectación de derechos de niños, niñas, o adolescentes, desarrolladas por los padres o por quienes ejerzan su cuidado personal, con el objeto de modificar la orientación sexual, la identidad y/o expresión de género, amparadas o no en fundamentos como el respeto a la moral, las buenas costumbres y/o estereotipos de género."

B) Agréguese, después del punto final del último inciso del artículo 7°, que pasa a ser un punto seguido, la siguiente oración:
"Se considerará también especialmente como situación de riesgo inminente el hecho de que un niño, niña o adolescentes sea afectado en sus derechos en razón de su orientación sexual o de su identidad y/o expresión de género."

Artículo 2: Introdúzcanse las siguientes modificaciones a la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación

A) Incorpórese, en el artículo 2°, un nuevo inciso segundo del siguiente tenor:
"También se considerará discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción respecto de niños, niñas o adolescentes, efectuada por sus representantes legales, personas a cargo de su cuidado, educadores o asistentes de educación, con el objeto de modificar su orientación sexual, identidad y/o expresión de género, amparadas o no en fundamentos como el respeto a la moral, las buenas costumbres y/o estereotipos de género."

B) Incorpórese, en el artículo 4°, un nuevo inciso final del siguiente tenor:
"La acción fundada en alguna de las situaciones descritas en el inciso segundo del artículo 2°, podrá ser interpuesta por cualquier persona en favor del niño, niña o adolescente afectado por la discriminación arbitraria"

C) Agréguese un nuevo artículo 8 bis del siguiente tenor:
"En caso de que la acción tenga por fundamento alguna de las situaciones descritas en el inciso segundo del artículo 2° de esta ley, la defensa de los intereses del niño, niña o adolescente involucrado, corresponderá a quien la haya interpuesto"

D) Agréguese, un nuevo inciso final al artículo 9°, del siguiente tenor:
"En caso de que sea necesaria la comparecencia de niños, niñas, o adolescentes a las audiencias a las que se refiere este artículo, se garantizará que aquella se efectúe

bajo protección absoluta de su interés superior, respetando en todo momento su condición de sujeto de derecho, su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, considerando su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales."