PROYECTO DE LEY QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Boletín N° 8924-07

Comisión Mixta

I. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY A REVISAR EN LA COMISIÓN MIXTA

A continuación, exponemos los principales resultados obtenidos luego de la votación en la Sala de la Cámara de Diputados (segundo trámite constitucional), los que fueron rechazados en su totalidad durante el tercer trámite constitucional en el Senado y, por lo tanto, deberán ser revisados en la Comisión Mixta:

1) En relación a la definición de identidad de género

Respecto a la definición de identidad de género, en la Cámara de Diputados ésta mejoró principalmente, en dos sentidos:

- A pesar de que (al igual que en el Senado) aún se establece que el derecho a la identidad de género se basa únicamente en una convicción personal, esta se limita a la convicción sólo de ser hombre o ser mujer, excluyendo cualquier otro tipo de género.
- Se limita el derecho a la identidad de género al introducir, en su artículo 1º, que dicho derecho se refiere únicamente a la posibilidad de cambiar de un sexo a otro.

2) Se introdujo el concepto de "expresión de género"

Se agregó, por primera vez, un nuevo derecho a la "expresión de género". El proyecto define dicho concepto como *"la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado."* El problema radica en que podría existir alguien cuyo *sexo biológico* sea hombre, su *identidad de género* sea mujer y su *expresión de género* sea masculina. Ello evidentemente puede inducir a terceros a error y a incurrir, sin intención de hacerlo, en lo que esta iniciativa legislativa considera como una discriminación arbitraria. Lo anterior se agrava al tener en cuenta que el proyecto, además, modifica la llamada ley Zamudio para agregar como categoría de discriminación arbitraria la "expresión de género" (artículo 16).

Sumado a lo anterior, el proyecto exige una coincidencia entre la identidad de género y los instrumentos públicos y privados en que la persona figure. Sin embargo, no se aclara la forma en que ellos deberán coincidir con el derecho a la expresión de género.

3) Se aprobaron una serie de principios que regirán la interpretación de la ley

La comisión de Derechos Humanos de la Cámara, agregó una serie de principios que no provienen de un cuerpo legal o tratado internacional en particular y cuyo contenido podría generar los problemas que se especificarán más abajo. Dichos principios son:

a) Principio de la no patologización
b) Principio de la no discriminación
c) Principio de la confidencialidad
d) Principio de la dignidad en el trato
e) Principio del interés superior del niño
f) Principio de la autonomía progresiva

Específicamente, podemos observar lo siguiente:

- **Principio de no patologización:** el principio busca que la diferencia entre el género biológico y social no sea considerado ni tratado como una patología. Esto generó una fuerte discusión en la comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados puesto que el principio, a priori, dejaría fuera la exigencia de toda presentación de antecedentes médicos. Como se verá en el siguiente punto, esto generaba una contradicción en lo relativo a la identidad de género en menores de edad.
  Finalmente, el principio fue aprobado al igual que la presentación de certificados médicos como exigencia para presentar la solicitud de rectificación pero únicamente para el caso de los menores de edad eliminándose la evaluación médica exigida para mayores de 18 años.

- **Principios del interés superior del niño y principio de la autonomía progresiva:** a pesar de que se eliminó el procedimiento de rectificación de nombre y sexo para menores de 18 años (como se verá en el número siguiente), igualmente se dejó una referencia general a los niños al incluir estos dos principios.

- **Principio de confidencialidad:** el proyecto otorga el tratamiento de datos sensibles al cambio de sexo y sus consecuencias. Lo anterior elimina la posibilidad de que, por ejemplo, el cambio de sexo sea publicado en el Diario Oficial o que exista un registro que deje constancia del cambio de sexo con el fin de resguardar el derecho de terceros. Así, en la misma línea, se rechazaron las indicaciones que buscaban dar un mínimo de publicidad al cambio de sexo con el fin de que terceros – que podrían verse obligados a cambiar sus registros internos producto de un cambio de sexo de una persona – tomaran conocimiento

del hecho pudiendo de esta forma evitar acciones en su contra por discriminación arbitraria.

4) El centro de la discusión: aplicación de la identidad de género a niños.

En este punto, cabe recordar las cifras expuestas por la Sociedad Chilena de Endocrinología ante la Comisión de Derechos Humanos, durante el segundo trámite constitucional. Estas indicaron que cerca del 85% a 95% de los niños con discordancia entre el sexo biológico y aquél al que la persona dice pertenecer, remite al llegar la pubertad. Esta fue la razón principal por la que el Senado, en el primer trámite constitucional, decidió dejar fuera a los menores de edad en este proyecto. A pesar de ello, durante el segundo trámite constitucional, fueron reincorporados en el artículo 8º del proyecto de ley.

El artículo 8 de la iniciativa contenía un procedimiento en sede judicial a través del cual los menores de edad podrían cambiar su sexo por razones de identidad de género. Dicho artículo tenía quorum de Ley Orgánica Constitucional –debido a que modificaba competencias de los tribunales – y fue rechazado tras su votación en general en la sala de la Cámara. A raíz de esto, el Gobierno ha argumentado que, al eliminarse el artículo que contemplaba el procedimiento de cambio de sexo en sede judicial para niños, se aplicaría el vigente en el proyecto para el cambio de sexo en mayores de edad, es decir, por sede administrativa (Registro Civil), puesto que el proyecto establece que "toda persona", sin distinción de edad, tiene derecho a la identidad de género. No obstante, ello no es verídico, por las siguientes razones:

a) El artículo en cuestión fue rechazado en general, es decir, se rechazó la idea de legislar respecto de la existencia de un procedimiento de cambio de sexo para niños, lo que no es lo mismo que rechazar única y específicamente ese procedimiento.

b) No obstante el artículo 3° indicaba que "toda persona podrá, por una sola vez, obtener la rectificación", luego establece que ello se dará "a través de los procedimientos que regulan esta ley". Teniendo en cuenta que lo eliminado en la votación en general en la Sala del segundo trámite constitucional fue el procedimiento de cambio de sexo aplicable a niños ello se traduce en que no existe tal procedimiento en este proyecto de ley.

c) El artículo 6 del proyecto establece que "El Director Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación declarará inadmisible la solicitud sólo cuando concurra una de las siguientes causales: a) la formulare un menor de edad". Posteriormente agrega: "Con todo, en el caso de inadmisibilidad de la solicitud por (…) tratarse de una persona que no cumpla con la mayoría de edad, el Servicio de Registro Civil e Identificación deberá informar al o la solicitante de los procedimientos especiales que se establecen en los artículos 7 y 8". Sin embargo, durante la votación en general en la Sala (del segundo

trámite constitucional) ambos artículos fueron rechazados por lo que no existe tal procedimiento especial.

d) A su vez, el Gobierno anterior argumentó que el inciso final del artículo 6° del proyecto permitiría la aplicación del procedimiento administrativo en niños puesto que indica que "en todo lo no regulado por esta ley, se aplicará supletoriamente lo dispuesto en la ley N°19.880", que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. Sin embargo, la aplicación de dicho procedimiento será supletoria, es decir, en subsidio de algo y no puede, por lo tanto, reemplazar en su totalidad un procedimiento de cambio de sexo en niños inexistente en este proyecto de ley luego de su rechazo en general.

5) Respecto del cambio de sexo para personas mayores de edad con vínculo matrimonial no disuelto.

Al igual que el caso del artículo 8° (procedimiento para que menores de edad cambien de sexo), el artículo 7° (procedimiento para que personas mayores de edad con vínculo matrimonial no disuelto) tenía quorum de ley orgánica constitucional, y fue rechazado en general en la Sala, imposibilitando la opción de que personas casadas puedan cambiar de sexo.

Así, si bien el proyecto establece que una persona casada no puede cambiar su sexo, no se imposibilita que una persona soltera lo haga y luego contraiga matrimonio. Hacerlo, sería un claro uso abusivo de la ley puesto que, de todas formas, la pareja que contraería matrimonio no cumpliría con el resto de los requisitos esenciales para que dicha institución se celebre de forma válida.

6) Respecto a la protección del ejercicio legítimo de derechos fundamentales por parte de terceros.

Durante la tramitación del proyecto en la Cámara de Diputados, se dio una discusión en torno a si debían resguardarse o no el legítimo ejercicio de los derechos de terceros.

En esa línea, se aprobaron indicaciones, durante el segundo trámite constitucional, presentadas por diputados de oposición[1], a dos artículos diferentes que, precisamente, buscaban el resguardo

[1] Las indicaciones aprobadas fueron presentadas por diputados de la UDI, y tenían el siguiente tenor:
Diputado Jaime Bellolio: "(…) Ninguna norma o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer otros requisitos que los contemplados por esta ley para el ejercicio de este derecho. No será condición para ejercer el derecho a la rectificación del nombre y sexo haberse sometido a algún tipo de intervención o tratamiento modificatorio de la apariencia. Lo anterior es sin perjuicio del ejercicio legítimo de derechos fundamentales.".
Diputado Juan Antonio Coloma: "Lo anterior es sin perjuicio del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de la República y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile.".

explícito del legítimo ejercicio de derechos de terceros. Dichas indicaciones buscaban entregar una herramienta suficiente para que un eventual afectado o demandado en virtud de esta ley pudiese defender sus legítimos intereses y derechos ante tribunales.

No obstante, también se aprobó una indicación presentada en la comisión de Derechos Humanos por el diputado Hugo Gutiérrez, la que establece exactamente lo contrario a las anteriores, al contemplar lo siguiente (artículo 12°): "Ninguna persona, institución pública o privada podrá realizar un acto u omisión que importe discriminación arbitraria y que cause privación, perturbación, o amenaza a las personas en razón de su identidad y expresión de género. **En ningún caso podrá alegarse como justificación el ejercicio legítimo de un derecho fundamental**.".

Así, en un sentido absolutamente contradictorio al anteriormente mencionado, el diputado Gutiérrez, a través de esta indicación, busca establecer el derecho a la identidad de género como un supra-derecho, es decir, como superior a cualquier otro derecho fundamental, con el fin de que nadie pueda apelar a la realidad biológica para concluir algo distinto a lo señalado en la realidad registral. De esta forma, por ejemplo, no podría apelarse a que una persona es biológicamente hombre para que un comité olímpico le impida competir en una categoría femenina, cuando su sexo registral indica que es mujer.

II. LAS DUDAS QUE PERSISTEN EN EL PROYECTO:

A) <u>Generación de situaciones de incerteza jurídica por motivaciones abusivas y afectación de derechos de terceros:</u>

Si bien el concepto de identidad de género se limitó para aclarar que el derecho consiste en una rectificación del cambio de sexo y nombre, por una vez, y en sede administrativa, aún surgen dudas respecto de los efectos que dicho cambio producirá en lo relativo a ciertas relaciones jurídicas con terceros máxime cuando los conceptos de "identidad de género" y "expresión de género" no tienen la necesidad de coincidir. En este sentido, advertimos que se pueden generar una serie de situaciones de incertezas jurídicas que podrían devenir en efectos no deseados.

Mencionamos como ejemplo:

- Uso de la identidad de género para burlar el cumplimiento de ley de cuotas electorales
- Cobertura y costo de los planes de salud y las posibles discriminaciones que se generan por la diferencia de cobertura entre ellos.
- Edad de jubilación, la cual es distinta para hombres y mujeres.
- Deporte profesional y la necesidad de establecer patrones de competitividad que no se vean alterados por uno de mala fe en materia de identidad de género.
- Matrimonio entre personas del mismo sexo puesto que, si bien el proyecto (según lo aprobado por el segundo trámite constitucional) establece que una persona casada no puede cambiar su sexo, no se impide que dos personas del mismo sexo biológico pero diferente sexo registral puedan contraer matrimonio.

- En materia laboral, existen beneficios que se otorgan sólo a las mujeres por su calidad de madres. Surgen dudas, entonces, respecto a si un hombre que cambia de sexo a mujer podrá acceder, por ejemplo, a los siguientes beneficios: descanso pre natal de 6 semanas y postnatal de 6 meses, derecho a sala cuna cuando en su empresa existen 20 o más trabajadoras, prohibición de realizar operaciones de carga y descarga manual para la mujer embarazada, entre otros.
- "Ley de cuotas" para la entrada a la Universidad de Chile: por ejemplo, en Ingeniería se incluye a las siguientes 20 mujeres bajo el puntaje de corte para disminuir la brecha entre hombres y mujeres que ingresan a la carrera.

Se podrán criticar la supuesta exageración de los ejemplos enunciados. Sin embargo, la regulación propuesta por el proyecto de ley –siguiendo el tenor sentido literal y el sentido natural y obvio contenido en ella- muestran lo alejado del sentido común en que este concepto se encuentra a la hora de ponderar sus efectos en las relaciones entre las personas. Establecer un estatuto jurídico basado únicamente en una convicción personal y subjetiva del solicitante no supera un mínimo estándar de razonabilidad y/u objetividad ya que, como vimos anteriormente, puede dar paso fácilmente a una serie de incertezas jurídicas que podrían afectar legítimos derechos de terceros.

Así, la identidad de género pasa a ser un tipo de "supra-derecho" ante el cual no existe necesidad de prueba, y ante el cual la sociedad debe asumir como cierto lo que el solicitante afirma que es una convicción personal, lo que evidentemente puede atentar fácilmente contra el sentido común y las relaciones de justicia entre las personas.

B) <u>Cambio de sexo en menores de edad:</u>

El proyecto de ley, que se encuentra en comisión mixta, define a la identidad de género como una convicción personal que responde a la forma en que la persona se percibe a sí misma. Hay quienes, desde el sector de Chile Vamos, han propuesto permitir el cambio de sexo en menores de edad que, habiendo cumplido 14 años, lo hagan con la autorización de sus padres, cumpliendo los siguientes requisitos:

a) Se exige la autorización de ambos padres para el cambio de sexo en menores de edad
b) Se realiza un procedimiento en sede judicial
c) Para lograr el cambio de sexo se deben rendir pruebas contundentes
d) La sentencia definitiva es susceptible de apelación.

Sin embargo, debemos preguntarnos, ¿podemos delegar en los padres un derecho personalísimo como lo es el derecho a la identidad individual? Lo cierto es que una decisión que responde a una convicción personal, como lo es el decidir cambiar de sexo, no puede sino ser tomada únicamente, y de forma personal e indelegable, por quién experimenta una disconformidad entre su sexo biológico y su sexo registral. Para ello, se requiere que esa persona tenga mínimos necesarios de madurez y entendimiento que sólo la calidad de adulto puede asegurar.

Lo anterior puede llevar, incluso, a que el proyecto adolezca de problemas de constitucionalidad.

Si bien el derecho a la identidad personal no se encuentra expresamente consagrado en nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional sí ha hecho presente que existen ciertos principios en la Carta Magna a partir de los cuales puede extraerse el derecho a la identidad de las personas, centrándose en el artículo 1°, que incluye el reconocimiento de la dignidad humana y otorga a esta un rol central: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.". Lo anterior, se manifiesta, específicamente, en la sentencia ROL 1683 del Tribunal en mención al indicar lo siguiente: "… el libre desarrollo de la personalidad constituye una expresión de la dignidad de toda persona, que se encuentra afirmada enfáticamente en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental…"[2].

"Estrechamente ligada a la idea de dignidad, están las ideas de libertad e igualdad. Esto por cuanto, solo a través de acciones libres los sujetos pueden tomar decisiones morales, acordes con su dignidad de personas. De ahí que, para la plena realización de la dignidad humana, sea indispensable garantizar el libre desarrollo de la personalidad[3]."[4].

Así, volvemos al punto anterior puesto que, para que el sujeto pueda tomar una decisión libre en cuanto a cambiar de sexo, ello sólo puede darse una vez éste alcance la mayoría de edad y no a través de una decisión de los padres ya que el derecho a la identidad, al ser personalísimo, no es propio del derecho de los padres de educar a sus hijos sino que pertenece, de forma exclusiva, al hijo.

El Tribunal Constitucional también ha hecho presente que el derecho a la identidad es un derecho personalísimo y, por tanto, indelegable, en su sentencia ROL 1340: "…el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social. La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer. Las consideraciones que

[2] STC 1683: Inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. Sentencia con fecha 4 de enero de 2011.
[3] Cofré, J.O. 2004.
[4] "Identidad de Género en la Constitución chilena", informe de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Véase en:
https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20375/5/FINAL%20CDDHH%20_%20Identidad%20de%20genero2_v5.pdf

preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes…"[5].

Sumado a lo anterior, cabe mencionar que el Capítulo III de la Carta Magna, referente a las Bases de la Institucionalidad[6], incluye derechos y deberes constitucionales que se traducen en un límite al ejercicio de la soberanía por parte del Estado. Así, a pesar de que no existe una mención expresa en la Constitución respecto del derecho a la identidad personal, la doctrina lo ha considerado como un derecho implícito de la Carta Fundamental que puede extraerse, también, de las Bases de la Institucionalidad, es decir, que puede ser inferido de "valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional"[7].

"En este sentido, el reconocimiento de la dignidad humana como valor constitucional implica el reconocimiento del carácter racional del ser humano, su capacidad para autodeterminarse y su condición de fin en sí mismo."[8]. Lo anterior, como ya se mencionó anteriormente, implica que dicha autodeterminación solo puede darse de forma personal y, por lo tanto, no corresponde delegarla en los padres. El respeto adecuado a dicha autodeterminación se traduce en esperar a que el menor de edad cumpla 18 años para que su decisión incluya un desarrollo adecuado de su juicio y, por tanto, sea realmente libre.

Finalmente, se hace necesario advertir que **una eventual autorización de cambio de sexo a partir de los 14 años, aún con autorización de los padres, podría judicializar las relaciones entre padres e hijos**. Esto, en la medida que **si entendemos el derecho a cambiar de sexo como propio del derecho a la identidad, es decir, como un derecho personalísimo, entonces un juez podría considerar improcedente la autorización de los padres**.

[5] STC 1340: Requerimiento de inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil, por ser contrario a la Ley Fundamental. Véase en: https://www.camara.cl/camara/media/docs/fallos/rol1340.pdf

[6] El capítulo III de la Constitución incluye los siguientes derechos: derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, igualdad ante la ley, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, la libertad de conciencia, el derecho de educación, entre otros.

[7] Nogueira, H. 2003. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional. Véase en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20375/5/FINAL%20CDDHH%20_%20Identidad%20de%20genero2_v5.pdf

[8] "Identidad de Género en la Constitución chilena", informe de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Véase en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20375/5/FINAL%20CDDHH%20_%20Identidad%20de%20genero2_v5.pdf