



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

# **EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL MARCO DE LA LEY 21.120**

**Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**AUTOR:**

DANIELA CONCHA CORVALÁN

**PROFESORA GUÍA:**

FABIOLA LATHROP GÓMEZ

Santiago, Chile

2020



## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	5
CAPÍTULO UNO: DE LA CAPACIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	9
La Convención Sobre los Derechos del Niño .....	9
Principio de autonomía progresiva: .....	9
Interés Superior del Niño:.....	11
Derecho del Niño a ser oído: .....	14
La capacidad de NNYA en el Código Civil chileno .....	16
Incapaces absolutos .....	19
Incapaces relativos.....	21
Recepción de los principios de la CDN en el derecho civil chileno .....	22
Coexistencia de dos sistemas .....	23
Insuficiencia y problemas de la normativa vigente.....	24
CAPÍTULO DOS: LA IDENTIDAD TRANSGÉNERO COMO UNA EXPRESIÓN DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO .....	27
Identidad de Género .....	27
Perspectiva biológica de la sexualidad humana y su diversidad .....	30
Las primeras cirugías de reasignación sexual .....	33
Lili Elbe.....	33
Christine Jorgensen .....	34
Marcia Torres Mostajo, la primera mujer transgénero operada en Chile.....	35
La evolución del concepto, de transexualidad a transgénero, en relación a la ciencia médica .....	36
Niñez transgénero.....	42
CAPÍTULO TRES: LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL .....	47
La virtud de los instrumentos blandos de Derecho Internacional .....	48
Los principios de Yogyakarta .....	48
El derecho a la identidad de género y su protección en los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por Chile .....	51
Interpretación Constitucional del derecho a la identidad de género .....	54
Derecho a la identidad de NNYA.....	58
CAPÍTULO CUATRO: REGULACIÓN PREVIA A LA LEY 21.120 .....	65
Procedimiento que autoriza el cambio de nombre y apellidos, Ley 17.334 .....	67

El caso de Marcia Torres Mostajo .....	69
Jurisprudencia que ha reconocido el derecho a la identidad de género de NNyA.....	71
<b>CAPÍTULO CINCO: PROYECTO DE LEY QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO. BOLETÍN N° 8924-07 .....</b>	<b>73</b>
Historia del Proyecto.....	73
Contenido del proyecto, Boletín N° 8924-07.....	73
Tramitación del Proyecto .....	75
Oficio N° 129-2015 de la Corte Suprema, del 23 de noviembre de 2015 .....	76
Oficio 158-2016 de la Corte Suprema, del 10 de noviembre de 2016 .....	79
Tramitación.....	83
Oficio 13-2018 de la Corte Suprema, del 22 de enero de 2018.....	84
Tramitación.....	90
<b>CAPÍTULO SEIS: LEY 21.120 QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO .....</b>	<b>93</b>
Análisis de la Ley 21.120.....	93
Boletín 12140-17.....	109
Breve relación de la implementación de la Ley 21.120.....	110
<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>115</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>117</b>

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto defender el derecho de niños, niñas y adolescentes a autodefinir, defender y ejercer su derecho a la identidad de género, en tanto derecho inalienable a todo ser humano en tanto tal, acorde al ejercicio de su autonomía progresiva y libre de cualquier sesgo de patologización. Análisis que se centrará principalmente en cómo ha sido consagrado ese derecho en la Ley 21.120, haciendo una revisión crítica de la misma.

## INTRODUCCIÓN

Históricamente, las personas transgénero han sido incomprendidas, incluso rechazadas en distintas culturas. Desde la medicina se construyó una visión patologizante de esta identidad, cuyas consecuencias se han arrastrado a lo largo de varios años hasta el día de hoy, con repercusiones de amplio alcance que han tenido impacto en el ámbito jurídico.

Tradicionalmente, ha sido muy difícil para las personas transgénero lograr obtener el cambio de nombre y sexo registral en consonancia con su identidad de género, debido tanto a una legislación insuficiente como a la falta de criterio y preparación de jueces y funcionarios del Registro Civil. No poder obtener esta rectificación constituye una vulneración al derecho a la identidad de estas personas, a la vez que las expone a ser víctimas de violencia y discriminación. Tener que exhibir documentos legales que indican un nombre y género con el que no se sienten identificados y que muchas veces no se corresponde con su apariencia física, en caso de haber iniciado algún tratamiento, no sólo entrafña un malestar psicológico constante, sino que además dificulta la vida diaria de estas personas en aspectos tan variados como la posibilidad de acceder a un trabajo, realizar trámites legales, viajar, etc.

Más grave aún es la realidad de los niños, niñas y adolescentes transgénero que además de esas dificultades tienen que lidiar con una etapa especialmente vulnerable de sus vidas, al encontrarse aún sus capacidades en desarrollo, sumado al hecho de tener que enfrentarse, muchas veces, a sentimientos de rechazo por parte de su familia y al acoso de su comunidad escolar.

En Chile, hasta antes de la dictación de la Ley 21.120 las personas transgénero utilizaban como mecanismo para obtener el cambio de nombre y sexo registral el procedimiento contenido en Ley 17.344 que regula el cambio de nombre. Sin embargo, al no estar pensada ni diseñada con este

propósito este uso generó una jurisprudencia diversa y muchas veces adversa al reconocimiento de la identidad de género de las personas transgénero, llegando incluso a producirse sentencias que reconocían el cambio de nombre, mas no la rectificación de sexo. Uno de los mayores problemas que generó este uso fue la tendencia a usar un enfoque patologizante al abordar la materia, proveniente de la ciencia médica, que muchas veces obligada a los solicitantes a realizarse pruebas vejatorias de examinación física, o exigía que hubieran previamente intervenido quirúrgicamente sus cuerpos para conceder la rectificación, aun cuando no fuera la voluntad del solicitante realizarse una operación quirúrgica. Este procedimiento, dada la alta dificultad de ver acogida la solicitud y sus características hostiles generó escasa jurisprudencia de niños, niñas y adolescentes.

Con el fin de solucionar estos inconvenientes, generando una Ley adecuada a este propósito, el 7 de mayo de 2013, se ingresó el proyecto de Ley que “Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género”, que culminó en la promulgación de la Ley 21.120. Este procedimiento tiene la virtud de no someter a las identidades trans a exigencias médicas patologizantes y denigrantes, a la vez que establece un procedimiento claro y sencillo para realizar el cambio de nombre y sexo registral, considerando incluso la posibilidad de revertir la decisión.

Uno de los puntos álgidos de la discusión en torno al proyecto fue la inclusión de niños, niñas y adolescentes como beneficiarios de esta nueva regulación para que pudiesen optar al cambio de nombre y sexo registral. Con opiniones divergentes sobre cuál es la mejor forma de proteger a la infancia y sus derechos en estos casos. Las resoluciones adoptadas a este respecto resultan determinantes para establecer la forma en que se considerará y protegerá el derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes transgénero.

Al constituir un grupo especialmente vulnerable a la discriminación, la situación de estos niños es algo que no debería ser ignorado, la presión y angustia derivados del cuestionamiento y ataques constantes a los que se ven sometidos pueden provocar deserción escolar, depresión o incluso intentos de suicidio. El asunto reviste una gravedad ante la que el Derecho no puede ser indiferente, especialmente cuando Chile se encuentra suscrito a la Convención Sobre los Derechos del Niño. Lamentablemente, pese a las reformas jurídicas en este ámbito que han buscado articular la protección de la niñez en torno a los principios del interés superior del niño y el derecho de estos a ser oídos, sigue existiendo cierta tendencia generalizada a tratar a niños, niñas y adolescentes más como objeto (y objeto de posesión de los padres específicamente) que como sujetos. Los niños, niñas

y adolescentes tienen escasas herramientas y limitadas posibilidades para enfrentarse a padres abusivos, salvo quizás en los casos más flagrantes, y existe poca consciencia del derecho a su identidad de género o libertad de credo, por mencionar algunos. Abarcar todas las dimensiones de esta realidad excede los límites de este trabajo, pero sí es posible circunscribir el análisis al aporte que puede significar o no la nueva Ley que “Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género”, en relación a los niños, niñas y adolescentes transgénero, así como identificar sus posibles falencias en vistas al inicio de su aplicación.





## CAPÍTULO UNO: DE LA CAPACIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES<sup>1</sup>

### La Convención Sobre los Derechos del Niño

Uno de los marcos legales más relevantes en materia de NNyA es sin duda la Convención Sobre los Derechos del Niño<sup>2</sup> (en adelante indistintamente la Convención o CDN), la que reconoce una serie de derechos en favor de NNyA, pero a la vez implica la reorganización de toda la estructura desde la que se ha abordado y regulado tradicionalmente el trato de este grupo humano. Son tres los pilares fundamentales que estableció la Convención como base de su doctrina integral, a saber, el principio de autonomía progresiva, el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído<sup>3</sup>.

Principio de autonomía progresiva:

Resulta clave partir abordando el principio de autonomía progresiva, que se constituye como uno de los pilares centrales del nuevo derecho de la niñez y adolescencia. Este principio sentó toda una revolución al reconocer directamente a los NNyA como sujetos de derechos propiamente tal y no como meros objetos pasivos de protección, capaces de ejercer por sí mismos sus derechos según la evolución de sus facultades. Esto representa toda una ruptura con la tradición legislativa anterior, que consideraba a NNyA en una posición subordinada y cosificada, restringidos al ámbito de su propia familia y sin posibilidad de agencia con respecto al resto de la sociedad. En palabras de Miguel Cillero: *“La CDN es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho, dejando atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o el Estado, que informó la legislación de menores en el mundo entero. La CDN, entonces, se separa de la tradición jurídica de menores basada en la incapacidad, y reafirma el carácter de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de persona humana”*<sup>4</sup>.

De este modo, se reconoce al NNyA como titular de ciertos derechos que puede ejercer sin representación, en un esquema flexible que toma en cuenta la evolución personal de cada NNyA para determinar si tiene las facultades suficientes para dicho ejercicio directo. Este elemento casuístico

---

<sup>1</sup> En adelante NNyA (por niñas, niños y adolescentes, en singular o plural según corresponda) o NNoA (por niñas, niños o adolescentes, en singular o plural según corresponda).

<sup>2</sup> Ratificada por Chile el 26 de enero de 1990 e incorporada al ordenamiento interno el 27 de septiembre de 1990 mediante el decreto N°830.

<sup>3</sup> Tradicionalmente designados de esta manera, se conserva esta nomenclatura sólo por facilitar su correlación con los principales textos y legislación consultada, sin embargo, debe entenderse más apropiadamente como interés superior del NNoA y derecho del NNoA a ser oído, respectivamente.

<sup>4</sup> Cillero, 1997, p. 4.

riñe con la rigidez de la regulación decimonónica del Código Civil, que establece rangos etarios fijos para determinar la facultad de ejercicio, abandonando a un segmento completo de la población a la incapacidad jurídica. En este sentido, la CDN vino a instalarse como: *“un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia. Para ello, contiene principios generales que deben ser respetados y que actúan como reguladores de esa relación. Son derechos en sí mismos, a la vez que sirven como herramientas para el ejercicio de los demás derechos”*<sup>5</sup>.

Así, el principio de autonomía progresiva implica una reestructuración de las relaciones entre el NNoA con su familia y el Estado, lo que se encuentra plasmado en el artículo 5 de la Convención, que establece para los padres o responsables legales del NNoA un rol de dirección y orientación, siendo estos los responsables de brindarle: *“en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*. Mientras que al Estado se le reserva un rol subsidiario a este respecto, correspondiéndole respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o responsables legales para cumplir este rol orientador.

Sin embargo, pese al gran avance que ha significado este nuevo paradigma, que considera al NNoA como un sujeto consciente, capaz de tomar decisiones propias y autodeterminarse según el avance de sus facultades, se ha fallado en lograr que sus derechos sean considerados a la par que los de las personas adultas. En consecuencia: *“no cancelaron la tentación de valorar los derechos de los niños como derechos menores estando aún vigente la tensión entre libertad y protección, resolviéndose el desplazamiento hacia la protección, fundada en la vulnerabilidad que relega a las personas menores de edad a una posición de desventaja derivada de la incapacidad jurídica para la toma conveniente de decisiones y merecedora por ello de la intervención paternalista de otro, ya sea la familia, el juez o el Estado”*<sup>6</sup>.

Para que la protección de la niñez y la adolescencia bajo la nueva doctrina instaurada por la Convención sea real y el principio de autonomía progresiva pueda cumplir su función de garantía en el ejercicio efectivo de los derechos por parte de NNyA, la autora Silvia Laino<sup>7</sup> identifica ciertos lineamientos que deben respetarse para que este principio pueda concretarse:

---

<sup>5</sup> Viola, 2012, p. 84.

<sup>6</sup> Laino, 2012, p. 20.

<sup>7</sup> Laino, 2012, p. 24 – 25.

a) En primer lugar, la autonomía implica reconocer la libertad de NNyA, en tanto personas, para tomar sus decisiones y elegir su propio plan de vida, en el entendido que los individuos conforman parte de una sociedad y que estos planes personales deben guardar coherencia con el conjunto de valores morales y ordenamiento jurídico en el que se encuentran insertos.

b) No se requiere que una persona haya desarrollado todas sus capacidades y destrezas a plenitud para poder ejercer su autonomía, estas se irán desarrollando gradualmente hasta la madurez. Lo relevante es la potencialidad de las mismas que se reconoce a los individuos, aun cuando en el momento concreto se encuentre impedido de ejercerlas o todavía no hubiere nacido.

c) Deben establecerse mecanismos activos para garantizar su operatividad, haciendo partícipes a NNyA en los procesos que los involucren.

d) La reestructuración de las relaciones entre NNyA con sus familias y el Estado implica dejar atrás el modelo de sustitución de voluntad por uno de dirección y orientación. Este nuevo rol implica brindarle al propio NNyA las herramientas necesarias para la toma de decisiones y ejercicio de sus derechos, acorde a su grado de madurez.

e) En los términos positivos que plantea la Convención, el principio de autonomía progresiva (así como también el del interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído), constituye un mandato vinculante para el juez y el legislador a la hora de resolver sobre los asuntos que involucren a NNyA. Así mismo, representa una herramienta hermenéutica en la resolución de conflictos jurídicos que puedan plantearse cuando se vean involucrados NNyA.

Interés Superior del Niño:

Otro de los pilares fundamentales que establece la Convención en materia de infancia y adolescencia es el conocido como el interés superior del niño. Desarrollado en el artículo 3 de la CDN, establece que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

El principio del interés superior del niño es un concepto de fronteras difusas cuyo contenido no es estático, sino que se va actualizando en el tiempo, acorde a cada sociedad y debe determinarse caso a caso. La Observación General número 14 del año 2013, elaborada por el Comité de los

Derechos del Niño<sup>8</sup>, que debe entenderse en forma integral con lo prescrito en la CDN, define e interpreta este concepto precisamente en este sentido en el párrafo 32, resaltando su dinamismo y la necesidad de que se determine en concreto: *“el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general”*<sup>9</sup>.

Lo anterior se ve refrendado en el párrafo 48 de la Observación General N°14, a la vez que se plantean circunstancias concretas a tener en consideración al momento de determinar el interés superior del niño: *“La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación”*<sup>10</sup>.

Ahora bien, la gran flexibilidad de este principio trae aparejado un problema que se desprende de sus propias características, que es: *“determinar cómo y quién decide cuál es y cómo se concreta ese interés...”*<sup>11</sup>. Así, su significado puntual se establece a partir de la visión y valores de cada intérprete que lo pone en juego, el dilema es entonces ¿Cómo lograr que el intérprete supedite sus convicciones personales, de las que nunca podrá sustraerse del todo, a lo que represente el mayor bienestar para el NNoA?

A este respecto, resulta importante resaltar la profunda imbricación que estos principios fundamentales tienen entre sí. El derecho del NNoA a ser oído juega un rol central para posibilitar la

---

<sup>8</sup> Comité de los derechos del niño, 2013.

<sup>9</sup> Comité de los derechos del niño, 2013.

<sup>10</sup> Comité de los derechos del niño, 2013.

<sup>11</sup> Ravetllat, 2012, p. 91.

determinación del interés superior del niño, dándole a su vez la posibilidad de autodeterminarse en sus decisiones. Así, para establecer el interés superior del NNoA en un caso determinado es necesario escuchar y considerar lo que éste piense libremente como mejor para sí mismo y, en base a su grado de madurez, conjugarlo en el largo plazo con aquellas medidas que aseguren sus oportunidades y mayor bienestar<sup>12</sup>. De esta manera, es posible respetar la autonomía progresiva del NNoA para ejercer sus propios derechos, a la vez que se neutralizan los impulsos destructivos que puedan comprometer su seguridad en el largo plazo<sup>13</sup>.

Adicionalmente, el párrafo 84 de la Observación General N°14 señala la importancia que las decisiones adoptadas puedan ser ajustadas o revisadas en el tiempo: *“Al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan. Por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles. Para ello, no solo deben evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo. En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño”*<sup>14</sup>.

Para las autoras Silvana Alegre, Ximena Hernández y Camille Roger<sup>15</sup> el interés superior del niño representa una identidad tripartita, que se configura, en primer lugar, como una garantía; un imperativo que obliga a que toda decisión que involucre al NNoA deba garantizar su satisfacción integral. Mandato que debe ser observado cada vez que se tome una decisión que involucre a NNyA.

En segundo lugar, constituye un elemento hermenéutico que impele a abordar los derechos de NNyA desde una aproximación sistemática, sin caer en parcelaciones o exclusiones arbitrarias de estos derechos y, desde este acercamiento global, permite así mismo, resolver conflictos que se puedan producir entre diversos derechos en juego, ya sean los del propio NNoA o de este con terceros, en un caso determinado. Para operativizar este elemento de interpretación y que cumpla con su objetivo, es primordial analizar no sólo las circunstancias inmediatas que motivaron el

---

<sup>12</sup> Eekelaar, 1994, p. 20 – 53.

<sup>13</sup> Eekelaar, 1994, p. 20 – 53.

<sup>14</sup> Comité de los derechos del niño, 2013.

<sup>15</sup> Alegre, 2014, p. 3-4.

conflicto, sino realizar una proyección que satisfaga a largo plazo las mejores condiciones para el desarrollo del NNoA.

En tercer lugar, y de acuerdo a lo señalado en el párrafo 6 de la Observación General N°14, el interés superior del niño constituye, igualmente, una norma de procedimiento, en tanto que para proceder a su determinación es necesario impetrar mecanismos procesales para su concreción, a la vez que mandata que la decisión final deba basarse en el interés superior del niño y explicitar la forma en que este se ha establecido y ponderado.

Derecho del Niño a ser oído:

Finalmente, el derecho del niño a ser oído se encuentra consagrado en el artículo 12 de la CDN bajo los siguientes términos como una garantía general: *“Los estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*, señalando, además, la manera en que se concretará este propósito en sede jurisdiccional: *“Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”*.

Adicionalmente, el derecho del niño a ser oído encuentra su fundamento en el derecho de participación, que es consustancial a todos los seres humanos<sup>16</sup>, por tanto, implica un reconocimiento de su realidad como sujeto de derechos y su rol activo en la toma de sus propias decisiones. La independencia progresiva que se debe dar al NNyA en la toma de sus propias decisiones y expresión de las mismas se ve igualmente reforzada por la Observación General N°14, que señala: *“El Comité ya ha determinado que 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”*<sup>17</sup>.

Este principio tiene una gran utilidad para concretar y articular los otros dos principios ya analizados, cumpliendo una suerte de rol mediador para que estos se materialicen de manera

---

<sup>16</sup> Lathrop, 2004, p. 201.

<sup>17</sup> Comité de los derechos del niño, 2013.

correcta. De manera tal que el interés superior del niño pueda cumplir su rol protector al determinar cuál es la mejor forma de proteger a ese NNoA en concreto, pero dándole voz y agencia activa en la decisión, de modo que esa protección no se desplace a la objetualización del NNoA, sustituyendo su voluntad: *“el derecho de los NNA a ser oídos y a ser tomados en cuenta es un reconocimiento formal de la idea que los NNA no son meros objetos de protección, sino también titulares de derechos, personas con intereses morales que siempre deben ser considerados en toda materia que les afecte”*<sup>18</sup>. A su vez, oír al NNoA en el proceso es la manera en que se le permite ejercer su autonomía progresiva, reconociéndole la capacidad de tomar decisiones que afecten su futuro, que deben ser consideradas e incorporadas al momento del fallo, teniendo en cuenta el grado de madurez que el NNoA tenga para comprender las consecuencias de esas decisiones y cuya ponderación (y más aún su contravención) deben ser argumentadas de manera explícita. La autora María Julia Delle, reconociendo este rol mediador, lo ha sintetizado en los siguientes términos: *“Con su aplicación se buscará una vía alternativa para que a través del diálogo –escucha y expresión- se obtenga la solución más beneficiosa para resguardar los derechos del adolescente involucrado y que incluya sus puntos de vista”*, y luego agrega: *“De esta forma, se accederá a una construcción del interés superior que incluirá la mirada del adolescente acerca de cómo quiere él ejercer sus derechos –y no sus padres o el juez-, reconociendo el protagonismo que tiene en la concreción del mentado principio y respetando su autonomía progresiva en cuanto se lo hace partícipe en el ejercicio de sus derechos”*<sup>19</sup>.

Si se reconoce, como se ha planteado, que NNoA tienen derecho a ser oídos como parte inalienable de su condición de seres humanos, sin importar que sus facultades no se encuentren del todo desarrolladas, es importante detenerse a analizar si la edad es un elemento determinante para que el NNoA pueda ser oído en el proceso. Siguiendo la opinión de Susana Espada Mallorquín, todo NNoA tiene derecho a ser oído, en tanto sea capaz de expresarse, siendo la edad un elemento a considerar en conjunto con sus circunstancias y grado de madurez, más no un elemento determinante que debiese estar zanjado a priori<sup>20</sup>. La Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño, en su párrafo 29, reafirma este sentido al señalar que la capacidad del niño de expresar una opinión debería analizarse caso a caso en atención a las facultades de cada niño en particular: *“Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las*

---

<sup>18</sup> Espejo y Lathrop, 2015.

<sup>19</sup> Delle, 2010, p. 10.

<sup>20</sup> Espada, 2015.

*expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso*<sup>21</sup>. A mayor abundamiento, puede señalarse que el párrafo 21 señala expresamente que el artículo 12 de la CDN no regula ningún rango etario como limitante al ejercicio de este derecho, por lo que todo NNyA debería ser escuchado presumiendo que es capaz de expresar sus propias ideas y, posteriormente, analizar la forma en que éstas deberían ser consideradas en la decisión: *“El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.”*

Esto resulta especialmente relevante en tanto el derecho del NNyA a ser oído se interrelaciona profundamente con el derecho a la defensa como parte del debido proceso, en tanto implica: *“la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso por medio de alegaciones y pruebas”*<sup>22</sup>, derecho consagrado en el artículo 40 CDN, artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y con rango constitucional en el artículo 19.3 CPR. Este derecho a la defensa cobra: *“una doble dimensión, por una parte, el derecho personal del niño de ser escuchado y, por otra, el deber correlativo del juez de escucharlo en cualquier oportunidad procesal, cuando puedan verse afectados sus derechos por medio de un pronunciamiento judicial”*<sup>23</sup>.

## La capacidad de NNyA en el Código Civil chileno

Por su parte, y de acuerdo a su herencia decimonónica, el Código Civil chileno establece una división de las personas en relación a su edad que, para muchos efectos, hoy se encuentra desfasada en el tiempo tanto en su objetivo como en su terminología, estableciendo rangos etarios fijos a los que se ligan las normas de capacidad, las que habilitan al ejercicio directo de los derechos por parte de las personas capaces y, por el contrario, prescriben la sustitución de voluntad para las personas que son consideradas incapaces.

El corazón de la clasificación se encuentra en el artículo 26 CC en los siguientes términos: *“Llábase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido*

---

<sup>21</sup> Comité de los derechos del niño, 2009.

<sup>22</sup> Espada, 2015.

<sup>23</sup> Espada, 2015.



*catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.”* Según esta categorización, dentro del Código Civil el universo de NNYA en Chile está compuesto por infantes o niños, impúberes y menores adultos. Adicionalmente, de acuerdo al artículo 1447 CC<sup>24</sup> todos los NNYA en Chile, en mayor o menor medida, son incapaces. Esto resulta un contraste interesante con el artículo 1446 CC<sup>25</sup>, que presume la capacidad como regla general, salvo las excepciones prescritas por la ley. Esta realidad choca directamente con los cambios en el derecho de la niñez introducidos por la CDN, en conjunto con la Observación General N°14, pues bajo esta clasificación rígida no tiene cabida el derecho a la autonomía progresiva de NNYA.

Sin embargo, esta regulación civil encuentra su razón de ser en una larga tradición que, en primer lugar, desde la codificación, consideraba a los seres humanos desde una óptica instrumentalista y utilitaria, centrada en el sujeto varón y en su capacidad productiva, de ahí que: *“Toda persona que, por herencia o adquisición, se instale en un cuerpo, una corporalidad, no acorde con el estándar reconocido como adecuado, legítimo, verá mermadas sus posibilidades de realización”*<sup>26</sup>. Es curioso e interesante a la vez constatar que, en este gran saco de marginalización del sistema por no cumplir con este supuesto estándar, se vio relegada más de la mitad de la población, entre NNYA, mujeres y personas con diferentes tipos de discapacidad. Esto tiene raíces aún más profundas, que se remontan, al menos, al modelo patriarcal romano, por lo que quizás era demasiado pronto para esperar cambios más profundos.

Ahora bien, al abocarse al ordenamiento jurídico chileno es posible constatar que se distinguen dos tipos de capacidad, la de goce y la de ejercicio. La primera está ligada a la personalidad y no se encuentra expresamente definida a nivel normativo, consiste en la capacidad adquisitiva, inherente a todos los seres humanos en tanto sujetos de derecho, y representa la aptitud para

---

<sup>24</sup> *“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.*

*Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes.”*

<sup>25</sup> *“Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”.*

<sup>26</sup> Ferreira, 2014.

adquirir derechos y obligaciones. La segunda, la capacidad de ejercicio, consiste en la aptitud legal para ejercer esos derechos y contraer obligaciones y se encuentra recogida en el artículo 1445 CC<sup>27 28</sup>.

Bajo esta óptica, todas las personas tienen capacidad de goce, es decir, son titulares de derechos y obligaciones en tanto seres humanos, mas, lo que se pone en juego al hablar de incapacidad es la capacidad de ejercicio. Las personas incapaces son aquellas que, por alguna razón señalada por la ley, deben ser protegidas al no ser aptas para la toma de decisiones, por lo que ven denegada su capacidad de ejercicio en forma directa y deben actuar representadas en la vida del derecho. La fundamentación que subyace a esta prohibición radica en la presunción de que estas personas, como pueden ser: *“menores de edad, los incapacitados legalmente, las personas con discapacidad psíquica o las personas que padecen ciertas enfermedades o se encuentran en una determinada situación clínica, carecen de ciertas capacidades cognitivas y o emocionales que limitan su competencia para decidir acerca de que es lo mejor para ellas, o de qué manera proteger mejor sus intereses, y, por tal, motivo, requieren que alguien supla dicha carencia.”*<sup>29</sup>

Como consecuencia directa de esto: *“El instrumento utilizado por el derecho para sustituir esta falta de capacidad de obrar de estas personas, a las que la ley estima carentes de las facultades de entender y querer, y a las que se les niega la posibilidad de realizar por sí mismas actos jurídicos es la representación legal. En tanto subsista la falta de voluntad, actuará por ellas la persona o personas a la que la ley atribuye la función y el deber de actuar por aquellas: este obra como único autor de la declaración de lo fundamental; en otras palabras el representante legal, forma su propia voluntad sin contar para nada con el representado, ya que este está imposibilitado de actuar al carecer de capacidad de obrar. En esta modalidad de representación, la voluntad de la persona representada es inoperante y el representante actúa no porque el representado le haya conferido su representación, si no porque la ley lo ha designado precisamente para suplir el defecto de voluntad o de capacidad de la persona representada”*<sup>30</sup>.

Esto provoca que ciertos grupos de personas, con capacidades racionales aptas para la toma de las decisiones que les incumben, se vean anuladas para obrar por sí mismas y de tener injerencia en las elecciones que le afectan, debido a que la ley les presume a priori una carencia comprensiva y

---

<sup>27</sup> *“La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”*

<sup>28</sup> Ducci, 2002, p. 281.

<sup>29</sup> Dworkin, 1990, p. 61 (Citado en Benavides, 2014, p. 41).

<sup>30</sup> Benavides, 2014, P. 43.

volitiva<sup>31</sup>. Esto se produce especialmente en relación a NNyA. Lo que este sistema privilegia es la seguridad jurídica y un paradigma proteccionista en desmedro del derecho a autodeterminarse de NNyA, garantizando a los terceros que basta saber la edad de un individuo para determinar qué capacidad de ejercicio le reconoce el derecho, despreciando las facultades propias del desarrollo de ese ser humano: *“Es que la capacidad es institución que funciona a través de tipos rígidos que introducen una gran seguridad en las relaciones jurídicas, no obstante que en algún supuesto pueda traer algún resultado injusto”*<sup>32</sup>.

La autonomía progresiva resulta incompatible con este tipo de sistema rígido, que fija la capacidad en relación con el mero criterio cronológico. En este mismo sentido se expresa el Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF: *“Aunque el modelo de límites de edad fijos y prescriptivos proporciona el marco más claro y sencillo, su rigidez no obedece al principio según el cual se debe respetar el derecho del niño a participar en la toma de decisiones en consonancia con la evolución de sus facultades”*<sup>33</sup>.

El CC prescribe dos tipos de incapacidad, absoluta y relativa, situando en el primer tipo a infantes e impúberes y en el segundo a los menores adultos<sup>34</sup>. A continuación, se revisarán ambas categorías.

#### Incapaces absolutos

Dentro de esta categoría se encuentran los llamados infantes o niños (quienes no han cumplido los siete años) e impúberes (los varones que no han cumplido los 14 años y las mujeres que no han cumplido los 12; pero que han dejado de ser infantes) por el CC en el artículo 26, sobre ellos pesa una esfera total de protección, pues se considera que carecen de las habilidades cognitivas para tomar decisiones sobre su persona y comprender sus consecuencias. Este grupo de personas sólo pueden actuar en la vida del derecho representadas. Sin embargo, al negárseles toda injerencia en las decisiones que les incumben, no dándoles siquiera la oportunidad de opinar sobre la idoneidad de

---

<sup>31</sup> Especialmente curioso resulta a este respecto el caso de la mujer casada en sociedad conyugal que, si bien fue retirada de la lista de incapaces relativos en el Código Civil, siguió siendo tratada como tal al mantenerse al cónyuge varón como jefe de la sociedad conyugal, con las consecuencias que esto implica en la administración de los bienes. Es decir, se eliminó la consecuencia, mas no la causa.

<sup>32</sup> Llambías, 1995, p. 396.

<sup>33</sup> Lansdown et al, 2005, p.73.

<sup>34</sup> Señalado en el artículo 1447 CC: *“Son absolutamente incapaces [...] los impúberes...”*; *“Son también incapaces los menores adultos [...]. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes.”*

quien ejerce su representación, se ven prácticamente degradados a la esfera de las cosas. No se pretende que los infantes e impúberes sean obligados a hacerse cargo de sí mismos, forzando el desarrollo de sus facultades y exponiéndolos al abuso, sino de que sean respetados, tal como prescribe la CDN, oyéndolos, involucrándolos en el proceso e incentivando que progresivamente se vayan haciendo parte activa en las decisiones sobre su persona, de modo que al volverse individuos plenamente autónomos sepan dirigir su vida acorde el desarrollo de sus intereses, sin la incertidumbre de que nadie anteriormente se detuvo a preguntarles qué era lo que ellos querían.

El gran problema de la incapacidad absoluta es que pesa sobre la persona como una sombra que anula al mismo sujeto, dejando sólo la incapacidad: *“si la razón de ser de la incapacidad de hecho reside en una insuficiencia del sujeto, una vez impuesta la incapacidad adquiere un cierto carácter abstracto y se independiza de la razón que la motivó. De ahí que un menor de edad, no obstante su precocidad y talento, queda en situación de incapaz y un mayor de edad, pese a su rusticidad y atraso es apto para todos los actos de la vida civil, aun cuando comparativamente el primero pueda estar, en verdad, en mejor situación que el segundo para el manejo de sus asuntos”*<sup>35</sup>.

El derecho sanciona duramente la actuación personal de este grupo de personas, prescribiendo la nulidad absoluta toda vez que no intervenga la representación<sup>36</sup>. Además, estos actos no producen ni siquiera obligaciones naturales y no admiten caución<sup>37</sup> ni ratificación<sup>38</sup>. Esta realidad corre prácticamente a parejas tanto en el ámbito patrimonial<sup>39</sup> como extrapatrimonial, afectando incluso derechos personalísimos como la facultad de testar<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> Llambías, 1995, p. 396.

<sup>36</sup> Artículo 1682 inciso segundo CC: *“Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.”*

<sup>37</sup> Artículo 1447 inciso segundo CC: *“Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.”*

<sup>38</sup> Artículo 1683 CC, sobre la nulidad absoluta: *“...no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años.”*

<sup>39</sup> Considérense a este respecto el artículo 1145 CC, que prescribe la capacidad civil como requisito de validez del acto jurídico.

<sup>40</sup> Artículo 1005 CC, refiriéndose a las personas que no son hábiles para testar: *“2. El impúber;”*, cuyo alcance engloba al infante.

La única salvedad adicional que cabe hacer respecto a los infantes es que en su caso: *“no pueden adquirir ni siquiera la posesión de las cosas muebles, de acuerdo con el art. 723 del Código Civil, ni son capaces de delito o cuasidelito, de acuerdo con el art. 2319 del Código Civil.”*<sup>41 42 43</sup>

Incapaces relativos

Por su parte, dentro de esta categoría, se encuentran los llamados menores adultos, según la división establecida en el artículo 26 CC, que corresponde a los menores de 18 años que han dejado de ser impúberes. A ese grupo de personas se le reconoce una capacidad para obrar por sí mismos en el ámbito del derecho, siempre que sus actos cuenten con las autorizaciones que prescribe el legislador.

Así, los menores adultos pueden actuar:

*“a) Por medio de su representante legal (arts. 47, 1.447 y 1.682 del CC).*

*b) Por medio de autorización de los padres que tengan su representación legal (artículos 253 y 254 del CC).*

*c) Los menores incapaces relativos o con capacidad limitada pueden actuar personalmente en ciertas materias, sin requerir autorización o aprobación alguna.”*<sup>44</sup>

Adicionalmente, la ley puede contemplar ciertos requisitos adicionales, como: *“la autorización judicial (arts. 255, 256, 393, 397, 398, 402, 1236, 1322 del Código Civil), la aprobación judicial (arts. 400, 1326, 1342 del Código Civil), la pública subasta (art. 394 del Código Civil), etc.”*<sup>45</sup>

Así, al menor adulto se le confiere un mayor ámbito de acción, en su caso la omisión de las formalidades prescritas por la ley para habilitarle a actuar por sí mismo producirá nulidad relativa y dará lugar a obligaciones naturales. Así mismo, sus actos podrán caucionarse, novarse y ratificarse. Pudiendo también ejercer derechos personalísimos.

---

<sup>41</sup> Ducci, 2002, p.284.

<sup>42</sup> Artículo 723 inciso segundo CC: *“Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros.”*

<sup>43</sup> Artículo 2319 CC: *“No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; ...”*

<sup>44</sup> Barcia, 2006, p.139.

<sup>45</sup> Ducci, 2002, p. 286.

A lo anterior cabe agregar una serie de reformas que se han ido introduciendo progresivamente para permitirle al menor adulto un ámbito de acción mayor en actos de naturaleza expatrimonial: *“De esta manera, entre nosotros, el menor adulto es capaz respecto de una serie de actos, como para testar (artículos 261 y 1.005 del CCCh) y reconocer a un hijo (artículo 262 del CCCh) o para ser adoptado (artículo 3.2 de la LA). Además, los menores adultos, que sean mayores de dieciséis años, pueden contraer matrimonio con el ascenso de las personas a que los obliga la ley. Incluso, nuestro Código Civil establece que los menores adultos, en el campo patrimonial, son capaces respecto de la administración de su peculio profesional (artículos 246 y 439 del CCCh); de la adquisición de la posesión de bienes muebles (artículo 723.2o del CCCh); de la actuación como mandatario, en cuyo caso los actos que realice en representación de su mandante vincularán sólo a este último (artículo 2.128 del CCCh); de la posibilidad de obligarse por un depósito necesario (artículo 2.238 del CCCh) y de celebrar un contrato de trabajo, aunque con restricciones.”*<sup>46</sup>

Recepción de los principios de la CDN en el derecho civil chileno

Empero, no todo es desalentador en el ámbito del derecho civil. Si bien en forma inorgánica y dispersa, sucesivas modificaciones a la legislación civil han ido ampliando el ámbito de capacidad, al menos de los adolescentes, como ya se señaló al referirse a los menores adultos en el Código Civil. Adicionalmente, otras leyes del derecho civil han recepcionado los principios de la CDN, estableciéndose el interés superior del niño como un principio rector y poniendo especial énfasis en el derecho del NNyA a ser oído en los procesos que lo involucran, aunque a veces estos cambios parecen flaquear en reforzar de manera apropiada la necesidad de crear instancias reales en que el NNyA pueda ejercer de manera adecuada su autonomía progresiva.

Así, la Ley 19.947 de matrimonio civil establece, en primer lugar, en su artículo 3 inciso primero el interés superior del niño como principio rector y piedra angular de las materias reguladas por dicha Ley: *“Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.”*. Elemento que posteriormente se reitera en forma individual, como ocurre con los artículos 27 inciso segundo sobre el acuerdo completo y suficiente en los divorcios de mutuo acuerdo: *“...Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos,...”*, y artículo 85 inciso segundo sobre disposiciones generales para la tramitación de separación judicial, nulidad y divorcio: *“Cuando existieren menores*

---

<sup>46</sup> Barcia, 2013, p.3-52.

*de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes.”, facultando además al juez de manera especial en el inciso tercero del mismo artículo para: “adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior,...”, ambos artículos de la referida Ley de matrimonio civil.*

Por su parte, la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, de contenido procedimental, señala en su artículo 16<sup>47</sup> que su objetivo fundamental es garantizar a los NNyA el ejercicio y goce pleno de sus derechos y garantías. En el mismo artículo se recogen el interés superior del niño y su derecho a ser oído como principios rectores, así como también la clasificación que distingue entre niños, niñas y adolescentes. Dentro de la categoría de niño y niña se entenderán comprendidos los seres humanos desde que nacen hasta antes de cumplir los 14 años, sin establecer para este rango etario diferencias basadas en el género, como sí lo hace el Código Civil al determinar el límite etario superior del grupo humano compuesto por los impúberes y, por consiguiente, el límite etario inferior del grupo humano compuesto por los menores adultos. Por su parte, el grupo de los adolescentes estará conformado por las personas cuya edad va desde los 14 hasta antes de cumplir los 18 años.

### Coexistencia de dos sistemas

De lo anteriormente revisado, puede observarse que en materia civil coexisten dos sistemas paralelos, en abierto antagonismo, respecto del tratamiento de NNyA y su capacidad de obrar y decidir por sí mismos. Por una parte, el Código Civil mantiene vigentes las categorías de infante, impúber y menor adulto, vinculadas al ámbito de la regulación patrimonial de los actos y contratos y al sometimiento a la patria potestad, en un sistema desconectado, de contornos rígidos respecto a la capacidad de ejercicio y en el que la autonomía progresiva de NNyA no sólo no ha tenido cabida, sino que encuentra franca resistencia. Excepcionalmente este sistema se ha visto permeado por el reconocimiento explícito en diversas disposiciones, como ya se mencionó, del interés superior del

---

<sup>47</sup> Artículo 16 Ley 19.968: *“Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.*

*El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.*

*Para los efectos de esta Ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”*

niño como un elemento fundamental a tener en cuenta en la resolución de conflictos, mas negándole a NNYA el derecho a su propia voz y participación en el proceso. Por otro lado, en una esfera aparte del derecho civil, en materia de familia y ligado principalmente al ámbito extrapatrimonial e incluso bajo otra terminología y rangos etarios, los procedimientos llevados a cabo ante los Tribunales de Familia han incorporado los principios de la CDN, dándole a NNYA la oportunidad de ejercer sus derechos en base a la autonomía progresiva, prescribiendo que se tenga siempre en consideración su interés superior y se respete su derecho a ser oído. Para estos efectos deberá valorarse su grado de madurez en relación a las categorías de NNYA incorporadas a la legislación en el artículo 16 de la Ley 19.968.

Pese a la existencia empírica de estos dos mundos paralelos dentro de la legislación civil, existiría en doctrina: *“algún consenso en torno a que a la capacidad extrapatrimonial no se le aplican las reglas de la representación legal de la patria potestad, por cuanto dichas reglas solo se refieren a actos patrimoniales. Por ello, para solucionar los problemas de capacidad o incapacidad, se deberá recurrir a un conjunto de reglas, principios y normas propios del Derecho de la Infancia. De ellos es especialmente destacable el principio del ejercicio progresivo de los derechos de la infancia y adolescencia.”*<sup>48</sup>

#### Insuficiencia y problemas de la normativa vigente

Por una parte, la permanencia de un sistema rígido en el Código Civil chileno resulta totalmente contraproducente y mantiene enquistada en la legislación chilena una noción retrógrada de la protección de la infancia en la que NNYA aún son vistos como objetos de protección y no como sujetos de derechos. Sin quitar la importancia que merecen principios rectores fundamentales del ordenamiento jurídico, como lo es la seguridad jurídica, la legislación en torno a NNYA debe revisarse e incorporar nociones más flexibles que validen a NNYA como sujetos con una progresiva capacidad de autodeterminación en línea con los principios de la CDN, la dificultad que pueda significar desentrañar una fórmula apropiada para llevar a cabo este propósito nunca debe ser óbice para el legítimo resguardo de los derechos humanos.

Frente a esto, la legislación inorgánica y dispersa ya revisada que ha recepcionado los principios de la CDN al tratar asuntos relacionados con NNYA, antagónica con la regulación decimonónica, carece de un marco regulatorio eficiente y resulta insuficiente. Los NNYA carecen de la

---

<sup>48</sup> Barcia, 2013, p.16.



capacidad de poner por sí mismos en marcha la jurisdicción, dada la inexistencia de procedimientos y acciones específicas para tutelar sus derechos, y son sus padres los que inician los procedimientos de tutela, usualmente vía recurso de protección, a nombre propio y alegando en conjunto la violación de sus propios derechos constitucionales<sup>49</sup>, esto acaba produciendo la paradoja que al defender los derechos de NNyA bajo el marco del recurso de protección se terminan vulnerando los derechos de esos NNyA, ya que los procesos suelen ser llevados sin su participación: *“En efecto, en casi todas las acciones analizadas los padres comparecen judicialmente a nombre de sus hijos, lo que trae como consecuencia que el interés superior del niño, considerado como la posibilidad de ejercer autónomamente derechos constitucionales, sea construido sin su participación -a menos que asumamos que los padres han consensuado con sus hijos las estrategias judiciales.”*<sup>50</sup> Esto deja en evidencia que en Chile NNyA están sometidos a la venia o acción de sus progenitores para ejercer sus derechos, condenándose de este modo al olvido a los NNyA que precisamente se encuentran más desvalidos por no contar con el apoyo de sus familiares más cercanos. En resumen, el reconocimiento a la autonomía progresiva de NNyA que parece brindar la legislación en materia de familia, consagrando así mismo los principios del derecho a ser oído y el interés superior del niño, resulta muy poco operativo al negársele a este inmenso grupo humano el acceso a un procedimiento integral que pueda tutelar sus derechos cuando estos se ven vulnerados y que puedan iniciar por sí mismos.

Se suma a lo anterior una recepción deficiente y escaso desarrollo jurisprudencial al momento de aplicar estos principios en resguardo de NNyA. Verbigracia, el hecho que el interés superior de NNyA a veces se construya prescindiendo de ellos o bien sin señalar en forma explícita la forma en que éste se determinó al momento de resolver: *“Por otra parte, los resultados muestran que el modo en que los jueces de familia construyen el principio del Interés Superior del Niño es formal y abstracto. En efecto, las fuentes consultadas no permiten determinar los elementos considerados ni los criterios utilizados, permaneciendo oscuros para estos efectos. Algo similar ocurre en relación a la aplicación de la Convención de Derechos del Niño.”*<sup>51</sup>

Otro tanto ocurre con el derecho del niño a ser oído, el que ha sido operativizado más en función de cómo realizar el acto de escucha propiamente tal, que en su verdadero sentido de comprender lo que el NNyA quiere comunicar e incorporar ese deseo a la decisión adoptada: *“En*

---

<sup>49</sup> Lovera, 2009, p. 39.

<sup>50</sup> Lovera, 2009, p. 53.

<sup>51</sup> Correa y Vargas, 2011, p.200-201.

*efecto, la discusión se ha centrado en delimitar parámetros y criterios para definir cuándo los niños pueden darse a entender y cómo deben hacerlo, más que a la reflexión de los requerimientos, herramientas, condiciones y sentido que jueces, abogados, curadores y otros actores del sistema debieran incorporar para recuperar sus voces. El foco de análisis está en el que habla y no en el que escucha. Esta mirada evaluativa de la competencia de los niños los pone en la necesidad de demostrar que sí son capaces, que sí son maduros, que tienen opinión, en vez de poner el peso y la responsabilidad de esta obligación en quienes deben operativizar este derecho.”<sup>52</sup>*

---

<sup>52</sup> Correa y Vargas, 2011, p.200-201.

## CAPÍTULO DOS: LA IDENTIDAD TRANSGÉNERO COMO UNA EXPRESIÓN DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO

En este acápite se desarrollarán algunos conceptos esenciales que permitan comprender qué es la identidad de género y su lugar dentro del gran conjunto que compone la sexualidad humana, la gran variedad de expresiones que esta puede alcanzar y la relevancia de esta en el desarrollo de la persona humana, al punto de ser considerada un derecho humano que las instituciones jurídicas están llamadas a proteger para salvaguardar su expresión. De las diversas manifestaciones de la identidad de género se centrará el enfoque en la identidad transgénero, ya que corresponde a la que se encuentra más directamente relacionada con la ley 21.120.

### Identidad de Género

Por su naturaleza misma, el derecho opera de manera principalmente reactiva, desarrollando procedimientos y regulaciones para hechos y fenómenos que ya han ocurrido o que de alguna forma le preceden. Esto es relevante en tanto la diversidad entre los individuos de la especie humana es un hecho real, extrajurídico, que el derecho está llamado a constatar y respetar. Pero, para establecer las normativas que rigen entre los seres humanos el derecho se nutre de otros saberes, siendo el aporte de las diversas ciencias determinante en la forma que se establecen estas regulaciones.

La identidad de género de una persona representa uno de los tres componentes centrales de la sexualidad humana junto al sexo y la orientación sexual<sup>53</sup>.

La identidad de género es el aspecto más ligado con la socialización del individuo<sup>54</sup> y corresponde a una convicción identitaria propia del individuo, según la definición de Los Principios de Yogyakarta: *“La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”*<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Gauche, 2011, p.75-76.

<sup>54</sup> Gauche, 2011, p.75-76.

<sup>55</sup> ICJ, 2007, p. 6.

Por su parte, resulta relevante también el concepto de expresión de género, que dice relación con la manera en que se expresa la identidad de género de una persona y se define 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”*<sup>56</sup>.

Junto a ello, el rol de género dice relación con el conjunto de normas o expectativas que una sociedad o cultura determinada tiene respecto de las personas en relación al sexo (primordialmente genital) de estas y definen la manera en que las personas, separadas en estas categorías, se relacionan entre sí<sup>57</sup>.

Ahora bien, la discusión respecto a la posibilidad de transitar en forma efectiva de un género a otro con independencia de los caracteres sexuales, se ha gestado fundamentalmente en relación a la ciencia médica y, en su origen, específicamente ligado a las cirugías de reasignación sexual. Estos procedimientos sentaron un primer precedente para cuestionar el paradigma imperante en occidente de que sólo existen dos géneros, hombre y mujer, asociados inseparablemente a una fisonomía anatómica específica para cada uno de ellos, resumiendo burdamente, a las mujeres corresponde tener una vagina y a los hombres un pene. Algo que para muchos es incuestionable y, sin embargo, se encuentra bien documentado que, en otras sociedades no occidentales, la existencia de las personas transgénero es reconocida, constituyendo a veces un tercer género, como alternativa al binarismo absoluto hombre/mujer<sup>58</sup>. Es en occidente que el binarismo resulta monolítico, estructural y estructurante de cómo se entiende el mundo y se organiza la sociedad, haciendo de difícil digestión la concepción de lo transgénico para los sectores más conservadores de la sociedad. Esta dificultad se observa incluso en los autores que tratan la materia, existiendo cierta confusión terminológica. No es fácil describir una realidad para la cual las palabras resultan insuficientes o incompletas; toda lengua tiene su propia normativa, una estructura que fuerza a decir las cosas de cierta manera, cargando de significados indeseados las expresiones, o bien fracasando en dar cuenta de aquello que se desea<sup>59</sup>. La lengua castellana es tremendamente binaria y, más aún, esencialmente masculina para referirse a

---

<sup>56</sup> Comité Jurídico Interamericano, 2013, p. 12.

<sup>57</sup> Gauche, 2011, p.85.

<sup>58</sup> Sólo a modo ejemplar; existía un alto porcentaje de mujeres y hombres transgénero en las sociedades nativas norteamericanas, a los que llamaban bardajes, y que eran aceptados por sus comunidades sin que tuviera un carácter peyorativo (Feinberg, 2015). También en la India son reconocidas las personas transgénero, aunque con connotaciones más marginales. En México puede mencionarse el caso de los Muxes.

<sup>59</sup> Como introducción a este tema puede consultarse Roland Barthes lección inaugural.

los sujetos. Ante este hecho innegable, varios autores han recurrido a la creatividad lingüística buscando maneras de lograr que la lengua exprese aquellas posibilidades que oculta, llegando a soluciones más o menos felices en su intento, pero produciendo una variedad de términos que tienden a confundirse<sup>60</sup>.

Dicho lo anterior, cabe señalar que, si bien el sistema occidental tiende a rechazar la idea de lo transgénero, siempre han existido personas disconformes con el sexo que les fue asignado al nacer en razón de exhibir un tipo de genitalidad específica, o bien debido a la ambigüedad de ésta, como es el caso de los intersexuales<sup>61</sup>. La historia está plagada de ejemplos de personas que asumieron una

---

<sup>60</sup> Para un uso lingüístico más acertado y respetuoso de las personas en relación a la identidad transgénero se recomienda guiarse por las directrices de la CDH. Sin embargo, se deja constancia de ciertos usos en la literatura sobre el tema que pueden confundir al lector.

Así, la designación transexual está fuertemente ligada a la ciencia médica y las operaciones de reasignación sexual, voz que ha ido cayendo en desuso y se encuentra cada vez más restringida a las personas que buscan activamente someterse a una intervención quirúrgica, sin embargo, algunos textos citados la utilizan para referirse en general a las personas transgénero.

Las designaciones trans o persona transgénero son actualmente las que gozan de mayor aceptación y reconocimiento, engloban a todas las personas que sienten que su identidad de género no coincide con la que le fue asignada al nacer y desean vivir según el género escogido, sin importar si desean someterse a algún tipo de tratamiento o no. Este término se utiliza acorde al género en el que la persona desea vivir. Empero, se debe tener cuidado cuando la palabra transgénero se utiliza en sentido amplio, englobando a todas las vivencias no normativas del género, lo que puede llegar a incluir a toda la comunidad LGBTI, generando confusión.

En otros textos, el lector puede confundirse porque el mismo lenguaje es usado por dos autores diferentes para designar realidades opuestas, este tipo de textos suele usar la designación transexual. Así, para algunos una mujer transexual es una persona que nació con caracteres físicos típicamente masculinos y se realiza algún tipo de intervención para adaptar su cuerpo a su identidad de género femenina, mientras que en otros el mismo término se utiliza en el sentido exactamente opuesto.

En relación a lo anterior, algunos textos intentaron resolver esta confusión usando los acrónimos en inglés FtM (female to male) y MtF (male to female) buscando clarificar en un solo término el sexo asignado de origen y al que se transita, esta terminología también se encuentra hoy en desuso y se le critica poner el énfasis en el hecho del tránsito y no en la identidad de la persona. En español esta terminología puede encontrarse a veces traducida como transexual de hombre a mujer o transexual de mujer a hombre.

<sup>61</sup> Son intersexuales aquellos individuos que nacen con genitales ambiguos, siendo una mezcla de genitales femeninos y masculinos, o bien presentando ambos, el grado de funcionalidad de estos órganos es variable. Desde que a la ciencia médica le ha sido posible intervenir quirúrgicamente a las personas intersex para desambiguar su genitalidad e imponerles un solo sexo lo han hecho a discreción, presionando a los padres para que sometieran a sus hijos a la intervención en un momento de sus vidas en que estos son aún incapaces de expresar su consentimiento o manifestar su identidad. Así, el cuerpo médico impone a su criterio un sexo a la persona, prefiriendo el que parezca más funcional, aunque algunas veces la mutilación de los órganos ambiguos de la persona intersexual deviene en una construcción meramente estética sin funcionalidad. Cada vez más grupos de personas intersexuales se están alzando contra la violencia quirúrgica de la que han sido víctimas por estos procedimientos, muchas veces envueltos en secretismo para con la propia persona intervenida sin su conocimiento. Lo más grave de estos procedimientos ocurre cuando posteriormente la identidad de género de la persona no concuerda con la que le fue impuesta por la cirugía, siendo esta imposible de revertir y ya habiendo causado un daño irreparable.

identidad de género diversa a la que socialmente les correspondía según su genitalidad<sup>62</sup>, muchas veces simplemente asumiendo el rol y ropajes asociados al género sentido y ocultando el hecho que su genitalidad habría implicado ser asignado en otra categoría. Ahora bien, debido a la poca visibilidad de las personas transgénero en occidente, por no decir borramiento, este fenómeno está muy poco documentado y no suele pasar del anecdotario, sin mencionar el hecho que durante mucho tiempo no se distinguió de forma clara entre homosexualidad, travestismo y transgenerismo. Es difícil saber a ciencia cierta en el caso a caso, con los antecedentes disponibles, si se trataba específicamente de una persona transgénero o si asumía una identidad diversa a su genitalidad por otros motivos, en el caso de las mujeres especialmente, se podría cuestionar incluso si sólo buscaban la autonomía que se daba a los hombres para estudiar, ejercer una profesión y vivir en paz.

### Perspectiva biológica de la sexualidad humana y su diversidad

Desde la perspectiva biológica, la sexualidad humana es cada vez más vista como un continuo en el que se puede observar un amplio espectro de posibilidades, encontrando personas que se ubican en distintas coordenadas prácticamente en toda su extensión. Varios ejes cruzan este continuo de posibilidades, pudiendo producirse diversas, y a veces enigmáticas, combinaciones de persona a persona. Las categorías clásicas que dividían el mundo en hombres y mujeres heterosexuales han demostrado quedarse cortas para dar cuenta de la riqueza y variedad de la sexualidad humana y tienen mucho de imposición cultural: *“Las teorías biológicas de la sexualidad, las concepciones jurídicas sobre el individuo, las formas administrativas en los Estados modernos han conducido paulatinamente a rechazar la idea de una mezcla de los dos sexos en un solo cuerpo y a restringir, en consecuencia, la libre elección de los sujetos dudosos. En adelante, a cada uno un sexo, y solo uno. A cada uno su identidad sexual primera, profunda, determinada y determinante; los elementos del otro sexo que puedan aparecer tienen que ser accidentales, superficiales o, incluso, simplemente ilusorios”*<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> El que quizás sea el caso de transgénero más antiguo en la historia del que ha llegado noticia hasta nuestros días es el del Rey asirio llamado Sardanápalo *“de quien se decía que vestía con ropa de mujer y paseaba con sus esposas”* (Walter y Ross, 1986. Citado en Stone, 2015, p. 34). Se mencionan otros casos por Stone (2015, p.34): *“En el siglo XVIII, el caballero de Eon, quien vivió durante treinta y nueve años en el rol femenino, rivalizó con Madame Pompadour por la atención de Luis XV”* o el del: *“primer gobernador colonial de Nueva York, lord Cornbury, llegó de Inglaterra completamente vestido de mujer y así siguió vistiendo mientras ejerció su cargo”*.

<sup>63</sup> Foucault, 1985, p 12–13 (Citado en Gavilán, 2016, p. 95).

La manera en que la biología moderna aborda la sexualidad humana es recogida por Pere Estupinyà en forma bastante precisa al señalar los diferentes aspectos que entran en juego a la hora de configurar la identidad sexual de la persona en sus variadas dimensiones<sup>64</sup>:

En primer lugar, el sexo genético, es aquel que se refiere a los cromosomas que tiene la persona en su secuencia genética (usual, pero no exclusivamente XX o XY).

También existe el sexo gonadal, es decir, aquel que se refiere a si la persona tiene pene y testículos (gónadas típicamente masculinas) o vagina y ovarios (gónadas típicamente femeninas).

Por su parte, el sexo hormonal, dice relación con la mayor o menor concentración de andrógenos o estrógenos que circulan por la sangre.

Además, la identidad sexual, predispone desde la niñez a sentirse mentalmente hombre o mujer.

El rol sexual dice relación con lo que el entorno social de la persona refuerce como comportamientos y expresión de roles típicamente masculinos o femeninos: Lo que, si bien envuelve mayoritariamente un componente de socialización, para autores como Pere Estupinyà no prescinde de un componente biológico.

La orientación sexual dice relación con si la persona se siente atraída física y emocionalmente por algún género específico, una variedad de ellos o ninguno en absoluto.

Todos estos niveles se pueden conjugar de maneras muy diferentes de persona a persona, dando lugar a conjunciones más o menos habituales, pero todas ellas dentro del espectro de la normalidad que constituye la variedad biológica del ser humano.

Incluso, en relación a aspectos biológicos físicos ligados a la sexualidad se puede encontrar una gran diversidad de estados intermedios: *“Se puede encontrar un clítoris de cinco centímetros, y que seguirá creciendo; un pene pequeño, y que no crecerá más; personas que no tienen ni ovarios ni testículos, sino ovotestes, la mezcla de tejido ovárico y testicular; personas con testículos que no han descendido; puede ocurrir que en lugar de testículos haya un ovario; que no haya vagina; o que la uretra no termine en la parte adecuada del pene. La naturaleza produce una amplia gama de*

---

<sup>64</sup> Estupinyà, 2013, p. 388.

*variaciones corporales. No se trata simplemente de la diversidad cultural, sino de la multiplicidad y la heterogeneidad aportada por la naturaleza.”<sup>65</sup>*

Ahora bien, de todos los elementos biológicos que se interrelacionan, las hormonas han demostrado tener un papel de gran relevancia, cumpliendo un rol decisivo en la diferenciación sexual. Así, a partir de la semana 12, cuando el feto tiene cromosomas XY, se dispararán los niveles de testosterona, la que comenzará a masculinizar el sistema nervioso central en ciernes, modificando algunos circuitos cerebrales que condicionarán el futuro comportamiento típico masculino; si el feto fuera XX, partes clave del cromosoma X no serán silenciadas y se desarrollará el comportamiento típicamente femenino. Sin embargo, varios factores pueden intervenir en este proceso para alterar la producción o recepción de hormonas en la sangre, como por ejemplo, el síndrome de insensibilidad a los andrógenos, que tiene como consecuencia que la persona tenga todas las características físicas visibles típicas femeninas, pero con cromosomas XY y la ausencia de útero y ovarios<sup>66</sup>, como así mismo señala Estupinyà en su libro: *“Hay literatura científica sólida que defiende que la transexualidad puede originarse por alteraciones durante esa etapa que define parte importante de la identidad sexual. Incluso en algunos casos la orientación sexual podría estar condicionada por diferentes niveles de hormonas durante el embarazo”<sup>67</sup>.*

Sin embargo, la etiología específica de la identidad transgénero es aún desconocida, hasta la fecha, no se ha encontrado rastro de ningún gen que determine específicamente la orientación o identidad sexual. Si bien los genes no dan muchas pistas al respecto, se pueden mencionar dos estudios interesantes. Por una parte, un estudio belga del año 2012 identificó que sí existía una mayor tasa de hermanos transgénero entre gemelos que en mellizos, pero, aun así, esta correlación era más bien pobre, ya que la proporción de hermanos gemelos en que ambos eran transgénero era bastante baja<sup>68</sup>. Por otra parte, un estudio genético australiano publicado el año 2009, sugería que, en lugar de estar asociada a un gen específico, hay mayor posibilidad que la identidad transgénero esté relacionada a genes asociados a enzimas, receptores celulares o niveles de andrógenos. En el estudio se comparó a 112 mujeres transgénero con 258 hombres control, encontrando una asociación significativa de la identidad transgénero a un polimorfismo genético relacionado con

---

<sup>65</sup> Cabral, 2009, p.9 (Citado en Gavilán, 2016, p. 99).

<sup>66</sup> Estupinyà, 2013, p. 37.

<sup>67</sup> Estupinyà, 2013, p. 37.

<sup>68</sup> Estupinyà, 2013, p. 397.



receptores de andrógenos<sup>69</sup>. Así pues, la información disponible desde el ámbito biológico se relaciona con interesantes disquisiciones sobre cómo funciona el organismo y lo determinantes que pueden ser algunas etapas en el desarrollo embrionario, pero aún hay muchos vacíos, interrogantes y, sin duda, más preguntas que respuestas. Por lo que sólo queda esperar que, en años venideros, nuevas investigaciones aporten un nuevo conocimiento sobre la materia.

### Las primeras cirugías de reasignación sexual

Históricamente, las cirugías de reasignación son algo bastante reciente, dado que antes simplemente no existían los medios para poder realizar este tipo de procedimiento en forma efectiva y segura. Desde las primeras operaciones con resultados más estéticos que funcionales se ha avanzado considerablemente en lograr dar una mayor funcionalidad a los órganos modelados mediante la cirugía, intentando brindar el mayor grado de satisfacción que la ciencia puede ofrecer al día de hoy, especialmente remarcable resulta a este respecto la modelación de los órganos típicamente femeninos a partir de órganos típicamente masculinos, donde no sólo se construye completamente una cavidad vaginal adecuada para la penetración, sino que se conserva el glande del pene para construir un clítoris que pueda brindar una función orgásmica<sup>70</sup>.

Los primeros procedimientos fueron realizados a mujeres transgénero<sup>71</sup>:

#### Lili Elbe

Lili Elbe había nacido como Einar Wegener en 1882, en Copenhague, y fue la primera persona de la que se tiene registro que se sometió a una cirugía de reasignación sexual mediante un procedimiento experimental en el año 1930 en Alemania<sup>72</sup>. Lili se sometió a un total de 5 intervenciones durante dos años, la primera a cargo del doctor Magnus Hirschfeld para remover completamente los genitales típicos masculinos y las demás a cargo del doctor Kurt Warnerkros. El

---

<sup>69</sup> Estupinyà, 2013, p. 397.

<sup>70</sup> Para comprender lo elaboradas de estas intervenciones y el nivel de precisión que requieren, puede encontrarse una descripción más detallada de uno de estos procedimientos en Estupinyà, 2013, p. 402.

<sup>71</sup> Por su parte, los hombres transgénero permanecen al día de hoy bajo una cierta invisibilización en los medios y la prensa.

<sup>72</sup> La historia cuenta que un día la modelo que Gerda, esposa de Einar, esperaba para realizar un retrato femenino no se presentó y, como Einar siempre había sido esbelto, ésta le pidió que posara vestido con la ropa que tenía reservada para la modelo; una falda plisada, tacones y medias. Se dice que Einar nunca se había sentido tan auténtico (y probablemente feliz) como en esa ocasión. Desde entonces comenzó gradualmente a vestirse y a asumirse como mujer, eligió el nombre de Lili para sí y como apellido el nombre del río de la ciudad en que había definido su identidad.

último de estos procedimientos acabó costándole la vida tras un intento fallido de realizar un trasplante de útero en 1931, poco antes de cumplir los 50 años. Pese al breve periodo que Lili pudo vivir después de la primera cirugía, su caso alcanzó notoriedad debido a que Einar había sido un pintor de renombre. En 1930 se declaró nulo el matrimonio de Lili con la también pintora Gerda Wegener y consiguió legalmente el cambio de sexo y nombre, obteniendo un pasaporte con su nombre femenino<sup>73</sup>.

Christine Jorgensen

El segundo caso del que se tiene registro es el de Christine Jorgensen, quien realizó un tratamiento hormonal de más de un año y posteriormente pasó por el quirófano en 1952. Su caso tuvo un impacto mediático mucho mayor que el de Lili, entre otras cosas, porque fue la primera operación de cambio de sexo exitosa, realizada en conjunto con un tratamiento hormonal. Christine nació en Estados Unidos como George Jorgensen en 1926 y fue por un tiempo miembro del ejército, sin embargo, según se reporta, siempre se manifestó disconforme con su anatomía masculina pues se sentía una mujer. Tras leer un artículo sobre el doctor Christian Hamburger, quien investigaba acerca de las terapias hormonales realizando pruebas en animales, decidió finalmente viajar a Dinamarca en 1950, sin informar a nadie de sus intenciones, para solicitar la ayuda del doctor. Hamburger inició un tratamiento con inyecciones de hormonas femeninas en 1950 e instó a Christine a asumir una identidad completamente femenina vistiendo de mujer y presentándose como tal en público. Christine contó también con el consejo y supervisión del psicólogo Georg Sturup, quien, tras verificar la fuerza de su convicción para proceder con la cirugía de reasignación de sexo, tuvo éxito en solicitar al gobierno danés un cambio legislativo que permitiera la castración con el propósito de poder realizar la operación. No está del todo claro qué procedimiento se realizó en la operación de reasignación de Christine, pues el procedimiento aún era muy rudimentario y la técnica que hoy se realiza para preservar el tejido del escroto y sus terminales nerviosos, en una suerte de inversión para crear la cavidad vaginal, aún no se había desarrollado, pero, aparentemente, el equipo se basó en las notas de la operación que años antes se realizara Lili Elbe. Christine siempre fue muy reservada en cuanto a los pormenores del procedimiento quirúrgico que se le realizó y los detalles de su nueva anatomía, pero lo relevante es que ella reportó sentirse satisfecha con el resultado. En sus propias palabras en 1958 se refirió de esta manera: *“Everyone is both sexes in varying degrees. I am more of a*

---

<sup>73</sup> Gómez, 2016. La vida de Lili Elbe fue la inspiración para la novela de David Ebershoff *“The Danish Girl”*, la que fue llevada al cine con el mismo nombre en 2015.

woman than a man... Of course I can never have children but this does not mean that I cannot have natural sexual intercourse - I am very much in the position right now of a woman who has a hysterectomy"<sup>74</sup>. Las palabras que les escribió a sus padres tras realizarse el procedimiento quirúrgico y antes de volver a verlos resultan reveladoras: "Nature made a mistake which I have had corrected, and now I am your daughter."<sup>75</sup>. Christine vivió una larga vida tras la operación y murió de cáncer en 1986, a la edad de 62 años.

Marcia Torres Mostajo, la primera mujer transgénero operada en Chile.

En Chile, la primera operación de cambio de sexo se realizó a Marcia Alejandra Torres Mostajo<sup>76</sup> (nacida como Alberto Arturo Torres Mostajo), en marzo del año 1973<sup>77</sup>, durante el gobierno de Allende, gracias a un acabado trabajo de evaluación e investigación realizado por la Sociedad Chilena de Sexología Antropológica<sup>78</sup>, la cual, entre otros aspectos, se hizo asesorar legalmente para evaluar la viabilidad de realizar una operación de intervención genital de semejante envergadura en el país, encontrando que no existían impedimentos legales por no existir un marco regulatorio para este tipo de intervenciones<sup>79 80</sup>. El procedimiento se realizó en el Hospital San Borja de la Universidad de Chile, donde la Sociedad tenía su sede, y estuvo a cargo del urólogo Antonio

---

<sup>74</sup> Hadjimatheou, 2012. Se ofrece la siguiente traducción personal al castellano: "Todos pertenecen a ambos sexos en diferentes grados. Yo soy más una mujer que un hombre...Por supuesto, nunca podré tener hijos, pero eso no significa que no pueda tener relaciones sexuales normalmente – Actualmente, estoy más bien en la posición de una mujer que ha tenido una histerectomía". Los datos sobre Christine y su operación se han complementado con la información encontrada en: <https://www.nytimes.com/1989/05/04/obituaries/christine-jorgensen-62-is-dead-was-first-to-have-a-sex-change.html>

<sup>75</sup> Hadjimatheou, 2012. Se ofrece la siguiente traducción personal al castellano: "La naturaleza cometió un error que he corregido y ahora soy su hija".

<sup>76</sup> González, 2007. Tal como señala Marcia Torres en la entrevista, su caso fue tratado en aquel momento como un caso de pseudohermafroditismo por parte del equipo médico en lugar de un caso de identidad transgénero, debido a que Marcia ocultó el hecho de que llevaba varios años hormonándose por su cuenta por temor a ser rechazada como candidata a la cirugía.

<sup>77</sup> Jaque y Sánchez, 2018.

<sup>78</sup> Carvajal, 2016.

<sup>79</sup> Jaque y Sánchez, 2018.

<sup>80</sup> El trabajo de investigación previo realizado por la Sociedad Chilena de Sexología Antropológica se vio en gran parte condensado en su libro publicado en 1968, titulado: *Cambio de Sexo: puntos de vista antropológico, biológico, embriológico, genético, clínico endocrinológico, psiquiátrico, religioso católico y jurídico: con un apéndice sobre correcciones quirúrgicas*. Un interesante libro que abordaba el tema del sexo desde diferentes dimensiones, proponiendo ya entonces la distinción entre sexo biológico y psico-social, sentando así una justificación para la realización de intervenciones quirúrgicas de alto impacto en genitales sanos desde una perspectiva humanitaria. Lo que representaba también una solución útil y concreta al problema de las personas transgénero frente a la aplicación del artículo penal 373 (Carvajal, 2016).

Salas Vieyra<sup>81</sup>. Sin embargo, al tratarse de un procedimiento completamente experimental, cuya técnica fue elaborada por el cirujano a cargo<sup>82</sup>, Marcia debió someterse con posterioridad a otras operaciones para completar y rectificar la transformación de su cuerpo<sup>83 84</sup>.

Ahora bien, este suceso pasó prácticamente desapercibido para la opinión pública, hasta que el 2 de mayo de 1974 se publicó en el Diario Oficial el extracto con la solicitud de cambio de nombre y sexo de Marcia, momento en el cual comenzó todo un sensacionalismo en torno a su persona con notas y entrevistas de prensa<sup>85</sup>. Así, Marcia no sólo fue la primera mujer transgénero en Chile en realizarse una operación de reasignación sexual exitosa, sino que también fue la primera en obtener un cambio de nombre y sexo registral, lo que se analizará más adelante.

La evolución del concepto, de transexualidad a transgénero, en relación a la ciencia médica

Habiéndose demostrado que es posible realizar con éxito una cirugía para cambiar la apariencia física del cuerpo para que se vea como el típicamente característico del sexo contrario al que se asignó al nacer, otras personas se animaron a solicitar estas intervenciones. En un comienzo no había muchos protocolos que regularan esta solicitud, debido a la novedad del procedimiento y a lo poco estudiado del tema, existían clínicas no académicas que realizaban el procedimiento bastando la sola petición del interesado, sin que existiera un juicio de evaluación del equipo médico respecto a la idoneidad de los solicitantes para adecuarse al género escogido. Posteriormente, durante los sesentas, comenzaron a funcionar las primeras clínicas académicas de lo que se denominó clínicamente disforia de género<sup>86</sup> y comenzó a desarrollarse un proceso de evaluación de los

---

<sup>81</sup> Carvajal, 2016.

<sup>82</sup> Una de las virtudes de este nuevo procedimiento fue utilizar los tejidos del pene y escroto del propio paciente para construir la vagina, en lugar de porciones de tejido del intestino grueso, con el fin de conservar cierta capacidad de excitación (Carvajal, 2016).

<sup>83</sup> Carvajal, 2016.

<sup>84</sup> Pedro Lemebel, amigo de Marcia, le dedicaría posteriormente las siguientes palabras en un texto llamado *Para Marcia Alejandra exijo las llaves de la ciudad*: “En ese momento fue conejillo de indias para la artesanía médica, resistiendo reiteradas cirugías y dolorosos tratamientos para modelar y depilar su cuerpo de coipo varón. Pero aun así, a pesar de ser Made in Chile, quedó regia, morenaza y canchera” (Jaque y Sanchez, 2018).

<sup>85</sup> Carvajal, 2016.

<sup>86</sup> Este término, nacido de la ciencia médica, resulta altamente patologizante al equiparar la identidad transgénero a un trastorno mental tratable y curable. Curiosamente, el único trastorno mental curable mediante cirugía.

candidatos<sup>87</sup>. Algunos de los programas más reconocidos se desarrollaron en las universidades de California (1962) y John Hopkins de Baltimore (1966)<sup>88</sup>.

A falta de criterios diagnósticos establecidos, se consideraba transexual<sup>89</sup> al que solicitara la intervención médica, mientras se intentaba desarrollar un test o diagnóstico diferencial basado en criterios objetivos que no dependiera solamente de la sensación subjetiva de tener un cuerpo que no se correspondía con su identidad o, como se empezó a acuñar, la idea de haber nacido con un cuerpo equivocado. Sin embargo, pese a los esfuerzos, no fue posible elaborar un test objetivo y clínicamente aceptable para el síndrome de disforia de género<sup>90</sup>.

Así las cosas, se fue configurando un modelo de evaluación de los candidatos a cirugía de reasignación sexual basado en el criterio subjetivo del equipo médico, que calificaba la adecuación del individuo para performar en el género escogido y resultar legible<sup>91</sup>. Además, los centros cumplían la función adicional de escuela de género para modelar la conducta de los postulantes a una que resultara aceptable y normalizada según su género escogido, así ocurría, por ejemplo, con los programas de la clínica de Stanford<sup>92</sup>.

A falta de un test objetivo para el diagnóstico, se utilizaba como guía el libro de Harry Benjamin<sup>93</sup>, *The Transsexual Phenomenon* (1966), que fue el primer manual sobre transexualismo y describía una serie de criterios que caracterizaban a las personas transexuales. Los investigadores aceptaban las solicitudes de cirugía de las personas que satisfacían los criterios descritos y, de hecho, la mayoría de los candidatos aprobaba la evaluación. Sin embargo, lo que el equipo médico ignoraba era que esto se debía precisamente a que los candidatos conocían el manual de Benjamin y lo habían

---

<sup>87</sup> Stone, 2015, p. 47.

<sup>88</sup> Missé, 2014, p. 34.

<sup>89</sup> Este fue el término que los centros clínicos de la época utilizaron para referirse a las personas que solicitaban la cirugía de reasignación sexual.

<sup>90</sup> Stone, 2015, p. 48.

<sup>91</sup> Legible como mujer para el resto de las personas, ya que se trataba de cirugías para personas que habían nacido con cuerpos típicamente masculinos que querían transformar su anatomía a una típicamente femenina.

<sup>92</sup> Stone, 2015, p. 48.

<sup>93</sup> Harry Benjamin es un médico y sexólogo alemán que se exilió a los Estados Unidos donde trabajó en el ámbito de la endocrinología. Influenciado por las investigaciones previas de Magnus Hirschfeld y Eugen Steinach, fue él quien popularizó el término transexual en el año 1954, utilizada para distinguir a quienes buscan una cirugía de reasignación sexual de los que no (que a su juicio serían simplemente travestidas). Recetaba a varios pacientes tratamientos hormonales con hormonas feminizantes, pese a que se volvió el blanco de numerosas críticas en su época, su posición puede hoy resultar obsoleta, pero fue uno de los pioneros en realizar este tipo de tratamiento y en mostrar una preocupación genuina por el bienestar de las personas transgénero. (Missé, 2014, p. 32-33).

estudiado, facilitándose la información unos a otros para poder dar las respuestas que los doctores esperaban para dar su aprobación<sup>94</sup>. Esto trajo importantes consecuencias en la construcción médica y social que comenzó a hacerse de la identidad transgénero, cimentando muchos de los estereotipos y prejuicios sobre estas personas al día de hoy. Uno de los más difundidos dice relación sobre la vivencia del cuerpo transgénero, en especial en su dimensión erótica, pues, como el manual de Benjamin nada decía al respecto, los candidatos a cirugía no tocaban el tema por temor a ser rechazados del programa: *“En los ochenta no existía una sola transexual de hombre a mujer, cuyos datos estuvieran disponibles, que antes de la operación expresara haber experimentado placer sexual genital mientras vivía en el «género elegido»”*<sup>95</sup> y, más aún: *“la plena integración en el género asignado se otorgaba con el orgasmo, real o fingido, y se conseguía a través de la penetración heterosexual”*<sup>96</sup>. De este modo, se fue reforzando la idea de que una persona transgénero se caracteriza necesariamente por tener la sensación de vivir o estar atrapada en un cuerpo equivocado, en el que tampoco es posible experimentar placer erótico o sexual, y que este malestar, que se dio en llamar disforia de género, sólo es corregible mediante la cirugía para homologar por completo la identidad de la persona y su cuerpo dentro de los parámetros binarios hombre/mujer, negando la posibilidad de estadios intermedios.

Evidentemente, algunas personas transgénero sienten efectivamente una profunda incomodidad con su cuerpo y su aspecto físico, incomodidad que puede ir de extrema a moderada<sup>9798</sup>, algunos autores llaman hoy en día a esa incomodidad pronunciada que causa rechazo del propio cuerpo disforia, mientras que otros autores acusan que no existe tal cosa como la disforia, sino que todo es consecuencia de la violencia transfóbica ejercida contra los individuos transgénero. Más allá de esta discusión, algunas personas pueden verse compelidas a realizarse una cirugía de reasignación sexual, ya por incomodidad física con su cuerpo, ya por un sentido estético, pero otras personas simplemente no se sienten identificadas con el sexo que se les asignó al nacer y viven el género de manera distinta sin sufrir malestar alguno: *“«No hay formas correctas ni incorrectas en la*

---

<sup>94</sup> Stone, 2015, p. 49-50.

<sup>95</sup> Stone (2015) muestra lo discordante de esta situación al contrastar estos rígidos criterios médicos con el ritual, secreto e inconfesable ante el equipo médico, de masturbarse una última vez antes de someterse a la cirugía, por miedo a no ser considerada adecuada para la intervención.

<sup>96</sup> Stone, 2015, p. 51.

<sup>97</sup> Gavilán, 2016, p. 60.

<sup>98</sup> Si bien excede las intenciones de este trabajo se hace presente que disforia de género es un término altamente confuso. Originalmente usado para designar la enfermedad que padecían las personas transgénero en tanto tales, se ha ido desplazando y acotando para designar el malestar que siente la persona transgénero respecto de su cuerpo por no condecirse con la morfología típica del género en el que quiere vivir.

*expresión individual del estilo de género. A ninguno nos hace daño ni el pintalabios ni el pelo corto...Cada persona tiene el derecho a expresar su género de la manera que le sea más cómoda»*<sup>99</sup>. Así, el término transexual, nacido al amparo de la medicina y entendido hoy como aquellas personas que buscan realizarse una intervención quirúrgica de reasignación sexual, fue dando paso a la idea de transgénero o trans a secas, para englobar a todas aquellas personas que no se sienten identificadas con el género que se les asignó al nacer, sin buscar necesariamente una intervención quirúrgica. Alcanzando el término su sentido más amplio en todas aquellas expresiones que viven el género de manera diversa a los estereotipos binarios heteronormativos, corriendo el riesgo de generar confusión por su amplitud.

Cabe señalar, que dentro de la misma comunidad trans es posible encontrar una gran variedad de maneras de vivir la identidad, que excede con creces el estereotipo clásico de la mujer transgénero como una persona exuberante, sobreactuadamente femenina y sexualizada que suele aparecer en los programas de reportajes de la televisión o en las películas: *“Cuando el público ve imágenes de mujeres trans maquillándose y vistiéndose, no están necesariamente viendo un reflejo de los valores de esas mujeres trans; están siendo testigos de la obsesión de los productores de televisión, cine y noticias con todos los objetos comúnmente asociados a la sexualidad femenina. En otras palabras: la fascinación del público y de los medios de comunicación con la feminización de las mujeres trans es un subproducto de la sexualización de todas las mujeres”*<sup>100</sup>. Esto se vuelve más evidente cuando se habla de hombres transgénero<sup>101</sup>, los que viven prácticamente invisibilizados y casi no tienen representación mediática: *“los medios de comunicación tienden a no darse cuenta, a ignorar completamente, a los hombres trans porque son incapaces de crear el sensacionalismo que crean con las mujeres trans sin poner en duda la masculinidad”*<sup>102</sup>.

Tal como se señaló en un comienzo, la ciencia médica ha tenido una enorme injerencia en la forma en que se ha caracterizado y tratado la identidad transgénero, imponiendo su visión sobre los pacientes que acataban sus directrices, llegando incluso a modelar su comportamiento acorde a lo

---

<sup>99</sup> Heyes, 2015, p. 195.

<sup>100</sup> Serano, 2015, p 219. La autora va aún un paso más allá al afirmar: *“Es por esto que las mujeres trans como yo, que rara vez nos vestimos de una manera estereotípicamente femenina y/o que no nos sentimos atraídas por los hombres, somos un enigma tan grande para mucha gente. Al asumir que mi deseo de ser mujer no es más que un fetiche femenino o de perversión sexual, están básicamente confirmando la idea de que las mujeres no sirven para nada más allá de su capacidad de ser sexualizadas”* (Serano, 2015, p 221).

<sup>101</sup> Personas que nacieron con cuerpos típicamente femeninos y su identidad es masculina.

<sup>102</sup> Serano, 2015, p 220.

esperado por los especialistas para obtener acceso a las cirugías y tratamientos. Esto ha devenido en muchos países en un sistema que resulta atentatorio contra la dignidad de las personas transgénero, en tanto nadie más que la propia persona debería determinar su identidad y su carácter: *“La identidad solo ha de proceder de la conciencia del individuo. Es más, la identidad no ha de ser garantizada ni por los equipos médicos que se encargan de tratar la transexualidad ni por los psicólogos o psiquiatras de las unidades de tratamiento de la disforia de género.”*<sup>103</sup>. Exigir, por ejemplo, a una mujer transgénero que aprenda a actuar de manera más femenina, que utilice maquillaje o bien se vista de cierta manera es una intromisión inaceptable en la esfera privada de la identidad de esa persona. Sin embargo, este modelo médico ha gozado de amplia difusión y a inspirado legislaciones como la española en la materia. Esto sin duda representa un problema, pues ha significado que: *“La situación legal de las personas trans en la mayoría de países está regulada en relación con la perspectiva médica y se rige según las clasificaciones internacionales de enfermedades. Este hecho es significativo porque implica que los Estados regulan los derechos del colectivo trans partiendo del paradigma psiquiátrico en cuestiones que no tienen que ver estrictamente con la salud, como es, por ejemplo el cambio de nombre”*<sup>104</sup>.

Es posible remontarse al año 1980 como un punto crucial en la consagración de esta visión, que ya venía desarrollándose con varios intentos de establecer criterios para un diagnóstico diferencial, pues fue el año en que la APA incluyó oficialmente en el cuestionado DSM a la identidad transgénero como trastorno de transexualidad<sup>105</sup> o transexualismo<sup>106</sup>. Una década más tarde la transexualidad fue incorporada en la International Classification of Diseases (ICD-10, en español CIE-10), la clasificación internacional de enfermedades de la OMS<sup>107</sup>. Irónicamente, la inclusión de la transexualidad en el DSM estuvo apoyada e impulsada por la hoy denominada The World Professional Association for Transgender Health (WPATH), una organización creada en 1979 por un grupo de profesionales que trabajaban con personas transgénero, con el fin de visibilizar a estas personas, legitimar su condición frente a la marginalidad proscrita en la que se las consideraba y brindarles acceso a tratamientos<sup>108</sup>. Sin embargo, el estigma asociado a la enfermedad sólo contribuyó a cimentar la discriminación que sufre este grupo humano y la conceptualización de un individuo que

---

<sup>103</sup> Gavilán, 2016, p. 193.

<sup>104</sup> Missé, 2014, p. 39.

<sup>105</sup> Stone, 2015, p. 34.

<sup>106</sup> Mas Grau, 2017, p. 2.

<sup>107</sup> Missé, 2014, p. 36.

<sup>108</sup> Mas Grau, 2017, p. 2.



no es agente activo en la construcción de su propia identidad, sino una víctima pasiva cuyo ser se construye y define en relación a una enfermedad estructurante, por lo que requiere asistencia y ayuda externa de profesionales que le moldeen, física y/o mentalmente, quienes por lo demás, son a la vez quienes deciden si el comportamiento del paciente es suficientemente femenino o masculino para determinar el acceso a tratamientos farmacológicos o quirúrgicos. En este sentido, críticos del DSM lo denuncian como: *“una herramienta de control social y legitimización del sistema de sexo/género, pues impide que se politice la insatisfacción de género al presentarla como una anormalidad patológica que tan solo concierne a la persona afectada y a los profesionales encargados de tratarla”*<sup>109</sup>.

A finales de los años 2000 surgió la campaña internacional Stop Trans Pathologization, como plataforma para canalizar las diversas críticas al modelo médico de patologización. Cada vez más voces abogan por el fin del tratamiento patologizante, buscando que los tratamientos médicos estén disponibles para las personas transgénero como una medida de acceso a la salud en tanto derecho universal y no como una enfermedad. Esto ha ayudado a producir ciertos cambios, entre los que cabe señalar que, tras 11 años de trabajo para actualizar la Clasificación Internacional de Enfermedades, la OMS anunció el año 2018 la eliminación de la transexualidad como desorden mental, aunque reubicando la identidad transgénero dentro de las “condiciones relativas a la salud sexual” con el propósito de facilitar que las personas transgénero puedan ver cubiertos sus procedimientos de adecuación física por los servicios de salud<sup>110</sup>. Adicionalmente, también se han introducido cambios en el DSM V, cambiando el nombre del diagnóstico a “disforia de género” y cambiando su ubicación dentro del manual: *“En cuanto a la ubicación, es de destacar que la “disforia de género” forma una nueva clase diagnóstica dentro del DSM-5, por lo que ha sido separada de las “disfunciones sexuales” y las “parafilias”. Esta reclasificación puede ser entendida como otro intento más de la APA para lograr una categoría de apariencia menos estigmatizante, pues ahora ya no está junto al “exhibicionismo” o la “pedofilia”. En relación a los criterios diagnósticos, se ha decidido tratar separadamente la disforia infantil de la disforia durante la adolescencia y la adultez”*<sup>111</sup>. El nuevo diagnóstico señala dentro de sus criterios una marcada incongruencia entre el sexo sentido o expresado y el asignado por un período de tiempo de a lo menos seis meses<sup>112</sup>, señalando además

---

<sup>109</sup> Butler 2006; Nieto 2008, 2011. (Citados en Mas Grau, 2017, p. 2).

<sup>110</sup> Movilh, 2018.

<sup>111</sup> Mas Grau, 2017, p. 6.

<sup>112</sup> Mas Grau, 2017, p. 6.

que: *“El problema va asociado a un malestar clínicamente significativo o a un deterioro en lo social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento”*<sup>113</sup>.

No obstante estos pequeños gestos, aún queda un largo camino por recorrer hasta que se produzca realmente la despatologización de la identidad de las personas transgénero.

## Niñez transgénero

Dicho lo anterior, si para las personas transgénero adultas ya es difícil lidiar con los estereotipos que se imponen sobre ellos, más aún lo es para los niños, niñas y adolescentes trans, cuya realidad resulta aún más ignorada e incomprendida. Existe evidencia de que la identidad de género comienza a desarrollarse a muy temprana edad en los individuos y que, una vez establecida, es bastante persistente: *“La identidad de género se encuentra establecida habitualmente a la edad de 2 a 4 años”*<sup>114</sup>. En el mismo sentido se expresa Luis Gooren, miembro del Departamento de Endocrinología/ Andrología del Hospital de la Universidad Libre de Ámsterdam: *“Al igual que Money, soy de la opinión de que la realidad de la identidad o papel sexual resulta tan sólida y significativa, y es tan inmutable en la vida de una persona, como lo es la realidad de los marcadores ‘biológicos’ tradicionales del sexo”*<sup>115</sup>.

Por su parte Félix López desglosa el proceso de construcción de la identidad en los primeros años de la siguiente manera: *“desde el primer año de vida se establecen las categorías de masculino y femenino identificándolas con los signos convencionales del rol, la forma del cabello, el tipo de vestimenta, los adornos, la anatomía corporal, el pene o la vulva y la vagina, el tamaño de las mamas, la presencia de un vello más denso y el tono de la voz. Entre los 18 meses y los dos años, el niño siente que pertenece a uno de los dos grupos, se puede reconocer como niño o niña. A partir de los tres años generalizan la identificación. Y entre los cinco y los siete, alcanzan la seguridad de tener una identidad determinada.”*<sup>116</sup>

Pese a esto, suele ser un golpe muy duro para los padres darse cuenta de que su hijo o hija es trans y puede llegar a generar un auténtico conflicto al interior de la familia. Ante un nacimiento, y la posibilidad casi segura de conocer su sexo biológico a los pocos meses de gestación, se genera una

---

<sup>113</sup> Mas Grau, 2017, p. 6.

<sup>114</sup> Esteva, Fernández-Tresguerres y Gómez, 2006. (Citadas en Gavilán, 2016 p. 102-103).

<sup>115</sup> Gooren, 1998, p 263 (Citado en Gavilán, 2016 p. 103).

<sup>116</sup> López 2013a, p. 212 (Citado en Gavilán, 2016 p. 216).

serie de expectativas en los padres, quienes preparan todo un mundo en relación al género para su futuro descendiente; compran ropa en colores y modelos según su sexo gonadal, decoran su habitación con cierta temática, etc. No es de extrañar que para los padres enfrentarse a esta realidad sea tremendamente inquietante, confuso e incluso intimidante. Ver que su pequeño retoño empieza a manifestar conductas inesperadas para el género en que lo están educando y que las mismas persisten incluso ante el desincentivo que suelen mostrar sus progenitores, quienes intentan corregir estas conductas, puede resultar frustrante y aterrador. En este sentido se expresa Félix López, quien escribe: *“Lo importante es comprender que aun antes de que los niños y las niñas se puedan autoclasificar como tales, los padres les han organizado todo un mundo convencionalmente sexuado a partir de sus genitales externos. Y antes de que puedan vivir algo ya se les ha modelado indicándoles lo que se espera que sea su comportamiento”*<sup>117</sup>.

Pese a que tanto los estímulos del medio como los propios padres confluyen como una poderosa fuerza educadora sobre los NNyA, para formarlos en el rol de género que se espera de ellos según su sexo gonadal, acorde a la sociedad en la que viven, los testimonios de padres que han finalmente reconocido la identidad trans de sus hijos suelen dar cuenta de la tenacidad con que estos NNyA defendieron esa identidad, dando batalla en distintos frentes para hacer notar esta realidad y comunicarla a sus progenitores. Es común que estos niños hablen de sí mismos en el género que sienten como propio y que se ofusquen ante los intentos de “corregirlos” para que utilicen un género acorde a su sexo gonadal, así como también: *“hacen proyecciones de futuro con el género que sienten como suyo. Cuando se les lee un cuento, se identifican con uno de sus personajes y dicen que cuando sean mayores también harán eso.”*<sup>118</sup> Incluso pueden llegar a utilizar estrategias que sorprenden por su creatividad y elaboración, como revela el siguiente testimonio español que recopila la experiencia de una madre a la que le costó asimilar que, si bien había nacido con una fisonomía típicamente masculina, tenía una hija transgénero: *“La madre de una niña transexual de 10 años cuenta que su hija, a los seis años, y después de haberse cansado de decir que era una niña, se inventó un juego en el que ella era una niña pequeña abandonada en el bosque y su madre la tenía que buscar. Y cuando la encontraba, la tenía que abrazar y decirle todo lo que la quería. A la niña le encantaba repetir cada*

---

<sup>117</sup> López 2013b, p. 140-141 (Citado en Gavilán, 2016 p. 216).

<sup>118</sup> Gavilán, 2016, p. 18.

*día el juego, pero a la madre le resultaba doloroso porque empezó a comprender que eso era algo más que un juego, justo la manera de decirle que la aceptara como la niña que era.*<sup>119</sup>

Para los padres, la revelación de la identidad trans de sus hijos o hijas suele ser un momento doloroso y complejo, acompañado de profundos sentimientos de pérdida, para los que normalmente no están bien preparados, de ahí que para muchos padres sea tremendamente difícil aceptar y respetar la identidad de los NNYA transgénero. Otro testimonio, recopilado en España, pone esta situación de manifiesto en forma bastante clara en el caso de una madre que estaba convencida de tener una hija, pues tenía una fisonomía típicamente femenina: *“En una narración pionera de Canal Sur, una madre cuenta que cuando ella empezó a llamar a su hijo por el nombre que este había elegido se hartó de llorar. Vivió la experiencia como la pérdida de su hija y necesitó un periodo de duelo. La niña había desaparecido. Ya no la vería nunca más. No podría disfrutar como la había disfrutado, comprarle ropa, vestirla y peinarla con mimo. Y en realidad, a decir de esta madre, la niña nunca había existido. “La niña nunca ha estado, era un niño disfrazado de niña”. Y aun así, ha de sufrir la pérdida de su hija y mantener el tiempo del duelo.*<sup>120</sup>

Como se aprecia en el testimonio citado, el nombre es un elemento esencial de la identidad de estos NNYA, a saber: *“Todos los niños y las niñas que muestran a sus padres que tienen una identidad contraria a la que se les asignó al nacer traen ya el nombre con el que quieren que se les identifique. El nombre representa un elemento simbólico fundamental y forma parte del proceso ritualizado del tránsito social. Respetar a las niñas, los niños y los adolescentes transexuales supone la necesidad de reconocer los nombres con los que quieren que se les conozca, que los representan y como quieren que se les llame.*<sup>121</sup> Si entendemos el nombre como un elemento central y definitorio de la identidad, que constituye un derecho humano fundamental de cada persona, lo lógico parece ser instaurar mecanismos para facilitar el cambio y que su identidad sea reconocida, no sólo por el valor simbólico e identitario que reviste el nombre, sino también por razones prácticas relacionadas a todas las actividades en las que NNYA deberán identificarse por el nombre que figura en sus registros legales, relegando su verdadera identidad y nombre social a segundo plano.

Otro factor que dificulta la aceptación de la identidad de género de los NNYA transgénero es el hecho que aún existen muchas voces, incluso en el mundo académico y de la salud, que desconfían

---

<sup>119</sup> Gavilán, 2016, p. 123-187.

<sup>120</sup> Gavilán, 2016, p. 205-206.

<sup>121</sup> Gavilán, 2016, p. 207-208.

profundamente de los NNYA y de su capacidad de autodeterminarse conforme a su edad, como si de la niñez a la adolescencia se viviera en un periodo de indeterminación sexual y de género cuando, como se ha señalado previamente, la noción de lo masculino y lo femenino y la identificación con una de estas categorías se desarrolla a muy temprana edad.

Esta postura, especialmente en relación a la identidad transgénero, suele basarse en un estudio bastante citado del año 2008, de Madeleine S. C. Wallien y Peggy T. Cohen – Kettenis, en el que se estudió a un grupo de NNYA transgénero para evaluar si con el transcurrir del tiempo la identidad trans se mantenía, desaparecía o cambiaba a otra identidad de género. De acuerdo a los resultados obtenidos en el estudio sólo el 6-23% de los individuos evaluados mantuvieron una identidad transgénero<sup>122</sup>, sin duda un porcentaje muy bajo y que daría para pensar que los NNYA adolescentes carecen de la madurez suficiente para mostrar una identidad de género determinada y perdurable en el tiempo. Empero, si se analiza la metodología empleada para la realización de este estudio se pueden constatar graves deficiencias metodológicas que ponen en tela de juicio los resultados y las conclusiones obtenidas. En primer lugar, para identificar a los NNYA transgénero para el grupo de estudio se elaboró un cuestionario que debía ser respondido por estos, sin embargo, muchos no respondieron el cuestionario y en algunos casos este fue respondido por los padres, por lo que la muestra del estudio carece de rigor y da pie a muchos errores en la identificación de los NNYA transgénero, pudiendo incluso haber pertenecido a otras variantes de género, de hecho, varios de los NNYA que no mantuvieron una identidad trans se identificaron posteriormente como homosexuales. En segundo lugar, del 73% que no mantuvo una identidad transgénero en el transcurso del tiempo, el 30% había abandonado el seguimiento o no podía ser contactado para validar el resultado. Ante semejantes deficiencias metodológicas, los resultados de este estudio tienen poco valor y carecen de rigurosidad.

Por otro lado, estudios más recientes con NNYA transgénero en las unidades de identidad de género de España contradicen los resultados del estudio que se acaba de mencionar, como el realizado en el Hospital Clínic de Barcelona por María Teresa plana, Ángela Vidal, Irene Halperin, Mireya Mora, Luisa Lázaro y Esther Gómez, en el que se realizó un seguimiento a 50 NNYA transgénero entre 2008 y 2012, llegando a la conclusión que: *“EL 82% de los niños y el 91,7% de los adolescentes mantienen el diagnóstico en el seguimiento. Estos porcentajes son concordantes con estudios en nuestro entorno (Esteve y cols., 2006), pero no con los estudios publicados en la literatura*

---

<sup>122</sup> Los datos de este estudio se recogen de Gavilán, 2016, p. 53-54.

*que encuentran cifras mucho menores (2 - 56%). Por ello es preciso realizar nuevos estudios con criterios diagnósticos muy definidos para analizar dicha gran discrepancia entre estudios”* <sup>123</sup>. Así mismo, un estudio realizado en la Unidad de Trastornos de la Identidad de Género de Madrid, por Nuria Asenjo, Cristina García, José Miguel Rodríguez, Antonio Becerra y María Jesús Lucio, en el que se realizó un seguimiento a 45 NNyA transgénero, entre los años 2009 a 2013, muestra también un alto porcentaje de inmutabilidad de la identidad transgénero, que alcanza el 95%, después de la mayoría de edad<sup>124</sup>.

Si bien ambos estudios señalados muestran que la identidad transgénero en los NNyA es bastante estable desde antes de que estos alcancen la mayoría de edad, debe hacerse el reparo que ambos se encuentran inscritos en un esquema que patologiza la identidad transgénero, considerándola un trastorno diagnosticable y tratable, ya sea con tratamientos hormonales o cirugías, lo que, como ya se señaló previamente, resulta profundamente criticable.

---

<sup>123</sup> Gavilán, 2016, p. 55.

<sup>124</sup> Gavilán, 2016, p. 56. Los datos de este estudio se encuentran publicados en el artículo “Disforia de género en la infancia y la adolescencia: una revisión de su abordaje, diagnóstico y persistencia”.

## CAPÍTULO TRES: LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como se ha señalado, la esfera de la sexualidad humana y la forma en que esta es expresada por cada persona, incluyendo los roles de género asociados culturalmente a cada sexo, engloba una gran complejidad en la que intervienen muchos factores para determinar la experiencia personal y única de cada ser humano respecto a la manera de vivir su cuerpo y su sexualidad, constituyendo esto una parte integral de la propia identidad. En derecho esa vivencia única y personal, y poder expresarla en forma libre, social y segura, se engloban en los conceptos de identidad de género y expresión de género. Comprendidos en su conjunto como derecho a la identidad de género, constituyen una construcción novedosa y relativamente reciente, que busca proteger especialmente a aquellos que no encajan en las categorías estereotípicas de hombre/mujer heterosexual y que se encuentran constantemente asediados por la violencia y la discriminación hacia estas identidades. El reconocimiento de este derecho no se encuentra exento de resistencia y rechazo por parte de ciertos sectores conservadores que llegan incluso a negar de plano su existencia, evidenciando que aún hoy la sexualidad humana y sus formas de expresión son un campo de batalla político ideológico en que la represión se articula tanto desde la sociedad como del aparato estatal: *“Muchos Estados y sociedades imponen a las personas normas relativas a la orientación sexual y la identidad de género a través de las costumbres, las leyes y la violencia, y procuran controlar cómo las personas viven sus relaciones personales y cómo se definen a sí mismas. La vigilancia en torno a la sexualidad continúa siendo una de las fuerzas principales que sustentan la perpetuación de la violencia basada en el género y de la desigualdad entre los géneros.”*<sup>125</sup>

Tanto es así, que este derecho todavía no cuenta con un reconocimiento pleno e indiscutido a nivel internacional por parte de todos los Estados. La jurisprudencia a este respecto aún es incipiente y prácticamente no se encuentra plasmado con literalidad inequívoca en ninguno de los instrumentos vinculantes de Derecho Internacional, de hecho, ninguno de los tratados ratificados y suscritos por Chile menciona en forma expresa el derecho a la identidad de género. Así, a modo ejemplar, no se lo encuentra textualmente identificado ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Interamericana

---

<sup>125</sup> ICJ, 2007, p. 6.

para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ni en la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Ante este panorama, que puede parecer desolador, se ha recurrido a la integración e interpretación sistémica de los derechos humanos en tratados internacionales, para derivarlo de manera exegética como parte integrante de derechos que ya se encuentran reconocidos en estos instrumentos, aunque no se lo mencione de manera expresa al referirse a ellos. Adicionalmente, su contenido ha sido abordado y desarrollado por numerosos instrumentos blandos no vinculantes, o soft law, del Derecho Internacional, lo que engloba resoluciones no obligatorias de organizaciones internacionales, el derecho de los actores no estatales y los acuerdos interestatales no vinculantes<sup>126</sup>.

La virtud de los instrumentos blandos de Derecho Internacional

En vista de la falta de consenso internacional para dar reconocimiento efectivo al derecho a la identidad de género en Tratados Internacionales y la resistencia a reconocer la autodeterminación sexual de los individuos por parte de diversas sociedades y Estados, el hecho de contar al menos con instrumentos blandos de Derecho Internacional resulta un avance en la materia. Pese a no resultar de carácter vinculante, estos instrumentos no carecen de mérito, precisamente gracias a ese mismo carácter, en tanto permiten que los Estados vayan asumiendo compromisos a este respecto, en la medida que sus sociedades vayan avanzando en materia de tolerancia, integración y respeto por la diversidad, visibilizando además la necesidad de abordar estos temas y entregando lineamientos para el desarrollo de su contenido: *“Desde esa mirada y hablando de su utilidad, bien vale pensar en que sea mejor contar con un instrumento blando que con un tratado plagado de reservas, declaraciones interpretativas o que use la enorme gama de mecanismos de flexibilidad que hoy muestra la práctica para abordar así nuevos temas de la agenda social.”*<sup>127</sup>

Los principios de Yogyakarta

Especial importancia entre los instrumentos blandos del Derecho Internacional revisten Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género. Éstos se gestaron a instancia de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mary Robinson, el año 2006, quien propuso la idea de realizar una reunión de académicos y expertos de Naciones Unidas en apoyo a la

---

<sup>126</sup> Gauche, 2012, p.117.

<sup>127</sup> Gauche, 2012, p.131-132.



igualdad de derechos de las personas transgénero<sup>128</sup>. Para este efecto, se llevó a cabo entre el 6 al 9 de noviembre de 2006, en la universidad de Gadjah Mada, en Yogyakarta, un encuentro de 29 especialistas, de 25 países, provenientes de diversas disciplinas y con experiencia relevante en el ámbito internacional de los derechos humanos<sup>129</sup>. Así, los principios son la concreción del trabajo de este grupo de expertos, quienes reconocen como una de sus principales preocupaciones: *“las violaciones a los derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género reales o percibidas de las personas constituyen un patrón global y arraigado que es motivo de seria preocupación. Entre estas violaciones se encuentran los asesinatos extrajudiciales, la tortura y los malos tratos, las agresiones sexuales y las violaciones, las injerencias en la privacidad, las detenciones arbitrarias, la negación de empleo o de oportunidades educativas, así como una grave discriminación en el goce de otros derechos humanos. Estas violaciones a menudo se ven agravadas por la vivencia de otras formas de violencia, odio, discriminación y exclusión, como aquellas basadas en la raza, la edad, la religión, la discapacidad o la condición económica, social o de otra índole.”*<sup>130</sup>

Teniendo esto presente, los principios se basan en la aserción de que todas las personas transgénero son seres humanos y, en tanto tales, son titulares de los mismos derechos humanos que se reconocen a toda persona. Desde este punto de vista, los principios están diseñados como un documento didáctico, que busca evidenciar que no se propone ningún derecho nuevo, sino simplemente aplicar principios existentes de derechos humanos a la situación de las personas transgénero<sup>131 132</sup>.

Los principios de Yogyakarta fueron aceptados por Chile durante el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del año 2009, como guía para sus

---

<sup>128</sup> Sanders, 2008, p. 4.

<sup>129</sup> ICJ, 2007, p. 7.

<sup>130</sup> ICJ, 2007, p. 6.

<sup>131</sup> Sanders, 2008, p. 6.

<sup>132</sup> Una declaración de La Alta Comisionada de UN, Louise Arbour, fue leída el 7 de noviembre de 2007 como parte del tercer evento destinado a introducir formalmente los principios como parte del Sistema de Naciones Unidas, refiriéndose a ellos en estos términos: *“Human rights principles, by definition, apply to all of us, simply by virtue of having been born human. Just as it would be unthinkable to exclude some from their protection on the basis of race, religion, or social status, so too must we reject any attempt to do so on the basis of sexual orientation or gender identity.*

*The Yogyakarta Principles are a timely reminder of these basic tenets.*

*Excluding lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex persons from equal protection violates international human rights law as well as the common standards of humanity that define us all...”* (Sanders, 2008, p. 7).

políticas públicas<sup>133</sup>. Pese a que, debido a su estatus de soft law, no resulta obligatoria su aplicación, sus directrices resultan relevantes para la interpretación y aplicación de los derechos humanos en relación a las personas transgénero, no es menor que la definición por excelencia de identidad de género es la consignada por Los Principios: *“se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”*<sup>134</sup>. Así como también ocurre con la definición de orientación sexual: *“se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”*<sup>135</sup>.

Sin embargo, ciertos sectores desacreditan la legitimidad y valor orientativo de Los Principios, en tanto carecen de carácter vinculante, llegando incluso a cuestionar la voz autorizada de sus redactores<sup>136</sup>. Para estos grupos Los Principios de Yogyakarta resultan subversivos e incluso peligrosos, entre otras razones, al plantear que los Estados tienen una obligación de promover e implementar una educación que reconozca y respete la identidad de género, esto se concreta principalmente en las letras C y D del principio 16 respecto al derecho a la educación, al señalar:

*“C. Garantizarán que la educación esté encaminada a inculcar respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como por la madre, el padre y familiares de cada niña y niño, por su propia identidad cultural, su idioma y sus valores, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia e igualdad entre los sexos, teniendo en cuenta y respetando las diversas orientaciones sexuales e identidades de género.*

*D Asegurarán que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto de, entre otras, la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de*

---

<sup>133</sup> CDH, 2009, p.20.

<sup>134</sup> ICJ, 2007, p. 8.

<sup>135</sup> ICJ, 2007, p. 8.

<sup>136</sup> Comisión de Derechos Humanos del Senado de Chile, 2014. p. 6.

*género, incluyendo las necesidades particulares de las y los estudiantes y de sus madres, padres y familiares en este sentido;*<sup>137</sup>

Lamentablemente, aún hoy hay quienes se aferran con determinación feudal a una concepción posesiva y objetualizada de su descendencia como medio de reproducción de determinadas ideologías, lo que viola los derechos de NNyA al no respetarse su autonomía progresiva y su derecho a construir su propia identidad.

El derecho a la identidad de género y su protección en los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por Chile

Ante la constatación de la constante vulneración de derechos a que se ven sometidas un gran número de personas en atención a su orientación sexual e identidad de género, ha surgido la necesidad de interpretar los instrumentos de derecho internacional, de modo de subsumir la protección de estas categorías dentro de lo reseñado por estos instrumentos. Amnistía Internacional ha manifestado su preocupación en esta materia al señalar: *“Toda persona debe poder disfrutar de todos los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y sin embargo, millones de personas de todo el mundo se enfrentan a la ejecución, encarcelamiento, tortura, violencia y discriminación por su orientación sexual o identidad de género.*

*De tal suerte, que estas personas son sujetas a violaciones; palizas de los cuerpos de seguridad; pérdida de la custodia de sus hijas e hijos; homicidios y agresiones en las calles (crímenes de odio); insultos frecuentes; acoso escolar; denegación de empleos y servicios de salud; incitación al suicidio; en algunos casos ejecuciones estatales; amenazas por hacer campañas a favor de sus derechos humanos; trato cruel, inhumano y degradante; detenciones arbitrarias; restricciones a la libertad de asociación, entre otros.*<sup>138</sup>

Ante este escenario, resulta evidente la necesidad de interpretar los tratados de manera extensiva, de modo de proscribir toda forma de discriminación hacia las diversas identidades de género y asegurar su protección: *“La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha entendido de conformidad con los distintos tratados internacionales por discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una*

---

<sup>137</sup> ICJ, 2007, p. 23.

<sup>138</sup> Comité Jurídico Interamericano, 2013, p. 3.

*persona por estos motivos que tenga por objeto o resultado -ya sea de jure o de facto- anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social o culturalmente se han construido en torno a dichas categorías”.*<sup>139</sup> Cabe recordar que los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile se incorporan al derecho interno según lo preceptuado por el artículo 5 inciso segundo CPR.

Así, la primera manifestación del derecho a la identidad se subsume en el principio de no discriminación y principio de igualdad, consagrado en numerosos tratados internacionales, dentro de los que se destacan a continuación<sup>140</sup>:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos: artículos 1, 2 numeral 1 y 7
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 26
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: artículo 2 numeral 2

De este modo, la CIDH ha interpretado que: *“Actualmente en la práctica la discriminación por razones de orientación sexual, identidad de género y expresión de género ha sido prohibida por medio de la interpretación de varios instrumentos internacionales tanto en el ámbito universal como en el regional, enmarcándolo bajo la categorías de “otra Condición Social” y a veces aunque un poco más forzosamente en las categorías de “género” o “sexo”, y es así como se ha considerado al no haber una regulación específica y taxativa de todas estas categorías dentro de las causales tradicionales de no discriminación, estas se han subsumido en dos causales de discriminación en la práctica del Derecho Internacional, siendo estas: la discriminación por “sexo” y aquellas cláusulas abiertas de discriminación que impliquen “cualquier otra condición social””*<sup>141</sup> (sic).

En la misma línea se ha expresado La Corte Interamericana de Derechos Humanos en Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile: *“la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bajo el término “Otra Condición Social”, establecido en el artículo 1.1 de dicha Convención.”*<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> Comité Jurídico Interamericano, 2013, p. 3.

<sup>140</sup> Comité Jurídico Interamericano, 2013, p. 3-4.

<sup>141</sup> Comité Jurídico Interamericano, 2013, p. 6.

<sup>142</sup> Comité Jurídico Interamericano, 2013, p. 6.

Es dable señalar que, si bien el soft law internacional, ya mencionado precedentemente, no resulta obligatorio para los Estados, tiene una fuerte injerencia en la interpretación de los Tratados Internacionales en esta materia y juega un importante papel a este respecto, alcanzando incluso los criterios de La Corte.

Por otra parte, el reconocimiento positivo del derecho a la identidad de género se desprende de los artículos 7 y 9 de la Convención Sobre los Derechos del Niño:

- Artículo 7 numeral 1 CDN: *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”*

- Artículo 8 numeral 1 CDN: *“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”.*

En su Observación General número 14 El Comité de los Derechos del Niño ha refrendado lo anterior interpretando el derecho a la identidad del niño en forma amplia, entendiendo subsumido como parte integrante de éste tanto el sexo como la orientación sexual, lo que resulta análogicamente aplicable a la identidad de género al englobarse toda la historia personal del NNYA: *“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.”*<sup>143</sup>

Adicionalmente, siguiendo a los autores Ayelen Casella y Leonardo Toia, debe considerarse así mismo el artículo 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicando la misma interpretación extensiva que a la CDN, en tanto el referido artículo garantiza el derecho al nombre en los siguientes términos: *“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos...”*. Así, en tanto la protección del nombre se asemeja a la de la CDN, salvaguardando la identidad de la persona que se compone de numerosos elementos, estos autores

---

<sup>143</sup> Comité de los derechos del niño, 2013, Párr. 55.

concluyen: “si para las personas comprendidas dentro de la CDN, el derecho al nombre se integra con el derecho a la identidad, no puede pensarse que para el resto de los seres humanos el derecho al nombre tenga un alcance menor.”<sup>144</sup>

Finalmente, cabe señalar que Chile suscribió el 22 de octubre de 2015 la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, la cual en su parte introductoria señala: “una sociedad pluralista y democrática debe respetar la identidad cultural, lingüística, religiosa, de género y sexual de toda persona, que pertenezca o no a una minoría, y crear las condiciones que le permitan expresar, preservar y desarrollar su identidad”<sup>145</sup>, contemplando, además, en el Capítulo I artículo 1 expresamente a la identidad y expresión de género como categorías sospechosas de discriminación. Sin embargo, pese a tratarse de un instrumento vinculante, a la fecha no ha sido ratificado por Chile.

### Interpretación Constitucional del derecho a la identidad de género

Como ya se ha desarrollado previamente, el derecho a la identidad de género implica el reconocimiento de uno de los derechos más nóveles relacionados con la identidad y sexualidad individual de las personas, por lo que su reconocimiento expreso aún es escaso. Por ende, no es de extrañar que no se lo contemple de manera expresa en el texto constitucional. Sin embargo, bajo una interpretación armónica de los valores, principios y derechos consagrados en la CPR resulta válido considerarla no sólo como una categoría protegida, sino también identificar límites a la injerencia estatal en la materia.

Así, en primer lugar, debe señalarse que el artículo 1 inciso primero CPR consagra el principio de igualdad de todos los seres humanos: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, mientras que en su inciso cuarto se establece el principio de servicialidad del Estado: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para 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 espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”. Es decir, existe un mandato expreso dirigido al Estado por el que éste debe garantizar el libre desarrollo de las personas acorde a su dignidad y derechos, sirviendo tanto de fuente de derechos (autonomía, igualdad y dignidad), como de

---

<sup>144</sup> Casella y Toia, 2013, p. 309.

<sup>145</sup> OEA, n.d.

herramienta exegética del texto constitucional<sup>146</sup>, considerando a las personas: *“como titulares de un espacio de decisión y de actuación en que no caben intromisiones de carácter externo”*<sup>147</sup>. Por tanto, el Estado está llamado activamente a crear las condiciones que permitan a cada individuo autodeterminarse libremente, generando su propia identidad en este proceso que: *“por respeto a la autodeterminación de los sujetos, debe quedar entregada a cada cual y se inicia a partir de la autopercepción del sujeto, conforme a la cual se define a sí mismo en el mundo y se proyecta históricamente, lo que configura el derecho a la identidad.”*<sup>148</sup> Frente a este espacio de autodeterminación de los individuos no cabe que el Estado: *“intervenga basándose en que la decisión es adoptada por el sujeto es inaceptable, moralmente autodegradante o contraria a determinados ideales de virtud, excelencia o de salvación”*<sup>149</sup> (sic).

Adicionalmente, el artículo 5 inciso segundo de la CPR reconoce como límite al ejercicio del poder del Estado los derechos fundamentales, tanto aquellos que se encuentran garantizados por la Constitución, como aquellos contemplados en los Tratados Internacionales ratificados por Chile: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Esto es lo que Humberto Nogueira ha definido como el bloque constitucional de derechos fundamentales, por cuanto el catálogo de derechos y garantías constitucionales se va ampliando constantemente por esta norma de reenvío, en la medida que se suscriben y ratifican nuevos tratados, constituyendo, así mismo, límites a la soberanía estatal: *“constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributos que emanan de la dignidad humana, como lo determina tanto el propio texto fundamental como las fuentes del derecho internacional, principalmente las fuentes convencionales de este último.”*<sup>150</sup>

Por su parte, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido (irónicamente en una sentencia adversa, al revisar la constitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, en la que finalmente antepuso el bien jurídico de la indemnidad sexual invocando el interés superior del niño a la

---

<sup>146</sup> Palavecino, 2012, p. 94.

<sup>147</sup> Palavecino, 2012, p. 94.

<sup>148</sup> Palavecino, 2012, p. 94.

<sup>149</sup> Gómez, 2005, p. 319.

<sup>150</sup> Nogueira, 2015, p.301-350.

autonomía progresiva de NNyA) la existencia de un reconocimiento implícito en la carta fundamental del derecho al libre desarrollo de la personalidad en su apartado quincuagésimo primero al señalar que no desconoce que: *“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”*<sup>151</sup>.

A lo que cabe agregar lo referido previamente por el TC al exponer, si bien en forma extensa, de manera bastante completa: *“que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (Sentencia Rol N° 834, considerando 22°); DÉCIMO: Que, en esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la identidad personal –en cuanto emanación de la dignidad humana– implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque 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.”*<sup>152</sup>

Así pues, puede señalarse que la protección del derecho a la identidad de género reviste dos facetas; la primera, de carácter positivo, dice relación con el derecho de toda persona para construir su identidad libremente, incluyendo su identidad de género, y que esta sea reconocida formalmente frente al Estado y ante terceros; la segunda, de carácter negativo, implica la capacidad de defensa de esa identidad frente a intromisiones indebidas por parte de terceros o el Estado con el fin de alterar,

---

<sup>151</sup> EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 1.683-2010, 4 de enero del 2011, considerando quincuagésimo primero.

<sup>152</sup> EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 1.340-2009, 29 de septiembre de 2009, considerando décimo.



negar o discriminar arbitrariamente esa identidad de género<sup>153</sup>. En este segundo sentido el Informe Anual del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales año 2019 señala: *“Es responsabilidad del Estado no solo no violar esos derechos, lo que se denomina obligación de respeto, sino que además garantizarlos efectivamente. Si una joven trans o una pareja de mujeres lesbianas no pueden caminar por las calles de Chile sin ser acosadas o, peor aún, agredidas o violentadas verbal o físicamente, el Estado chileno ha fallado en dar esa debida protección”*<sup>154</sup>.

Por tanto, es perfectamente válido considerar que la identidad de género, entendida como parte integrante de la identidad personal de los individuos, pertenece a la esfera de la libertad y autonomía individual, derechos garantizados por la Constitución, siendo deber del Estado promover esta libertad y autonomía, garantizando su ejercicio en igualdad y dignidad para todos los individuos y velando por crear los espacios requeridos para el mejor desarrollo material y espiritual de los mismos, reconociendo como único límite el bien común y los derechos y garantías constitucionales. No es menor que el propio Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha recomendado expresamente a este respecto que los Estados ofrezcan todas las facilidades posibles para que las personas puedan acceder a un procedimiento expedito y no discriminatorio para adecuar sus documentos de identidad según el género escogido<sup>155</sup>.

Adicionalmente, el reconocimiento del derecho a la identidad de género implica no establecer a priori restricciones al ejercicio del mismo en pos de la protección de intereses hipotéticos de terceros: *“Estas situaciones podrán, eventualmente, generar una ponderación de principios involucrados en colisiones de derechos; sin embargo, no procede restringir anticipada e injustamente el derecho para asegurar intereses hipotéticos o eventuales. En dicho caso, nos encontraríamos frente a restricciones abiertamente desproporcionadas e ilegítimas, puesto que no se basan en el análisis de una ponderación en el caso concreto.”*<sup>156</sup> Dentro de las posibles limitaciones que se han señalado como injustificadas se pueden mencionar que la persona no tenga vínculo matrimonial vigente, que no tenga descendencia, o dar publicidad a la solicitud para que terceros se puedan oponer a ella<sup>157</sup>. Se puede observar una evolución en este sentido en países como Alemania y España<sup>158</sup>.

---

<sup>153</sup> Palavecino, 2012, p. 95.

<sup>154</sup> UDP, 2019, p.137.

<sup>155</sup> Alto comisionado de las Naciones Unidas, 2011, p.27.

<sup>156</sup> Espejo y Lathrop, 2015, p.398.

<sup>157</sup> Espejo y Lathrop, 2015, p.398.

<sup>158</sup> Espejo y Lathrop, 2015, p.398.

## Derecho a la identidad de NNyA

Al momento de definir qué es la identidad de una persona, es posible recurrir en primer lugar a la definición que la RAE entrega del término, definiéndola, en su segunda y tercera acepción como: *“Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás”* y *“Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”*<sup>159</sup> respectivamente; por otra parte, al definir el concepto de persona, la RAE señala respecto a la etimología de la palabra que esta proviene del latín *persōna*, voz que designa la máscara del actor, referida al personaje teatral, es decir, ya desde su origen el concepto mismo de persona contiene la idea de cómo se es percibido por otros, la máscara, faceta, que los demás observan del individuo, por tanto, no se puede hablar de persona sin implicar, de una u otra manera, la idea de que esa persona tiene una identidad frente a los demás y ante sí misma. Por su parte, en el campo del derecho civil, el concepto más relevante desde la codificación decimonónica es precisamente el de persona, regulando su tratamiento el libro primero del Código Civil y dando lugar a su título (*“De las personas”*), abarcando su contenido<sup>160</sup>, principio<sup>161</sup> y fin<sup>162</sup>. Sin embargo, al ser llevada a la norma, la noción de identidad, asociada a la idea misma de persona, parece diluirse en un concepto más rígido y formal, meramente funcional a la técnica legislativa, elemento más bien propio del carácter decimonónico que inspiró su redacción. Por este motivo, al momento de dar primacía al concepto identitario de cada persona, como un derecho a ser libremente frente a los demás, resulta mucho más útil referirse a la normativa internacional y, en especial, a la interpretación que de esta han hecho los organismos internacionales para dotarla de contenido.

En el caso de NNyA, al encontrarse aún en desarrollo sus facultades, el derecho a la identidad cobra especial relevancia, en tanto ellos están en proceso activo de formarse su propia identidad en base a sus vivencias y decisiones diarias, en este mismo sentido se ha expresado La Corte IDH al señalar: *“(…) la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el*

---

<sup>159</sup> Véase RAE edición electrónica <http://lema.rae.es/drae/?val=identidad> 22.ª edición y las enmiendas incorporadas hasta 2012.

<sup>160</sup> Art. 55 CC: *“Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.”*

<sup>161</sup> Art. 74 CC: *“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.”*

<sup>162</sup> Art. 78 CC: *“La persona termina en la muerte natural.”*

*plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez (...)*<sup>163</sup>. En la misma línea se ha planteado el Comité de los Derechos del Niño, ligando directamente el derecho a la identidad de NNyA con la obligación de considerarla al evaluar el interés superior del niño: *"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"*<sup>164</sup>.

Así mismo, como parte de este derecho a la identidad, es necesario dejar de negar el derecho a la vivencia plena de la sexualidad y el género por parte de NNyA, afirmación que no debe confundirse con un incentivo o licencia a la experimentación del acto sexual a temprana edad, concebir la bastedad y riqueza de la sexualidad humana como reducida al mero acto sexual sería de una extrema mezquindad. Tal como se desarrolló previamente, NNyA tienen desde temprana edad conciencia de los roles culturales de lo femenino y masculino y son perfectamente capaces de identificarse con uno de esos roles y adscribirse al mismo. Ya sea respecto de su expresión de género u orientación sexual, estas deben entenderse como categorías resguardadas que conforman parte inherente de la identidad de todo ser humano. Así mismo lo ha expresado la Corte IDH: *"La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, se ha entendido a la orientación sexual –interpretación que puede extenderse a la identidad de género y expresión de género- dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, "entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad"*<sup>165</sup>. Adicionalmente, la Comisión IDH también se ha referido al derecho a determinar la propia identidad como parte de la esfera del derecho a la vida privada: *"La Comisión Interamericana ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia*

---

<sup>163</sup> IDH, 2012.

<sup>164</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general 14, Párr. 55.

<sup>165</sup> Caso 12.504 de Karen Atala contra el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2010. Citado en Comité Jurídico Interamericano, 2013, p. 10.

*personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar*<sup>166</sup>.

Lamentablemente, en el caso de NNyA aún existe una visión muy persistente de considerarlos en una posición subordinada a los padres y hay quienes pretenden ver en el número 10 del artículo 19 CPR<sup>167</sup> y el artículo 5 CDN<sup>168</sup> una justificación para negarle el ejercicio de sus derechos a NNyA por el solo hecho que sus padres no aprueban su decisión o de plano se niegan a respetar su autonomía progresiva. Sin embargo, nada más lejos de la realidad y de la correcta interpretación de estas normas, que en lugar de otorgar derechos plenos sobre NNyA lo que hacen es reconocer la primacía de la responsabilidad parental: *“los padres o representantes legales tienen un deber u obligación de actuar responsablemente en el desarrollo de los derechos de los niños, pueden oponer tal rol preferente a una intervención no justificada de modo estricto por el Estado...”*<sup>169</sup>, en la misma línea: *“lo que consagra el art. 5° de la CDN es un derecho que los padres o representantes legales de los NNA ejercen en contra del Estado y no en contra de los propios NNA. Tal posición privilegiada se deriva, a su vez, de su responsabilidad en actuar en interés del NNA, y no, como mal podría entenderse, en que los padres tienen derechos sobre sus hijos”*<sup>170</sup>, lo que resulta extensible al texto constitucional. Dicho de otra manera: *“La responsabilidad parental es, en otras palabras, una posición de privilegio que el Derecho reconoce a ciertos adultos para que guíen y orienten a los NNA, en consonancia con la evolución de sus facultades, para el ejercicio pleno de los derechos de esos niños”*<sup>171</sup>.

Si se reconoce entonces, que la identidad de género es parte constitutiva de la identidad de cada persona, la que no puede ser negada por ser inherente al ser humano, y que no debe ser limitada en el caso de NNyA ni aún a excusa de desagradar a sus padres, debiendo respetarse siempre su autonomía progresiva para ejercer sus derechos, cabe preguntarse si existe una edad mínima para el ejercicio del derecho a la identidad de género. A este respecto, se propone la misma respuesta que

---

<sup>166</sup> Comité Jurídico Interamericano, 2013, p. 13.

<sup>167</sup> *“Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.”*

<sup>168</sup> *“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 su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.”*

<sup>169</sup> Espejo y Lathrop, 2015.

<sup>170</sup> Espejo y Lathrop, 2015.

<sup>171</sup> Espejo y Lathrop, 2015.

al momento de analizar el derecho del niño a ser oído, no existe una edad mínima per se para limitar el ejercicio de este derecho, ya que constituiría una limitación arbitraria, siendo el criterio relevante no la edad biológica, sino la madurez del NNoA para comprender las consecuencias de sus decisiones, en ejercicio de su autonomía progresiva: *“...todos los derechos reconocidos a los NNA, incluidos el derecho a la identidad y el derecho a ser oído, no establecen un límite de edad formal sino que se sujetan más bien a criterios de determinación de madurez, parece adecuado que el Legislador no fije una edad de corte para el ejercicio de este derecho. Esto es, el derecho a solicitar las rectificaciones respectivas debe ser reconocido a todos los NNA. Si es que el niño o niña es muy pequeño/a, ese derecho debiera ser ejercido a través de su representante legal o de quien lo tenga bajo cuidado. Será luego el tribunal el que determine la suficiencia de la justificación dada en la solicitud, después de escuchar al NNA, para adjudicar definitivamente el derecho, y basado siempre en el interés superior del NNA”*<sup>172</sup>.

Para lograr satisfacer en este caso el criterio de madurez suficiente una posibilidad puede ser recurrir al concepto de competencia, tomado del campo de la bioética, que se define como: *“La Capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos, para a continuación tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propia escala de valores”*<sup>173</sup>, debiéndose velar por: *“que la información sea adecuada a la capacidad de comprensión del paciente. Según la teoría del CI solo los pacientes competentes tienen el derecho ético y legal de aceptar o rechazar un procedimiento propuesto”*<sup>174</sup>. Este concepto resulta útil como manera de superar el entrampado sistema de capacidad vigente en el Código Civil basado en criterios rígidos de competencia según la edad: *“Sabido es que en materia de consentimiento informado, cuando se trata de la toma de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud, el concepto jurídico de “capacidad” no coincide con el bioético de “competencia”. La capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones debe distinguirse del especial discernimiento que debe tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico y, en función de ella, adoptar una decisión mediante la adecuada evaluación de las distintas alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos”*<sup>175</sup>, basándose en la premisa de: *“que las personas adquieren conciencia sobre el propio*

---

<sup>172</sup> Espejo y Lathrop, 2015.

<sup>173</sup> Vera, 2016, p.59-68.

<sup>174</sup> Vera, 2016, p.59-68.

<sup>175</sup> Flah y Minyersky, n.d, p. 4.

*cuerpo mucho antes de arribar a la mayoría de edad generalmente estipulada por las leyes.*<sup>176</sup>. Este tipo de concepto ha sido incorporado en legislaciones como la Argentina.

En la misma línea, en Argentina se ha aceptado presumir la capacidad de discernimiento del NNoA en base a actos positivos que éste haya realizado; como solicitar provisión de anticonceptivos, información en materia sexual, reproductiva o de enfermedades de transmisión sexual, en resumen, actos que demuestren conciencia sobre el propio cuerpo en relación a la sexualidad y reproducción<sup>177</sup>. La autora Marisa Herrera propone incluso una interesante ampliación de este principio a otros derechos personalísimos para reforzar la protección e incentivo de la autonomía de NNyA: *“Esta misma mirada revisionista debería trasladarse a una cantidad de derechos personalísimos de niños y adolescentes como ser aquellos relacionados con la libertad religiosa, el derecho a la educación, la decisión de dar un hijo en adopción por parte de padres menores de edad, el reconocimiento de hijos y todos aquellos actos relacionados con la filiación, la reasignación de sexo, disposición de órganos o material anatómico para transfusión de sangre y tratamientos médicos, la modificación del nombre, entre otros. Inclusive, revisar la normativa reciente en materia de edad legal para contraer matrimonio.*<sup>178</sup>

En una línea similar, la Corte Constitucional de Colombia se ha planteado respecto a la ponderación de los principios de autonomía y beneficencia en casos de NNA transgénero, considerando como relevantes los siguientes elementos: *“a) urgencia e importancia del tratamiento para el interés del NNA; b) riesgo e intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del NNA; c) edad y madurez del NNA*<sup>179</sup>.

Lamentablemente, como se revisará más adelante, en la redacción final de la Ley 21.120 los menores de 14 años fueron excluidos, negándoseles el derecho a ejercer y ver protegida su identidad de género. Esto resulta grave ya que, siguiendo a la profesora Fabiola Lathrop en conjunto con Nicolás Espejo, existirían 4 obligaciones específicas que vinculan al Estado de Chile según lo dispuesto en la CDN, las que en este caso no se estarían cumpliendo: *“Estos deberes derivan del reconocimiento de las siguientes circunstancias en que se encuentran los NNA: el derecho que su interés superior sea tenido como consideración primordial en toda decisión (art. 3° CDN); el derecho a que se respete y*

---

<sup>176</sup> Minyersky y Flah, n.d, p. 4.

<sup>177</sup> Herrera, 2009 p. 132.

<sup>178</sup> Herrera, 2009 p. 132.

<sup>179</sup> Espejo y Lathrop, 2015.

*proteja el derecho a preservar su identidad (art. 8°); el derecho a expresar su opinión libremente y a que tales opiniones sean debidamente tomadas en cuenta en función de su edad y madurez; y el respeto que el Estado debe otorgar a quienes ejercen responsabilidad parental o a quienes se encuentran encargados legalmente de impartir dirección y orientación apropiadas a los NNA para que estos últimos, en consonancia con la evolución de sus facultades, puedan ejercer sus derechos (art. 5°)*<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> Espejo y Lathrop, 2015.





## CAPÍTULO CUATRO: REGULACIÓN PREVIA A LA LEY 21.120

La única dimensión regulada en Chile, previa a la vigencia de la nueva Ley 21.120, relacionada con la identidad de género es el nombre, que si bien es considerado uno de los atributos de la personalidad no está consagrado expresamente a nivel constitucional como un derecho de la personalidad, sino que resulta necesario remitirse a través del artículo 5 de la Constitución Política de la República a instrumentos internacionales ratificados por Chile, a saber, los artículos 7.1<sup>181</sup> y 8.1<sup>182</sup> de la Convención Sobre los Derechos del Niño y el artículo 24.2<sup>183</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el ordenamiento interno, el nombre se encuentra regulado en gran medida respecto a los procedimientos para su consignación y cambio. Así, la Ley 4.808, que regula al Servicio de Registro Civil e Identificación respecto de las distintas inscripciones y partidas que debe llevar, prescribe, en su artículo 31, el contenido que debe señalar la partida de nacimiento, señalando expresamente en el numeral 2 la mención del sexo del recién nacido y en el numeral 3 su nombre y apellido. Adicionalmente, se establece una relación indisoluble en el inciso segundo del mencionado artículo entre el sexo y el nombre del individuo al prescribir explícitamente que: *“No podrá imponerse al nacido un nombre [...] equívoco respecto del sexo [...]”*. Por su parte la Ley 17.344 regula el procedimiento para realizar el cambio de nombre de una persona. El nombre es, pues, un derecho de todo ser humano en tanto tal y un elemento esencial para distinguir a una persona de otra, que conforma y configura la identidad de un ser humano frente a sus pares. Según la legislación nacional, el nombre debe componerse de dos partes; el nombre propiamente tal o nombre de pila, que es el que identifica a la persona en sí, y el apellido o nombre patronímico, que distingue a una persona como integrante de un grupo familiar y se transmite a los descendientes<sup>184</sup>.

Ahora bien, tanto en idioma castellano como en otros idiomas, los nombres tienen una fuerte carga de género, siendo muy raros los nombres neutros, y son asignados a los recién nacidos según la preferencia de sus padres en consonancia con el sexo biológico asignado al niño en la partida de nacimiento. De hecho, como ya se señaló, esta concordancia es exigida al momento de realizar la inscripción en el Registro Civil. Sin embargo, si se entiende el nombre como parte integral de la identidad de una persona, es razonable entender que ese nombre debe estar en consonancia con esa

---

<sup>181</sup> *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre...”*

<sup>182</sup> *“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.”*

<sup>183</sup> *“Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.*

<sup>184</sup> Lyon, 2007, p. 124 y 125.

identidad. Es precisamente en este punto donde el nombre se vincula con la identidad de género, pues para las personas transgénero el nombre que se les ha asignado al nacer resulta equívoco respecto de su identidad, pues corresponde a un género con el cual no se identifican. Esta discrepancia fractura constantemente la identidad de las personas trans, quienes se ven forzadas a llevar un nombre que contradice su identidad de género, causándoles muchos problemas de diversa índole y gravedad; incompreensión, rechazo, discriminación, dificultad para realizar trámites legales, etc. Como se señaló precedentemente, las personas transgénero, incluso estando aún en la infancia, adoptan para sí un nombre acorde a su identidad de género y piden ser reconocidos por este nombre elegido en su entorno. Sin embargo, el problema es lograr el reconocimiento legal de este nombre, bajo el que realmente se sienten identificados y por el que quieren ser conocidos. La Ley 4.808 es clara al prescribir que el nombre no puede ser equívoco respecto del sexo<sup>185</sup>, pudiendo el Oficial del Registro Civil oponerse a realizar la inscripción si se vulnerara este u otro requisito<sup>186</sup>. Sin duda, a la luz del período histórico en que fue redactada esta norma, el legislador tenía en mente el sexo biológico (más puntualmente gonadal) de las personas, pero, con el desarrollo que han experimentado tanto las ciencias del derecho respecto a los derechos de la personalidad y a la identidad de género, como de las ciencias biológicas respecto a la amplitud de variantes que abarca la esfera de la sexualidad humana; interpretar la norma a la luz de esta nueva perspectiva, relacionando el nombre en concordancia con la identidad de género del individuo en lugar de su fisonomía corporal, resulta en una actualización de la norma a los tiempos actuales que no rompe la coherencia con el resto del sistema.

Esta interpretación, en todo caso, sólo cobra relevancia cuando una persona alcanza el nivel de madurez suficiente para manifestar esa disconformidad entre su nombre y su identidad de género, pues al momento de realizar la inscripción es imposible saber cuál será la identidad a futuro del recién nacido y, por tanto, lo más natural es que el Oficial del Registro Civil interprete esta norma limitando el concepto de sexo a su sentido biológico a la hora de fiscalizar los requisitos.

---

<sup>185</sup> Art 31 inc 2: *“No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje.”*

<sup>186</sup> La Ley establece un procedimiento en caso que el solicitante desee insistir frente a la oposición del Oficial del Registro Civil a inscribir un nombre, para lo cual se remitirán los antecedentes al Juez de Letras en lo Civil que sea competente, quien deberá resolver en el menor plazo posible, sin forma de juicio y con audiencia de las partes, si el nombre cumple o no con los requisitos exigidos por la Ley.

Procedimiento que autoriza el cambio de nombre y apellidos, Ley 17.334

Por otra parte, al analizar en detalle el procedimiento regulado en la Ley 17.344, que autoriza a realizar el cambio de nombre, surgen algunas cosas interesantes. En primer lugar, al comienzo de su artículo primero, se indica que: *“toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento”*, consagrando así el derecho de todo ser humano a tener un nombre y hacer uso de él para identificarse frente a los demás. Lo siguiente que señala es el derecho de toda persona a solicitar, por una sola vez, que se le autorice a cambiar sus nombres, apellidos o ambos a la vez, en los casos contemplados en el mencionado artículo que cubren tres hipótesis:

*“a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente;*

*b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios, y*

*c) En los casos de filiación no matrimonial o en que no se encuentre determinada la filiación, para agregar un apellido cuando la persona hubiera sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieren impuesto al nacido, cuando fueren iguales.”*

Esta solicitud puede ser impetrada por cualquier persona mayor de edad directamente en el tribunal competente<sup>187</sup>, siendo obligatorio realizar la gestión en sede jurisdiccional. De hecho, el artículo 17 de la Ley 4.808 exige precisamente una sentencia judicial ejecutoriada como requisito indispensable para realizar cualquier cambio en la partida de nacimiento de una persona.

Los NNyA no pueden realizar la solicitud por sí mismos, sino que están obligados a hacerlo a través de su representante legal. Sólo en el caso que el NNoA no tuviere representante legal, éste estuviere impedido, o se negase a autorizar la solicitud resolverá el juez, con audiencia del NNoA, a petición de cualquier consanguíneo de éste, del Defensor de Menores o aun de oficio. Lo que va muy de la mano con la poca autonomía que aún se le concede a NNyA para obrar por sí mismos en materias que bien podrían regirse por un principio de autonomía progresiva, de modo que no los supedita eternamente al arbitrio y control de sus representantes legales hasta alcanzar la mayoría de edad. De hecho, la Ley autoriza que el cambio de apellido alcance a los descendientes sujetos a patria

---

<sup>187</sup> De acuerdo al artículo 2 de la mencionada Ley esta competencia se entrega al Juez de Letras de Mayor o Menor Cuantía en lo Civil del domicilio del peticionario.

potestad, lo que, si bien puede resultar práctico, resulta un tanto cuestionable por los mismos motivos.

El procedimiento se inicia como una gestión voluntaria<sup>188</sup>, que puede derivar en contenciosa si existiere oposición de terceros. La solicitud de cambio de nombre debe contener la individualización del solicitante y la indicación del nombre completo (nombres y apellidos) por el que la persona desea ser reconocida legalmente en lugar del propio, dicha solicitud es redactada por el secretario del tribunal civil correspondiente y publicada en extracto en el Diario Oficial, para que en un plazo de 30 días pudieren oponerse los terceros que lo estimaren pertinente, acompañando los antecedentes que justificasen la oposición. Adicionalmente, como parte del procedimiento es obligatorio oír al Servicio de Registro Civil e Identificación.

El tribunal procederá a resolver la solicitud con conocimiento de causa, previa información sumaria. En caso de existir oposición el juez procederá sin forma de juicio apreciando la prueba en conciencia y en mérito de las diligencias que ordene practicar.

En el artículo 2 sólo se contempla una causal expresa de rechazo a la solicitud<sup>189</sup>, la que se refiere a la realizada por personas actualmente procesadas o condenadas por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, salvo que se cumplan los requisitos allí exigidos.

En caso de ser acogida la solicitud, la sentencia deberá ordenar la modificación de la partida de nacimiento y adicionales que corresponda (partida de matrimonio y partida de los hijos menores de edad, que deberá solicitarse en el mismo acto) y sólo tendrá efectos legales una vez que se extienda la nueva inscripción.

Una vez modificada la inscripción, la persona, tal como prescribe el artículo 4: *“sólo podrá usar, en el futuro, en todas sus actuaciones, su nuevo nombre propio o apellidos, en la forma ordenada por el juez.”* El uso malicioso de los primitivos nombres o fraudulento de los nuevos para eximirse del cumplimiento de obligaciones contraídas con anterioridad será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, según lo prescribe el artículo 5.

---

<sup>188</sup> De acuerdo al artículo 817 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>189</sup> *“No se autorizará el cambio de nombre o apellido o supresión de nombres propios si del respectivo extracto de filiación que como parte de su informe remitirá la Dirección, apareciere que el solicitante se encuentra actualmente procesado o ha sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, a menos que en este último caso hubieren transcurrido más de diez años contados desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de condena y se encuentre cumplida la pena.”*

Ahora bien, estrictamente, esta Ley nada dice respecto a la posibilidad de cambiar la mención del sexo en la partida de nacimiento de una persona. Afortunadamente, tampoco dice expresamente que no sea posible, lo que en este caso probablemente no fue una previsión visionaria del futuro por parte del legislador de la época, sino meramente falta de imaginación. Pero ante esta falta de prohibición, si se acepta que el nombre de una persona debe satisfacer su identidad de género para cumplir la función de tal (ser reconocido por otros en la manera que se desea ser reconocido), resulta lógico en consonancia que, para dar cumplimiento a la correlación exigida por el artículo 31 de la Ley 4.808, se hace necesario modificar la mención al sexo en la partida de nacimiento si este no concuerda con el nombre solicitado a través del procedimiento que autoriza el cambio de nombres y apellidos.

El caso de Marcia Torres Mostajo

Cuando Marcia Torres Mostajo, la primera mujer transgénero operada en Chile, solicitó el cambio de nombre y sexo registral, la legislación vigente en ese momento era la que se acaba de señalar y se vio puesta a prueba por primera vez con una situación no prevista. La Ley 17.344 fue promulgada en el año 1970 y, para sorpresa de la opinión pública de ese entonces el 2 de mayo de 1974, ya en plena dictadura, se publicó en el Diario Oficial el extracto de la solicitud de Marcia Torres<sup>190</sup>, tramitada ante el Primer Juzgado de Antofagasta, invocando la primera causal contemplada en la Ley para solicitar el cambio de nombre, a saber, el menoscabo moral y material que le provocaba el nombre que hasta ese momento tenía. Resulta interesante contrastar que en años posteriores numerosos casos de personas transgénero que realizaron la solicitud de cambio de nombre y sexo se vieron obligadas a acogerse a la segunda causal contemplada en la Ley, es decir, alegando ser conocido durante más de cinco años por un nombre distinto al consignado en sus partidas de nacimiento, lo que debía probarse con testigos y, muchas veces, resultaba en un cambio de nombre, pero no rectificación de la mención de sexo de la partida<sup>191</sup>.

Marcia Torres logró cambiar el nombre masculino con el que figuraba en sus documentos oficiales por un nombre femenino acorde a su identidad de género, por lo que, en consonancia, para dar cumplimiento con el artículo 31 de la Ley 4.808 y a falta de prohibición expresa, se cambió también la mención al sexo registral de su partida de nacimiento a femenino. Así, Marcia tiene el doble mérito de ser la primera mujer transgénero exitosamente operada en Chile y la primera en

---

<sup>190</sup> Carvajal, 2016.

<sup>191</sup> Carvajal, 2016.

lograr el cambio de nombre y sexo registral, un logro no menor que merece el debido reconocimiento.

Sin embargo, las particulares circunstancias del caso de Marcia, que si bien era una mujer transgénero fue erróneamente evaluada como un caso de hermafroditismo<sup>192</sup>, no permitieron que este caso tuviera la virtud de asentarse como un precedente claro en materia de identidad de género.

Así las cosas, lo que fue una solución para Marcia no logró convertirse en un criterio unánime y llevó a soluciones dispares en la aplicación al ser invocada la norma en casos posteriores, incluso a la arbitraria invención por cierta parte de la jurisprudencia de requisitos que no se encontraban en la norma. Algunos jueces se dieron la atribución de solicitar exámenes médicos, de ADN, psicológicos o psiquiátricos en procedimientos que muchas veces resultaban vejatorios para las personas transgénero, en palabras de Franco Fuica, vicepresidente de OTD<sup>193</sup>: *“Cuando vas, te piden que te desvistas, que muestres los genitales o dónde está el vello corporal de tu cuerpo. Años atrás a los chicos trans les pedían que fueran vírgenes y a las chicas trans que tuvieran el pene pequeño”*<sup>194</sup>.

Pese a las dificultades, un número cada vez más creciente de personas transgénero logró acogerse satisfactoriamente a la norma para realizar su cambio de nombre y sexo registral. Un ejemplo de esto puede observarse en los datos de la jurisprudencia nacional recogidos por Fernando Muñoz León en 2015<sup>195</sup>, en el que se encontraron a esa fecha 86 sentencias de solicitudes de cambio de nombre y sexo registral<sup>196</sup>. En este corpus de sentencias se constató una acogida del 80,2% (69) de las solicitudes, en que se concedió tanto el cambio de nombre como de sexo; un 7% (6) de las solicitudes fueron acogidas parcialmente, concediendo sólo el cambio de nombre; y un 12,8% (11) de las solicitudes fueron rechazadas totalmente. Además, correlacionando esta información con los

---

<sup>192</sup> En González (2007), se constatan algunas de las peripecias que envolvieron esta primera solicitud sin precedentes en el derecho nacional. Especialmente curioso resulta el hecho que se debía ubicar al médico que había asistido el nacimiento de Marcia, para intentar convencerle de declarar haber asistido el nacimiento de una niña y que, por algún error, había quedado registrado como niño. Según las palabras de Marcia, si el médico se hubiera negado a declarar que había existido un error en la asignación del sexo al momento del nacimiento la rectificación habría fracasado. En lo que ella misma describe como un hecho afortunado del asunto, cuando lograron localizar al médico en cuestión, se encontraron con la sorpresa de que había fallecido hacía pocos años, por lo que resultaba imposible que se manifestara al respecto.

<sup>193</sup> Asociación Organizando Trans Diversidades.

<sup>194</sup> Jaque y Sanchez, 2018.

<sup>195</sup> Muñoz, 2015.

<sup>196</sup> Es interesante destacar que, pese a lo invisibilizados que se encuentran en la sociedad, 39 de esas solicitudes correspondían a hombres transgénero que solicitaban el cambio de su mención de sexo a hombre en sus partidas, acorde a su identidad. Un número que no resulta insignificante.

datos publicados por diario El Mercurio el 19 de enero de 2015, respecto a la cantidad de rectificaciones de sexo realizadas por el Servicio de Registro Civil e Identificación por orden de los tribunales entre los años 2012 y 2014, se constató que 4 cambios fueron realizados el año 2012, 12 el año 2013 y 22 el año 2014<sup>197</sup>. Observándose una progresión significativa de sentencias acogidas en ese periodo de tiempo. Sin embargo, resulta preocupante que, de los datos recabados por Fernando Muñoz León, en la mayor parte de las solicitudes acogidas parcialmente, en las que sólo se concedió el cambio de nombre y no de sexo registral, se trataba de casos en los que la persona transgénero no se había realizado las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual. Por su parte, se observa una amplia aceptación del discurso proveniente desde la ciencia médica respecto a su capacidad de intervenir los cuerpos y una marcada presencia de un discurso patologizante.

Jurisprudencia que ha reconocido el derecho a la identidad de género de NNyA

La jurisprudencia que ha reconocido la identidad de NNyA en Chile es escasa y reviste cierta dificultad acceder al contenido de las sentencias. En esta sección, se revisarán brevemente dos casos que ha sido posible identificar en esta materia. Estas son la sentencia dictada por el 7º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Causa Rol v-53-2016, caratulada “Flores Jara Mónica”, de fecha 22 de agosto de 2016, y la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol Protección 35.639 – 2016, Caratulada “Araya Astudillo Contra Clínica Alemana De Santiago”, de fecha 06 de octubre de 2016. Ambas causas se encuentran relacionadas cronológicamente.

La primera de estas causas dice relación con el caso de una niña transgénero de 5 años en que se solicitó el cambio de nombre y sexo en la partida de nacimiento. En esta sentencia, que acogió lo solicitado, el tribunal se debate en su argumento entre dos polos de razonamiento. Por una parte, descansando primordialmente en la prueba pericial allegada, de índole psiquiátrica y psicológica, el tribunal da gran relevancia a la determinación de un trastorno de disforia de género infantil para emitir su juicio, abordando el asunto desde un enfoque totalmente patologizante y poniendo el acento, con cierto sentido paternalista, en acoger la petición para ayudarla frente al sentimiento que le provoca su enfermedad. Por otra parte, reconociendo la identidad de género de las personas como un derecho se invocaron Los Principios de Yogyakarta para efectos de configurar esta noción. Sin embargo, no se desarrolló en profundidad la necesidad de tutelar este derecho acorde a lo dispuesto en Los Principios. Adicionalmente, no hay constancia de que efectivamente se haya oído a la niña

---

<sup>197</sup> Muñoz, 2015.

para escuchar su opinión, ponderar su grado de madurez y establecer su interés superior con su participación, lo que debería haber constado en la sentencia.

De lo anterior se colige que en la jurisprudencia chilena NNyA, en materia de identidad de género mediante la aplicación de Ley 17.334, se ven expuestos a dos vicios comunes en el actuar de los tribunales. Por una parte, el enfoque patologizante, proveniente de la ciencia médica, con que se ha abordado la realidad de las personas transgénero, en lugar de enfocarlo desde la óptica del derecho a la identidad como un derecho humano. Por la otra, la posición subordinada a la que constantemente se ven relegados NNyA en los procesos que los involucran, sin ser oídos adecuadamente o su opinión tomada seriamente en cuenta al momento de determinar la decisión.

La segunda sentencia, de la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago, que puede considerarse la segunda parte de esta historia, consiste en un recurso de protección contra la Clínica Alemana de Santiago por negarse injustificadamente a registrar a la niña con su nombre social (aún no se practicaba la rectificación en el Registro Civil y la niña aún aparecía con el nombre y sexo determinados al nacer), basando su decisión, entre otros, en la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el respeto y protección a la vida privada, el respeto a la honra y a la familia, la sentencia desarrolló en forma adecuada el derecho a un desarrollo integral de NNyA. Sin embargo, queda de manifiesto que el peso determinante en la decisión lo tuvo el hecho que ya existía una sentencia ejecutoriada que había autorizado la rectificación de la partida del Registro Civil.



## CAPÍTULO CINCO: PROYECTO DE LEY QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO. BOLETÍN N° 8924-07

### Historia del Proyecto

El 7 de mayo de 2013 ingresó al Senado el proyecto de Ley que “Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género”, radicándose su estudio en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía. La moción fue presentada por los Senadores Ximena Rincón González, Ricardo Lagos Weber y Juan Pablo Letelier Morel, y los ex Senadores Lily Pérez San Martín y Camilo Escalona Medina, proceso que culminó en la promulgación de la Ley 21.120 el 28 de septiembre de 2018, su publicación en el Diario Oficial el 10 de diciembre de 2018<sup>198</sup> y, finalmente, su entrada en vigencia el 27 de diciembre de 2019.

El texto original del proyecto fue elaborado por la académica de la Universidad de Concepción y abogada especialista en DDHH, Ximena Gauché y fue presentado por OTD<sup>199</sup> con el apoyo de Fundación Iguales<sup>200</sup>. Desde entonces comenzaría un largo proceso de discusión, que se extendería durante varios años, en los que el proyecto fue sufriendo diversas modificaciones en uno y otro sentido según las indicaciones realizadas por sus partidarios y detractores.

### Contenido del proyecto, Boletín N° 8924-07

El proyecto de Ley (Boletín N° 8924-07<sup>201</sup>), en su disposición original, se encontraba compuesto de 11 artículos y una disposición transitoria. En su redacción se señalaba claramente como su propósito y fin: *“terminar con las situaciones de discriminación y exclusión que afectan a muchas personas en Chile, por la imposibilidad de manifestar abiertamente y vivir conforme con su identidad de género, en los casos en que existe una incongruencia entre el sexo asignado registralmente, el nombre, y la apariencia y vivencia personal del cuerpo.”* Y como su objeto: *“establecer una regulación eficaz y adecuada, en conformidad con las disposiciones constitucionales e internacionales en materia de igualdad, no discriminación, derecho a la identidad y protección en general de la dignidad humana, y los derechos y libertades fundamentales, para acceder al cambio de*

---

<sup>198</sup> Fundación Iguales, 2018.

<sup>199</sup> Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad.

<sup>200</sup> Fundación Iguales, 2018.

<sup>201</sup> El documento se encuentra disponible para su descarga en:

[https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=8924-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8924-07) (Consultado el 28/8/2019).

*la inscripción relativa al sexo y nombre de una persona en el Registro Civil e Identificación, cuando dicha inscripción no se corresponde o no es congruente con la verdadera identidad de género del o la solicitante.”*

Dentro de los elementos que cabe destacar del proyecto en su formulación original es que establecía, ya desde su artículo primero, un reconocimiento expreso al derecho a la identidad de género en Chile, al libre desarrollo de la persona en conformidad a esa identidad y a ser reconocida e identificada de ese modo en forma pública. Por su parte, en el inciso segundo se establecía un principio general de protección de la identidad de género: *“Toda norma o procedimiento de naturaleza administrativa o judicial deberá respetar el derecho a la identidad de género de las personas. Ninguna norma o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer requisitos no contemplados para el ejercicio de este derecho, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso del mismo.”*

El proyecto concebía un procedimiento de carácter judicial ante el juez de familia del domicilio del peticionario por el que: *“Toda persona podrá obtener, por una sola vez, la rectificación de su partida de nacimiento y el cambio de sexo y nombre, cuando no coincidan con su Identidad de Género”* (Artículo 3 del Proyecto). La solicitud debía publicarse en extracto por una sola vez en el Diario Oficial, concediendo un plazo de 15 días para que pudiera oponerse quien lo estimare pertinente según las causales taxativas del inciso tercero del artículo 6.

Si bien cabe destacar la amplitud del sujeto legitimado (“Toda persona”) que contemplaba el proyecto para efectuar la solicitud, se puede cuestionar el hecho que se haya preferido desde la primera aproximación la vía judicial en lugar de una vía administrativa más expedita. Con todo, uno de los puntos más críticos que exhibía este procedimiento pasaba por la publicación del extracto de la solicitud en el Diario Oficial, lo que implicaba directamente una vulneración de la privacidad de la persona transgénero que realizaba la solicitud, exponiéndola a la opinión pública tal como ocurrió anteriormente con el caso de Marcia Torres Mostajo (primera mujer transgénero operada en Chile y la primera en solicitar el cambio de nombre y sexo registral), donde fue precisamente la publicación del extracto lo que llevó a la exposición de toda su vida personal y privada y a un cuestionamiento público de su persona.

Por otra parte, cabe destacar la definición de identidad de género que contemplaba el proyecto, consignada en el artículo 2: *“se entenderá por identidad de género la vivencia interna e*

*individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”*, la que se corresponde con lo previsto por Los Principios de Yogyakarta, mostrando así una clara señal en pos de la despatologización de las personas transgénero, esto se veía reforzado en el inciso tercero del artículo 4 al señalar: *“Se deja especialmente establecido que para acreditar la identidad de género y solicitar el cambio de nombre y sexo no será exigible por el Tribunal el uso de medios farmacológicos, psicológicos, psiquiátricos o de tratamientos quirúrgicos”*, poniendo así fin de manera expresa a la vulneración sistemática de los derechos de las personas transgénero por parte de cierta jurisprudencia que exigía un procedimiento quirúrgico invasivo para acoger la solicitud de cambio de sexo registral al invocar el procedimiento de la Ley 17.344.

#### Tramitación del Proyecto

Tras haber sido ingresado al Senado el 7 de mayo de 2013, no fue sino hasta el 10 de marzo de 2014 que se aprobó la idea de legislar, a la vez que vencía el primer plazo para presentar indicaciones, por lo que, tras sucesivas prórrogas, el término de este plazo se concretó finalmente el 24 de agosto de 2015. Sin embargo, este sería sólo el comienzo del largo periplo por el que pasaría el proyecto, a través de diversas transformaciones, antes de concretarse en la Ley 21.120<sup>202</sup>.

En este acápite sólo se revisarán algunas de las discusiones que tuvieron lugar en torno al contenido del proyecto, a modo de resumen, fundamentalmente las que dicen relación con la inclusión o exclusión de NNyA.

Tras despacharse el proyecto el 4 de noviembre de 2015 por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, el 17 de noviembre la senadora Jacqueline Van Rysselberghe lo elevó en consulta a la Corte Suprema respecto de: el inciso segundo del artículo 5<sup>203</sup>,

---

<sup>202</sup> Un cronograma detallado de los principales hitos en la historia del proyecto se encuentra disponible en la página web de la Fundación Iguales en: <https://www.iguales.cl/incidencia-politica/ley-de-identidad-de-genero/> (visto 2/9/2019).

<sup>203</sup> Que señalaba que el tribunal no podrá exigir: *“el uso de medios farmacológicos, psicológicos, psiquiátricos o de tratamientos quirúrgicos, como condición para acceder a la solicitud de que trata esta ley”*.

el inciso final del artículo 6<sup>204</sup> y el artículo 9<sup>205</sup>; todos los cuales establecían limitaciones expresas al tribunal para la solicitud de prueba, mientras que, por contrapartida, para él o la solicitante se mantenía una total libertad probatoria para aportar los antecedentes que considerara pertinentes.

Oficio N° 129-2015 de la Corte Suprema, del 23 de noviembre de 2015

La Corte Suprema, mediante Oficio N° 129-2015, señaló al respecto que, tratándose de un procedimiento no contencioso, las disposiciones consultadas entraban en conflicto directo con disposiciones del Código de Procedimiento Civil sobre esta materia, a saber, el artículo 820<sup>206</sup>, el inciso segundo del artículo 824<sup>207</sup> y el inciso primero del artículo 826<sup>208</sup>. Por este motivo, y considerando especialmente que la gestión descansaba fundamentalmente en la voluntad del o la peticionaria interesada, la propia Corte sugirió que el procedimiento fuera entregado a una gestión administrativa ante el Oficial de Registro Civil: *“con lo cual se resguarda en mayor medida la dignidad de las personas al no exponerla a un procedimiento judicial, reservando la sede judicial a los casos en que exista oposición de la autoridad administrativa o la solicitud esté referida a menores de edad”*<sup>209</sup> (énfasis agregado). Esto va en línea con lo que ya se venía señalando respecto de la deuda pendiente con el respeto a la dignidad y privacidad de las personas que realizan la solicitud de cambio de nombre y sexo registral, es destacable que La Corte desde un comienzo sugirió el cambio desde una vía judicial a una vía administrativa para el caso de las personas adultas sin vínculo matrimonial, siendo a este respecto más decidida y osada que la versión original del proyecto y dando un paso certero hacia un procedimiento expedito, de acceso universal y no patologizante.

Al momento de entrar en detalle al análisis de los artículos elevados en consulta, La Corte expresó que estos constituían: *“limitaciones a la labor jurisdiccional que describe el artículo 76 de la Carta Fundamental. En cuanto a la labor de conocimiento de las materias sometidas a los*

---

<sup>204</sup> Que señalaba que el tribunal no podrá en ningún caso: *“decretar de oficio que se realicen exámenes médicos ante el Servicio Médico Legal u otra repartición para formar su convencimiento sobre la solicitud”*.

<sup>205</sup> *“El tribunal no podrá, para formar su convencimiento sobre la solicitud, decretar la realización de exámenes médicos o psicológicos al o la requirente en el Servicio Médico Legal o cualquier otra repartición, prohibición que rige para todos los casos estipulados en la presente ley.”*

<sup>206</sup> *“Asimismo decretarán de oficio las diligencias informativas que estimen convenientes”*.

<sup>207</sup> En relación a los casos en que la Ley ordena obrar con conocimiento de causa: *“Si la ley exige este conocimiento, y los antecedentes acompañados no lo suministran, mandará rendir previamente información sumaria acerca de los hechos que legitimen la petición, y oír después al respectivo defensor público”*.

<sup>208</sup> *“Las sentencias definitivas en los negocios no contenciosos expresarán el nombre, profesión u oficio y domicilio de los solicitantes, las peticiones deducidas y la resolución del tribunal. Cuando éste deba proceder con conocimiento de causa, se establecerán además las razones que motiven la resolución.”*

<sup>209</sup> Corte Suprema, 2015, p. 4-5.

*tribunales*<sup>210</sup>, poniendo de manifiesto la contradicción entre lo que planteaba el proyecto y la regulación de los asuntos no contenciosos. Pero la verdadera agudeza de lo expresado por La Corte radica en su análisis al cuestionar la necesidad misma de la prueba en este tipo de procedimiento, en tanto se desnaturaliza su propio objeto. De este modo, si ni la apariencia, vestimenta, modo de hablar, gestos, tratamientos quirúrgicos, médicos u otros análogos servían como una guía válida para informar la verdadera identidad de género de una persona, en tanto *“vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente respecto a sí misma...”*<sup>211</sup>, resultaba que la solicitud planteada ante el tribunal acababa sosteniéndose en la sola voluntad y convicción interna del o la peticionaria respecto a su propia identidad de género. Ante esto, no había lugar para persuadir al juez respecto de esa vivencia interna, la convicción subjetiva del o la peticionaria ya se había hecho manifiesta con el solo hecho de presentar la solicitud.

Adicionalmente, La Corte advirtió que surgía otro conflicto respecto de la manera en que estaban redactados los artículos elevados en consulta, cada uno de ellos con ciertos matices en las limitaciones que establecía a la prueba sobre los que no cabe extenderse aquí. Pero sí cabe destacar, tal como lo expresó La Corte, que al restringirse específicamente ciertos medios de prueba (y en algunos casos se restringían sólo respecto de los solicitados a ciertas instituciones<sup>212</sup>), se abría una brecha para que el juez pudiera interpretar, *contrario sensu*, que estaba facultado para pedir otros medios de prueba, o bien, solicitar los mismos que se intentaba proscribir, pero a otras instituciones distintas de las señaladas.

La contradicción de intentar delimitar una prueba que en el fondo carecía de objeto, por tratarse a fin de cuentas de una convicción interna perteneciente a la subjetividad de cada individuo, puede sintetizarse con gran acierto en el siguiente comentario que realizó La Corte: *“... (“¿qué se prueba?”. Y lo cierto es que la iniciativa legal en comento, en los términos en que se encuentra redactado el inciso segundo del artículo 5°, habilita al tribunal para exigir, de oficio, mayores antecedentes al solicitante, a fin de llevar al juez al convencimiento de –he aquí la paradoja- su “vivencia interna e individual””*<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> Corte Suprema, 2015, p. 4.

<sup>211</sup> Redacción original de la definición de identidad de género tal como aparecía en el artículo 2 del proyecto.

<sup>212</sup> El proyecto de Ley fallaba especialmente en la redacción del inciso final del artículo 6, al proscribir solamente la solicitud de exámenes al Servicio Médico Legal u otra repartición, dando pie a interpretar que se podían solicitar a otras instituciones.

<sup>213</sup> Corte Suprema, 2015, p. 10.

En el oficio La Corte se manifestó también sobre otros aspectos del proyecto como, por ejemplo, la procedencia de radicar el conocimiento de estos asuntos en los Tribunales de Familia<sup>214</sup>. Como ya se señaló la propuesta de La Corte consistía en implementar una vía administrativa para las personas sin vínculo matrimonial vigente, mientras que se proponía reservar la vía judicial para aquellos procedimientos que involucraban a NNyA y a personas con vínculo matrimonial no disuelto, debido a que este tipo de procedimientos involucraban otros intereses jurídicos de índole diversa, pero que dicen relación con las materias entregadas al conocimiento de los Tribunales de Familia (como las que involucran a NNyA).

Respecto de las personas con vínculo matrimonial no disuelto La Corte observó que, en tanto el proyecto contemplaba a la sentencia que acoge la solicitud de cambio de nombre y sexo registral como una causal de disolución del matrimonio, resultaba indispensable regular las materias propias de la extinción del vínculo matrimonial, instancia que La Corte aprovechó para denunciar el triste estado de abandono al que ha relegado el Estado a las parejas del mismo sexo, imposibilitadas de acceder a la institución del matrimonio, por lo que señaló que el proyecto debería, al menos, contemplar la posibilidad de sustituir el régimen matrimonial por el Acuerdo de Unión Civil para quienes desearan mantener algún tipo de vínculo legal tras el cambio de nombre y sexo registral.

Por su parte, respecto de NNyA, cabe recordar que la versión del proyecto analizada por La Corte contemplaba que cualquier NNoA pudiera realizar la solicitud de cambio de nombre y sexo registral, ya fuera personalmente o a través de sus representantes legales o por quien lo tuviera a su cuidado con consentimiento expreso del NNoA. La Corte sugería radicar el conocimiento del procedimiento relativo a NNyA en los Tribunales de Familia, en lugar de una vía administrativa como fue el caso de los adultos sin vínculo matrimonial vigente. Ahora bien, si uno de los argumentos para sugerir esa vía administrativa fue precisamente el derecho a la privacidad de las personas, de modo que no se vieran forzadas a exponer su intimidad de manera innecesaria al escrutinio del juez, cabe preguntarse sobre la validez de someter en cambio a NNyA a dicho escrutinio. La vía judicial representa, sin duda, una exposición de la intimidad tanto para adultos como para NNyA, pero en el caso de los segundos la vía judicial resulta la vía más idónea para prodigar la protección especial que ameritan las decisiones que involucran a NNyA. Así, esta es la vía que permite asegurar que se

---

<sup>214</sup>Asunto que ya se había abordado con anterioridad en Oficio N°79 -2013 de la Corte Suprema y que no se trata aquí por limitarse principalmente a analizar la procedencia de radicar la competencia del procedimiento en los Tribunales de Familia.

escucha efectivamente al NNoA para hacerlo partícipe de las decisiones que le afectan, a la vez que se evalúa su grado de madurez para ejercer por sí mismo sus derechos y comprender las consecuencias de sus decisiones en el largo plazo. De hecho, el proyecto indicaba claramente que debía resguardarse especialmente el derecho a ser oído del NNoA directamente en audiencia ante el magistrado, en un ambiente adecuado que garantizara su salud física y psíquica, y que la opinión expresada por el NNoA debía ser considerada por el juez. Incluso, para el caso de NNyA se contemplaba, como medida adicional de protección para prevenir algún perjuicio permanente a futuro en caso de una identificación incorrecta de la identidad de género del NNoA, un derecho expreso para que pudiera solicitar una nueva rectificación alcanzada la mayoría de edad.

Dentro de los elementos más destacables de este oficio respecto de NNyA es que La Corte fue enfática en la necesidad de armonizar el proyecto con otras iniciativas en discusión para promover los derechos de la niñez y que, considerando que los NNyA que habrían de hacer uso del derecho a solicitar el cambio de nombre y sexo registral constituyen un grupo especialmente vulnerable a la discriminación, resultaba indispensable que además de las garantías procedimentales el proyecto contemplara medidas para dar efectividad al derecho a la identidad de género de NNyA: *“para este Poder del Estado es relevante que en el análisis de este proyecto de ley se discutan las medidas especiales que el Estado puede o debe adoptar a fin de dar efectividad a los derechos humanos y en especial al derecho a la identidad de género, de este grupo en particular”*<sup>215</sup>. Adicionalmente, La Corte señaló que la obligación de no discriminación adquirida por el Estado al suscribir la Convención Sobre Derechos del Niño: *“exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales”*<sup>216</sup>.

Oficio 158-2016 de la Corte Suprema, del 10 de noviembre de 2016

Cuando La Corte evacuó el Oficio 158-2016 ya se había producido un importante cambio en el proyecto, por el que se entregó el conocimiento de la solicitud de rectificación de sexo y nombre registral al Servicio de Registro Civil e Identificación cuando esta fuera presentada por una persona sin vínculo matrimonial, mientras que se reservó la vía judicial para el conocimiento de las solicitudes de NNyA y de personas con vínculo matrimonial vigente. El conocimiento de estas solicitudes quedó entregado a los Tribunales de Familia. La Corte celebró estos cambios, que se concedían directamente

---

<sup>215</sup> Corte Suprema, 2015, p. 11.

<sup>216</sup> CRC, 2013, (Citado en Corte Suprema, 2015, p. 11).

con lo que ya había planteado en su oficio anterior. Sin embargo, expresó una oposición tajante a la modificación que facultaba a los solicitantes a obrar sin abogado ante los Tribunales de Familia, apoyándose en el artículo 18 de la Ley 19.968.

La Corte también se refirió a la modificación que se había realizado en materia probatoria, mediante la que se resolvía la contradicción denunciada en Oficio 129-2015. Así, en la nueva versión que se presentó a La Corte se reconocía el hecho mismo de presentar la solicitud como suficiente para proceder al cambio de nombre y sexo registral de una persona adulta sin vínculo matrimonial ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. Por lo que sólo se requería acreditar la identidad del solicitante, prescindiendo de todo tipo de prueba. Además, se había excluido del proyecto la posibilidad de oposición a la solicitud, considerando al solicitante como único interesado.

Resulta relevante que en esta etapa el proyecto ya se había modificado para distinguir 2 procedimientos distintos respecto de NNyA. Así, el artículo 6 del proyecto regulaba el procedimiento respecto de niños y niñas (menores de 14 años), mientras que el procedimiento para las solicitudes realizadas por adolescentes (menores de 18 años) se encontraba reglado en el artículo 7.

Dentro de las características que presentaba el procedimiento reservado para niños y niñas se puede destacar, en primer lugar, que la solicitud debía necesariamente ser presentada por su madre, padre, representante legal o por quien tuviera legalmente su cuidado personal. Es decir, la posibilidad para el niño o niña de ejercer su legítimo derecho a la identidad de género no dependía de su grado de madurez, sino que se subordinaba a la aquiescencia del adulto responsable de su cuidado, ignorando por completo el principio de autonomía progresiva y sustituyendo completamente la voluntad del niño o niña por la del adulto.

Adicionalmente, se requería para fundar esta solicitud que se acompañaran todos los antecedentes que se juzgaran pertinentes, especialmente:

i) Un informe de salud mental del niño o niña descartando la presencia de trastornos de personalidad que le pudieren estar provocando una convicción errónea sobre su identidad de género,

ii) Un informe psicológico o psicosocial descartando la influencia determinante de la voluntad de la madre, el padre, representante legal o cuidador que hubiere formulado la solicitud, sobre la voluntad expresada por el niño o niña en cuanto a su identidad de género,



iii) Un informe acreditando que el niño o niña y su entorno familiar habían recibido acompañamiento u orientación especialista por, al menos, un año previo a la solicitud.

Si estos informes no se acompañaban al momento de presentar la solicitud, el juez ordenaría su realización hasta antes de la dictación de la sentencia definitiva, asegurándose que las partes y el consejo técnico pudieran formular las observaciones que les mereciera esta prueba. Adicionalmente, se facultaba al juez para pronunciarse sobre la suficiencia de los informes acompañados y ordenar la realización o reiteración de los mismos ante un profesional o institución idóneos. Empero, al mismo tiempo se establecía una restricción al juez para la solicitud de prueba, prohibiendo que se decretara la realización de exámenes de naturaleza física al niño o niña.

Una vez que se hubieren recibido estos antecedentes procedía que el juez citara a la niña o niño a una audiencia especial para oírlo. Adicionalmente, se contemplaba la citación y comparecencia de la madre, padre, representante legal o quien tuviere legalmente el cuidado personal del niño o niña que no hubiere concurrido a la solicitud, quienes podrían oponerse fundadamente a la misma, transformando el procedimiento en contencioso.

Sobre este último punto se manifestó La Corte en su oficio señalando que: *“el proyecto de ley no precisa cuáles son los motivos que habilitan a un padre, madre, representante legal o cuidador a oponerse a la solicitud de rectificación de sexo y nombre, por lo que no resulta claro si es admisible invocar cualquier motivo de oposición o si se limita a las cuestiones que el juez debe verificar a través de los informes que se exige acompañar”*<sup>217</sup>. El razonamiento de La Corte continuaba señalando que de la lógica de la norma era posible deducir que las causales de oposición se correlacionaban con los antecedentes pertinentes y que deberían limitarse a estos, a saber:

i) La existencia de un trastorno de personalidad que provocara una convicción errónea sobre la identidad del niño o niña,

ii) La existencia de una voluntad determinante de quien formuló la solicitud que se estaría imponiendo sobre la voluntad de la niña o niño.

iii) la ausencia de acompañamiento u orientación especialista del niño o niña y su entorno familiar, por el plazo de a lo menos un año previo a la solicitud.

---

<sup>217</sup> Corte Suprema, 2016, p. 8.

La Corte manifestó que, tratándose de un elemento tan fundamental, las causales de oposición debían estar expresamente reguladas en la norma, aclarando si debían limitarse a las señaladas o si cabía considerar otras adicionales. Así mismo, La Corte fue del parecer que en los casos en que existiera oposición debía poder solicitarse la comparecencia y declaración de los especialistas que confeccionaron los informes para verificar su idoneidad y suficiencia, de modo que se facilitara a las partes y al consejo técnico la formulación de observaciones de sustancia a la prueba.

Por su parte, el procedimiento para la solicitud impetrada por un adolescente permitía el ejercicio de este derecho de forma directa, autorizando la presentación personal de la solicitud. Para ello debían acompañarse a la misma todos los antecedentes que se consideraran pertinentes y en el caso que el adolescente no hubiere concurrido con su madre, padre, representante legal o cuidador la norma estipulaba que debía designársele un defensor.

El resto del procedimiento se regía por las mismas reglas que el que regulaba la solicitud de niños y niñas, con la salvedad que en caso de contar el adolescente con el consentimiento de la madre y del padre, o en su defecto de todos sus representantes, la solicitud debía ser suscrita por todos ellos y se tramitaría conforme a las normas del procedimiento para personas mayores de edad. Sin embargo, tal como señalara La Corte, el alcance de esta norma resultaba confuso, sin dejar claro si se refería sólo al procedimiento aplicable o también al órgano competente para conocer de la solicitud, resultando necesario aclarar si debía realizarse su tramitación ante el Registro Civil según lo dispuesto para el cambio de nombre y sexo de persona adulta, o bien, ante los Tribunales de Familia, pero sujetando su conocimiento al procedimiento para personas mayores de edad con vínculo matrimonial vigente que es el único procedimiento para adultos regulado ante los Tribunales de Familia.

Otro de los asuntos por los que La Corte mostró especial preocupación, respecto del procedimiento regulado para adolescentes, fue que en la versión del proyecto elevado en consulta se prohibía solicitar informes de salud mental, psicológicos o psicosociales, por lo que no habría forma de controlar si el adolescente se encontraba padeciendo un trastorno de personalidad, o si los padres estaban imponiendo en alguna forma su voluntad al adolescente.

Adicionalmente, La Corte previno sobre la falencia de la regulación en aquellos casos que el padre y la madre consienten la solicitud del adolescente, señalando que debía estipularse claramente limitado a los casos en que uno de ellos efectivamente tuviera el cuidado personal, pues de lo

contrario, podría haberse entendido como suficiente el consentimiento de ambos, aun si ninguno de ellos detentaba el cuidado personal del adolescente, en cuyo caso lo que correspondía realmente era contar con el consentimiento de todos aquellos que tuvieran la representación o ejercieran el cuidado personal del adolescente.

Finalmente, la Corte hizo patente que se había omitido cualquier mención al procedimiento aplicable en los casos que la solicitud era impetrada por un adolescente con vínculo matrimonial vigente y que resultaba indispensable aclarar esa situación.

Cabe hacer presente que en esta versión del proyecto elevado en consulta ante La Corte se mantenía la protección especial establecida para NNyA de poder volver a solicitar una nueva rectificación de nombre y sexo registral una vez alcanzada la mayoría de edad.

#### Tramitación

El 18 de enero de 2017, tras finalizar el decimocuarto periodo de indicaciones que tuvo el proyecto, debían discutirse durante la sesión de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía las 120 indicaciones al proyecto acumuladas hasta ese momento. Sin embargo, sólo se discutieron 8 de ellas, entre las cuales estaba la exclusión de los NNyA, que fue presentada por el senador Andrés Allamand y se aprobó con los votos a favor de la senadora Jacqueline van Rysselberghe y los senadores Manuel José Ossandón y Manuel Antonio Matta, negando de esa manera a NNyA la posibilidad de ejercer sus derechos.

El 13 de diciembre de 2017, ya en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, la Ministra Paula Narváez presentó indicaciones, dentro de las que destacaba especialmente la restitución de NNyA dentro del proyecto, en los términos expuestos en la última versión del mismo enviado a la Corte Suprema respecto a los documentos que se debían acompañar a la solicitud y reinstalando su derecho para volver a solicitar la rectificación de nombre y sexo registral, por una sola vez, desde el momento en que alcanzaran la mayoría de edad.

Durante los días 9, 10 y 11 de enero 2018 se llevaron a cabo las sesiones de la Comisión de Derechos Humanos en que se afinaron varios aspectos del proyecto y se discutieron las indicaciones. Durante esas sesiones se aprobó la inclusión de niños, niñas y adolescentes, así como el establecimiento de los principios de no patologización, no discriminación, de confidencialidad, dignidad en el trato, interés superior del niño y autonomía progresiva.

El 15 de enero la Comisión de DDHH despachó el proyecto de ley de identidad de género. Se aprobó el procedimiento de niños, niñas y adolescentes, quienes podrían realizar el cambio de nombre y sexo registral con el consentimiento de los padres o representantes legales ante el Tribunal de Familia más la presentación de un informe sobre identidad de género, salud mental o acompañamiento de 2 años.

Oficio 13-2018 de la Corte Suprema, del 22 de enero de 2018

El proyecto se elevó una vez más en consulta respecto de los artículos 17, que incorporaba una nueva competencia a los Tribunales de Familia para conocer del proceso de rectificación de la partida de nacimiento de las personas en los casos indicados en el proyecto, así como del artículo 8, que regulaba el procedimiento para la solicitud de rectificación de nombre y sexo registral de NNyA en su conjunto. En la versión del proyecto analizada esta vez por La Corte se había eliminado la distinción entre niñas y niños por un lado y adolescentes por otro, manteniéndose como órgano competente para conocer de la solicitud al tribunal con competencia en materia de familia del domicilio del solicitante. A ese momento el proyecto constaba ya de 18 artículos y 3 disposiciones transitorias.

Dentro de los cambios que se habían obrado al articulado del proyecto podía verse ya un importante retroceso respecto del procedimiento relativo a los adolescentes. Así, se había eliminado su facultad de comparecer personalmente, supeditándolos, al igual que niños y niñas, a la aquiescencia de quien detentaba su cuidado personal para ejercer su derecho. En este sentido, La Corte se manifestó en voto dividido y, según la opinión expresada por el presidente Brito y los ministros Juica, Künsemüller, Silva, Cisternas Chevesich, Muñoz y Cerda, señaló:

*“que la justificación de considerar un procedimiento especial, en que el adolescente pueda presentar su solicitud personalmente, tiene que ver con el principio de autonomía progresiva reconocida en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 5) y que se relaciona con otros principios/derechos como son el interés superior del niño y el derecho a ser oído. Permitir el ejercicio progresivo de los derechos es una responsabilidad del Estado y de las familias, a quienes corresponde apoyar y proteger el desarrollo de los niños de manera que alcancen, gradualmente, la autonomía en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades.”<sup>218</sup>*

---

<sup>218</sup> Corte Suprema, 2018, p. 9.

Así mismo, destacó que, considerando que existe un estatuto de responsabilidad penal adolescente para aquellas personas con edades entre 14 y 18 años, resultaba contradictorio eliminar la distinción entre niñas y niños por una parte y adolescentes por otra en el proyecto, atentando así contra la coherencia del sistema jurídico en general y restringiendo el ejercicio autónomo de derechos para las personas en este rango etario respecto de un elemento de definición de la propia identidad.

Otro de los cambios que presentaba el proyecto respecto a sus versiones anteriores era que se había vuelto obligatorio presentar alguno de los antecedentes mencionados en el artículo 8<sup>219</sup>, lo que anteriormente era facultativo según reseñaba el artículo 6 de la versión previamente analizada por La Corte. De este modo, se volvió obligatorio acompañar un informe de naturaleza primordialmente mental a la solicitud. Adicionalmente, se introdujo un importante cambio en el informe contenido en la letra a) del artículo 6 respecto de la versión anterior del proyecto, cambiando el objetivo del mismo. Así, en lugar de tener por objeto descartar la presencia de trastornos que le estén provocando al NNoA una convicción errónea sobre su identidad de género, en la nueva versión el informe debía pronunciarse sobre la coincidencia entre la identidad de género del NNoA que presentaba la solicitud y el sexo registrado en su acta de nacimiento. En su oficio, La Corte valoró en forma muy positiva este cambio por el hecho de eliminar la palabra “trastorno”, lo que ayudaba a avanzar en el establecimiento de un procedimiento no patologizante de las identidades transgénero y que resultaba más consecuente con las resoluciones internacionales de reconocimiento y protección de este grupo de personas, lo que fue expresado por La Corte con las siguientes palabras: *“Esta modificación es relevante y se condice con los objetivos y espíritu de la ley en comento, pues traslada la percepción sobre la identidad de género desde una condición o trastorno mental a un derecho inherente de la persona humana”*<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> La norma señalaba que se debía acompañar a lo menos uno de entre los siguientes antecedentes:

*“a) Un informe de salud mental que se refiera a la identidad de género del niño, niña o adolescente que presentó la solicitud, y a la coincidencia entre ésta y el sexo registrado en su acta de inscripción de nacimiento;*

*b) Un informe que acredite que el niño, niña o adolescente y su entorno familiar, han recibido acompañamiento u orientación por parte de profesionales de educación o de salud, por al menos 2 años previos a la solicitud; y*

*c) Un informe psicológico o psicosocial que descarte la influencia determinante de terceros, como el padre, madre, representante legal, quien tenga legalmente el cuidado personal del niño, niña o adolescente u otros adultos significativos, sobre la voluntad expresada por éste en cuanto a su identidad de género.”*

<sup>220</sup> Corte Suprema, 2018, p. 10.

Sin embargo, La Corte no dejó de mostrar su extrañeza ante el hecho que se estableciera la obligatoriedad de presentar sólo uno de los medios de prueba señalados, en tanto cada uno de ellos versaba sobre hechos de diversa índole, con lo que, a juicio de La Corte, se provocaba un fraccionamiento del conocimiento que tendría a la vista el juez de la causa.

Otro cambio relevante respecto de estos informes es que se había aumentado el periodo exigido para el informe de acompañamiento u orientación por parte de profesionales del NNOA y su familia a dos años.

En su oficio La Corte también extendió su análisis a la procedencia de la oposición en el procedimiento relativo a NNyA, asunto sobre el que ya se había manifestado en el oficio anterior señalando la necesidad de restringir y reglar en forma clara sus causales de procedencia. En esta oportunidad la versión del proyecto presentada a La Corte omitía toda mención a la procedencia de la oposición, en concordancia con los cambios introducidos al procedimiento que establecían como necesario que la solicitud respecto de NNyA fuera presentada conjuntamente por la madre y el padre, salvo el caso que alguno de ellos no fuese habido o el tribunal lo estimase improcedente. En principio, estos cambios eliminaban la necesidad de regular un procedimiento de oposición en tanto los padres tendrían que haberse puesto de acuerdo previamente para realizar la presentación de la solicitud en forma conjunta. Sin embargo, tal como lo señaló La Corte, estos cambios producían un gran perjuicio para el ejercicio y autonomía de NNyA respecto a su derecho a la identidad de género, ya que si no contaban con el apoyo de ambos padres ni siquiera podrían presentar su solicitud en sede jurisdiccional para que un juez interviniera zanjando los intereses en conflicto. La única excepción que se contemplaba a este respecto era que uno de los progenitores no fuese habido o el Tribunal lo juzgara improcedente, situación que resultaba a todas luces insuficiente para resguardar el correcto ejercicio de la identidad de género de NNyA en aquellos casos en que sólo contarán con el apoyo de uno de sus progenitores, a este respecto La Corte se expresó con las siguientes palabras: *“cabe advertir que tratándose, al menos, de adolescentes, es una exigencia que puede transformarse en una verdadera limitación al ejercicio de su autonomía, por lo que parece aconsejable mantener el derecho a oponerse consagrado en la versión anterior, ya que eso permite que sea en sede jurisdiccional donde se arbitre una salida a una cuestión que afectará directamente al adolescente en su derecho a que le sea reconocida su identidad de género.”*<sup>221</sup>. Adicionalmente, La Corte previno que existía un vacío sobre la procedencia de la oposición en aquellos casos en que la solicitud se planteaba bajo la

---

<sup>221</sup> Corte Suprema, 2018, p. 12.

hipótesis de un progenitor no habido o cuyo consentimiento fuera estimado improcedente por el juez, o bien en otras hipótesis, como terceros interesados que buscasen oponerse al procedimiento por aplicación supletoria de la Ley 19.968, que seguiría siendo aplicable en esta materia.

Por otra parte, en la versión del proyecto elevada en esta ocasión a La Corte se había incorporado una modificación en relación a una de las sugerencias realizadas por La Corte en Oficio 158-2016. Así, el artículo 8 había introducido la posibilidad, en caso de estimarse necesario, de citar a audiencia a los adultos significativos del NNoA, personas determinadas que conocieran su forma de vida y a los especialistas, médicos o psicólogos, que lo hayan atendido o emitido los informes acompañados al procedimiento con el propósito de que declarasen sobre la vida cotidiana del NNoA o sus conclusiones diagnósticas. Estas declaraciones se llevarían a cabo según las reglas de testigos y peritos señaladas en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

Con ocasión de señalar los defectos procedimentales del proyecto tal como se le presentaba, La Corte hizo notar una acusada falta de claridad en la tramitación del procedimiento respecto de sus etapas y objetivos. Así, el texto resultaba confuso sobre la cantidad de audiencias que debían efectivamente realizarse y el objeto de las mismas, en palabras de La Corte: *“resulta aconsejable afinar el procedimiento, clarificando todas las etapas previstas y sus objetivos, porque tal como ahora se presenta existen dificultades para desentrañar lo que se pretende”*<sup>222</sup>.

El proyecto regulaba también el recurso de apelación estableciendo que se concediera en ambos efectos y que la vista del recurso gozara de preferencia, La Corte se manifestó en forma positiva a este respecto, pero previno que resultaba necesario evidenciar en qué se concretaba puntualmente esa preferencia, pues el proyecto no designaba plazos al respecto, y que resultaba igualmente necesario concordar lo dispuesto con el artículo 67 numeral 3 de la Ley 19.968, agregando la excepción correspondiente a la regla general sobre el efecto en que se concede la apelación de la sentencia definitiva.

Uno de los elementos que fue curiosamente eliminado de esta versión del proyecto, que se regulaba en el numeral 9 de la versión anterior, era el derecho del NNoA para solicitar una nueva rectificación de su nombre y sexo en forma personal a partir del momento en que cumpliera la mayoría de edad. El ejercicio de este derecho sin duda constituía una garantía adicional y necesaria

---

<sup>222</sup> Corte Suprema, 2018, p. 14.

de protección para NNyA y su remoción en esta versión del proyecto es, a lo menos, cuestionable, especialmente considerando que respecto de NNyA debe primar el principio de revisión de las decisiones.

Por otro lado, se puede destacar como elemento positivo de esta versión el énfasis en la protección de la privacidad (respecto de todas las solicitudes), garantizando la reserva del procedimiento y de los datos sensibles en la siguiente forma: *“tanto el procedimiento seguido ante la autoridad administrativa como ante los tribunales con competencia en materias de familia tendrán el carácter de reservados respecto de terceros, y toda la información vinculada a ellos será considerada como dato sensible, sin perjuicio de los deberes de notificación señalados en el artículo 10”*.

Cabe hacer presente que, en voto dividido de La Corte, los ministros Carreño, Maggi, Egnem, Fuentes, Blanco, Valderrama, y Prado estimaron pertinente sólo referirse a los artículos 8 y 17 del proyecto, con los que concordaban mayormente, sin embargo, consideraron: *“del todo inconveniente y limitativa para los jueces en sus facultades de conocer y resolver los asuntos de relevancia jurídica, según lo consagra el artículo 76 de la Constitución Política de la República, constituida por la prohibición que el artículo 8º determina en orden a que no podrán decretar exámenes físicos a los menores de 18 años”*<sup>223</sup>. Cabe preguntarse cuál es la obsesión que entraña para estos ministros el cuerpo físico de NNyA para haber realizado tal planteamiento, el propio proyecto que se les presentaba definía en su artículo 1 la identidad de género como: *“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”*, y aún más, a continuación, procedía a dejar claramente establecido que el ejercicio de este derecho: *“podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sea libremente escogida”*. Por lo tanto, lo único que debería atañer al juez en esta materia es la percepción y convicción interna que el NNyA tiene de su propia identidad de género, debiendo prescindir de su apariencia o conformación física para determinarlo. Por lo mismo, el derecho del niño a ser oído revestía una vital importancia a este respecto y, efectivamente, el proyecto garantizaba este derecho para ser oído en audiencia durante todo el juicio, de modo que el juez pudiera oírlo por sí mismo expresar su convicción, con el deber de considerar la misma dentro de su sentencia. Así mismo, son parte de la labor del juez y del consejo técnico ponderar

---

<sup>223</sup> Corte Suprema, 2018, p. 16.



adecuadamente el grado de madurez del NNoA para comprender las consecuencias de sus decisiones a futuro y garantizar las condiciones adecuadas para que el NNoA pueda manifestar su opinión.

Pareciera que la norma que provocó el rechazo de estos ministros se encontraba bien encaminada a proteger los cuerpos de NNyA de intromisiones indiscretas y la exposición obscena de su intimidad, bajo la excusa de indagar sobre sus caracteres primarios y secundarios, vulnerando innecesariamente su privacidad y atentando contra su dignidad como individuos. Si el derecho a la identidad de género está destinado a concretarse en la dimensión psicológica interna del individuo como una convicción personal, constituye una realidad independiente de la conformación física del sujeto, por lo que no se justifica ningún tipo de examen físico a las personas que presentan la solicitud, sea cual sea su rango etario. Que buena parte de los ministros de La Corte Suprema insistieran en su oficio en sostener la necesidad de realizar exámenes físicos a las personas transgénero (o al menos a la parte de ellos que representan NNyA transgénero) dice mucho sobre la preparación y comprensión de la magistratura sobre estas materias, por lo que queda en evidencia que no basta señalar que la identidad de género corresponde a una convicción interna del individuo, sino que se hace necesario que cualquier iniciativa al respecto prohíba expresamente la examinación física para garantizar un derecho que no es cabalmente comprendido por los propios jueces. Pobre resulta en perspectiva la justificación de los propios ministros en este voto disidente: *“la ley del ramo, precisamente en materias de familia, ha concedido expresamente iniciativa probatoria a los jueces, además de consagrar la libertad de prueba (artículos 28 y 29 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia), atendida la enorme importancia que atribuye a la decisión en este ámbito”*<sup>224</sup> que fueron aún más lejos al insistir: *“Este texto tampoco deja claro si se incorporan también en la prohibición los exámenes de laboratorio y a consultas a un especialista distinto a los que dictaminan respecto de su salud mental”*<sup>225</sup>. Que se haya confiado a los jueces una iniciativa probatoria en este ramo no significa una carta blanca para solicitar pruebas a su arbitrio que no dicen relación con el objeto del juicio y que van contra el espíritu y propósito del proyecto propuesto, indagar acerca de los cuerpos de las personas sin una justificación plausible para ello resulta sospechoso y no hace más que recordar prácticas hace largo tiempo proscritas, relacionadas con el proceso inquisitorial. Allí donde no se involucra la dimensión física como bien jurídico en juego, el Derecho debe abstenerse de ejercer su potestad sobre el cuerpo de los individuos. Se volverá nuevamente sobre estos aspectos al analizar la Ley 21.120.

---

<sup>224</sup> Corte Suprema, 2018, p. 17.

<sup>225</sup> Corte Suprema, 2018, p. 16 y 17.

## Tramitación

El 23 de enero de 2018, con 68 votos a favor y 35 en contra la Cámara de Diputados aprobó en general, y en particular con modificaciones, el proyecto de ley de identidad de género. El procedimiento de niños, niñas y adolescentes no contó con los votos suficientes para ser aprobado, generando discrepancias sobre si estaban considerados como parte del proyecto o no. Para algunos y el Gobierno, estos estaban incorporados, mientras que, para otros, al no haber un procedimiento de rectificación contemplado para NNyA, no se encontraban incluidos en el proyecto de ley. Sin embargo, el 6 de marzo de 2018 la Sala del Senado se pronunció en rechazo de las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados.

El 2 de abril de 2018 se llevó a cabo la primera sesión de la Comisión Mixta. Los diputados designados para constituir la comisión fueron: Natalia Castillo, Jaime Bellolio, Leopoldo Pérez, Raúl Saldívar y Matías Walker; mientras que los senadores fueron: Adriana Muñoz, Jacqueline van Rysselberghe, Juan Ignacio Latorre, Felipe Kast y Alejandro Navarro.

El 9 de abril de 2018, durante la segunda sesión de la Comisión Mixta, el ministro de Justicia, Hernán Larraín, expuso la postura del Gobierno respecto de NNyA señalando: *“para los menores de 14 años no se podrá acceder a un cambio registral, pero sus padres podrán buscar los medios para acompañar este proceso, con el apoyo de los sistemas educativos y de salud podrán apoyar; y para los adolescentes mayores de 14 años y menores 18 años, los padres podrán solicitar el cambio registral adjudicando los antecedentes médicos y otros que acrediten que se ha ido suscitando este hecho, lo que podrá ser modificado por el adolescente ante el registro civil, en el momento que cumpla la mayoría de edad y optar a una cirugía solo podrá ser cuando cumplan mayoría de edad”*.<sup>226</sup>

El 14 de mayo de 2018 se dieron a conocer nuevas propuestas presentadas por distintos parlamentarios y comenzó su discusión. Cobrando especial relevancia el voto por consagrar la identidad de género como un derecho, en lugar de un mero procedimiento como se había propuesto, rechazándose por 7 votos en contra, 2 a favor y 1 abstención<sup>227</sup>.

El 11 de junio de 2018 comenzó la discusión en la Comisión Mixta respecto de la inclusión de NNyA.

---

<sup>226</sup> Fundación Iguales, 2018.

<sup>227</sup> Fundación Iguales, 2018.

El 18 de junio de 2018 se aprobó la inclusión de NNyA en el proyecto de ley, por 6 votos a favor y 2 en contra en el caso de los adolescentes, mientras que en el caso de niñas y niños su inclusión se aprobó por 7 votos a favor y 3 en contra. Se destaca el rechazo respecto a la inclusión de niñas y niños en el proyecto de la diputada Francesca Muñoz y de la senadora Jacqueline Van Rysselberghe, quien adicionalmente planteó una reserva de constitucionalidad<sup>228</sup>.

El 9 de julio de 2018 se aprobó, por 8 votos a favor y una abstención el procedimiento para que los adolescentes pudieran realizar la solicitud de cambio de nombre y sexo registral y, por 5 votos a favor, 3 en contra y una abstención, la facultad que les asistía para solicitar la intervención del juez frente a la oposición de sus padres a la solicitud.

El 4 de septiembre de 2018, se discutió en sala un informe elaborado por la Comisión Mixta para resolver las discrepancias suscitadas durante la tramitación del proyecto. Se aprobó por 26 votos a favor la inclusión de adolescentes en el proyecto. Sin embargo, niñas y niños quedaron excluidos por falta de quórum, con 22 votos a favor, 18 en contra y 0 abstenciones.

El 12 de septiembre de 2018, la cámara dio su conformidad a las proposiciones de la Comisión Mixta. La regulación respecto a los adolescentes se aprobó 95 votos a favor y 46 en contra, con 0 abstenciones. Por su parte, la regulación para niñas y niños fue rechazada, con 73 votos a favor, 66 en contra y una abstención. Posteriormente el proyecto fue despachado.

Finalmente, tras terminar la tramitación correspondiente y ser aprobado por el Tribunal Constitucional el 28 de noviembre de 2018 el proyecto de ley fue promulgado por el presidente Sebastián Piñera y el 10 de diciembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial la Ley 21.120.

---

<sup>228</sup> Fundación Iguales, 2018.



## CAPÍTULO SEIS: LEY 21.120 QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

### Análisis de la Ley 21.120

Tras haber tardado años en su tramitación, la Ley 21.120 se concretó en un texto legal de 29 artículos y 3 disposiciones transitorias. La Ley se divide en VII Títulos, correspondiendo cada uno de ellos a: Título I Del Derecho a la Identidad de Género, Título II Del Procedimiento de Rectificación de Sexo y Nombre Registral, Título III Del Procedimiento Administrativo de Rectificación de la Inscripción Relativa al Sexo y al Nombre Solicitada por Persona Mayor de Edad sin Vínculo Matrimonial Vigente, Título IV De los Procedimientos Judiciales de Rectificación de la Inscripción Relativa al Sexo y Nombre, Título V De la Rectificación de la Partida de Nacimiento, de los Nuevos Documentos de Identificación y de los Efectos de la Rectificación, VI Otras Disposiciones y VII Adecuación de Diversos Cuerpos Legales.

Por su parte, las disposiciones transitorias tratan respectivamente sobre la facultad de las personas que hayan obtenido previamente el cambio de nombre en conformidad a las disposiciones de las Leyes N° 17.344 y N° 4.808, sin haber obtenido la rectificación de sexo registral, para recurrir al órgano competente para obtener dicha rectificación; sobre el plazo para la dictación de los reglamentos; y sobre el plazo en que entrará en vigencia la Ley.

En primer lugar, ya desde el artículo primero se consagra la identidad de género como un derecho que consiste en: *“la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos”*. Es relevante que se haya consagrado explícitamente la identidad de género como un derecho y no, como se pretendió en algún momento de su tramitación<sup>229</sup>, relegar el contenido de la Ley a un mero procedimiento de cambio de nombre y sexo, ya que este reconocimiento implica un compromiso del Estado con su protección y va en línea con los instrumentos de derecho internacional. Tal como se señaló en el acápite respectivo, el derecho a la identidad de género es parte integral del derecho a la identidad y, en tanto tal, debe ser reconocido y protegido en su fase positiva de expresión y en su fase negativa de defensa frente a intromisiones.

---

<sup>229</sup> Fundación Iguales, 2018.

La ley define la identidad de género como: *“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”* y luego añade: *“Lo dispuesto en los incisos anteriores podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos”*. La definición propuesta tiene la virtud, como ya lo señaló en sus oficios La Corte Suprema, de condecirse con lo expresado por Los Principios de Yogyakarta<sup>230</sup>, ya reseñados precedentemente, y pone énfasis en el respeto de la vivencia personal del género de cada persona, prescindiendo de su apariencia física externa, protegiendo así la privacidad de las personas a la vez que su integridad física, toda vez que se evita forzar a los individuos a someterse a procedimientos e intervenciones no deseados para ejercer su derecho a la identidad de género, o que, aunque deseados, constituyen procedimientos cuya revelación y exposición ante terceros resulta denigrante para la dignidad de las personas. Cumple, además, con evitar la patologización de las identidades transgénero, al garantizar que lo protegido es la convicción interna de cada persona, algo que cada persona define para sí, y no a través de terceros vía diagnóstico o certificación. Sin embargo, en su redacción final, la definición contenida en la Ley resulta un tanto más restringida que la redacción original del proyecto, que transcribía de manera textual la definición de Los Principios de Yogyakarta, en tanto la identidad de género se ve ahora reducida únicamente a la convicción interna de ser hombre o mujer, en lugar de: *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente”*, lo que deja a todas las identidades transgénero que no se identifican con estas categorías obligadas a encasillarse en alguna de ellas para ejercer su derecho a la identidad de género. Si bien esto se condice con el funcionamiento del sistema que rige en Chile, que sólo distingue entre hombre y mujer, y con el hecho que el procedimiento regulado en la Ley sólo faculta a las personas a solicitar el cambio de una de estas categorías asignadas a la otra, al tratarse de una definición que permeará el resto del sistema jurídico la reducción semántica no resulta del todo satisfactoria al excluir otras vivencias intermedias que resultan perfectamente válidas, como por ejemplo la intersexualidad o la no identificación con el binarismo hombre/mujer. De la misma opinión se manifiestan Ximena Gauché

---

<sup>230</sup> Se entiende por identidad de género *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”* Disponible en: [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org)

y Domingo Lovera sobre esta definición contenida en la Ley al expresar que constituye: *“una definición que binariza el género”*<sup>231</sup>.

Luego de la definición de la identidad de género planteada en el artículo 1, los artículos 2, 3, 4 y 5 vienen a reforzar lo expuesto con diversos matices, especialmente respecto a la prohibición de solicitar modificaciones físicas externas para el reconocimiento al derecho a la identidad de género, lo que se puede observar en los artículos 2 respecto a los órganos administrativos y en el artículo 4 respecto al goce y ejercicio de las garantías de este derecho.

Resulta interesante de este primer Título de la Ley detenerse un momento en el artículo 5, que consagra los principios relativos al derecho a la identidad de género, a saber; a) Principio de la no patologización, b) Principio de la no discriminación arbitraria, c) Principio de la confidencialidad, d) Principio de la dignidad en el trato, e) Principio del interés superior del niño y f) Principio de la autonomía progresiva.

No deja de ser curioso que el legislador ha identificado a los principales destinatarios de la norma únicamente al definir el primero de estos principios y lo ha hecho de la siguiente manera: *“el reconocimiento y la protección de la identidad de género considera como un aspecto primordial, el derecho de toda **persona trans** a no ser tratada como enferma”* (énfasis agregado), tras lo cual no se vuelve a realizar ninguna mención a las personas trans o transgénero en la Ley. Si bien el derecho a la identidad de género protege la vivencia personal del género de todas las personas, el propósito principal de esta Ley es permitir a las personas transgénero, quienes sienten que su identidad de género no se corresponde con la que les asignaron al nacer, solicitar el cambio de nombre y sexo registral entre las categorías hombre-mujer para adecuarlo a su vivencia personal. Así pues, de todas las opciones semánticas posibles, el legislador se ha decantado por la voz *“persona trans”*, que resulta más omnicomprendensiva que la voz persona transexual, aunque menos precisa que la de persona transgénero.

Por otra parte, mientras los primeros cuatro de estos principios son de aplicación general para todas las personas, los últimos dos son principios específicos que se aplican respecto de niños, niñas y adolescentes. Irónicamente, en relación al principio del interés superior del niño, aunque su nombre los contemple, niños y niñas fueron tristemente excluidos del acceso al procedimiento

---

<sup>231</sup> Gauché y Lovera, 2019.

regulado en esta Ley, cuyas consecuencias se analizará más adelante. En el procedimiento judicial que se revisará este principio aplica sólo respecto de adolescentes. Por su parte, el principio de autonomía progresiva debe ponerse entre comillas, ya que más precisamente se ha consagrado el derecho del niño (adolescente en este caso) a ser oído en toda etapa del procedimiento, sufriendo su autonomía progresiva un serio revés al negársele finalmente la posibilidad de interponer la solicitud en forma personal.

En el Título II de la Ley se regulan algunos aspectos generales relativos a todo procedimiento. En primer lugar, en el artículo 6 se señalan los requisitos generales de toda solicitud, a saber; toda solicitud deberá contener el o los nombres de pila con los que la persona interesada pretende reemplazar aquellos que figuran en su partida de nacimiento y la solicitud de rectificar sus documentos de identificación en el Servicio de Registro Civil e Identificación. Adicionalmente, se establece la salvedad que quienes deseen mantener los nombres de pila que ya poseían podrán hacerlo, siempre que no resulten equívocos respecto de su nuevo sexo registral, prohibición que va en el mismo sentido de la establecida en el artículo 31 de la Ley 4.808<sup>232</sup>, y refuerza el hecho que en Chile únicamente se reconocen dos sexos, en los cuales debe subsumirse a la fuerza toda la diversidad de género, así como también, si bien no es el tema del presente trabajo, a las personas intersex, cuya genitalidad física las ubica en un punto intermedio difícil de determinar y a los que no habría por qué obligar a determinarse a la fuerza.

Otro punto relevante a destacar de este título es la reserva de los procedimientos establecida en el artículo 8, que señala que todos los procedimientos de que trata la Ley 21.120 tendrán el carácter de reservados respecto de terceros y que toda la información vinculada a ellos será considerada como dato sensible, sin perjuicio de los deberes de información que la propia Ley señala. Este es un artículo muy importante y representa una clara ventaja frente al procedimiento de cambio de nombre regulado en la Ley 17.344, que era utilizado previamente para obtener el cambio de nombre y sexo registral por las personas transgénero, debido a que su obligatoria publicidad entra en directo conflicto con el respeto a la vida privada, en tanto estos casos involucran temas muy sensibles que no necesariamente se desea exponer a la esfera pública.

---

<sup>232</sup> “No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje”.



En el Título III la Ley regula el procedimiento administrativo para la rectificación de nombre y sexo solicitada por persona mayor de edad sin vínculo matrimonial. Es una gran virtud que, pese a la discusión que existió al respecto, finalmente se haya concretado un procedimiento administrativo y no judicial, tal como lo recomendara la Corte Suprema en su oficio 129-2015. Esto garantiza un trámite expedito frente al Servicio de Registro Civil e Identificación en el que, en términos esenciales, la persona sólo debe acreditar su identidad y declarar que conoce los efectos y consecuencias jurídicas de realizar el cambio de nombre y sexo registral. Es decir, no se somete al solicitante a ningún tipo de trato discriminatorio, al no indagar sobre sus razones personales para solicitar el cambio. Adicionalmente, se cumple a cabalidad con el principio de no patologización al no exigir ningún tipo de documentación médica y/o diagnóstica, ya sea para impetrar la solicitud, o bien para que esta sea acogida. Esto es a nivel comparado un gran avance respecto de otras legislaciones, como la española, que se configuraron estructuralmente desde el enfoque de la patologización de las identidades transgénero.

Incluso, la regulación acierta al permitir para toda persona que este cambio sea realizado hasta por dos veces, dando de esta manera un reconocimiento a la identidad de género como un elemento dinámico de la personalidad. Efectivamente, para algunas personas el proceso de construcción y definición de su identidad puede resultar más complejo que para otras y envolver más de un cambio o tránsito a lo largo de su vida. Esta garantía no se encontraba en el proyecto original y no fue incluido para todas las personas sino hasta muy avanzada la tramitación del mismo, pero sin duda es un aspecto muy positivo a destacar.

Este procedimiento para personas adultas no será analizado en detalle en el presente trabajo, ya que desborda su alcance, y se ha optado por esta breve reseña de sus características y virtudes esenciales.

En el Título IV se regulan los procedimientos judiciales de rectificación de la inscripción relativa al sexo y nombre y, dentro de éste, en el Párrafo 1, de la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento de las personas mayores de catorce y menores de 18 años de edad.

En primer lugar, este Título lo encabeza el artículo 12, que establece una distinción según se trate de un adolescente con o sin vínculo matrimonial, debido a que la ley permite que las personas puedan contraer matrimonio desde los 16 años. Los adolescentes que cuenten al momento de presentar su solicitud con un vínculo matrimonial vigente son los únicos autorizados por la Ley a

presentar su solicitud en forma personal y se sujetarán al procedimiento establecido en el párrafo 2 del Título IV, que es aquel que rige respecto de la solicitud de todas las personas con vínculo matrimonial no disuelto. En este sentido, este grupo particular de adolescentes, que constituye uno bastante restringido en la actualidad, se sujeta a las mismas normas que un adulto, sin distinciones particulares, por lo que no será objeto de revisión del presente trabajo.

Por su parte, la gran mayoría de los adolescentes de este país, aquellos que no cuentan con un vínculo matrimonial vigente al momento de presentar su solicitud, se sujetan a la regulación del procedimiento establecido en el párrafo primero.

Adicionalmente, el artículo 12 señala la posibilidad para los mayores de 14 y menores de 18 años de solicitar una nueva rectificación tras cumplir la mayoría de edad según el procedimiento que corresponda. Sin embargo, pese a que esta medida constituye una importante garantía, podría no resultar suficiente considerando que en las decisiones relacionadas con NNYA debería primar siempre el principio de revisibilidad. Así lo expresan los autores Fabiola Lathrop y Nicolás Espejo al referirse al proyecto: *“Un principio fundamental en materia de autonomía progresiva de los NNA es el de Revisibilidad. Los NNA toman decisiones que pueden justificarse razonadamente, en el contexto del desarrollo dinámico de su autonomía de la voluntad. Sin perjuicio de lo anterior, es fundamental considerar la posibilidad de que los NNA revisen sus decisiones, modificando cuantas veces sea necesario aquellos aspectos que consideran fundamentales en sus vidas. Los NNA pueden equivocarse, y es deber del Estado y de la familia generar espacios propicios para que esos errores no generen efectos permanentes, cuando ello sea evitable.”*<sup>233</sup>

El artículo 13 entrega la competencia de este procedimiento a los Tribunales de Familia, específicamente a aquel del domicilio del solicitante. Cabe hacer presente que La Corte, mediante sus oficios, fue del parecer que resultaba del todo apropiado entregar el conocimiento de este procedimiento a los Tribunales de Familia, en tanto a este le competen precisamente los procedimientos en los que se ven involucrados NNYA.

A continuación, en el artículo 14 se establece la legitimación activa para impetrar la solicitud, dictaminando que en el caso de personas mayores de 14 y menores de 18 años la solicitud deberá ser presentada por sus representantes legales, o alguno de ellos, a elección del adolescente si tuviere

---

<sup>233</sup> Espejo y Lathrop, 2015.

más de uno. Esta norma representa un tremendo revés en relación a las etapas iniciales de discusión del proyecto, en que se entregaba legitimación al propio adolescente para interponer su solicitud de manera personal. De esta manera, se deja casi inoperante el principio de autonomía progresiva que debe inspirar la regulación relacionada con NNyA y que de hecho la propia Ley consagra, dejando a la gran mayoría de adolescentes que requieran presentar la solicitud de rectificación de nombre y sexo registral sometidos al arbitrio de sus representantes legales, generalmente sus padres. Misma crítica realizan los autores Ximena Gauché y Domingo Lovera al señalar que el proyecto: *“desconoce legitimidad activa autónoma para los NNA entre 14 y 18 años, supeditando la presentación de la solicitud a “sus representantes legales o algunos de ellos, a elección del mayor de catorce y menor de dieciocho años, si tuviere más de uno” (art. 14). Tampoco contempla la ley un mecanismo para destrabar la oposición entre los NNA, de una parte, y sus representantes legales, de otra. Lo único que se contempla, en una confusa norma, es la obligación de citar de oficio, además de al NNA mayor de 14 y menor de 18 años, “al padre o madre o representante legal que no haya accedido a la solicitud” (art. 16, inc. 2º)”*<sup>234</sup>.

Esta decisión legislativa implica dejar desprotegidas a aquellas personas que se encuentran en situaciones especialmente vulnerables. La negación de su propia identidad a la que se verán expuestos todos aquellos adolescentes que no cuenten con el apoyo de su representante legal puede acarrearles en el futuro consecuencias irreversibles tanto físicas como psicológicas, en tanto se verán expuestos a la discriminación de su entorno por el hecho que toda su documentación legal de identificación no coincidirá con su identidad de género, que es la que desean expresar. La Corte manifestó un parecer similar en sus oficios, al celebrar primeramente que se otorgara a los adolescentes la capacidad de interponer por sí mismos la solicitud en consonancia con el principio de autonomía progresiva<sup>235</sup>, para posteriormente lamentar que se les hubiera revocado esta posibilidad<sup>236</sup>. Con esto no sólo se vulnera el mencionado principio de autonomía progresiva al sustituir de plano la voluntad de NNyA, sino que también se atenta contra el interés superior de esos adolescentes, en tanto sus representantes legales tendrán la prerrogativa de decidir unilateralmente no respetar su identidad de género, atentando contra su desarrollo y negando de antemano el acceso a un procedimiento en que puedan arbitrar su disputa. Además, para estos adolescentes, su derecho a ser oídos ha sido completamente anulado, silenciándolos arbitrariamente, en abierta contradicción

---

<sup>234</sup> Gauché y Lovera, 2019.

<sup>235</sup> Corte Suprema - Oficio N° 158 – 2016.

<sup>236</sup> Corte Suprema, 2018.

a lo establecido en la CDN. Otro tanto ocurre con los niños y niñas, completamente excluidos del proyecto, aun en aquellos casos que cuenten con el apoyo de sus representantes legales, se verán impedidos de ejercer su derecho a la identidad de género, con el consecuente menoscabo de su derecho a la identidad y desarrollo de su personalidad. Así, considerando lo anterior, puede señalarse que la exclusión de niños y niñas para acceder al procedimiento contemplado por la Ley reviste un fuerte carácter inconstitucional<sup>237</sup>.

En un sentido similar los autores Fabiola Lathrop y Nicolás Espejo critican la Ley poniendo de relevancia que el énfasis debería estar puesto en los fundamentos de la solicitud impetrada por un NNoA, independiente de la opinión de sus representantes legales: *“la solicitud hecha por el NNA debiera explicitar los fundamentos que motivan la petición, a objeto de determinar que el NNA comprende y evalúa las implicancias de su petición, así como si ha actuado de manera libre o autónoma. Verificadas estas condiciones, el Juez de Familia debiera aceptar la solicitud, incluso con independencia de la opinión divergente de los adultos responsables o de quienes lo tengan bajo su cuidado.”*<sup>238</sup>

Habiéndose establecido que los derechos de NNyA no son derechos de menor entidad que los de los adultos y que no existe una edad mínima a priori para que NNyA puedan ser oídos en un procedimiento, en aras de establecer su interés superior, a través del ejercicio de su autonomía progresiva, resulta del todo inaceptable que se les coarte el derecho a autodeterminar su identidad sólo por el hecho de ser niños o niñas, o bien por no contar con el apoyo de sus representantes legales. En este caso, el legislador ha caído en falta al establecer a priori una restricción arbitraria del derecho a la identidad de género de NNyA en pos de proteger los intereses eventuales de terceros, pues como tal deberían ser entendidos sus representantes legales en relación a la autodeterminación de la identidad de NNyA. Si bien a estos, especialmente a los padres, se les reconoce un rol prioritario de dirección, este no debe ser confundido con una carta blanca para sustituir la voluntad del NNoA por parte del adulto a cargo, que es lo que en la especie está ocurriendo en la Ley 21.120 respecto de las solicitudes presentadas por adolescentes. Cabe recordar que el rol de dirección cede progresivamente, para volverse meros recordatorios y consejos, a medida que el NNoA va desarrollando sus propias capacidades para autodeterminarse y tomar decisiones consiente de las consecuencias que estas revisten. De hecho, este rol de dirección involucra precisamente preparar al

---

<sup>237</sup> Gauché y Lovera, 2019.

<sup>238</sup> Espejo y Lathrop, 2015.

NNoA para ser capaz de tomar esas decisiones por sí mismo y no a través de otros. La identidad de cada persona, lo que incluye a la identidad de género, es construida por cada cual a partir de sus propias vivencias y aprendizajes, correspondiendo su definición al fuero interno de los individuos, por lo que no resulta lícito condicionar la solicitud impetrada por los adolescentes a la aprobación previa de sus representantes legales, quienes pueden decidir arbitrariamente desconocer la identidad del NNoA sin ninguna justificación legal, vulnerando los derechos del NNyA sin darle siquiera la oportunidad de ser oído por el tribunal para que se determine su grado de madurez para tomar esa decisión. Por otra parte, respecto de niñas y niños, el legislador ha configurado en la Ley una concepción del interés superior del niño vacío y objetualizado, que da por sentado que carecen per se de las condiciones de madurez necesaria para autodeterminarse respecto a su identidad de género, por lo que deben ser protegidos sin siquiera ser oídos.

Este retroceso grave, empero, resulta algo menos drástico que la versión del proyecto que llegó a contemplar que la solicitud debía ser presentada con el consentimiento de ambos progenitores, o de todos sus representantes si estos faltaren, salvo el caso que alguno de ellos no fuese habido o el tribunal lo estimare improcedente, pero en contrario, puede mencionarse que al menos esa versión contemplaba que pudiera efectuarse la solicitud tanto respecto de niñas y niños como de adolescentes.

Sin duda, la elección final se encuentra lejos de ser óptima y deja mucho que desear por vulnerar derechos básicos de NNyA. El hecho que para aquellos adolescentes legitimados para acceder al procedimiento se consagre su derecho a ser oído durante todo el procedimiento, no obsta que adicionalmente se le ha negado la capacidad de ejercer en forma personal su autonomía progresiva.

Continuando la revisión de lo dispuesto en la Ley, el contenido de la solicitud se encuentra regulado en el artículo 15 y establece que ésta deberá ser fundada, exponiendo con claridad los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, con indicación precisa de las peticiones concretas que se someten al pronunciamiento del tribunal. Adicionalmente, se exige señalar las razones por las cuales se estima que la pretensión hecha valer resulta beneficiosa para el adolescente en relación a lo establecido en los artículos 3<sup>239</sup> y 4<sup>240</sup>. A la solicitud se podrán acompañar,

---

<sup>239</sup> De la garantía específica derivada de la identidad de género.

<sup>240</sup> De las garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género.

facultativamente, los antecedentes que se estimen pertinentes, especialmente aquellos que den cuenta del contexto psicosocial y familiar del adolescente y de su grupo familiar. La ley señala que también se podrán acompañar los informes señalados en el inciso tercero del artículo 17, a saber:

*“a) Un informe psicológico o psicosocial que dé cuenta que el mayor de catorce y menor de dieciocho años y su entorno familiar han recibido acompañamiento profesional por, al menos, un año previo a la solicitud. Lo anterior se entenderá cumplido si se hubiere acompañado en la solicitud u ofrecido en la audiencia preparatoria, el original o copia auténtica del informe de participación en el programa de acompañamiento profesional a que se refiere el artículo 23 de la presente ley, y*

*b) Un informe psicológico o psicosocial que descarte la influencia determinante de terceros, como el padre, madre, representante legal, o quien tenga legalmente el cuidado personal del mayor de catorce y menor de dieciocho años u otros adultos significativos para él, sobre la voluntad expresada por éste en cuanto a su identidad de género.”*

Así pues, se ha eliminado del todo el informe de salud mental que se refería a la coincidencia de la identidad de género del adolescente con su sexo registrado en el acta de nacimiento, que consistía en un tercer informe contemplado durante la tramitación del proyecto para ser presentado facultativamente en conjunto con los dos que finalmente se consagraron en la Ley. Dicho informe ya había sido modificado previamente durante la tramitación por haber tenido originalmente como objeto descartar la existencia de un trastorno que produjera una idea equivocada sobre la identidad de género, lo cual resultaba patologizante al utilizar el término trastorno. En el mismo sentido se expresó La Corte<sup>241</sup> al celebrar el cambio de objeto del informe por uno que se refiera a la coincidencia entre la identidad de género del solicitante y el expresado en el acta de nacimiento. La eliminación de este informe como uno de aquellos que facultativamente se podía acompañar a la solicitud restringe las alternativas de medios probatorios con los que podrá contar el juez al momento de formar su convicción. Considerando que el artículo 17 faculta al juez a ordenar que se acompañen uno o ambos informes y que ambos tienen diferentes propósitos, es probable que el juez se decante por solicitar ambos, lo que entraña el problema que el primero de ellos debe acreditar un acompañamiento de por lo menos un año en forma previa a la solicitud y, al no ser obligatorio presentar este informe al momento de realizarla, la audiencia preparatoria se vuelve un momento crítico que puede echar por tierra todo lo obrado y poner término al proceso de manera indirecta por

---

<sup>241</sup> Corte Suprema, 2018.

no haber realizado este seguimiento en forma previa, con el desgaste de recursos que ello significa. Ante esto, el riesgo es que se vuelva prácticamente una obligación realizar el seguimiento previo de un año antes de presentar la solicitud de un adolescente, en tanto no hay forma de establecer a priori si el juez solicitará dicho informe o no. La alternativa propuesta por el artículo 23, que señala que lo anterior se entenderá cumplido si se acompaña el original o copia auténtica del informe de participación en el programa de acompañamiento profesional, presenta las mismas dificultades al establecer que deberá acreditarse una participación de a lo menos un año en el programa para obtener el certificado. Al menos, el plazo de duración volvió a su lineamiento original de un año, en lugar de los dos años que se habían planteado en algún momento durante su tramitación. En un sentido similar se expresan los autores Ximena Gauché y Domingo Lovera, quienes son aún más críticos de esta regulación al señalar que la facultad otorgada al juez para solicitar informes de orden psicológico entraña el riesgo de desvirtuar el principio de no patologización establecido por la Ley, pudiendo darse mal uso a los antecedentes solicitados<sup>242</sup>. Adicionalmente, estos autores señalan respecto a la posibilidad que con posterioridad a la solicitud el juez solicite los informes que la Ley contempla: *“Más problemático resulta aún si se advierte que esta facultad discrecional del tribunal parece encerrar –una vez ejercida– un nuevo requisito, a saber: haber estado en un proceso de acompañamiento psicológico o psicosocial por al menos un año previo a la presentación de la solicitud”*<sup>243</sup>.

Ahora bien, aunque el mismo artículo 17 faculta al juez a: *“ordenar la realización de una o más diligencias que estime necesarias para la acertada resolución de la causa”*, afortunadamente proscribire de manera específica los exámenes de carácter físico<sup>244</sup>. Es difícil saber a priori cómo se decantará en la praxis esta carta blanca que se le otorga al juez para la realización de diligencias adicionales. Éstas, al menos, deberían sujetarse a los principios que la propia Ley establece, entre los que figura el principio de no patologización, dignidad en el trato y no discriminación arbitraria, por lo que no debiera permitirse la solicitud de diagnósticos de disforia o de trastorno de identidad. Por otra parte, encuentran un límite claro en la prohibición de ordenar inspecciones físicas al cuerpo de los adolescentes. Sí es dable señalar que esta facultad permitiría al juez solicitar informes como aquel que se pronuncia sobre la concordancia entre la identidad de género del adolescente con el nombre y

---

<sup>242</sup> Gauché y Lovera, 2019.

<sup>243</sup> Gauché y Lovera, 2019.

<sup>244</sup> Este fue un tema debatido a raíz del oficio 13-2018 de La Corte Suprema, en el cual se manifestó con voto dividido con varios magistrados en contra de esta prohibición y a lo cual ya se ha referido previamente.

sexo que se le asignó al nacer (que fuera descartado durante la tramitación del proyecto), con la virtud que en este caso su realización podría tardar un tiempo razonablemente menor para que sea confeccionado durante la tramitación del procedimiento, ofreciendo al juez una alternativa para tener un conocimiento adecuado de los antecedentes de la causa cuando no se hubiere realizado el acompañamiento previo o no se hubieren aportado antecedentes suficientes, salvando así la posibilidad de continuar con el procedimiento. Sin embargo, todo esto queda supeditado a la razonabilidad del juez de turno. Lamentablemente y como ya se adelantó, en caso que el juez declare en la audiencia preparatoria que debe acompañarse un informe de acompañamiento, al establecerse que este debe haberse realizado en forma previa a la solicitud, no quedaría más remedio que poner término al procedimiento en caso de no contar con él, por lo que el adolescente se verá obligado a llevar a cabo hasta su término algún tipo de programa de acompañamiento antes de volver a presentar su solicitud a través de su representante legal.

El artículo 16 regula lo relativo a la audiencia preliminar, la cual deberá realizarse en un plazo de 15 días una vez admitida a tramitación la solicitud. A esta audiencia se citará al adolescente junto a quien o quienes presentaron la solicitud. Adicionalmente, en la resolución que admite ésta a tramitación el tribunal deberá citar de oficio para la misma audiencia al padre, madre o representante legal que no haya accedido a la misma. La audiencia se llevará a cabo con las partes que asistan y dará paso a continuación a la audiencia preparatoria, que se celebrará con las partes que se encuentren presentes.

Durante la audiencia preliminar se establece un deber para el juez de informar al adolescente y al o a los solicitantes acerca de las características de la rectificación y sus consecuencias jurídicas.

Además, durante la audiencia preliminar el adolescente podrá ejercer su derecho a ser oído ante el juez y el consejero técnico, para manifestar su voluntad de cambiar de sexo y nombre registrales, señalando los nombres de pila con los que desea pasar a ser conocido. De todos modos, el derecho a ser oído del adolescente podrá ser ejercido durante todas las etapas del procedimiento, debiendo el juez considerar sus opiniones en atención a su edad y grado de madurez.

El artículo 17 regula lo concerniente a la audiencia preparatoria y audiencia de juicio. Durante la audiencia preparatoria el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la citación para la audiencia de juicio de personas determinadas con el fin que declaren sobre los antecedentes de hecho expuestos en la solicitud según lo dispuesto por el artículo 15. Esto otorga una gran flexibilidad



al tribunal para citar a quien estime pertinente, ya sean testigos o profesionales que hayan realizado el acompañamiento del adolescente. Adicionalmente, se faculta al tribunal para solicitar informes si estos no se hubieren acompañado al presentar la solicitud, los que ya han sido analizados.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez podrá, previo acuerdo de las partes, desarrollar la audiencia de juicio en forma inmediata a continuación de la audiencia preparatoria. En esta audiencia se oirá a quienes hayan sido citados a la misma y se rendirá la prueba admitida por el tribunal.

Respecto de la sentencia, el artículo establece que esta debe ser fundada y deberá constar el hecho de haberse oído la opinión del adolescente, así como los motivos por los cuales el juez ha resuelto conforme o en contra de ella. Si esta se pronuncia acogiendo la solicitud, deberá contener la orden para que el Servicio de Registro Civil e Identificación proceda a rectificar la partida de nacimiento respecto del sexo y los nombres (si correspondiere), realizando las respectivas inscripciones al margen. Contra la sentencia procederán los recursos aplicables a los asuntos contenciosos en materia de familia y la apelación se concederá en ambos efectos y gozará de preferencia para su vista y fallo. Sobre este aspecto La Corte ya se había pronunciado en oficio 13-2018, señalando que no se establecía en qué consistía esta preferencia y al hecho que no se fijaba ningún tipo de plazo, este defecto persiste en la redacción final de la Ley.

Otro elemento que salta a la vista al analizar este artículo, según las observaciones que previamente había realizado La Corte mediante oficio 13-2018, es que finalmente se mantuvo la omisión que había sufrido el procedimiento de oposición que figuraba en etapas tempranas del proyecto. Parece sobrentenderse que, durante la audiencia de juicio, la madre, padre o representante legal que no hubiere accedido a la solicitud, podrá oponerse al cambio de nombre y sexo del adolescente habiendo ofrecido la prueba en contrario que estime pertinente. Sin embargo, la falta de regulación expresa a este respecto provoca una carencia. Lo más deseable hubiera sido fijar los motivos o causales por los cuales procedería la oposición en forma expresa y taxativa, de modo que el debate se centre en torno al objeto del juicio a partir de motivos razonables, negando la posibilidad de debates inconducentes de índole ideológica o religiosa.

Con el artículo 17 termina el párrafo 1 del Título IV, que regula el procedimiento concerniente a adolescentes sin vínculo matrimonial vigente.

En el Título V se regulan aspectos procedimentales de la rectificación de la partida de nacimiento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación y de la emisión de los nuevos documentos de identificación.

Dentro de este título es dable destacar algunos aspectos, en primer lugar, el artículo 20 señala la forma en que procederá el Servicio de Registro Civil e Identificación, ya sea que haya acogido la solicitud directamente, cuando esta ha sido presentada por persona sin vínculo matrimonial vigente, o bien cuando se le ha presentado una sentencia firme y ejecutoriada que ordene la rectificación de la partida de nacimiento a este respecto. Es importante mencionar que la rectificación, ya sea sólo de sexo, o de sexo y nombre a la vez, no alterará el rol único nacional de la persona solicitante. A su vez, se menciona una serie de instituciones a las que el Servicio oficiará especialmente sobre la rectificación realizada en caso que corresponda, pudiendo el solicitante señalar otras adicionales, ya sean públicas o privadas, que estime pertinentes. Destaca entre el listado contenido en el artículo la mención al Ministerio de Educación, que resulta especialmente importante respecto de los adolescentes por cuanto contempla toda la información sobre su escolarización, que será relevante a futuro en caso de continuar sus estudios para que sus antecedentes académicos coincidan con su nuevo nombre y sexo registral.

El artículo 21, que trata sobre los efectos de la rectificación, señala que una vez efectuadas las modificaciones y subinscripciones correspondientes, la persona deberá ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género. Señalando, además, que las fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento por los que las personas figuren en registros públicos o privados deberán ser coincidentes con dicha identidad. Esto sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 2 de la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Por lo que, en caso que alguna institución se niegue, o simplemente ignore, la petición de una persona de adecuar su información personal contenida en sus registros acorde a su identidad de género, esa persona deberá interponer la acción de no discriminación arbitraria contenida en la ley 20.609 para hacer valer este derecho. Lo anterior se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 25 de la ley 21.120.

Finaliza este Título el artículo 22, sobre los efectos de la rectificación, que señala que estos serán oponibles a terceros desde el momento en que se extienda la inscripción rectificada. La rectificación de la partida no afectará la titularidad de los derechos y obligaciones patrimoniales contraídos con anterioridad a la misma, ni afectará las provenientes de las relaciones propias del

derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, lo que constituye el principio de continuidad de las relaciones familiares<sup>245</sup>. Si bien excede el análisis del presente trabajo, cabe señalar que se ha omitido cualquier mención que aclare si, tras la rectificación, la designación de padre/madre que pudiera ostentar la persona solicitante cambiará para adecuarse o no a su identidad de género. En relación con el principio de continuidad de las relaciones familiares quizás podría estimarse que esta relación es inmodificable y una mujer transgénero que ha conseguido la rectificación seguirá siendo padre de sus hijos. Sin embargo, esto atentaría contra el objetivo mismo de la Ley al negar precisamente aquello que está garantizando. Adecuar la designación padre/madre acorde a la nueva identidad de género consagrada en los documentos legales parece más acorde y consecuente con el espíritu de la Ley, pese a que esto significaría, en consecuencia, que en las partidas de nacimiento algunas personas figuren con dos padres o dos madres<sup>246</sup>.

El Título VI, que regula otras disposiciones, contiene en primer lugar, en su artículo 23, lo relativo a los programas de acompañamiento profesional para *“niños, niñas y adolescentes cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral”*. Por lo que, si bien a los niños y niñas se les denegó la posibilidad de hacer uso del procedimiento regulado en esta Ley para realizar el cambio de nombre y sexo registral, podrán, al menos, acceder a estos programas de acompañamiento. Sobre estos se señala que: *“consistirán en una orientación profesional multidisciplinaria que incluirá acciones de asesoramiento psicológico y biopsicosocial, cuyo objeto será el otorgamiento de herramientas que permitan su desarrollo integral, de acuerdo con su identidad de género”*. La labor de elaborar el reglamento que regula estos programas fue encomendada por la misma norma al Ministerio de Desarrollo Social en colaboración con el Ministerio de Salud, señalando que las acciones diseñadas podrán ser ejecutadas por personas jurídicas sin fines de lucro que cuenten con acreditación vigente ante el Ministerio de Desarrollo Social, cumpliendo con los requisitos y condiciones que establezca el reglamento a que se refiere el inciso primero del artículo 26. El mencionado artículo 26 señala que el reglamento regulará las acciones mínimas que deberán contemplar estos programas de acompañamiento, así como los requisitos, vigencia y cancelación de la acreditación de las personas jurídicas sin fines de lucro que prestarán dichos programas, así como cualquier otra materia para su correcta aplicación. Dicho reglamento se publicó el 29 de agosto de

---

<sup>245</sup> Espejo y Lathrop, 2015.

<sup>246</sup> Esto se analiza con mayor detalle y se ofrecen alternativas en Espejo y Lathrop, 2015.

2019 en el Diario Oficial, correspondiendo al Decreto N° 3 que “Aprueba reglamento del artículo 26 inciso primero de la Ley N° 21.120<sup>247</sup>.”

En caso que un NNoA se hubiera sujetado por lo menos a un año a uno de estos programas de acompañamiento profesional podrá solicitar un certificado de participación en el mismo, el cual es homologable con el indicado en la letra a) del artículo 17, debiendo contar con una relación circunstanciada de todas las actividades de acompañamiento realizadas, pudiendo contener también conclusiones y otros antecedentes. Este informe deberá ser evacuado por la institución requerida en un plazo menor de 30 días hábiles, so pena de considerarse como delación injustificada del mismo.

Cerrando la revisión del articulado de la Ley, el artículo 25 establece una prohibición de discriminación arbitraria que irradia a todo el ordenamiento jurídico, señalando que: *“Ninguna persona, natural o jurídica, institución pública o privada, podrá realizar un acto u omisión que importe discriminación arbitraria y que cause privación, perturbación o amenaza a las personas y sus derechos, en razón de su identidad y expresión de género”*, quienes se vean así afectados, podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria establecida en la Ley 20.609, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera emanar de esta contravención.

Cabe señalar que, habiéndose dictado los reglamentos correspondientes para su aplicación, la Ley 21.120 entró por fin en vigencia el 27 de diciembre de 2019<sup>248</sup>. El Decreto N° 335 que aprueba el Reglamento que regula el procedimiento administrativo de rectificación de partidas de nacimiento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación para personas adultas sin vínculo matrimonial vigente fue publicado en el Diario Oficial con fecha 13 de agosto de 2019<sup>249</sup>, el que no será abordado en el presente trabajo por no tener relación directa con las solicitudes de NNyA. Por su parte, el Decreto N° 3 que aprueba el Reglamento del artículo 26, que regula las acciones mínimas que deben contemplar los programas de acompañamiento a NNyA señalados en el artículo 23 de la Ley 21.120, fue publicado en el Diario Oficial con fecha 29 de agosto de 2019<sup>250</sup>. De este, debido a que excede la extensión que pretende el presente trabajo, sólo se señalará que el Reglamento, que consta de 20

---

<sup>247</sup> Microjuris, 2019.

<sup>248</sup> CNN, 2019

<sup>249</sup> El Decreto con el Reglamento puede ser revisado en línea en:

<https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2019/08/13/42428/01/1635136.pdf>

Consultado el 18/01/2020

<sup>250</sup> El Decreto con el Reglamento puede ser revisado en línea en:

<https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2019/08/29/42441/01/1645291.pdf>

Consultado el 18/01/2020

artículos, ha suscitado la preocupación de la abogada y activista por los derechos de las personas transgénero Constanza Valdés, quien manifestó que los requisitos para la acreditación de las organizaciones sin fines de lucro que deseen impartir los programas de acompañamiento no son lo suficientemente claros para impedir que organizaciones conservadoras contrarias a los principios de la Ley se acrediten<sup>251</sup>.

Boletín 12140-17<sup>252</sup>

El miércoles 3 de octubre de 2018 fue ingresado al Senado el proyecto de Ley que “Reconoce el derecho a la identidad de género a los menores de 14 años” por moción de los Senadores Adriana Muñoz, Isabel Allende, Ximena Rincón, Juan Ignacio Latorre y Jaime Quintana. Este proyecto surge precisamente a raíz de que las personas menores de 14 años fueron excluidas de la posibilidad de acceder a los procedimientos contemplados en la Ley 21.120 para acceder al cambio de nombre y sexo registral.

Signado como Boletín 12140-17 se encuentra actualmente en Primer trámite constitucional en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado desde el 9 de octubre de 2018. Considerando que el proyecto carece de urgencia y en vista de la gran polémica que se produjo durante la tramitación de la Ley 21.120 en torno a la posibilidad de incluir a niños y niñas, es probable que pase aún un largo tiempo antes que se pueda ver algún avance en su tramitación. Incluso, podría simplemente pasar a aumentar la larga lista de proyectos que nunca arriban a convertirse en Ley debido a la falta de consenso en esta materia. Cabe recordar que la discusión del proyecto de la Ley 21.120 se dilató durante 5 años.

Este proyecto da cuenta en su parte explicativa de la necesidad de permitir el acceso de este grupo de personas al cambio de nombre y sexo registral, de modo que su identidad sea reconocida por el Estado, respetando su derecho a autoderminarse y desarrollar libremente su personalidad desde la infancia. Además de desarrollar estas razones de manera más extensa, resulta especialmente destacable que se recalca expresamente que la responsabilidad de los padres o representantes legales de otorgar dirección y orientación apropiada para que niños y niñas puedan ejercer sus derechos no significa que éstos tengan una facultad para decidir contra la voluntad de sus hijos.

---

<sup>251</sup> Conivaldesc, 2019.

<sup>252</sup> Tanto el texto del proyecto como su estado de tramitación pueden consultarse en: [http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=12140-17](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12140-17)

La iniciativa contempla un único artículo que señala: *“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.”*

Resulta indudable que, si bien la intención de la iniciativa es suplir la falencia de la Ley 21.120 respecto de la ausencia de niños y niñas, la presentación carece de un elemento esencial al no hacer referencia alguna al procedimiento por el cual se formulará esta solicitud ¿Debe entenderse a priori que la intención es sujetar esta solicitud al mismo procedimiento establecido en la Ley 21.120 para las personas menores de 18 años y mayores de 14? ¿O la intención es sujetarlo a un procedimiento distinto a ser formulado durante la tramitación del proyecto? La falta de claridad a este respecto hace difícil que esta iniciativa pueda fructificar en algo concreto más allá de la buena intención de sus promotores, especialmente por la dificultad que ha demostrado en la práctica alcanzar consensos en materia de infancia y el reconocimiento de sus derechos plenos y el ejercicio de su autonomía progresiva. Como ya ha quedado en evidencia al analizar el procedimiento contenido en la Ley 21.120, respecto del caso de adolescentes, la manera en que se haga operativo el ejercicio del derecho a la identidad de género no es irrelevante, siendo especialmente crucial respecto de las personas menores de 14 años buscar una fórmula que equilibre la necesidad de representación que algunos de ellos necesitarán por carecer aún de la madurez necesaria para actuar por sí mismos ante los tribunales y realizar la solicitud, con la necesidad de permitir a niños y niñas ejercer sus derechos en razón de su autonomía progresiva, siendo oídos apropiadamente, sin que ello conlleve una sustitución de su voluntad, ya sea por parte de sus padres o del juez.

#### Breve relación de la implementación de la Ley 21.120

El mismo viernes 27 de diciembre de 2019 en que entró en vigencia la Ley 21.120 el Registro Civil cifró en 921 las solicitudes<sup>253</sup> para realizar el procedimiento de cambio de nombre y sexo registral<sup>254</sup>. Algunas personas transgénero manifestaron a la prensa<sup>255</sup> su felicidad de poder realizar

---

<sup>253</sup> Said y Toro, 2019.

<sup>254</sup> Cabe recordar que dentro de las disposiciones transitorias de la Ley 21.120 se contempla que quienes hayan obtenido por sentencia el cambio de nombre, mas no de sexo registral, pueden iniciar igualmente este procedimiento para realizar la rectificación de sexo que les fue negada en su momento, muchas veces por no haberse realizado intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual.

<sup>255</sup> Said y Toro, 2019.

esta solicitud, no sólo como un paso emocionalmente necesario para cerrar el ciclo de su tránsito, sino también como una necesidad de adecuar su documentación civil a su identidad de género, pues tal discrepancia les generaba problemas legales de diversa índole, ya fuera al presentarse para una entrevista de trabajo, solicitar el reemplazo de un pase escolar, realizar trámites legales, tomar una hora al médico, etc. En términos generales, veían este procedimiento como una forma expedita, accesible y digna de poder realizar el cambio de nombre y sexo registral, en contraste con el procedimiento judicial, que era percibido como costoso, lento y vejatorio al solicitar muchas veces exámenes invasivos, incluso requiriendo fotografías de sus genitales por parte del Servicio Médico Legal. Sin embargo, esta implementación no estuvo exenta de dificultades, tal como lo denunciara la abogada activista por los derechos de las personas transgénero Constanza Valdés en su Twitter<sup>256</sup>, recogiendo las quejas de algunas personas transgénero sobre la incorrecta o deficiente implementación de la Ley 21.120 en algunas oficinas del Registro Civil. Los principales hechos que se denunciaron respecto de diversas oficinas decían relación con: recibir por parte de los funcionarios del Registro Civil un trato que no respetaba su identidad de género ni nombre social, completo desconocimiento de la Ley y de cómo implementarla, desconocimiento de quiénes pueden ser presentados como testigos hábiles según las exigencias de la Ley<sup>257</sup>, una exacerbación del principio de la confidencialidad al punto de prohibirle a la persona ingresar a la audiencia de rectificación en compañía de sus seres significativos aun con su consentimiento<sup>258</sup>. Todos los anteriores constitutivos de una directa violación de los principios establecidos en el artículo 5 de la Ley 21.120 y que denotan una incorrecta capacitación del personal del Registro Civil para operativizar este procedimiento en sus oficinas de acuerdo a los estándares de respeto y amabilidad exigidos por la propia Ley, pese a que existió un periodo de tiempo más que prudente para realizar la capacitación adecuada del personal sobre el contenido y principios de la misma.

Por otra parte, respecto a la aplicación del procedimiento judicial para la solicitud de adolescentes se puede señalar que el día 13 de enero de 2020 se dictó la primera sentencia en esta materia, existiendo a esa fecha un total de 28 solicitudes presentadas, 13 de las cuales corresponden

---

<sup>256</sup> Conivaldesc, 2020.

<sup>257</sup> El procedimiento para la solicitud de personas adultas sin vínculo matrimonial vigente ante el Servicio de Registro Civil contempla la necesidad de presentar dos testigos hábiles, según las mismas reglas de los testigos hábiles para la celebración del matrimonio.

<sup>258</sup> Tal como lo indica la abogada Constanza Valdés el propósito del principio de confidencialidad es proteger a las personas de intromisiones ilícitas en su privacidad por parte de terceros, no para impedirles estar en compañía de sus seres queridos en un momento tan trascendental y significativo de sus vidas.

a la Región Metropolitana<sup>259</sup>. La sentencia fue dictada por la magistrada Macarena Rebolledo del Segundo Juzgado de Familia de Santiago en la causa Rit R-1-2019. El fallo destaca la necesidad de reconocer el derecho a la identidad de género de NNyA en relación con su autonomía progresiva, así como la necesidad de tomar las medidas para la eliminación de toda forma de discriminación hacia los NNyA transgénero: *"Ellos y ellas no solo son titulares del derecho a la identidad de género, sino que pueden y deben ejercer su derecho a la identidad de género sin más limitaciones que las que imponen sus propios desarrollo y autonomía progresivas en su trayectoria de vida, siendo un imperativo para el Estado y sus poderes, así como para cada padre, madre o adulto responsable, velar por el interés superior cumpliendo todas las garantías y salvaguardias debidas, a fin de procurar así la eliminación de todas las formas de exclusión que hoy afectan a los niños y niñas trans en Chile', siendo por tanto un deber para este tribunal acoger lo pedido"*<sup>260</sup>.

Así mismo, puede destacarse que se puso especial énfasis en el derecho del niño a ser oído en aquellos asuntos que le afectan y que sus opiniones deben tenerse debidamente en cuenta. En este caso, el adolescente fue oído en una sala gesell por la consejera técnica considerando el principio de autonomía progresiva, se estimó que la manifestación de voluntad del adolescente de cambiar su nombre y sexo era libre, informada y madurada en el tiempo, contando además con apoyo familiar, médico y psicológico en su proceso.

Sin embargo, puede observarse como motivo de alerta de esta primera sentencia que uno de los hechos a probar fijado por el tribunal fue la: *"Efectividad que la persona adolescente y su entorno familiar han recibido acompañamiento profesional psicológico por, al menos, un año previo a la solicitud."*<sup>261</sup> Ya se había advertido precedentemente, al momento de revisar el articulado de la Ley, que existía el riesgo de que el acompañamiento previo de un año se volviera obligatorio por la aplicación que los jueces realizaran de la misma. Pareciera que dicha advertencia fue acertada a este respecto, lo que resulta criticable por limitar arbitrariamente otras posibilidades que permite la Ley para dar cuenta de la convicción del adolescente respecto a su identidad de género. Otro elemento preocupante que se advierte es que, desde el comienzo, se ofreció como prueba documental un certificado psiquiátrico de diagnóstico de *"transexualismo y trastorno de la identidad sexual en*

---

<sup>259</sup> Cerna, 2020.

<sup>260</sup> SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO, rit -1-2019, 13 de enero de 2020.

<sup>261</sup> SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO, rit -1-2019, 13 de enero de 2020.



*adolescentes*<sup>262</sup>, patologizando de esta manera la identidad de género del adolescente, algo que la propia Ley prohíbe. No consta en el fallo la manera en que El Tribunal ponderó esta prueba, limitándose a referir y considerar el hecho que el adolescente se encontraba desde el inicio de la adolescencia en un proceso con apoyo psicológico y recientemente iniciando un proceso hormonal. Lamentablemente, El Tribunal dejó pasar la oportunidad de enfatizar que la identidad de género de las personas no debe concebirse como una enfermedad mental, ni el procedimiento llegar a estimarse como un paliativo que ayude a aminorar el sufrimiento de las personas transgénero, sino como el legítimo ejercicio de un derecho, con lo que habría sentado un claro antecedente al tratarse de la primera aplicación de la Ley. Sin embargo, es aún muy pronto para sacar conclusiones generales de lo que por ahora es sólo una primera sentencia, aunque reveladora. Sólo el tiempo permitirá dar una visión más acabada de la interpretación y aplicación de la Ley 21.120 por la que se decante la jurisprudencia de los tribunales.

---

<sup>262</sup> SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO, rit -1-2019, 13 de enero de 2020.



## CONCLUSIÓN

Tal como ya se ha visto, la Ley 21.120, pese a que su tramitación demoró un tiempo excesivamente largo, ha significado por fin un gesto claro por parte del Estado en dar reconocimiento al derecho a la identidad de género de las personas. Ahora bien, una de las mayores deficiencias de esta Ley se evidencia en la manera que regula las solicitudes relacionadas con NNyA.

En efecto, si bien resulta apropiado radicar el conocimiento de estas solicitudes en los Tribunales de Familia por ofrecer las garantías apropiadas que permitan custodiar el adecuado ejercicio de los derechos de NNyA, no lo es limitar la legitimación activa para acceder a este procedimiento exclusivamente a los adolescentes, dejando a niños y niñas completamente fuera de la regulación.

Si la identidad de género es un elemento indisoluble de la persona en tanto tal y que se entiende comprendida en el derecho a la identidad de todo ser humano, que protegen los instrumentos internacionales ratificados por Chile, no resulta comprensible que niños y niñas sean excluidos de ejercer este derecho. Los derechos humanos de niños y niñas son exactamente los mismos de los adultos y no deben ser considerados derechos de menor entidad o sujetos a limitación en razón de su edad, que es lo que ha ocurrido en la Ley 21.120.

Por su parte a los adolescentes, si bien se les reconoce como sujetos legitimados para acceder al procedimiento de cambio de nombre y sexo registral de la Ley 21.120, deben hacerlo siempre a través de su representante legal, lo que contradice completamente el principio de autonomía progresiva contemplado en la propia Ley.

Pese a que Chile ha suscrito y ratificado la CDN que reconoce a NNyA como sujetos de derecho y no como objetos de protección, la regulación planteada por la Ley 21.120 recuerda la rigidez decimonónica que considera a NNyA esencialmente incapaces y sujetos a rangos etarios fijos para ejercer sus derechos. Así, niños y niñas menores de 14 años serían demasiado pequeños para tener una noción siquiera sobre su propia identidad de género, mientras que los adolescentes (menores de 18 años) no estarían capacitados para ejercer este derecho por sí mismos, sino que deben hacerlo representados. La historia es tristemente familiar a una realidad que se suponía superada por la introducción de la doctrina integral de la CDN y, sin embargo, hela ahí nuevamente enquistada en el sistema. No es menor que la propia Corte Suprema fue mucho más progresista que el Legislador en

este sentido, señalando la importancia de reconocer adecuada y fidedignamente el principio de autonomía progresiva de NNyA, para que puedan ejercer sus derechos por sí mismos acorde a su edad y madurez. Lamentablemente, de este principio sólo se tomó el nombre para ponerlo en la Ley sin ningún significado real dentro de la misma. De este modo, el desconocimiento de derechos básicos de los NNyA en el marco de la Ley 21.120 no puede ser sino considerado inconstitucional.

Sin embargo, tampoco puede negarse que la Ley 21.120 no es más que un síntoma de una grave realidad nacional, ya que lamentablemente en Chile se permite que grupos conservadores, amparados en una errónea comprensión del derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, consagrado en La Constitución y en la CDN, capturen al Legislador, reconociéndoles una especie de dominio sobre los hijos que les permite decidir por ellos en lugar de ayudarlos a decidir por sí mismos. Esta timidez del legislador para hacer frente a estas posiciones que objetualizan a NNyA redundan en una desprotección de aquellos que precisamente más necesitan la intervención de la justicia cuando sus voces no son escuchadas.

Especial gravedad reviste el hecho que en el marco de la Ley 21.120, aquellos NNyA que se verán imposibilitados de acceder al procedimiento constituyen parte de un grupo especialmente vulnerable a la discriminación que, al no poder adecuar su nombre y documentación legal a su identidad de género, se verán expuestos a formas graves de violencia que pueden acarrear consecuencias irreparables tanto físicas como psicológicas.

Resulta pues, perentorio, no sólo generar una iniciativa que subsane esta deficiencia grave en la manera de abordar el derecho a la autodeterminación de la identidad de género de NNyA, sin reconocer otra limitación que las que su propio desarrollo y autonomía progresiva les impongan. Sino también una revisión sistémica que instituya de una vez y para siempre a NNyA en el lugar que merecen como sujetos de derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE**, Silvina; **HERNÁNDEZ**, Ximena; y **ROGER**, Camille. El interés Superior del Niño. Interpretaciones y Experiencias Latinoamericanas. *Sistema de Información sobre la primera infancia en América Latina, Cuaderno n° 05*, 2014
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS**. Informe sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. Resolución A/HRC/19/41, 2011.  
[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-41\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-41_sp.pdf)
- BARCIA**, Rodrigo. La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez. *Revista Ius et Praxis*, año 19, nº2, 2013.
- BARCIA**, Rodrigo. Sobre la capacidad de los adolescentes para recibir la denominada píldora del día después. *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 7, Universidad Diego Portales, 2006.
- BENAVIDES**, Álvaro. *Modelos de capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz del art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Tesis Doctoral)., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2014.  
[http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/511/Tes\\_BenavidesLopezA\\_ModelosCapacidadJuridica\\_2009.pdf?sequence=1](http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/511/Tes_BenavidesLopezA_ModelosCapacidadJuridica_2009.pdf?sequence=1)
- CARVAJAL**, Edwards, Fernanda. (2016). Sexopolítica en los inicios de la dictadura de Augusto Pinochet: el “cambio de sexo” de Marcia Alejandra en los discursos de la prensa. *Sexualidad, Salud y Sociedad*. Rio de Janeiro, (24), 103-129. <https://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2016.24.05.a>.
- CASELLA**, Ayelen y TOIA, Leonardo. Artículo 18. Derecho al nombre. La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2013
- CERNA**, T. Tribunal de Familia dicta primera rectificación de nombre y sexo registral del país para menor de edad. *Emol*, Enero 2020.  
<https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/01/13/973329/Primera-rectificacion-sexo-nombre-menor.html>
- CILLERO**, Miguel. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. *Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño-OEA*, vol. 234, 1997
- CNN Chile**, Ley de Identidad de Género: Personas trans ya pueden pedir hora para realizar cambio de nombre y sexo registral. Diciembre 2019. Consultado el 16/12/2019 en:  
[https://www.cnnchile.com/pais/ley-identidad-genero-hora-cambio-nombre-sexo-registral\\_20191216/](https://www.cnnchile.com/pais/ley-identidad-genero-hora-cambio-nombre-sexo-registral_20191216/)

**COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL SENADO DE CHILE.** Discusión del Proyecto de Ley que “reconoce y da protección a la identidad de género”, Valparaíso, Abril 2014. <https://www.comunidadjusticia.cl/attachments/article/244/Ponencia%20de%20Comunidad%20y%20Justicia%20Com.%20DDHH%20del%20Senado%2016.04-2014%20Parte%201.pdf>

**COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.** Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013

**COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.** Observación general n°12 sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12). CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009

**COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO.** Nota del presidente del comité jurídico interamericano al presidente del consejo permanente transmitiendo el informe preliminar sobre “Orientación sexual, identidad de género, y expresión de género, Abril 2013.  
[http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji\\_agenda\\_actual\\_Orientacion\\_Sexual.pdf](http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_actual_Orientacion_Sexual.pdf)

**CONIVALDESC.** (27 Diciembre 2019). 27. El Decreto Supremo 3 del Midesyf regula estos aspectos. Establece acciones mínimas y requisitos que deben cumplir organizaciones para realizar estos programas. Lamentablemente, los requisitos son vagos y en la práctica, organizaciones conservadoras podrían acreditarse. (Tweet).  
<https://twitter.com/conivaldesc/status/1210534305870553089>

**CONIVALDESC.** (4 Enero 2020). Después de años de lucha de la comunidad trans por la ley de identidad de género, ahora estamos viendo los resultados y la felicidad de tantas personas que por fin verán reconocida su identidad. Sin embargo, la implementación no ha estado ausente de problemas. Hilo al respecto: (Tweet).  
[.https://twitter.com/conivaldesc/status/1213517687009222667](https://twitter.com/conivaldesc/status/1213517687009222667)

**CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (CDH), NACIONES UNIDAS.** Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal CHILE, A/HRC/12/10, 2009, [citado el 18-06-2017]. [http://acnudh.org/wp-content/uploads/2010/12/A\\_HRC\\_12\\_10\\_CHL\\_S.pdf](http://acnudh.org/wp-content/uploads/2010/12/A_HRC_12_10_CHL_S.pdf)

**CORREA, Paula y VARGAS, Macarena.** La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. *Ius et Praxis*, vol. 17, n°1, 2011. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122011000100008&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100008&lng=es&nrm=iso)

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (IDH).** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, "Caso Forneron e hija vs. Argentina". Párr. 123.  
[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)

**CORTE SUPREMA.** Oficio N° 129, 2015

**CORTE SUPREMA.** Oficio N° 13, 2018

**CORTE SUPREMA.** Oficio N° 158, 2016

**DELLE, María Julia,** La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. *Especial análisis de los actos*

*médicos del adolescente, Nuestra Joven Revista Jurídica, III (1- Serie I), Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho, 2010.*

**DUCCI**, Carlos. Derecho Civil, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago, 2002

**EKELAAR**, Jhon. The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism. *International Journal of Law, Policy and the Family*, Oxford Academic, vol. 8, nº1, 1994, p.20-53. (online) [citado el 28.10.2019]. Disponible en: [lawfam.oxfordjournals.org/content/8/1/42.full.pdf](http://lawfam.oxfordjournals.org/content/8/1/42.full.pdf)

**ESPADA**, Susana, Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales. Consultado en línea el 3-11/2019 en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722015000200011](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722015000200011)

**ESPEJO**, Nicolás y **LATHROP**, Fabiola. Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho de la identidad de género, 2015. [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532015000200013&lng=es&nrm=iso#43](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000200013&lng=es&nrm=iso#43)

**ESTUPINYÀ**, Pere. *S=ex<sup>2</sup>*, Editorial Random House Mondadori, Barcelona, Abril 2013.

**FEINBERG**, Leslie. Liberación transgénero: un movimiento cuyo tiempo ha llegado. *Políticas trans. Una antología de textos desde los estudios trans norteamericanos*. Editores Pol Galofre y Miquel Missé. Editorial Egales, Barcelona Madrid 2015. Traducción por Ian Bermúdez.

**FERREIRA**, M.A., Modernidad, individuo y diversidad funcional: Una infundamentación ética. En "Intersticios" *Revista Sociológica de Pensamiento crítico*, vol 2, 2008, p.12. Citado en: **BENAVIDE**, Álvaro. Modelos de capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz del art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Tesis Doctoral, Director Rafael de Asís Roig Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2014. Pp 35 Consultado en línea el 6/11/2019 Disponible en: [http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/511/Tes\\_BenavidesLopezA\\_Mode losCapacidadJuridica\\_2009.pdf?sequence=1](http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/511/Tes_BenavidesLopezA_Mode losCapacidadJuridica_2009.pdf?sequence=1)

**FLAH**, Lily y **MINYERSKY**, Nelly. Consentimiento Informado de Niñas, Niños y adolescentes. Derechos Personalísimos. Influencia del Reconocimiento de la Capacidad Progresiva en la Protección de la Salud. *VI Congreso Internacional de Bioética*, Gijón, España. <http://studylib.es/doc/593155/consentimiento-informado-de-ni%C3%B1as-ni%C3%B1os-y-adolescentes.-d...>

**FUNDACIÓN IGUALES**, Ley de identidad de género, 2018. <https://www.iguales.cl/incidencia-politica/ley-de-identidad-de-genero/>

**GAUCHÉ**, Ximena y **LOVERA**, Domingo. Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos. *Ius et Praxis*, 25(2), 359-402, 2019. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000200359>

- GAUCHE**, Ximena. *Discriminación por sexualidad en el derecho internacional de los derechos humanos, con especial referencia a la discriminación por orientación sexual e identidad de género* (Tesis Doctoral). Universidad Autónoma de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2011
- GAUCHE**, Ximena. Una Mirada a la No Discriminación por Identidad de Género y Orientación Sexual desde los Desarrollos Internacionales de Soft Law. *Justicia, Género y Sexualidad: primer encuentro académico Santiago de Chile 2009*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2012.
- GAVILÁN**, Juan. Infancia y transexualidad. Editorial Catarata, Madrid, 2016.
- GÓMEZ**, Begoña. La fascinante vida de Lili Elbe, la primera transexual de la historia. El país, Enero 2016. <https://smoda.elpais.com/moda/la-fascinante-vida-de-lili-elbe-la-primera-transexual-de-la-historia/>
- GÓMEZ**, Gastón. Recurso de protección y derechos fundamentales. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005.
- GONZÁLEZ**, Juan Diego. Marcia Alejandra Torres, la Primera Transexual de Chile. Diciembre 2007. <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/423>.
- HADJIMATHEOU**, Chloe. Christine Jorgensen: 60 years of sex change ops. BBC, Noviembre 2012, disponible en: <https://www.bbc.com/news/magazine-20544095>. Consultado el 6-5-2019
- HERRERA**, Marisa. Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino. Revista Justicia y Derechos del Niño, 2009
- HEYES**, Cressida. Solidaridad feminista tras la teoría queer: El caso trans. En "Políticas trans. Una antología de textos desde los estudios trans norteamericanos". Editores Pol Galofre y Miquel Missé. Editorial Egales, Barcelona Madrid 2015. Traducción por Pau Crego Walters
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ)**, Principios de Yogyakarta – Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Marzo 2007. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>. Consultado el 19/12/2019.
- JAQUE**, José Miguel Jaque y **SÁNCHEZ**, Javiera. La revolución de Marcia Alejandra. Abril 2018. <https://www.latercera.com/tendencias/noticia/la-revolucion-marcia-alejandra/132019/>
- LAINO**, Silvia E. Autonomía progresiva de la Voluntad. Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef Uruguay, Asociación de Defensores Públicos del Uruguay, Dirección Nacional de Defensorías Públicas, 2012
- LANSDOWN**, Gerison, et al. Evolución de las facultades del niño. En Evolución de las facultades del niño, UNICEF, 2005



- LATHROP**, Fabiola. El derecho del niño a ser oído, En MARTINIC, María Dora y SCHMIDT, Claudia (Directoras). 2004. "Instituciones de Derecho de Familia". Lexis Nexis. Santiago, Chile.
- LLAMBÍAS**, Jorge J. Tratado de Derecho Civil, Parte general, Tomo I, n 567, Editorial Abeledo Perrot, Décimosexta Edición, Buenos Aires, 1995.
- LOVERA**, Domingo. Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía. Justicia y Derechos del Niño, nº11, UNICEF, 2009.
- LYON**, Alberto. Personas naturales. Ediciones Universidad Católica, Tercera Edición, 2007.
- MAS GRAU**, Jordi. Del transexualismo a la disforia de género en el DSM. Cambios terminológicos, misma esencia patologizante. *Revista Internacional de Sociología*, [S.l.], v. 75, n. 2, p. e059, Mayo 2017. <http://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/673>. Fecha de acceso: 19 jan. 2020 doi:<http://dx.doi.org/10.3989/ris.2017.75.2.15.63>
- MICROJURIS**. Publicado: Reglamento sobre programas de acompañamiento a niños y adolescentes respecto a la ley que reconoce el derecho a la identidad de género. Agosto 2019. <https://aldiachile.microjuris.com/2019/08/29/publicado-reglamento-sobre-programas-de-acompanamiento-a-ninos-y-adolescentes-respecto-a-la-ley-que-reconoce-el-derecho-a-la-identidad-de-genero/>
- MISSÉ**, Miquel. Transexualidades, otras miradas posibles. Editorial Egales, Barcelona Madrid 2014.
- MOVILH**. Histórico: la OMS deja de considerar a la transexualidad como una enfermedad mental. Junio 2018. <https://www.movilh.cl/historico-la-oms-deja-de-considerar-a-la-transexualidad-como-una-enfermedad-mental/>
- MUÑOZ** León, Fernando. El reconocimiento legal de la transexualidad en Chile mediante el procedimiento judicial de cambio de nombre: Un caso de complementariedad epistemológica entre medicina y derecho. *Revista médica de Chile*, 143(8), 1015-1019. 2015. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872015000800008>
- NOGUEIRA**, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios constitucionales*, vol.13, nº2, Santiago, 2015. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002015000200011&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200011&lng=es&nrm=iso)
- OEA, Departamento de Derecho Internacional (DDI)**. Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-69\\_discriminacion\\_intolerancia.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp)
- PALAVECINO**, Adriana. El derecho a la identidad de las personas transgéneros. *Justicia, Género y Sexualidad: primer encuentro académico Santiago de Chile 2009*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2012

- RAVETLLAT**, Isaac. El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Revista Educatio siglo xxi*, vol. 30, nº2, 2012
- SAID**, Carlos y **TORO**, Paulina. Yo cambiaré mi nombre registral: historias tras la partida de la Ley de Identidad de Género. La Tercera, Diciembre 2019. <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/yo-cambiare-mi-nombre-registral-historias-tras-la-partida-de-la-ley-de-identidad-de-genero/953391/>
- SANDERS**, Douglas. The role of the Yogyakarta principles. Agosto, 2008. <https://sxpolitics.org/wp-content/uploads/2009/03/yogyakarta-principles-2-douglas-sanders.pdf>
- SERANO**, Julia, Cazadores de faldas: por qué los medios de comunicación representan la revolución trans con pintalabios y tacones. *Políticas trans. Una antología de textos desde los estudios trans norteamericanos*. Editores Pol Galofre y Miquel Missé. Editorial Egales, Barcelona Madrid 2015. Traducción por Bart Bloem.
- STONE**, Sandy. El imperio contrataca. Un manifiesto postransexual. *Políticas trans. Una antología de textos desde los estudios trans norteamericanos*. Editores Pol Galofre y Miquel Missé. Editorial Egales, Barcelona Madrid 2015. Traducción por Ian Bermúdez.
- UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (UDP), Centro de derechos humanos**. Informe anual del Centro de Derechos Humanos UDP, 2019.  
[http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2019/Informe\\_DDHH\\_completo.pdf](http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2019/Informe_DDHH_completo.pdf)
- VERA**, Oscar. El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica. *Revista Médica La Paz*, vol. 22, nº1, 2016.  
[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-89582016000100010&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582016000100010&lng=es&nrm=iso)
- VIOLA**, Sabrina. Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente. *Cuestión de derechos*, nº 3, 2012

## JURISPRUDENCIA

- EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**, rol 1.340-2009, 29 de septiembre de 2009
- EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**, rol 1.683-2010, 4 de enero del 2011
- ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO**, rol P-35639-2016, 6 de octubre de 2016
- SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO**, rit R-1-2019, 13 de enero de 2020
- SÉPTIMO JUZGADO DE LETRAS EN LO CIVIL DE SANTIAGO**, rol v-53-016, 22 de agosto de 2016