Boletín Nº 12.140-17

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Muñoz, Allende y Rincón, y señores Latorre y Quintana, que reconoce el derecho a la identidad de género a los menores de 14 años.

Argumentos:

Las y los transgéneros son aquellas personas cuya identidad de género es distinta al género que se les asignó al nacer. Para las personas trans, el reconocimiento de su identidad de género es determinante para el efectivo ejercicio de todos sus derechos. No obstante lo anterior, dicho ejercicio no ha sido garantizado por nuestro país dejando a estas personas expuestas a situaciones de indefensión y discriminación.

Dado que no existe una regulación específica para esta materia, las personas trans han debido utilizar mecanismos indirectos para ejercer y entrar en goce de su derecho a la identidad. Bajo esa lógica, han utilizado la Ley Nº 17.344 que autoriza el cambio de nombres y apellidos bajo ciertas causales, y modifica la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil, la cual, dentro de una serie de requisitos taxativos, permite efectuar dicho cambio cuando: "...el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios".

Sin embargo, considerando que dichas solicitudes de cambio de nombre de personas trans se basan en una interpretación extensiva de la normativa citada, las decisiones de los tribunales han sido disímiles y, por regla general, desfavorables para éstas. Lo anterior, fue constatado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos[1] en un informe elaborado sobre este punto, el cual dio cuenta de que en algunos casos se han rechazado de plano demandas, aludiendo la falta de normativa específica o la ausencia de intervenciones quirúrgicas o de tratamientos hormonales que fundaran la petición.

Por la misma causa se han verificado casos en que sólo se ha accedido al cambio de nombre, pero no al sexo registral, lo cual es atentatorio a la dignidad humana de las personas trans, pues convierte a dichos tratamientos en requisitos sine qua non para optar al reconocimiento de su identidad de género.

Debido a lo anterior, el año 2013, un grupo de parlamentarios presentó un proyecto

---

[1] Intervención de Lorena Fries en la tramitación del proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#

de ley para reconocer y dar protección al derecho a la identidad de género de las personas, estableciendo un procedimiento para acceder al cambio de la inscripción relativa al nombre y sexo en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no es congruente o no se corresponde con la verdadera identidad de género del solicitante. Dicho proyecto contemplaba procedimientos de rectificación atendiendo principalmente a la edad del solicitante. Así, consideraba un procedimiento destinado a personas mayores de edad distinguiendo si existe o no vínculo matrimonial vigente; otro destinado a aquellos que se encuentren entre los 14 y 18 años, y otro para niños y niñas menores de 14 años.

La iniciativa generó alta expectación y se produjo una gran discusión por parte de la opinión pública. De hecho, tardó más de 5 años en tramitarse, lográndose, finalmente, su aprobación en septiembre del año en curso, pero sin considerar el procedimiento para los menores de 14 años, es decir, el texto acordado -y que se encuentra ad portas de promulgación-, las y los excluye de la posibilidad de proceder a la rectificación.

La situación de los menores de 14 años fue la que más controversia causó en la discusión del proyecto. Para algunos, cuando hay incongruencia entre la identidad de género y el sexo asignado a la persona, estamos en presencia de una disforia de género, que, si bien no es una patología, es considerada por la OMS como un trastorno de adaptación. Según los partidarios de esta postura, la contradicción puede manifestarse en la infancia, pero en muchísimos casos, al llegar a la etapa adolescente, desaparece. Argumentan que existe una vasta evidencia científica que da cuenta de ello y, por ende, lo que corresponde es acompañar al niño o niña en un tratamiento multidisciplinario (psicólogos, endocrinólogos, psiquiatras, etc.) y sólo cuando sea necesario y, además, la persona cuente con la madurez necesaria, proceder al cambio de nombre y sexo. Bajo esa lógica, solamente podría proceder el cambio una vez que la persona alcanza la mayoría de edad.

Por su parte, autores como la doctora Sonia Carballo, especialista en educación sexual e infantil, sostienen que el cuerpo sexual, femenino y masculino, comienza su desarrollo desde la concepción, dentro del marco de un proceso evolutivo de construcción de su papel sexual, asignado históricamente por la cultura de la sociedad

donde se nace y, que exige que el niño o niña, desde edad preescolar debe aprender a expresar su sexualidad en forma natural.

Lo cierto es que, en la práctica, existen muchos transexuales menores de edad que son vulnerados en sus derechos, como acontece por ejemplo con el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la educación y a la protección de la salud, entre otros. Esto ocurre porque no se respeta su identidad de género, y otorgarles la posibilidad de cambiar su nombre y sexo registral es una oportunidad para proteger y garantizar sus derechos humanos.

Señalábamos, al comienzo de este texto, que no existe una regulación específica para esta materia y efectivamente es así. Es cierto que la Constitución no contiene una norma expresamente referida al derecho de identidad, pero sí se encuentra consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos que nuestro país ha suscrito. De esta manera, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 de la carta fundamental, éstos se encuentran incorporados a nuestra legislación nacional.

Ahora bien, lo que sí consagra nuestra Constitución en su artículo 1° es que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, señalando a continuación que: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, por lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización material y espiritual posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

Esta disposición da cuenta de la posición que asume el Estado frente a la persona, en el sentido de articular su accionar en orden a que ellas puedan lograr su realización material y espiritual. Dentro de los elementos que contribuyen a esa realización, encontramos como elementos básicos, el nombre, sexo e identidad de género. Se trata de derechos fundamentales y su justificación es precisamente la dignidad, cualidad compartida por todos los seres humanos por el sólo hecho de ser persona, quedando obligado el Estado a respetar, proteger y promover el pleno ejercicio de ellos. Justamente dentro del plexo de derechos de que toda persona es titular, se encuentra la identidad, ya que cada ser humano es único e irrepetible, resultando, en definitiva,

un imperativo el reconocimiento y protección de ella. El propio Tribunal Constitucional ha resuelto que acá estamos en presencia de un derecho reconocido en el ordenamiento jurídico interno, derivado de la dignidad humana y del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Consideramos que el artículo 1° de nuestra Constitución debe ser interpretado a la luz de lo dispuesto en el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 2º dispone:
"Sí el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Entendemos que, de acuerdo a los compromisos internacionales adoptados por Chile, existe un mandato en orden a ajustar nuestra legislación a los estándares planteados por estas convenciones, pero no obstante lo señalado anteriormente, es la ausencia de ley que regule la situación de las personas trans lo que posibilita la existencia de casos en que los derechos fundamentales de estas personas son vulnerados.

Ahora bien, en lo que respecta a los niños y niñas, a diferencia de lo que acontece con otros tratados internacionales, el derecho a la identidad de los niños se consagra expresamente en la Convención de los Derechos del Niño, por lo que no existe el problema de determinar si ellos tienen o este derecho. En efecto, de acuerdo a su artículo 8°:

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

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno 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 a su identidad.

Sobre el particular, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha interpretado esta disposición en un sentido amplio, es decir, sin perjuicio que la

norma habla de nacionalidad, nombre y relaciones familiares, el derecho de identidad debe extenderse más allá de esto, incluyendo el sexo, orientación sexual, religión, identidad cultural, entre otros aspectos. Lo anterior fue corroborado por el abogado Nicolás Espejo[2], quien intervino en la discusión del proyecto que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, señalando:

"...por vía interpretativa se ha entendido que el derecho a la identidad incluye otros aspectos más dinámicos de la personalidad en el proceso de construcción de cómo es el niño o niña, que van definiendo quién es, y cómo se diferencia y relaciona con otros niños. A modo ilustrativo, mencionó la importancia que tiene para los niños ser parte de un grupo determinado o la forma de vestirse, lo que refleja una señal de reconocimiento con respecto de los demás".

De acuerdo al análisis del abogado, el derecho a la identidad de género necesariamente debe incluir a los niños y niñas, puesto que ellos se encuentran en proceso de formación de su identidad y personalidad, por lo que debe dárseles el espacio necesario para el desarrollo progresivo de su autonomía en el ejercicio de sus derechos. Pero, para que pueda respetarse a cabalidad la identidad de género, este derecho debe ser analizado en conjunto con otros, que también se encuentran consagrados por la Convención. En efecto, tales derechos serían el interés superior del niño, el derecho a formarse su propio juicio para expresar una opinión y ella sea considerada a la hora de tomar una decisión que les afecta y los derechos y responsabilidades de los padres y representantes legales para acompañar a los hijos, otorgándoles dirección y orientación apropiada para el ejercicio de sus derechos.

Respecto del interés superior del niño, significa que deben priorizarse los intereses o derechos de los niños y niñas en toda decisión que los afecte por sobre otras consideraciones. En relación al derecho a ser oído y que se le tome en cuenta, resulta fundamental su consideración, ya que no es posible garantizar una protección adecuada de sus derechos si no se escucha la opinión del niño o niña sobre cómo

[2] Intervención de Nicolás Espejo en la tramitación del proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#

entiende el derecho. Esto no significa que será la opinión del niño o niña la que decidirá el asunto, sino que simplemente el juez o las autoridades deben tomarla en cuenta, considerando su edad y madurez. Y, además, se le debe explicar al niño o niña en qué términos su opinión fue considerada como criterio fundamental de la decisión adoptada. Lo anterior, implica aceptar que los niños y niñas no solo son sujetos vulnerables que requieren protección, sino que también son titulares de derecho y van experimentando una autonomía progresiva en el desarrollo de sus propios derechos. Finalmente, a propósito de la responsabilidad de los padres o representantes legales para acompañar a los hijos, otorgándoles dirección y orientación apropiada para el ejercicio de sus derechos, no se trata de que ellos puedan decidir contra la voluntad de sus hijos, sino que debe existir una retroalimentación, en el sentido de poder intervenir en su proceso de formación, guiarlos, aconsejarlos para que progresivamente los niños y niñas adquieran mayor responsabilidad respecto de los asuntos que los afectan.

En consecuencia, de acuerdo a lo expresado y teniendo en cuenta que lo que está en juego es el principio de igualdad y de no discriminación de un grupo importante de personas, el Estado de Chile, y particularmente su Congreso Nacional, debe adoptar todas las medidas legislativas que sean necesarias para garantizar el efectivo goce de sus derechos, máxime si aquellos se encuentran establecidos en tratados internacionales ratificados por Chile, como es el caso, particularmente en relación a los niños y niñas de la Convención sobre los Derechos del Niño.

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO

Las niñas y niños menores de catorce años podrán solicitar la rectificación del sexo y nombre con que aparezcan individualizados en su partida de nacimiento para que sea coincidente con su identidad de género. Sin perjuicio de lo anterior, alcanzada la mayoría de edad, podrán requerir una nueva rectificación de conformidad a la ley.