



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

Derecho a la identidad de género niños, niñas y adolescentes. Análisis de derecho comparado de la Ley 21.120.

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autores:

Sofía Magdalena Crino Delgado

Ricardo Nicolás Gatica Leyton

Profesora Guía:

Ana María Moure Pino

Santiago de Chile

2023

Contenido

Introducción.....	5
Capítulo 1: Regulación y Protección de Derechos Fundamentales en el Sistema Internacional de Derechos Humanos.....	8
Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	8
Antecedentes Históricos de la Declaración Universal de Derechos Humanos.....	9
Creación de la Organización de las Naciones Unidas.....	9
Proceso de formación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	10
Contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos.....	11
Convención sobre los Derechos del Niño.....	12
Antecedentes históricos de la Convención de los Derechos del Niño.....	12
Contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	15
Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	19
Composición y funcionamiento del Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	19
Protección reforzada en el Sistema Europeo de Derechos Humanos a grupos que se encuentren en especial situación de vulnerabilidad.....	21
Protección reforzada de mujeres: igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	21
Protección de personas de edad en el sistema de sistema europeo de derechos humanos.....	23
Protección reforzada en Niños Niñas y Adolescentes.....	24
Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	27
Composición y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ..	27
Protección reforzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a grupos en especial situación de vulnerabilidad:.....	30
Protección reforzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a mujeres.....	31
Protección reforzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a pueblos indígenas y tribales.....	34
Protección reforzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a niños, niñas y adolescentes.....	37
Capítulo 2: Identidad de Género.....	43
¿Qué es la identidad de género?.....	43
Derecho a la Identidad de Género.....	46

La identidad de género como derecho.....	46
Evolución interpretativa del derecho a la identidad de género.	47
Regulación internacional del Derecho a la Identidad de Género en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en particular en el Sistema Europeo de Derechos Humanos.	53
Regulación del Derecho a la Identidad de Género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	55
Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del Derecho a la Identidad de Género en niños, niñas y adolescentes.	59
Capítulo 3: Regulación del Derecho a la Identidad de Género en países europeos	62
Regulación del Derecho a la Identidad de Género en España.	62
La denominada “Ley Trans” de España (Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI).	62
Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y adecuación documental.	63
Políticas públicas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans. .	68
Regulación del Derecho a la Identidad de Género en Bélgica.....	71
Regulación del Derecho a la Identidad de Género en Portugal.	74
Capítulo 4: Regulación del Derecho a la Identidad de Género en Países Latinoamericanos	77
Regulación del Derecho a la Identidad de Género en Argentina.....	77
Ley N° 26.743 de Identidad de Género en la Argentina.	78
Consideración de niños, niñas y adolescentes en la Ley N° 26.743 de Identidad de Género de la Argentina.	81
Regulación del Derecho a la Identidad de Género en Uruguay.....	82
Ley N° 18.620 sobre Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios en Uruguay.....	82
Ley N° 19.684 Integral para Personas Trans en Uruguay.....	84
Consideración de niños, niñas y adolescentes en Ley N° 19.684 Integral para Personas Trans en Uruguay.	87
Regulación del Derecho a la Identidad de Género en Bolivia:	90
Capítulo 5: Ley 21.120, el Derecho a la Identidad de Género de Chile.....	94
Historia de la Ley:.....	94
Primer Trámite Constitucional de la Ley 21.120: El Senado.....	94
Tramitación en el Senado de la Ley 21.120 de Identidad de Género.....	100

Primer informe y discusión General ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado.	101
Discusión General ante el Senado.	102
Presentación de Indicaciones, segundo informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado y aprobación particular por la sala del Senado	103
Segundo Trámite Constitucional de la Ley 21.120 de Identidad de Género: Cámara de Diputados.	105
Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios.	105
Discusión General y Particular en la Cámara de Diputados.....	105
Tercer Trámite Constitucional de la Ley 21.120 de Identidad de Género: Senado. ...	106
Comisión Mixta: Ley 21.120 de Identidad de Género.	106
Tribunal Constitucional y trámites posteriores en la tramitación la Ley 21.120 de Identidad de Género.	106
Contenido de la Ley 21.120 de Identidad de Género en Chile.	107
Título Primero de la Ley N° 21.120 de Identidad de Género en Chile.	107
Título Segundo de la Ley N° 21. 120 de Identidad de Género en Chile.....	111
Título Tercero de la Ley N° 21. 120 de Identidad de Género en Chile.	112
Título Cuarto de la Ley N° 21.120 de Identidad de Género en Chile.	114
Título Cuarto Bis de la Ley N° 21.120 de Identidad de Género en Chile.....	114
Título Quinto de la Ley N° 21.120 de Identidad de Género en Chile.....	115
Títulos Sexto y Séptimo de la Ley N° 21.120 de Identidad de Género en Chile.....	117
Contenido de la Ley 21.120 de Identidad de Género relativo a niños, niñas y adolescentes. 117	
Capítulo 6: Conclusiones.....	125
Aspectos relevantes a destacar de la Ley 21.120 de Identidad de Género.	125
Críticas y espacio para mejoras de la Ley 21.120 de Identidad de Género.	126
Bibliografía.....	131

Introducción

El 23 de mayo del año 2019 se suicidó el joven trans de 15 años José Matías de la Fuente quien fue víctima de bullying y acoso escolar por parte de sus compañeras con ocasión de su identidad y expresión de género, todo a vista y paciencia del colegio que no tomó las medidas necesarias para resguardar la integridad del adolescente, pese a haber pedido este último ayuda a la dirección del establecimiento. En marzo del 2023 se suicida Renato, joven trans de 14 años quien incluso estando ya fallecido, sigue siendo una víctima de la violencia ejercida en contra de la comunidad trans, emitiendo el establecimiento educacional en el que estudiaba un mensaje de condolencias usando su nombre registral.

Así, ambos se suman a una larga lista de jóvenes y personas que, ante la desprotección, la desesperanza, el desconocimiento y la intolerancia se quitan la vida. La Fundación Americana para la Prevención del Suicidio realizó un estudio el año 2017 que arrojó como resultado que mientras la tasa de suicidio es del 4,6% en la población general, la cifra aumenta a un 10% y 20% para las personas lesbianas, gay o bisexuales, y llega a un muy alarmante 41% en las personas de la comunidad trans.

El presente trabajo tiene como objeto hacer un análisis respecto de la legislación existente, a nivel europeo y latinoamericano, relativa a la comunidad trans y en específico a niños, niñas y adolescentes pertenecientes a la comunidad transgénero. Nuestro propósito es dar cuenta de la protección que reciben los niños, niñas y adolescentes transgénero y hacer un análisis en base a la legislación comparada que establezca si nuestra normativa cumple o no con los estándares internacionales, y sobre todo, si ésta ha resultado ser suficiente o insuficiente para nuestra población.

A fin de lograr nuestro cometido, hemos dividido la presente memoria en seis capítulos. En el primero de ellos no referiremos a las normas y tratados internacionales de Derechos Humanos y de Derechos del Niño, en general, además de dar cuenta del Sistema de Protección de Derechos Humanos, tanto a nivel europeo como americano, con el objetivo de desarrollar cómo se protegen y resguardan a grandes rasgos los derechos de grupos de personas que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad.

En el segundo capítulo, haremos un estudio de la identidad de género en términos generales, relacionándolo con otros conceptos, y nos referiremos al derecho a la identidad de género en específico. Así veremos cómo se consagra, si es que efectivamente se consagra, cómo ha evolucionado la concepción que tenemos de este derecho, y cómo han abordado su regulación y protección los distintos sistemas europeo e interamericano.

Siguiendo esta línea en el tercer capítulo analizaremos tres casos de tres países europeos y veremos cómo estos regulan el derecho identidad de género y cómo contemplan a niños, niñas y adolescentes en esta materia, además revisaremos cómo protegen o resguardan a la comunidad transgénero, si es que efectivamente cumplen con los estándares internacionales e incluso, veremos si es que innovan en algún aspecto, sobre todo en lo relativo a menores de edad. Por su parte, en el capítulo cuatro haremos el mismo análisis sólo que respecto de tres países americanos, viendo cómo estos regulan el derecho a la identidad de género y cómo extienden o no esta regulación a niños, niñas y adolescentes.

En el quinto capítulo de la presente memoria, con el conocimiento adquirido de la regulación y desarrollo internacional, y con claridad respecto de la normativa en otros países, haremos un análisis detallado de la regulación del derecho a la identidad de género en Chile.

Analizaremos en profundidad la ley 21.120 su historia y su contenido, en especial lo relativo a niños, niñas y adolescentes.

Por último, cerraremos este trabajo con un capítulo dedicado a las conclusiones y reflexiones finales respecto a la legislación existente en Chile relativa al derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes, destacando los aspectos positivos y haciendo las críticas pertinentes teniendo como contracara el desarrollo y regulación internacional, además de hacer las propuestas necesarias al caso.

Esperamos que el presente trabajo pueda ser un aporte en el desarrollo de medidas que tengan como objetivo garantizar una igualdad sustantiva para la comunidad trans y sobre todo para los niños, niñas y adolescentes transgénero que son víctimas de hostigamiento y acoso constante y que hoy en día, son quienes más sufren con la desidia e intolerancia de nuestra sociedad.

Capítulo 1: Regulación y Protección de Derechos Fundamentales en el Sistema Internacional de Derechos Humanos

Como primer capítulo de esta investigación, nos referiremos a la regulación de los Derechos Fundamentales en el Derecho Internacional. En ese sentido, trataremos someramente los principales instrumentos y sistemas existentes en esta rama del derecho, a saber: i) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ii) La Convención sobre los Derechos del Niño, iii) el Sistema Europeo de Derechos Humanos y, por último, iv) el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un instrumento adoptado el 10 de diciembre de 1948 en la ciudad de París, mediante acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en virtud de su Resolución 217 A (III). Es el primer documento adoptado en el ámbito internacional en consagrar un catálogo de derechos fundamentales básicos.

Este instrumento si bien es de carácter declarativo y no un pacto en sí mismo vinculante para los estados parte, ya que no crea obligaciones para estos, *“constituye un hito fundamental en la historia de los derechos humanos, puesto que junto con marcar en cierto modo el inicio del proceso de internacionalización de los mismos, influyó en numerosas constituciones, posteriores a ella, a nivel del derecho interno de los Estados.”*¹

¹ SQUELLA NARDUCI, AGUSTÍN. (2011) Introducción al Derecho. Editorial Jurídica de Chile, p.328.

Antecedentes Históricos de la Declaración Universal de Derechos Humanos

En lo que respecta a los antecedentes previos que llevaron a la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tendremos que referirnos necesariamente a la creación de la Organización de las Naciones Unidas, órgano que adoptará y proclamará la referida Declaración.

Creación de la Organización de las Naciones Unidas

La adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene como antecedente inmediato la creación de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante también ONU), en la ciudad de San Francisco, California, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945, fecha en la cual cincuenta naciones debidamente representadas firmaron el instrumento denominado “Carta de las Naciones Unidas” -documento por el cual se rige la referida organización- cuyas disposiciones entraron en vigencia el 24 de octubre del mismo año, época para la cual oficialmente comenzó el funcionamiento de las Naciones Unidas.

La Organización de las Naciones Unidas surge como respuesta a las atrocidades vividas en el mundo en la Segunda Guerra Mundial, como una institución cuyo fin era promover la paz entre los estados, mediante el diálogo y cooperación entre los mismos. En este sentido, en la Carta se reafirma *“la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”*. A su vez, entre los propósitos de la Organización, que se contienen en el artículo primero, se establece el de *“Realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y*

*a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.*²

Proceso de formación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Para poder avocarnos a la Declaración propiamente tal, ha de reseñarse en primer término el cómo se gestó la misma. Con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, la comunidad internacional de naciones se comprometió a no volver a cometer los horrores de las Guerras Mundiales, principalmente de la Segunda, por lo que los líderes de dichas naciones decidieron complementar la Carta de las Naciones Unidas. Dicha complementación se tradujo una especie de hoja de ruta cuyo fin era el garantizar los derechos de las personas con independencia de su ubicación o momento histórico. Esta hoja de ruta habría de ser revisada en la primera sesión de las Naciones Unidas, en el año 1946.

Luego de sucesivas revisiones, el proyecto fue sometido al análisis de la Comisión de Derechos Humanos a fin de que preparara una carta internacional de derechos humanos. Dicha Comisión estaba formada por dieciocho miembros de diversas formaciones políticas, culturales y religiosas.

La versión definitiva del proyecto fue enviada a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas para que formularan observaciones, bajo el nombre de borrador de Ginebra, el que fue propuesto en septiembre de 1948. Finalmente, mediante resolución 217 A (III) del

² VARGAS, CARREÑO, EDMUNDO. (2007) Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile, p.525.

10 de diciembre de 1948, la Asamblea General, reunida en París, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Como se señaló, en septiembre del año 1948 se presentó el borrador definitivo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, versión en la cual más de cincuenta Estados Miembros participaron finalmente de su desarrollo.

La Declaración Universal de Derechos Humanos tiene una redacción más bien corta. Consta de solo treinta artículos, precedidos de un preámbulo. En este último apartado se señalan las motivaciones que fundan la declaración, afirmándose en su primer párrafo los valores centrales de la misma, estos son *“que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”*.³

En el articulado se establecen derechos y libertades considerados universales y inalienables para todas las personas. Entre estos, podemos señalar el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal; derecho a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a la libertad de expresión; derecho a un juicio justo; derecho a un trabajo y a un salario justo; derecho a la educación y a la cultura; derecho a la participación en la vida política y cultural; entre otros.

³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. La Declaración Universal de Derechos Humanos[en línea]. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [consulta : 05 marzo 2023]

En el documento, en lo que respecta a niños, niñas y adolescentes, solo existe una declaración explícita en el artículo 25 al reconocer al derecho de cuidados y asistencias especiales respecto de la protección y de la infancia, así como al derecho de igualdad de protección social para los nacidas dentro o fuera del matrimonio.

Por lo anterior, es que posteriormente la comunidad internacional, con miras de establecer una protección reforzada a dicho grupo, adoptaría la denominada Convención de los Derechos del Niño.

Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, en adelante), es el tratado más ratificado de la historia, contando con 196 Estados parte. Fue presentado por el Gobierno de Polonia en el año 1978 para ser finalmente aprobado el día 20 de noviembre del año 1989. Entró en vigencia el día 2 de septiembre de 1990, de acuerdo al artículo 49 del mismo instrumento.

Antecedentes históricos de la Convención de los Derechos del Niño.

El primer antecedente histórico del que se tiene registro corresponde a la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño adoptada por la Sociedad de Naciones en el día 26 de diciembre del año 1924. Dicha declaración corresponde a un texto histórico en el que por primera vez se reconoce la existencia de derechos ligados a las necesidades fundamentales de niños y niñas específicamente; y, se establece principalmente, la responsabilidad que le cabe a los adultos respecto de sus deberes hacia los menores.

De manera casi poética, se redacta por Eglantyne Jebb, en forma sucinta y en un lenguaje claro y simple -con el fin de llegar a la mayor cantidad de personas- esta declaración en atención a que *“la humanidad le debe al niño lo mejor que ésta pueda darle”*⁴.

Pese a no establecer derechos propiamente tales, el texto señala que los niños deben ser puestos en condiciones para poder desarrollarse espiritual y materialmente, que *“el niño hambriento debe ser alimentado, que el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser estimulado; el niño desadaptado debe ser reeducado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados”*.⁵

Junto a otros 4 numerales, siendo 5 numerales en total, se puede desprender de la redacción de la referencia anterior, que más que derechos, lo que se señala son deberes para los adultos respecto de los niños.

Es así como esta declaración pasa a ser el primer germen de derecho que va a existir para menores como grupo específico, considerando sus condiciones, cualidades y especial situación de vulnerabilidad, sobre todo atendido el contexto post guerra en el cual se encontraba el mundo y que también inspiró dicha Declaración. Es necesario señalar, en todo caso, que esta Declaración, pese a ser el primer reconocimiento expreso en este sentido, no tenía fuerza vinculante para los Estados.

De esta forma, 35 años después, se dicta la Declaración de los Derechos del Niño. Esta declaración supuso el primer gran consenso sobre los principios fundamentales de los

⁴ DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Oficina Internacional de la Liga de las Naciones. (1924) Ginebra, Suiza. Preámbulo.

⁵ *Ibíd.* Artículo 2

derechos del niño, habiendo sido aprobada el 20 de noviembre del año 1959 por los, entonces, 78 Estados pertenecientes a la Organización de Naciones Unidas (ONU, en adelante).

Dicha Declaración establece 10 principios, sin embargo, es menester mencionar que pese a establecer estos principios respecto de la niñez, la Declaración en cuestión no define, ni determina, qué período comprende la infancia, esto a fin de evitar pronunciarse sobre el aborto. No obstante, esta omisión, la Declaración en comento destaca la necesidad de protección y cuidado atendida la especial situación de vulnerabilidad en la cual se encuentra la infancia y refiere que debe establecerse dicha protección y cuidado en términos legales *tanto antes como después del nacimiento*.

Como se dijo con anterioridad, la Declaración de los Derechos del Niño, establece 10 principios en los cuales se reconocen distintos derechos específicos para la infancia, a saber: el derecho a la igualdad; el derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño; el derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento; el derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados; el derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física; el derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación, entre otros.

De esta forma, la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959 pasa a ser el antecedente más directo que tiene la Convención sobre los Derechos del Niño. Pese a ser un notorio avance y abarcar más aspectos que la Declaración de Ginebra, seguía siendo insuficiente para la protección de la infancia, toda vez que al igual que el instrumento que la antecedía, no constituía una obligación legal para los Estados que la firmaron.

Contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención de los Derechos del Niño, como se dijo al inicio de este trabajo, fue presentada en el año 1978 por el gobierno de Polonia y su contenido fue trabajado por los distintos Estados durante 10 años antes de ser finalmente aceptado.

La CDN consta de 54 artículos, que se encuentran divididos en tres partes de manera tal que en la primera de ellas se reconoce que los niños (entendiendo por estos todas las personas menores de 18 años, *salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*⁶.) tienen derecho a un pleno desarrollo físico, mental y social, pudiendo además expresar libremente sus opiniones. Siendo la CDN la primera ley internacional sobre los derechos de menores a diferencia de las declaraciones predecesoras, tiene carácter obligatorio para los países firmantes, quienes rinden cuenta al Comité de los Derechos del Niño.

Como se señaló, la CDN se encuentra dividida en 3 partes, de manera tal que su estructura es la siguiente:

- a. Primera Parte:** Va desde el artículo 1 al 41 y es la parte en que se consagran todos los derechos vinculados a la niñez y adolescencia contenidos en dicho instrumento. Contempla la definición de niño e incorpora una serie de derechos que no se consideraron en los instrumentos anteriores.

En este sentido, la Convención viene en reiterar y complementar derechos que ya tenían asidero en las declaraciones anteriores como el trato igualitario sin

⁶ CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Naciones Unidas. (1989) Nueva York, EE. UU.

distinción por sexo, raza o religión; el derecho a un entorno que permita el desarrollo cabal y completo de niños, niñas y adolescentes; el derecho a la salud y a la educación, gratuita al menos respecto de la educación primaria; protección frente a tratos crueles, explotación, y tratos vejatorios o degradantes; entre otros derechos que ya se habían señalado en la Declaración de 1959. La CDN no sólo vino en reiterar estos derechos, sino que también a complementarlos, por ejemplo, el derecho a la salud se regula y define de manera detallada y se establecen pisos mínimos; de la misma forma se refuerzan conceptos como el interés superior del niño.

Además de reforzar y complementar nociones ya existentes, vienen en incluirse una serie de garantías y derechos que no se habían contemplado con anterioridad. Podemos ver en este sentido que contempla garantías en materia penal respecto de menores de edad que se encuentren privados de libertad o que hayan cometido delitos, la situación en detalle de niños, niñas o adolescentes que tengan el carácter de refugiados; también se incorporan y establecen mínimos para figuras como la adopción; y, uno de los aspectos más importantes, es que se desprende de esta Convención el concepto de autonomía progresiva.

La autonomía progresiva la podemos entender, de acuerdo con lo señalado por la Defensoría de la Niñez, como la capacidad que van adquiriendo niños, niñas y adolescentes a medida que alcanzan mayor grado de desarrollo mental y físico, para ejercer sus derechos. En este punto, es menester tener presente que *“una característica de las personas es su desarrollo, sobre todo en la época infanto-*

adolescente, en que es donde ocurren los avances más significativos. En razón de esta particularidad es que la Convención establece este principio”⁷

De esta forma, podemos ver que la CDN es un notorio avance en los derechos de niños, niñas y adolescentes en comparación a los instrumentos que se tenían antes de su dictación.

- b. Segunda parte:** La parte dos de esta convención, va desde el artículo 42 al 45 y se dedica a regular aspectos procedimentales y establecer los órganos que van a ser los encargados de velar porque se cumplan las disposiciones contenidas entre los artículos 1 y 41. Crea el Comité de los Derechos del Niño, regula su funcionamiento y establecimiento. Y genera la obligación de los Estados parte de rendir cuenta y presentar informes respecto de las medidas que están tomando para garantizar el correcto, completo e integral ejercicio de estos derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes de los distintos países.
- c. Tercera parte:** La parte final de la CDN, que va desde el artículo 46 al 54, regula lo relativo a su firma, ratificación, entrada en vigor y distintos aspectos de su implementación en términos formales. Uno de los aspectos más relevantes de esta parte tiene relación con la posibilidad de los países de presentar enmiendas a la Convención, lo que nos permite concluir que existe un piso mínimo de derechos para la infancia, pero no un techo, entendiendo que el Derecho debe adaptarse a los tiempos y no puede mantenerse rígido. También crea la posibilidad de

⁷ ZAPICO LAFUENTE, JULIETA. (2022) Análisis teórico y aplicado del principio de autonomía progresiva en la primera infancia.

establecer reservas para los países que adhieran teniendo éstas como límite no ser contrarias al objeto de esta Convención.

De esta forma, podemos ver que la CDN nos entrega un amplio catálogo de derechos pensados para niños, niñas y adolescentes considerando a éstos en su individualidad, pero sin dejar de lado el hecho de que comparten características comunes y que sin importar las diferencias que existen merecen, en todo escenario, el pleno e irrestricto respeto y protección en el ejercicio de sus derechos atendida su especial situación de vulnerabilidad.

Esto en ningún caso obsta a que tengamos que entender que el Derecho no es pétreo y en este sentido la CDN nos entrega el piso mínimo al que hoy en día han adscrito casi la totalidad de Estados, pero no por esto podemos obviar que las necesidades de niños, niñas y adolescentes se complejizan, cambian y que nos vamos enfrentando a distintas problemáticas a medida que el mundo va creciendo y los desafíos de la población van cambiando. Pues una vez que se suplen y cubren ciertas necesidades, nada garantiza que no se van a ir generando otras.

Sistema Europeo de Derechos Humanos

El Sistema Europeo de Derechos Humanos lo podemos definir como aquel *“conjunto de reglas o principios que, recogidos en una serie de instrumentos normativos emanados de las organizaciones internacionales cuyo cometido básico consiste en la defensa de la democracia y los derechos humanos en el continente europeo, apuntan de manera cooperativa y coordinada a conseguir el respeto de la dignidad de la persona a través del establecimiento de unas condiciones de convivencia pacífica”*⁸

Los mayores perjudicados por las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial fueron los Estados de Europa. Por esta razón, los Estados occidentales de dicho continente acordaron establecer un entorno político y jurídico común a todos los países europeos con el objetivo de proteger la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho. En virtud de estos esfuerzos se creó el Consejo Europeo y un sistema normativo e institucional para garantizar y proteger los derechos humanos en Europa.

Composición y funcionamiento del Sistema Europeo de Derechos Humanos

El Sistema Europeo de Derechos Humanos se compone de diversos instrumentos que lo rigen, siendo los principales la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, también conocida como Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante también CEDH, que solo estaba destinado a establecer y dar protección a los derechos civiles y políticos) y la Carta Social Europea de 1961 (en adelante

⁸FUNDACIÓN EMBAJADA ABIERTA. Mundo multilateral #11 – el sistema europeo de derechos humanos. [En línea]. <https://www.embajadaabierta.org/post/mundo-multilateral-11-el-sistema-europeo-de-derechos-humanos>. [consulta: 10 de octubre de 2022].

también CSE, que establece derechos sociales) y los protocolos adicionales a ambos instrumentos.

Los 47 Estados miembros del Consejo de Europa son parte del CEDH. La Convención preveía originalmente dos órganos judiciales: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante también TEDH). La comisión “*tuvo una función intermedia a efectos de filtrar aquellas peticiones que no cumplieran con los requisitos de admisibilidad para evitar un dispendio jurisdiccional innecesario por parte del Tribunal*”⁹ sin embargo, fue abolido en conformidad a lo dispuesto en el Protocolo 11, al Convenio para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Mediante el Protocolo mencionado, se permitió accionar a los particulares directamente ante el TEDH, cuestión que antes pasaba necesariamente por la Comisión.

Los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a partir de una lista de tres nombres propuesta por cada Estado. Cuenta con un número de jueces igual al de los Estados Parte de la Convención Europea de Derechos Humanos. Cada Juez es elegido a título de un Estado, pero pertenecen individualmente al Tribunal, no representando al Estado en cuestión, por lo que ejercen su función con independencia.

En cuanto a la estructura interna de funcionamiento del Tribunal, esta se compone de la figura del *Juez Único*, que puede declarar inadmisibles o archivar definitivamente demandas individuales en aquellos casos que la decisión pueda ser tomada sin un examen complementario; *Comité de Jueces*, compuesto por tres jueces que se encargan de la

⁹ *Ibíd.*

admisibilidad y en ciertos casos del fondo del asunto, y solo en caso de demandas que no sean interestatales, pudiendo respecto a estas i) declararlas inadmisibles o archivarlas o, ii) declararlas admisibles y dictar sentencia definitiva en aquellos casos en que exista jurisprudencia bien sentada por el TEDH y así evitar la tramitación de todo el proceso contencioso; Salas, compuestas por siete jueces, que es donde se resuelven la mayoría de los casos, que deciden sobre la admisibilidad y el fondo del asunto en caso de no haber prosperado un arreglo entre las partes; y la *Gran Sala*, que dicta las sentencias en los asuntos que planteen una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o sus Protocolos, o susciten un cambio de jurisprudencia, así como emite las opiniones consultivas que se le someta.

Protección reforzada en el Sistema Europeo de Derechos Humanos a grupos que se encuentren en especial situación de vulnerabilidad.

En este apartado, analizaremos las formas de dar una mejor y más efectiva protección a distintos grupos que son considerados vulnerables y veremos cómo resuelve el Sistema Europeo de Derechos Humanos esas falencias.

Protección reforzada de mujeres: igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo en esta materia ha realizado una aplicación de la igualdad entre hombres y mujeres en torno a la aplicación del artículo 14 del CEDH que dispone que *“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”*.

En este sentido, el Tribunal Europeo ha establecido la prohibición de discriminaciones directas, que dicen relación a discriminaciones en los textos legales, esto es, *“de aquellas normas que establecen expresamente un trato diferente y desfavorable para uno de los géneros (normalmente las mujeres) sin una justificación objetiva y razonable”*¹⁰. Al respecto, el Tribunal Europeo ha establecido que la progresión hacia la igualdad de los sexos constituye un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa y al respecto tiene jurisprudencia que constata discriminación en textos legales de estados miembros: por ejemplo *“en el caso Wessels-Bergervoet contra Holanda, de 4 de junio de 2002, la demandante consideraba que la diferencia de trato entre hombres casados y mujeres casadas en materia de pensiones constituía una discriminación por razón de sexo (los hombres casados cobraban una pensión de jubilación equivalente al cien por cien del salario, mientras que las mujeres casadas sufrían una reducción, igual que los hombres solteros). El Gobierno holandés justificaba este trato diferente en el hecho de que normalmente eran los maridos los que proveían a las necesidades del hogar. El Tribunal reiteró que sólo las razones más fuertes podían justificar un trato diferente por razón de sexo y de estatus marital y que, en este caso, no existía una justificación objetiva y razonable. Así pues, estimó que se había producido una vulneración del artículo 14 combinado con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH (derecho de propiedad)”*¹¹.

¹⁰ CARMONA CUENCA, ENCARNA. (2015) La igualdad de género en el tribunal europeo de derechos humanos: un reconocimiento tardío con relación al tribunal de justicia de la unión europea. p.308.

¹¹ *Ibíd.* p.310-311.

Protección de personas de edad en el sistema de sistema europeo de derechos humanos.

El artículo 23 de la Carta Social Europea, revisada en 1996, se refiere explícitamente a las personas de edad:

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social, las Partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular:

- a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante:

a. recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural;

b. la difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que éstas tienen de hacer uso de ellos;

- a permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo, mediante:

a. la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda;

b. la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado;

- a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución”

En este sentido, hay jurisprudencia respecto al punto b anteriormente citado, en lo que respecta al deber del Estado de otorgar la asistencia sanitaria que requiera el estado de las personas mayores. Así *"de los casos más emblemáticos fallados por el Tribunal incluyen, por ejemplo, Dodov v. Bulgaria, en el que condenó al Estado por la violación del derecho a la vida, debido a la falta de mecanismos en el derecho interno para investigar e imponer sanciones penales o disciplinarias en un caso en el que una mujer de edad había desaparecido por negligencia de una residencia pública de ancianos (TEDH, 2008)."*¹²

Protección reforzada en Niños Niñas y Adolescentes

Similar a lo que ocurre con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos no hace mención específica a los derechos del niño. Sin embargo, los derechos que se contemplan en el Convenio se aplican a los niños y, de hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recibido denuncias que alegaban la infracción de dichos derechos en el caso de los niños.

¹² RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, LUIS. (2010) Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad, pp.18-19.

Como ejemplificación, se ha ventilado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho de los niños al acceso a la justicia¹³ el derecho a la protección a la vida privada y la familia¹⁴.

Además, el Consejo de Europa ha adoptado una serie de tratados para proteger los derechos del niño específicamente, que además pueden ser alegados en el TEDH para impugnar la infracción de dichos derechos, y entre los que se cuenta:

- Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual
- Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los menores
- Convenio Europeo sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio
- Convenio Europeo en materia de adopción de menores

¹³ CASO STAGNO VS BÉLGICA. (2009) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 7 de julio de 2009, que trataba de unos niños cuyo padre falleció y la compañía aseguradora pagó el dinero producto de tal siniestro a la madre de los menores, el cual en menos de un año fue mal gastado. Dos de estos menores accionaron en contra de la madre y la compañía aseguradora y los tribunales belgícos rechazaron la acción por una cuestión de capacidad de comparecer en juicio. El TEDH estableció que existió vulneración al artículo 6.1 -derecho al acceso a la justicia- puesto que a la época en que los menores ya fueran adultos las acciones correspondientes estarían prescritas.

¹⁴ CASO ZAIET VS RUMANIA. (2015) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de marzo de 2015, que trataba de una anulación de adopción de una mujer, instigado por su hermana adoptiva. La mujer en cuestión alegó la ilegalidad de la anulación de su adopción y una intromisión a su vida personal, puesto que vivió con su madre adoptiva desde los nueve años y su relación se basó en el respeto, afecto y apoyo mutuo. Alegó además vulneración al derecho de propiedad al perder cinco hectáreas de un terreno que componía su herencia. Este caso es paradigmático porque fue el primero caso ante el TEDH sobre adopciones donde los padres adoptivos se encontraban fallecidos y la menor adoptaba ya era adulta. El TEDH estableció que hubo vulneración al artículo 8 -derecho a la protección a la vida privada y la familia- puesto que la justificación de la anulación de su adopción era vaga y poco fundamentada; además estableció que, en cualquier evento, la anulación de una adopción de un menor nunca debe ser prevista como una medida en contra del menor adoptado, siempre debiendo tenerse en cuenta sus interés superiores.

- Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia
- Convenio Europeo sobre la nacionalidad
- Convenio Europeo sobre la repatriación de menores

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Composición y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH, en adelante), lo podemos definir como el “*mecanismo regional encargado de promover y proteger los derechos humanos en América*”¹⁵. Funciona con dos órganos principales, a saber, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y se funda y compone por una serie de tratados internacionales.

Respecto de la CIDH, podemos mencionar que es un órgano principal y autónomo de la Organización de Estados Americanos, compuesta por siete miembros independientes que no actúan en representación de ningún país en particular y que son electos por la Asamblea General. Su sede se encuentra en Washington D.C.

Tiene diversas funciones siendo la principal de ellas promover la observancia y defensa de los derechos humanos. A fin de poder garantizar esta función principal, la CIDH, recibe e investiga peticiones individuales que importen violaciones a los derechos humanos; también somete casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actúa en dichos litigios; puede, de igual forma, requerir a los Estados y en casos más graves solicitarse a la Corte que requiera a los distintos Gobiernos para que tomen medidas provisionales; observa la vigencia de los derechos humanos en los distintos países y está facultada para realizar informes especiales de requerirlo el caso; entre otras atribuciones.

¹⁵ VENTURA ROBLES, MANUEL E. (2014) El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. P. 1.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una institución judicial de carácter autónomo, integrada por siete jueces a título personal, es decir, al igual que en la CIDH no representan a los países a los que pertenecen. La función principal de la Corte es aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, ejerciendo funciones tanto de carácter consultivo, como contencioso.

La gran diferencia entre ambos órganos radica en que la Corte es un órgano de carácter netamente judicial cuyo trabajo es la aplicación e interpretación de todos los instrumentos interamericanos relativos a la protección de los derechos humanos, siendo el principal de ellos, la Convención. Además, podemos agregar que las decisiones que tome la Corte en el campo jurisdiccional son obligatorias para los Estados. Por otra parte, la CIDH, tiene una naturaleza “*cuasi política y judicial*”¹⁶, toda vez que recibe denuncias, y dicta resoluciones -entre otras funciones judiciales- pero no posee el poder para ejecutar lo juzgado, ya que sus resoluciones no tienen carácter vinculante por lo que se necesita de voluntad política para adoptar las medidas necesarias tendientes a lograr sus objetivos.

En cuando al funcionamiento del SIDH, en un escenario de carácter contencioso, el aparataje judicial se pone en marcha por medio de una petición presentada ante la CIDH denunciando la violación de derechos humanos que se quiere someter a dicha jurisdicción, a esta petición se le hace un control de admisibilidad para ver que cumpla con los requisitos. Dentro de esta revisión de admisibilidad, se le remite al Estado -supuesto infractor- la documentación pertinente y se le solicitan los antecedentes del caso.

¹⁶ *Ibíd* p.6

Una vez remitidos los antecedentes antedichos, se le da al peticionario la oportunidad de contestar a lo expuesto por el supuesto infractor, para que finalmente la CIDH proceda a verificar si aún subsisten los hechos que dan lugar a la petición, de ser así, se prepara el informe de admisibilidad y se abre el caso.

Abierto el caso, se notifica a ambas partes y se proponen las bases de un acuerdo, que de tener éxito, culmina con un informe de solución amistosa. De no poder llegarse a una solución amistosa, se abren alegatos para el peticionario (o los peticionarios, en caso de ser más de uno) a los que posteriormente el Estado denunciado puede realizar observaciones.

Finalizados dichos trámites, se realiza una audiencia pública de la cual se sigue una decisión sobre el fondo del asunto. En este punto de decisión, la CIDH, puede considerar que no hubo violación a los derechos humanos señalando que éstas no fueron constatadas o considerar que sí hubo y emitir un informe con recomendaciones para el Estado infractor, quien puede acatar dichas recomendaciones o negarse a hacerlo.

En caso de negarse, la CIDH debe decidir -fundadamente- si considera que el caso debe remitirse a la Corte Interamericana o no. Es del caso señalar, que sólo la CIDH y los Estados parte pueden llevar un caso ante la Corte Interamericana. Si lo presenta un Estado, dicha presentación se realiza por medio de un escrito; si lo presenta la CIDH, se realiza por medio de un informe en el que se exponen los hechos y sus conclusiones, y las exposiciones que hayan hecho las partes -tanto verbales como escritas-, dicho informe se regula en el artículo 50 de la Convención.

Remitido este informe a la Corte, se notifica a las partes, y se procede con una presentación escrita de la presunta víctima con los argumentos, solicitudes y las pruebas que

correspondan. Posteriormente el Estado supuesto infractor, procede también por escrito a exponer su posición.

Finalizada la etapa escrita, se pasa a la etapa oral en la cual la Corte fijará las audiencias que estime necesarias para conocer del caso. En esta(s) audiencia(s) expone la CIDH respecto de los aspectos más relevantes. Posteriormente quienes hayan declarado, pueden ser interrogados tanto por los jueces como por las partes. Una vez finalizado dicho interrogatorio, se le otorga la palabra a la presunta víctima y al presunto infractor quienes exponen sus alegatos, habiendo espacio también para réplica y dúplica. Terminado todo este proceso, la CIDH da a conocer sus observaciones finales y los jueces pueden preguntar lo que estimen necesario tanto a la CIDH, la presunta víctima y el Estado presunto infractor. Los alegatos finales se remiten por escrito a la Corte.

Se puede también rendir prueba pericial o testimonial, incluso por medios electrónicos. Finalmente, con todos estos antecedentes, la Corte se reúne, delibera y dicta la sentencia.

Protección reforzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a grupos en especial situación de vulnerabilidad:

En este apartado analizaremos cómo resuelve el Sistema Interamericano de Derechos Humanos las diferencias sustantivas y concretas que se manifiestan producto de la igualdad formal y su choque con la realidad, y por tanto, cómo busca otorgar protección efectiva a grupos considerados vulnerables.

Protección reforzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a mujeres.

En primer lugar, es menester mencionar que la CEDAW define la discriminación hacia la mujer como *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*.¹⁷

Con esto en consideración, cabe destacar que la Corte ha reconocido explícitamente la existencia de una cultura de discriminación hacia la mujer, pronunciándose en el siguiente sentido: *“Sin embargo, más allá de las cifras, sobre las cuales la Corte observa no existe firmeza, es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos.”*¹⁸ (énfasis agregado).

Así mismo, también se ha pronunciado reconociendo que existe una ineficacia judicial frente a casos de violencia contra la mujer que promueve la impunidad y falta de

¹⁷ CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Naciones Unidas. (1979) Nueva York, EE.UU. Artículo 1º.

¹⁸ CASO GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS MÉXICO. (2009) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

sanción, dando paso a que estos hechos con las mujeres se repitan, parafraseando lo señalado en el Caso Espinoza González Vs. Perú, del año 2014.

No es el objeto de este trabajo referirnos a todas las formas de violencia y discriminación que sufren las mujeres, y en este sentido cabe simplemente mencionar que las mujeres como grupo que requiere de especial protección son víctimas de estereotipos, violencia sexual, restricciones en cuanto a derechos reproductivos, violencia económica, entre otras formas de discriminación y violencia. Respecto de todos estos temas, la Corte se ha pronunciado y ha señalado la necesidad de tener estos antecedentes en consideración y también de la urgencia de erradicarlos.

De esta forma, integrándose las obligaciones generales de la Convención Americana con aquellas obligaciones específicas, como, por ejemplo, aquellas que nacen de la Convención Belem do Pará, podemos observar que la Corte, aparte de estos reconocimientos impone deberes específicos a los Estados y un ejemplo de aquello es el deber de los Estados de investigar con debida diligencia la violencia contra la mujer. En este sentido, la Corte ha señalado que” *De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección*”¹⁹. A mayor abundamiento “*En casos de violencia contra la mujer, ciertos instrumentos*

¹⁹ CASO FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS VS MÉXICO. (2010) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 30 de agosto de 2010.

internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal reforzada de investigarlos con la debida diligencia.”

De este modo, lo que hace la Corte, es tomar los derechos de carácter general que se incluyen en la CADH, reforzándolos con instrumentos internacionales de carácter específico para que así la igualdad formal que se desprende de los catálogos de derechos de carácter general se traduzca en una igualdad sustantiva que permita el pleno ejercicio de la totalidad de los derechos que corresponden a las mujeres, en tanto personas.

En este sentido, la Corte no sólo se auxilia de instrumentos que se refieran a las mujeres como grupo discriminado en específico, sino que también haciendo uso de los instrumentos de carácter general, se les otorga interpretaciones que se condigan con la búsqueda de la igualdad sustantiva y la reparación a las víctimas. Esto lo podemos apreciar en el Caso J vs. Perú del 2013, en el que la Corte dictamina que *“Por otro lado, en relación con el impedimento para iniciar una investigación de oficio debido a que el delito de violación era de acción privada, este Tribunal reitera que cuando exista razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura o malos tratos en el ámbito de la jurisdicción del Estado, la decisión de iniciar y adelantar una investigación no es una facultad discrecional, sino que el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole.* En este caso, sin hacer una referencia a un instrumento específico, atendido el hecho de que las mujeres son un grupo que se encuentra en especial situación de vulnerabilidad, la Corte procede a interpretar la normativa internacional existente considerando las características especiales y únicas de este tipo de discriminación y violencia, con el fin de obtener un fallo justo que permita una reparación a

la víctima y considere las circunstancias puntuales del caso y las formas de violencia existentes para un grupo específico de personas.

En conclusión, podemos apreciar que respecto de las mujeres, a nivel interamericano, se cuenta con un sistema reforzado de protección a los derechos.

Protección reforzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a pueblos indígenas y tribales.

“En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres [...]”²⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo largo de sus fallos y en la cognición de los conflictos que Estados y particulares entregan al conocimiento de ésta en busca de resolución, lo que ha hecho es interpretar los mismos artículos de la Convención - los que no hacen mayor distinción-, con las consideraciones especiales que supone ser miembro o parte de una comunidad tribal o indígena.

Un caso concreto respecto de aquello, ocurre en Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, en el que la Corte señala *“Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por*

²⁰ CASO COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE VS PARAGUAY. (2005) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 17 de junio de 2005.

la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos.”²¹

A su vez, también existen otros instrumentos que vienen en regular, reconocer y reforzar, los derechos relativos a las comunidades indígenas, como lo son el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En esa misma línea, también existen otros instrumentos que, si bien su principal objetivo no es reconocer y garantizar derechos de pueblos indígenas y tribales, sí se consideran y contemplan para salvaguardar el objeto principal, en este sentido tenemos, por ejemplo, el artículo 22 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo que nos señala que *“Los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar por que participaran efectivamente en el logro del desarrollo sostenible.*”²²

Los pueblos indígenas y tribales cuentan con un sistema de protección que ha sido constante y reiteradamente reforzado por la Corte, no sólo en atención a que existen instrumentos específicos que generan estos deberes y obligaciones para los Estados, sino que, como bien se dijo, también la Corte ha decidido integrar las condiciones y situaciones especiales que definen a este grupo específico dentro de los artículos de carácter general de la Convención, a fin de darle una tutela más efectiva.

²¹ CASO PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS ECUADOR. (2012) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 27 de junio de 2012.

²² DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. Naciones Unidas. (1992) Río de Janeiro, Brasil.

Dado el alto componente de población indígena y tribal que tiene nuestro continente americano, estas interpretaciones y reconocimientos no son una sorpresa, ni mucho menos algo nuevo. Existe una necesidad imperiosa de reconocer y respetar a las comunidades indígenas y tribales, que sin estos instrumentos y sin las interpretaciones que ha hecho la Corte, no pueden ser tratados en un plano de igualdad, toda vez que pese a que los artículos de la Convención se encuentran redactados en términos generales respecto de la totalidad de la población de los Estados parte, existen importantes y sustanciales diferencias entre los distintos grupos que conforman la población, siendo por regla general las comunidades indígenas y tribales, uno de los grupos más vulnerables.

De esta forma, uno de los aspectos más destacados que se ha incorporado respecto de los pueblos indígenas y tribales como grupo específico para dar garantía y respeto a sus derechos como tal, es el derecho a la consulta.

*“El Tribunal ha establecido que, para todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción en territorios tradicionales de comunidades indígenas o tribales, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta; ii) realizar un estudio previo de impacto ambiental y social; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales.”*²³ Este reconocimiento y deber que nace para los Estados, viene dado por la especial conexión que tienen los pueblos indígenas y tribales con la tierra, pues dicha conexión forma parte tanto de su identidad como su cultura y ha sido

²³ CASO COMUNIDAD GARIFUNA DE PUNTA PIEDRA Y SUS MIEBROS VS HONDURAS. (2015) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de octubre de 2015.

constantemente violentada por la lógica extractivista que ha permeado en las formas de gobierno actuales.

Aparte del derecho a la consulta, otro importante aspecto que se ha integrado es que los pueblos indígenas y tribales, son titulares de derechos colectivos. Es decir, derechos que tienen como comunidad, que se les reconoce como grupo en atención a su especial situación y en consideración con los elementos que conforman su identidad, tales como: el derecho a la libre determinación, el derecho a conservar su identidad e integridad cultural y el derecho a la protección de su territorio, entre otros.

En este sentido, podemos ver que para este grupo existe un sistema de protección reforzada a fin de poder cautelar el legítimo y correcto ejercicio de sus derechos, de manera tal que la Corte articula un sistema que se acomode y reconozca las especiales necesidades de grupos indígenas y tribales para que puedan gozar de una vida plena.

Protección reforzada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a niños, niñas y adolescentes.

Como bien vimos anteriormente, los sistemas de protección reforzados nacen como una respuesta a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran distintos grupos humanos que por diferentes motivos no pueden ejercer de manera de plena sus derechos.

Dichos sistemas consideran y toman en cuenta las distintas necesidades y los diferentes obstáculos a los que se enfrentan estos grupos -necesidades y obstáculos que pese a cruzarse en no pocos casos, son propios de cada grupo, en el sentido que el problema que afecta a una mujer es diferente al problema que puede afectar a una comunidad indígena, sin embargo una

mujer indígena tiene dificultades para ejercer la plenitud de sus derechos tanto por ser mujer, como por ser indígena-, y buscan maneras de sobreponerse a aquellos para que las personas que forman parte de estos grupos puedan gozar de una vida plena y hacer uso del catálogo completo de derechos que se garantizan en la Convención.

En este sentido, los niños, niñas y adolescentes, se encuentran en una posición que requiere de manera imperiosa un sistema de protección reforzado. La misma Convención en su artículo 19 establece que *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*

Pese a que el texto del artículo 19 de la Convención no precisa a qué se refieren o qué se va a entender por “medidas de protección” sí se ha señalado que dicho artículo se debe entender y darle lectura en conjunto con la Convención de los Derechos del Niño, toda vez que dicho texto sí entrega detalles y medidas específicas que deben adoptar los Estados parte, que son la mayoría de los Estados del mundo, y en ese sentido, el artículo 19 de la Convención debe entenderse a la luz de los artículos N°2, N° 6 y N° 37.²⁴

La Corte ha reconocido esta doble protección que es necesaria para salvaguardar los derechos de niñas, niños y adolescentes en distintas instancias y también, ha señalado expresamente que las infancias *“poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.”*

²⁴ CASO DE LOS HERMANOS GÓMEZ PAQUIYAIRUI VS PERÚ. (2004) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de julio de 2004.

²⁵Este reconocimiento es bastante importante, pues esa distinción que se hace respecto de los derechos que corresponden a todos los seres humanos, versus los que corresponden a niños, niñas y adolescentes en su condición de tal tienen distintos agentes garantes, por lo que no sólo viene a ser el Estado el único obligado respecto de los derechos que competen a la infancia, como se pudo apreciar en el artículo N° 19 de la Convención.

Así mismo, ha establecido la Corte que cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, las violaciones de derechos humanos revisten un carácter de especial gravedad, como se indica: *“A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.”*²⁶

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2002) Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

²⁶ CASO DE LOS “NIÑOS DE LA CALLE” (VILLAGRÁN MORALES Y OTROS) VS GUATEMALA. (1999) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

En el mismo sentido, *“Además de lo anterior, el Tribunal reitera que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niñas y niños, quienes tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado.”*²⁷

En este sentido, la Corte a fin de darle una protección más efectiva a niños, niñas y adolescentes, ha dado luces sobre cómo guiar la interpretación de la Convención respecto de este grupo, y eso ha sido integrado poniendo especial énfasis en el interés superior del niño *“La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.”*²⁸

Dicho concepto viene a dar mayor efectividad a la tutela de derechos fundamentales de menores de edad, toda vez que permea la totalidad de la legislación correspondiente y aplicable a niños, niñas y adolescentes, funcionando como un principio que debe orientar a la Corte tanto en la resolución, como respecto de la forma de conocer los conflictos, que involucren a niños, niñas y adolescentes.

Así se ha aplicado *“La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando*

²⁷ CASO MASACRE DE DANTO DOMINGO VS COLOMBIA. (2012) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

²⁸ CASO DE LAS NIÑAS YEAN Y BOSICO VS REPÚBLICA DOMINICANA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad”

Esto ha sido en estricto cumplimiento a lo que señala el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño que establece en todas las medidas concernientes a niños, niñas y adolescentes que tomen instituciones públicas, de justicia o cualquier autoridad, se debe atender de manera primordial al interés superior del niño.

Sin embargo, es menester hacer presente que el hecho de que el interés superior del niño deba orientar todas las decisiones que se tomen respecto de la limitación a los derechos de niñas, niños y adolescentes, no puede ser un carta comodín a fin de limitar otros derechos que se “contrapongan” o una máxima que siempre debe primar en términos absolutos sin ningún tipo de acreditación de daños o rendición de pruebas, pues, no siempre va a estar claro qué es lo que va a ser mejor para los menores o también puede ocurrir que ninguna de las decisiones que se puedan tomar respecto de niños, niñas y adolescentes importe un respeto irrestricto a sus derechos. Un caso emblemático que tuvo que ver la Corte respecto de revertir una situación que se amparó en virtud de un infundado “interés superior del niño” fue el caso de la jueza Atala contra el Estado de Chile.

En ese momento, la Corte se pronunció señalando que *“En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés*

superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.”²⁹

Así, podemos ver que se ha ido construyendo un sistema de protección reforzado respecto de niñas, niños y adolescentes sobre el cual, a diferencia de otros grupos en situación de vulnerabilidad, existe un mayor consenso en su aplicación, toda vez que como se dijo al inicio de este trabajo, la Convención de los Derechos del Niño es el instrumento con mayor porcentaje de ratificación y por ende, dichas disposiciones se integran tanto a los cuerpos normativos internacionales como a las legislaciones propias de cada Estado. Y en ese sentido, también existe un mayor desarrollo de conceptos y principios a fin de garantizar la correcta tutela de niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, también es posible apreciar que dichos conceptos y construcciones normativas no se bastan a sí mismas y siempre es importante considerar dichas disposiciones y conceptos como partes de un sistema articulado que además integre todos los aspectos que llevan a niños, niñas y adolescentes a encontrarse en una situación de vulnerabilidad, que muchas veces no se reduce únicamente a su edad, como puede ocurrir en caso de niñas víctimas de estereotipos de géneros, niños pertenecientes a comunidades indígenas, o también, como es el caso de este trabajo, niños LGBTIQ+.

²⁹ CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE. (2012) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Capítulo 2: Identidad de Género

A continuación, es menester tratar el concepto de identidad de género y su diferenciación de otros conceptos, como el sexo, el género y la orientación sexual; para luego tratar el concepto de derecho a la identidad de género, su evolución conceptual y su tratamiento en los sistemas internacionales de protección a derechos fundamentales tratados en el capítulo anterior.

¿Qué es la identidad de género?

Tradicionalmente se entendió que el concepto de sexo, género, identidad y orientación sexuales como cuatro conceptos idénticos: se es hombre o mujer, es un sistema binario de sexualidad establecido como normal o natural. Sin embargo, en la actualidad estos términos hacen referencia a distintos elementos de la sexualidad humana, diferenciándose entre ellos, dejando de lado este sistema binarista.

El primer concepto, esto es el sexo, es un componente netamente biológico. Se refiere solo a si una persona tiene en su genoma los cromosomas de los humanos hombres (XY, masculino) o de los humanos mujeres (XX, femenino) y se define en el momento de la concepción. En virtud de esta diferenciación genómica, existirán caracteres sexuales primarios (órganos reproductores que diferencian a humanos hombres biológicamente y humanos mujeres biológicamente) y secundarias (características físicas no relacionadas con la reproducción que diferencian humanos hombres biológicamente y humanos mujeres

biológicamente). En resumen, el sexo se refiere a características físicas de las personas centradas en términos biológicos, anatómicos, fisiológicos y cromosómicos.³⁰

En este plano podemos diferenciar a las personas intersexuales, que son aquellas que no siguen esta “regla” biológicamente hablando; por lo que el sistema binario tampoco se cumple a cabalidad en la propia “naturaleza”, encontrándose por ejemplo con personas con cromosomas *XXY* o *XXY*.

El segundo concepto, esto es el género, “*incluye un conjunto de manifestaciones comportamentales, nociones, normas y valores señalando contrastes entre hombres y mujeres diferentes de unas culturas a otras*”,³¹ es un constructo social. Son las características y apariencia que la sociedad estima como normales que debe tener una persona de sexo masculino o femenino, atendido al lugar y momento histórico vivido. A las personas se les asigna un género normalmente desde que se tiene conocimiento del sexo con el que nacerán, o sea incluso antes de su nacimiento.

El tercer concepto es la identidad de género, es el concepto que se tiene de uno mismo como ser sexual y de los sentimientos que esto conlleva; se relaciona con cómo vivimos y sentimos nuestro cuerpo desde la experiencia personal y cómo lo llevamos al ámbito público, es decir, con el resto de las personas. Se trata de “*la vivencia interna e individual de 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*”

³⁰ BEAUVOIR, SIMONE. (1987) *El Segundo Sexo*. Editorial Buenos Aires, p.35.

³¹ BARRAGÁN MEDERO, FERNANDO. (2010) “Programa de Educación Afectivo Sexual”, CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN SEX Y CIENCIA INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER, p.16

(...)”³². Es decir, la forma individual e interna de vivir el género, la cual podría o no corresponder con el sexo con el que nacimos o al género que se nos haya asignado. Es necesario en este punto comprender que el género forma parte de la identidad de las personas *“En este sentido, el género de una persona es también un elemento de su identidad toda vez que los sujetos se vinculan con otros desde su pertenencia a un género, la cual puede ser exterioriza-da y conocida por esos terceros”*³³”

No es una cuestión definida en un momento particular del desarrollo de las personas -como ocurre con el sexo, que se determina en la concepción- sino que es un concepto fluido que va determinándose a través de la vida de la persona.

Bajo este último parámetro podemos tratar el concepto de transexualidad. En este sentido, la podemos definir como aquella *“identidad de género que difiere del sexo que le fue asignado al nacer, a aquellas identidades que cuya expresión de género -la manera en que el género se comunica a otros a través de ropa, comunicación, manierismos, e intereses- y comportamiento no siguen normas sociales estereotípicas para el sexo que les fue asignado al nacer, y aquellas que se identifican con y expresan su fluidez de género fuera del binarismo de género, lo que puede o no incluir procedimientos hormonales o quirúrgicos”*.³⁴

³² PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA: PRINCIPIOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEGISACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. (2006) Yogyakarta, Indonesia, p. 6

³³ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA & ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS (2015) Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas, y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, p.5

³⁴ MAYO CLINIC. Información sobre el transgénero. [En línea]<https://www.mayoclinic.org/es-es/healthy-lifestyle/adult-health/in-depth/transgender-facts/art-20266812>[consulta : 05 marzo2023]

El cuarto concepto es la orientación sexual se refiere al interés sexual, amoroso y afectivo entre las personas. Se vincula con la identidad de género, es decir, una persona puede sentirse atraída por otra persona de su mismo género (homosexuales), por otra persona de un género diferente al propio (heterosexuales), pueden sentirse atraídas por ambos géneros (bisexuales), pueden sentir atracción por personas con diferentes y diversas identidades del género (pansexuales, queer), pueden no estar seguras de su orientación sexual (curiosos/as, en duda) o bien definirse sin interés sexual con las otras personas (asexuados/as).

Derecho a la Identidad de Género.

La identidad de género como derecho.

Lo primero que cabe preguntarnos respecto al derecho a la identidad de género, en términos generales, es cómo se encuentra éste plasmado en los distintos instrumentos internacionales. La respuesta a esta pregunta es bastante poco alentadora en el sentido de que no se encuentra reconocido de manera expresa por ningún instrumento internacional que tenga el carácter de vinculante.

Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni la Convención Americana de Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni la Convención de Derechos del Niño, ni ningún instrumento de derecho internacional ratificado por Chile, hace mención expresa o textual al derecho a la identidad de género como tal.

No obstante, esto no significa que no exista un desarrollo o construcción intelectual en el sentido de reconocer y proteger a las diversidades y disidencias sexuales, buscando

incorporar e integrar el derecho a la identidad de género como parte de los derechos que sí encuentran texto y reconocimiento expreso.

De esta forma, uno de los hitos más importantes y que representa uno de los principales avances en esta materia corresponde a 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.

Evolución interpretativa del derecho a la identidad de género.

Los principios de Yogyakarta son un instrumento no vinculante para los Estados, que, producto de las constantes agresiones, amenazas y abusos sufridos por millones de personas a nivel mundial por su orientación sexual e identidad de género, vienen en interpretar los derechos ya expresamente reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la luz de la orientación sexual y la identidad de género de las personas, de manera de integrar estos aspectos a su ámbito de protección y además entregar definiciones y conceptos respecto de estas materias.

Los principios de Yogyakarta nacen en noviembre del año 2006, en la universidad de Gadjah Mada, producto de un encuentro de casi 30 especialistas, todos destacados en materia de aplicación de derechos humanos, a fin de dar efectiva protección a los derechos humanos de personas transgénero, pues, como se señala en el preámbulo de dicho instrumento existía preocupación *“porque en todas las regiones del mundo las personas sufren violencia, hostigamiento, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicios debido a su orientación sexual o identidad de género; porque estas experiencias se ven agravadas por otras causales de discriminación, como género, raza, edad, religión, discapacidad, estado*

de salud y condición económica, y porque dicha violencia, hostigamiento, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicios menoscaban la integridad y dignidad de las personas que son objeto de estos abusos, podrían debilitar su sentido de estima personal y de pertenencia a su comunidad y conducen a muchas a ocultar o suprimir su identidad y a vivir en el temor y la invisibilidad”³⁵ (énfasis agregado)

Estos principios, en primer lugar nos entregan claridad respecto del concepto de identidad de género, entendiendo ésta como *“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”³⁶*

Es menester mencionar en este punto, que recién el año 1994 el DSM-IV optó por dejar de usar el término transexual como enfermedad mental, cambiándolo por el “trastorno de identidad de género”, siendo este último modificado, el año 2013 (es decir, con posterioridad a los Principios de Yogyakarta), en el DSM-V por el término “disforia de género”.

Este último término (“disforia de género”), no se refiere propiamente a la incongruencia entre el sexo de nacimiento y el género que experimenta la persona, sino que hace referencia al malestar que acompaña esta incongruencia. De esta forma el término viene

³⁵ PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA: PRINCIPIOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEGISACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. (2006) Yogyakarta, Indonesia, preámbulo.

³⁶Ibíd.

a ser un cambio en tanto no pone el énfasis en la identidad, sino que en la sensación de incomodidad y angustia.

Además, es necesario tener presente en esta materia, lo difícil que es distinguir hasta dónde este malestar es producto de la incongruencia y la carencia de herramientas para disminuir aquélla, o se debe a la constante discriminación y violencia que sufren las personas transgénero producto de su identidad.

De cualquier modo, este cambio de criterio pone en evidencia y establece un deber para los Estados, en el sentido de garantizar a las personas transgénero todas las herramientas y elementos que le permitan desarrollar su personalidad e identidad de la manera más plena, además de buscar e implementar todos los mecanismos que estén a su alcance para permitir a las personas transgénero vivir una vida libre de violencia y discriminación.

En este sentido, que los principios de Yogyakarta expresen el concepto de identidad de género de manera clara, dando una definición desde el respeto a los derechos humanos y buscando dejar de lado el estigma que existe en el mundo clínico, viene a ser uno de los primeros y más importantes avances en materia de interpretación.

Como se mencionó anteriormente, estos principios no buscan instalar o crear nuevos derechos humanos, sino que en base a la interpretación que hacen de los derechos humanos ya expresamente reconocidos, incorporan la orientación sexual y la identidad de género como elemento interpretativo y por tanto, señalan que las personas transgénero y pertenecientes a las diversidades y disidencias sexuales son titulares de los mismos derechos que cualquier persona en el mundo, por lo que estos deben respetarse entendiendo su identidad como parte de estos.

De este modo, estos principios nacen para dar forma a los derechos ya existentes y para orientar estos en su interpretación, además de establecer directrices para los distintos países a fin de avanzar a una sociedad más justa y segura para las personas transgénero.

Es en este sentido, podemos entender que el derecho a la identidad de género pese a no estar expresamente reconocido sí es posible desprenderlo de derechos y principios que cuentan con reconocimiento y texto expreso. Así las cosas, podemos ver que el derecho a la identidad de género tiene su asidero en el principio de igualdad y no discriminación, principio que encuentra su reconocimiento tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, además del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A mayor abundamiento, el texto expreso correspondiente al artículo segundo de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala lo siguiente *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición**”*³⁷ (énfasis agregado). Los principios de Yogyakarta como elemento interpretativo de las normas vinculantes del derecho internacional nos permiten incluir la orientación sexual y la identidad de género como una condición respecto de la cual no se puede discriminar a las personas en el ejercicio de cualquiera de los derechos consagrados en la misma declaración. Es aquí donde radica la importancia de los Principios de Yogyakarta, pues pese a no ser un instrumento vinculante ha permeado en los criterios interpretativos de las distintas Cortes, y ha influido entonces en

³⁷ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. La Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 2° [en línea]. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [consulta : 05 marzo 2023]

el reconocimiento de ciertos derechos de manera tal que hoy en día tenemos leyes en varios países, como se verá más adelante, que buscan o aspiran permitir a las personas transgénero desarrollarse plena y libremente a lo largo de su vida.

Estos principios como elementos interpretativos no sólo son aplicables a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino que también podemos encontrar el derecho a la identidad de género en la misma Convención de Derechos del Niño, tanto en el articulado séptimo como el octavo.

De esta forma, en el primer artículo de la Convención se señala, entre otras cosas, que los niños y niñas tienen derecho desde que nacen a un nombre y por su parte, el artículo octavo establece el deber para los Estados a respetar, “*el derecho del niño a preservar su identidad*”³⁸.

El Comité de los Derechos del Niño ha dado a estos derechos consagrados una interpretación bastante amplia entendiendo dentro de ambos derechos, la orientación sexual y la personalidad, de manera tal que podemos desprender que también se puede hacer referencia a la identidad de género, de forma que todos estos aspectos conforman la identidad de niños, niñas y adolescentes. A mayor abundamiento “*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*

³⁸ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Naciones Unidas. (1989) Nueva York, EE. UU.

(Art. 8°) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño.”³⁹(énfasis agregado)

De este modo, podemos ver que el derecho a la identidad de género es un concepto que pese a no estar consagrado de manera expresa se ha ido construyendo a lo largo de los años, evolucionando, a fin de poder eventualmente llegar a garantizar a todas las personas el correcto, cabal y protegido ejercicio de la totalidad de sus derechos. Pues sin este concepto van a seguir existiendo millones de personas, incluidos niños, niñas y adolescentes, en el mundo que vivirán discriminación y violencia a lo largo de su vida, impidiéndoles el desarrollo pleno de ésta.

La construcción de este derecho en base a interpretaciones no viene a solucionar los problemas de facto que enfrentan las personas transgénero, sin embargo, sí significa un avance en esta materia. Sienta un precedente para que eventualmente podamos tener un reconocimiento expreso que se traduzca en la consagración de dicho derecho a fin de que todos los Estados, incluso aquellos más tradicionales y que tienen una mayor resistencia a estos avances, se vean en la obligación de respetar y proteger también a las personas transgénero.

³⁹ OBSERVACIÓN N° 14, Comité de los derechos del niño. (2013) párrafo 55.

Regulación internacional del Derecho a la Identidad de Género en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en particular en el Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Un análisis de los textos internacionales en materia de derechos humanos analizados precedentemente nos hará dar cuenta que los mismos no establecen un reconocimiento expreso al derecho a la identidad de género, por lo que esto debe ser reconducido en base a los derechos ya establecidos en los instrumentos en cuestión.

Así es como tenemos que considerar el principio de igualdad y no discriminación se encuentra en la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos, es un principio de orden transversal y se encuentra consagrado en los diversos instrumentos internacionales desde la Carta de las Naciones Unidas hasta los principales tratados de derechos humanos. En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en su artículo primero que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El principio de igualdad exige que los derechos enunciados en los distintos instrumentos se reconozcan a todas las personas sin discriminación alguna y que los Estados velen por que sus leyes, políticas y programas no sean discriminatorios.

En cuanto al sistema europeo de derechos humanos, ante el TEDH se han planteado dos cuestiones en cuanto al derecho a la identidad de género: el reconocimiento jurídico de los cambios de género una vez practicada la operación de reasignación sexual y el derecho de las personas transexuales a contraer matrimonio y fundar familia. Como suele ocurrir, las posturas del TEDH no fueron un reflejo actualizado de la realidad social de los países miembros, siendo en primer término rechazadas las solicitudes de los particulares.

En lo que respecta al reconocimiento legal de la identidad de género, las primeras sentencias de personas transgéneros fueron *Rees c. Reino Unido* y *Cossey c. Reino Unido* adoptadas en 1986 y 1990, respectivamente, en que el Tribunal desestimó las solicitudes al considerar que le Estado Británico no vulneró el derecho a la vida privada del individuo y lo justificó con *“la ausencia de un consenso en la comunidad científica y en los ordenamientos jurídicos de los países del Consejo de Europa sobre el estatus legal de los transexuales. Por consiguiente, se creyó obligado a actuar con prudencia en dicha materia, y reconoció un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales”*⁴⁰.

Desde el año 2002 con las sentencias en los casos *Christine Goodwin c. Reino Unido* se inició un cambio de jurisprudencia en la materia. En el primero de estos casos, la actora alegó que la falta de reconocimiento legal de su identidad de género luego de la cirugía correspondiente le habría supuesto perjuicios en el ámbito laboral, de seguridad social y en la posibilidad de formar familias, al no poder contraer matrimonio con personas del sexo opuesto a su nueva identidad de género, toda vez que tampoco estaba reconocido en Reino Unido el matrimonio homosexual. En el segundo de los casos, la actora arguyó que no le habían resultado posible realizar estudios ni solicitar trabajo puesto que sería necesario presentar los documentos de nacimiento correspondiente.

El TEDH en estos casos estableció que *“Los inconvenientes que podían surgir con el pleno reconocimiento legal de los transexuales en ámbitos como el registro civil, el sistema de seguridad social o el Derecho de familia, se veían claramente sobrepasados, según la nueva interpretación del Tribunal, por la necesidad de que estas personas pudieran vivir en*

⁴⁰ MANZANO BARRAGÁN, IVÁN. (2012) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, p.69.

dignidad y de acuerdo con su nueva identidad. Por otro lado, estimó que cuando un Estado autorizaba e incluso financiaba el tratamiento y la operación de reasignación sexual, «parecía ilógico que rechazara reconocer las implicaciones legales del resultado del tratamiento», incluyendo la rectificación del sexo en los documentos de identificación personal»⁴¹.

Lo que tornó relevante estas sentencias además fue el concepto de «autonomía personal» entendida como el derecho de cada individuo a escoger su propia identidad, incluyendo la sexual. Esto, sumado que el TEDH reconoció además el rol que jugó la posición internacional de reconocer la identidad de las personas transexuales, en cuanto a que empezaba a existir un consenso sobre la aceptación social de las personas transexuales, así como también a favor de los derechos de este colectivo.

Regulación del Derecho a la Identidad de Género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Como se señaló con anterioridad, no existe en la Convención Americana de Derechos Humanos, una consagración expresa del derecho a la identidad de género, de esta forma su regulación, alcance y protección se ha conceptualizado a la luz de distintos fallos e instrumentos emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es así, como uno de los primeros avances en esta materia, corresponde a la inclusión de este concepto dentro del articulado primero numeral 1 que señala lo siguiente “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a*

⁴¹ *Ibíd.* p. 70.

*su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier **otra condición social***” (énfasis agregado).

Así podemos ver, que este órgano ha optado por incluir y dar protección al derecho a la identidad de género subsumiéndolo dentro la categoría de “otra condición social”. De modo que la identidad de género no puede ser un elemento por el cual se discrimine a las personas y se les impida el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades consagrados en dicho instrumento.

Así se ha pronunciado la Corte “85. *Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. **La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.***

86. *Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”) ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas **contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios***

(...) 91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], **la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.** Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”⁴² (énfasis agregado)

A mayor abundamiento, la Corte ha señalado de manera explícita que “Asimismo, en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: **i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados,** y **iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales,** la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad”⁴³. (énfasis agregado).

⁴² CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE. (2012) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2017) Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y

De este modo, es posible apreciar que la Corte ha incorporado la orientación sexual y la identidad de género, como otra condición social, producto de la cual se encuentra expresamente prohibido realizar algún tipo de discriminación en el ejercicio de todos los derechos consagrados en la CADH. Además, viene en establecer ciertos criterios a considerar a la hora de determinar si una discriminación es o no arbitraria, como se puede apreciar en el último fallo, de manera que sea más fácil determinar cuándo estamos ante un tipo de vulneración a los derechos que deba ser expresamente sancionado. Es importante señalar que estos criterios incluyen a la identidad de género, pero no la agotan.

No obstante, reconocer que la identidad de género es un elemento por el cual no se puede discriminar a ningún ser humano en el ejercicio de sus derechos no significa reconocer y dotar de contenido al “derecho a la identidad de género”, de manera que uno de los avances más significativos dentro del derecho interamericano en este respecto, viene dado no por esta prohibición de discriminación sino por complementar otros derechos que se encuentran consagrados.

Así las cosas, uno de los derechos que se encuentra más estrechamente vinculado al derecho a la identidad de género y que ha permitido dar cierto alcance y contenido de éste, corresponde al derecho al nombre. A mayor abundamiento *“En primer lugar, y de acuerdo a lo señalado en el apartado anterior, además del nombre, el cual constituye solo un elemento de la identidad, esos procedimientos deben estar enfocados en la adecuación –de forma integral–, de otros componentes de la misma para que esta pueda ser conforme a la identidad de género auto percibida de las personas interesadas. Por tanto, esos*

alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

procedimientos deberían permitir cambiar la inscripción del nombre de pila y, de ser el caso, adecuar la imagen fotográfica, así como rectificar el registro del género o sexo, tanto en los documentos de identidad como en los registros que correspondan y que sean relevantes para que los interesados ejerzan sus derechos subjetivos."⁴⁴(énfasis agregado)

De esta forma, podemos ver que el Sistema Americano de Derechos Humanos ha optado por construir el derecho a la identidad de género en complementación de otros derechos ya consagrados, de manera de poder sancionar a Estados parte de los distintos tratados que puedan ser más tradicionales o presenten resistencia a estos avances, incluyendo este derecho en instrumentos que ya se encuentren ratificados por estos, a fin de poder otorgarle algún tipo de protección a grupos que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad y que sufren de abusos y discriminación de manera sistemática.

Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del Derecho a la Identidad de Género en niños, niñas y adolescentes.

Respecto del derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes la Corte Interamericana ha señalado que dicho grupo es titular de los mismos derechos que las personas adultas, y que cuando estos derechos se apliquen a menores debe ser tomando en consideración la normativa específica aplicable a este grupo etario. En este sentido, es importante considerar los principios que rigen la Convención de los Derechos del Niño, de manera tal que deben tenerse presente aquellos correspondientes al principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión

⁴⁴ *Ibíd.*

del niño o de la niña en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.

De esta forma, la Corte ha dictaminado que *“la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, la Corte entiende que las medidas pertinentes de protección a favor de las niñas o niños son especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos.”*⁴⁵(énfasis agregado)

Avocándolo al caso específico del derecho a la identidad de género subsumido en el derecho al nombre y la identidad, en el mismo fallo ya citado la Corte determinó que *“esta Corte entiende que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género que fueron desarrolladas supra también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto percibida.*

Este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta

⁴⁵ *Ibíd.*

su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación.”⁴⁶

De esta manera corresponde a un deber de los Estados parte, en la protección y correcto ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, establecer procedimientos que les permitan lograr un pleno desarrollo de su identidad, incluyendo aquello la identidad de género.

⁴⁶ *Ibíd.*

Capítulo 3: Regulación del Derecho a la Identidad de Género en países europeos

En este capítulo haremos un análisis de cómo se regula el derecho a la identidad de género en países europeos y su legislación vigente, destacando los aspectos más relevantes.

Regulación del Derecho a la Identidad de Género en España.

En materia de reconocimiento y protección al derecho a la identidad de género, España cuenta con al menos con un texto legislativo: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Sin embargo, en este cuerpo normativo se ve superado por lo que es la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI

La denominada “Ley Trans” de España (Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI).

El mayor avance en materia de reconocimiento del derecho a la identidad de género en España es formalmente ley, dictada recientemente el 28 de febrero de 2023. El proyecto fue presentado el 29 de junio de 2022 y fue de iniciativa del Gobierno Español.

Los fines de la Ley están establecidos en el artículo primero de la misma, el cual señala los siguientes:

1. Garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales, así como de sus familias.

2. Establecer principios de actuación de los poderes públicos, regular derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prever medidas específicas destinadas a la prevención, corrección y eliminación, en los ámbitos público y privado, de toda forma de discriminación; así como al fomento de la participación de las personas LGTBI en todos los ámbitos de la vida social y a la superación de los estereotipos que afectan negativamente a la percepción social de estas personas
3. Regular el procedimiento y requisitos para la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, nombre de las personas, así como sus efectos, y prevé medidas específicas derivadas de dicha rectificación en los ámbitos público y privado.

A continuación, se caracterizarán en términos generales los avances que se establecen en la presente Ley en materia de personas trans.

Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y adecuación documental.

La ley establece un procedimiento de carácter administrativo para el cambio de sexo registral, disponiendo de diferentes legitimados activos para formular la solicitud, en atención a la edad del interesado y siempre supeditado a nacionales españoles.

Se establece las siguientes distinciones en los legitimados activos, y la forma en cómo podrán solicitarlo ante el Registro Civil español:

- i) los mayores de dieciséis años podrán solicitarlo por sí;

- ii) los mayores de catorce y menores de dieciséis podrán presentar la solicitud por sí asistidos por sus representantes legales, y en caso de desacuerdo, el menor de edad podrá iniciar un procedimiento de nombramiento de defensor judicial;
- iii) las personas con discapacidad podrán solicitarlo con las medidas de apoyo que en su caso precisen; y, por último,
- iv) los mayores de doce años y menores de catorce podrán solicitar la autorización judicial para la modificación de la mención registral del sexo bajo las reglas de la jurisdicción voluntaria o no contenciosa.

En cuanto al procedimiento de cambio de sexo registral, este inicia por solicitud del legitimado, quien deberá presentarla ante la persona encargada de cualquier oficina del Registro Civil, cuestión que nunca podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.

Recibida la solicitud, se citará al interesado con sus representantes legales -si procediere- y en tal comparecencia el oficial del Registro Civil recogerá la manifestación de disconformidad con el sexo mencionado en inscripción de nacimiento del interesado y su solicitud de que, en consecuencia, se proceda a la correspondiente rectificación. En la misma comparecencia, el oficial del Registro Civil informará a la persona solicitante de las consecuencias jurídicas de la rectificación pretendida, incluido el régimen de reversión, así como de las medidas de asistencia e información que estén a disposición de la persona solicitante a lo largo del procedimiento de rectificación registral en los ámbitos sanitario, social, laboral, educativo y administrativo, incluyendo medidas de protección contra la

discriminación, promoción del respeto y fomento de la igualdad de trato. Igualmente, pondrá en conocimiento de la persona legitimada la existencia de asociaciones y otras organizaciones de protección de los derechos en este ámbito a las que puede acudir. Tras la entrega de esta información, el solicitante suscribirá, de estar conforme con la comparecencia inicial reiterando su petición de rectificación registral del sexo mencionado en su inscripción de nacimiento.

Posteriormente, en el plazo máximo de tres meses desde esta comparecencia inicial, la persona encargada del Registro Civil deberá citar a la persona legitimada para que comparezca de nuevo y ratifique su solicitud, aseverando la persistencia de su decisión. Reiterada y ratificada la solicitud, la persona encargada del Registro Civil previa comprobación de la documentación obrante en el expediente, dictará resolución sobre la rectificación registral solicitada dentro del plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de la segunda comparecencia, la que podrá ser objeto de recursos según la normativa del Registro Civil español, ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Respecto al procedimiento, debemos hacer dos precisiones respecto dos grupos de personas: i) en cuanto a menores de dieciocho años y mayores de catorce, se establece que todos los intervinientes en el procedimiento tendrán en consideración en todo momento el interés superior de la persona menor, a quien se dará audiencia en el caso de los mayores de catorce y menores de dieciséis quienes deberán presentar la solicitud por sí asistidos por sus representantes legales y en tal caso la persona encargada del Registro Civil le facilitará la información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación solicitada y toda la información complementaria que proceda en un lenguaje claro, accesible y adaptado a sus necesidades; y ii) en cuanto a las personas en situación de discapacidad, el referido artículo

establece que en el procedimiento se garantizarán los medios y recursos de apoyo, materiales y humanos, incluidas las medidas de accesibilidad y diseño universales, que resulten precisas para que reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno de modo libre.

En cuanto a los efectos jurídicos que establece la nueva propuesta normativa, se dispone que la resolución que acoja la solicitud producirá sus efectos jurídicos desde el momento en que se inscriba en Registro Civil, permitiéndole a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición. Sobre lo anterior, hay que precisar que el se dispone además ciertos efectos en cuanto a regímenes jurídicos aplicables previo a la rectificación registral, precisando que:

- i) la rectificación registral relativo al sexo y/o al nombre no alteran el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género;
- ii) la persona que rectifique la mención registral del sexo pasando del sexo masculino al femenino no podrá ser beneficiaria de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, respecto de las situaciones jurídicas anteriores a la rectificación registral, no obstante, la persona que rectifique la mención registral pasando del sexo femenino al masculino conservará los derechos patrimoniales consolidados que se hayan derivado de estas medidas de acción positiva, sin que haya lugar a su reintegro o devolución; y, por último,

- iii) respecto de las situaciones jurídicas que traigan causa del sexo registral en el momento del nacimiento, la persona conservará, en su caso, los derechos inherentes al mismo en los términos establecidos en la legislación sectorial.

La Ley además dispone la posibilidad de revertir la rectificación registral relativa al sexo de las personas, transcurridos seis meses desde la inscripción en el Registro Civil de la mencionada rectificación inicial, sometiéndose al mismo procedimiento antes señalado. En el caso de que, tras haberse rectificado la modificación inicial, se quisiese proceder a una nueva rectificación, habrá de seguirse el procedimiento establecido en el capítulo I ter del título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

En cuanto a la adecuación de documentos a la mención registral relativa al sexo, se dispone que en los documentos oficiales de identificación, la determinación del sexo se corresponderá con la registral y que, tras la rectificación, las autoridades procederán a la expedición de un nuevo documento nacional de identidad, a petición de la persona interesada o de su representante voluntario o legal, ajustado a la inscripción registral rectificada, conservando en todo caso el mismo número del documento nacional de identidad. Además, se podrá solicitar la reexpedición de cualquier documento, título, diploma o certificado ajustado a la inscripción registral rectificada, a cualquier autoridad, organismo o institución pública o privada, cualquiera que sea su naturaleza, debiendo garantizar la institución correspondiente, la adecuada identificación de la persona a cuyo favor se expidan los referidos documentos, en su caso, mediante la oportuna impresión en el duplicado del documento del mismo número de documento nacional de identidad o la misma clave registral que figurare en el original. Por último, dispone que las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias deberán establecer procedimientos accesibles, ágiles y que garanticen

la protección de los datos de carácter personal para la adecuación de documentos a la nueva mención

Políticas públicas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans.

La Ley establece además diferentes ámbitos de políticas públicas para promover la igualdad material de las personas trans. En efecto, el cuerpo legal establece: i) líneas generales de actuación establecidos para los poderes públicos, ii) medidas en ámbito laboral, iii) medidas en el ámbito de la salud y, iv) medidas en el ámbito educativo.

En cuanto a los lineamientos generales establecidos para los poderes públicos a fin de garantizar la igualdad real y efectiva de las personas trans, estos se encuentran establecidos en los artículos 47 y 48 del cuerpo normativo referido. A modo de reseña, se establece una “*estrategia estatal para la inclusión de personas trans*” que tendrá el carácter de cuatrienal y su elaboración, seguimiento y evaluación corresponderá al Ministerio de Igualdad, garantizándose la participación de los departamentos ministeriales cuyas actuaciones incidan especialmente en las personas trans y de las organizaciones sociales que incluyan entre sus objetivos la defensa de los derechos de las personas trans, correspondiendo a su aprobación al Consejo de Ministros, teniendo como prioridad las medidas de acción positiva en los ámbitos laboral, educativo y sanitario; incluye además a realización de los estudios necesarios para conocer la situación socioeconómica, sanitaria y psicosocial de las personas trans, de forma que las medidas de acción positiva se apoyen en un diagnóstico claro, así como un sistema de indicadores para su adecuado seguimiento y evaluación, de modo que sea posible evaluar su eficacia y grado de cumplimiento.

Por otro lado, se establecen lineamientos de participación de las personas trans, debiendo las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, adoptar medidas tendientes a fomentar la participación de las personas trans en el diseño e implementación de las políticas que les afecten, a través de las organizaciones sociales que incluyan entre sus objetivos la defensa de sus derechos y apoyar a las organizaciones sociales que incluyan entre sus objetivos la defensa de los derechos de las personas trans.

En cuanto a las medidas en ámbito laboral para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans, se establece el fomento del empleo de las personas trans y la integración sociolaboral. Respecto al fomento del empleo, el proyecto de Ley encomienda al Ministerio de Trabajo y Economía Social diseñar medidas de acción positiva para la mejora de la empleabilidad de las personas trans y planes específicos para el fomento del empleo de este colectivo, teniendo especialmente presente las necesidades específicas de las mujeres trans. Por su parte, respecto a la integración sociolaboral de las personas trans, el proyecto de Ley encomienda a las Administraciones Públicas en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptar las medidas necesarias para impulsar dicho fin, tomando entre otras, las siguientes medidas: i) Desarrollar estrategias y campañas de concienciación en el ámbito laboral, ii) Implementar medidas para organismos públicos y empresas privadas que favorezcan la integración e inserción laboral de las personas trans, iii) Monitorizar la evolución de la situación laboral de las personas trans en su territorio de competencia, iv) Adoptar subvenciones que favorezcan la contratación de personas trans en situación de desempleo.

En lo que respecta a las medidas en el ámbito de la salud para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans, pasamos a reseñar brevemente cada política pública contemplada en la normativa:

- i. Atención sanitaria integral a personas trans. El artículo 51 del proyecto dispone ciertos principios para la atención de salud en este ámbito, estableciéndose o patologización, autonomía, decisión y consentimiento informados, no discriminación, asistencia integral, calidad, especialización, proximidad y no segregación. Se especifica que, en cualquier caso, el respeto a la debida intimidad y confidencialidad sobre las características físicas de las personas trans
- ii. Consentimiento informado. El artículo 52 del proyecto de ley dispone que el consentimiento informado en materia de salud se realizará de acuerdo a lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.
- iii. Formación de personal sanitario, investigación y seguimiento. El proyecto de ley en su artículo 53 dispone la obligación de las Administraciones Públicas, en el ámbito de su competencia a: i) garantizar formación suficiente, continuada y actualizada del personal sanitario, teniendo en cuenta las necesidades específicas de la comunidad trans así como de los problemas de salud asociados a las practicas quirúrgicas y tratamientos hormonales a los que se someten, así como también problemas asociados a su salud sexual y reproductiva; ii) fomentar la investigación en la ciencia de la salud e innovación tecnológica en relación a la atención sanitaria de personas trans y, iii) establecer indicadores que permitan hacer seguimiento a los tratamientos, intervenciones y terapias a las que se sometan las personas trans.
- iv. Protocolos de actuación en el ámbito de la salud y servicios especializados. El artículo 54 dispone que las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias deberán elaborar y desarrollar tanto protocolos y procedimientos específicos para la atención de personas trans y podrán establecer servicios especializados, multidisciplinarios que realicen, entre otras, alguna de las siguientes funciones: i)

Informar, apoyar y acompañar en todo el proceso de transición a las personas trans, ii) Prestar apoyo a la atención ambulatoria y a los centros especializados territorializados y iii) Llevar a cabo labores de investigación, estadística y seguimiento del conjunto del sistema.

Por último, en lo que respecta en las medidas en el ámbito educativo para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans, la Ley dispone: i) en su artículo 55, el derecho del alumnado menor de edad a ser tratado conforme al sexo registral en todas las actividades que se desarrollen en el ámbito educativo, en la medida en que el sujeto haya obtenido el cambio de nombre en el Registro; y por su parte, ii) el artículo 56 dispone el deber de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias, de elaborar protocolos de apoyo y acompañamiento al alumnado trans, y contra el acoso transfóbico, para prevenir, detectar e intervenir ante situaciones de violencia y exclusión contra el alumnado trans.

Regulación del Derecho a la Identidad de Género en Bélgica.

En Bélgica se establece una Ley bastante sucinta para el cambio de sexo registral de personas trans, en el que solo se establece un procedimiento de cambio de nombre y sexo sin establecer otros tipos de políticas públicas o lineamientos gubernamentales para la protección de personas trans, al contrario de lo que ocurre con el proyecto de ley español analizado precedentemente.

La ley denominada en francés *“Loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d’une modification de l’enregistrement du sexe dans les actes de l’état civil et ses effets”* que puede traducirse como *“Ley de reforma relativa al régimen de personas transgéneros en lo que respecta a la modificación de la mención del*

sexo registral y sus efectos “establece un procedimiento de carácter administrativo para el cambio de sexo registral.

En su artículo 3, que modifica el Código Civil belga en su artículo 62 bis, establece que todo belga mayor de edad, belga menor de edad emancipado o extranjero inscrito en los registros de población, que esté convencido de que el sexo mencionado en su acta de nacimiento no corresponde a su identidad de género íntimamente vivida, podrá declarar esta convicción al oficial del registro civil. En el caso de nacionales, corresponderá al registro civil donde se encuentre inscrito su padrón de nacimiento; en el caso de los extranjeros, esta declaración deberá hacerse en el registro civil de Bruselas.

En la solicitud, el interesado entrega al oficial del registro civil una declaración firmada, indicando que, desde hace algún tiempo, está convencido de que el sexo mencionado en su partida de nacimiento no corresponde a su género íntimamente experimentado y que desea las consecuencias administrativas y legales de un cambio en la inscripción del sexo en su acta de nacimiento.

En respuesta, el oficial del Registro Civil belga deberá comunicar al interesado el carácter en principio irrevocable de la modificación de la inscripción del sexo mencionado en el acta de nacimiento, le informa de la continuación del procedimiento y de sus consecuencias administrativas y jurídicas, y pone a su disposición un folleto informativo respecto del procedimiento, así como los datos de contacto de las organizaciones de personas transgénero. Hecho lo anterior, el oficial del Registro Civil toma nota de la declaración y emite un comprobante de acuse recibo al interesado. Posteriormente, el oficial deberá informar al Fiscal General de la solicitud ingresada, quien en el plazo de tres meses podrá rechazar la solicitud por razones de orden público.

Pasados tres meses desde la solicitud, y no más de seis, el interesado deberá concurrir nuevamente ante el oficial del Registro Civil quien tomó la solicitud y deberá reiterar que: 1) todavía está convencido de que el sexo mencionado en su partida de nacimiento no corresponde a su identidad de género íntimamente experimentada, 2) que conoce las consecuencias administrativas y jurídicas que acarrea la modificación de la inscripción del sexo en el acta de nacimiento y 3) que conoce el carácter en principio irrevocable de la modificación de la inscripción del sexo en el acta de nacimiento.

De no existir dictamen desfavorable del Fiscal General, el oficial del Registro Civil belga podrá emitir el acta de modificación de la inscripción del sexo registral y e inscribir la misma al margen de los registros públicos correspondientes. En caso contrario, deberá denegar la solicitud.

En caso de negativa, se establece la posibilidad de recurrir contra la resolución que niegue el cambio de sexo registral.

En cuanto a sus efectos, la ley expresamente señala que al acto de modificar el sexo registral no modifica la relación de los padres con los hijos ya nacidos, ni los derechos, facultades y obligaciones que de ella se derivan, y todas las acciones relativas a estos vínculos de filiación y las relativas a los derechos, facultades y obligaciones que de ellos se derivan, podrán ejercitarse aún después de la constitución del acto de modificación del registro de sexo.

Regulación del Derecho a la Identidad de Género en Portugal.

En el caso portugués, encontramos el reconocimiento al derecho a la identidad de género y a la posibilidad de iniciar un procedimiento de cambio de sexo registral en la Ley N°38/2018 de fecha 7 de agosto de 2018.

La ley señala en su artículo 6 que el reconocimiento legal de la identidad de género presupone la iniciación de un procedimiento para cambiar la mención de sexo en el registro civil y el consiguiente cambio de nombre, previa solicitud. Este procedimiento tiene carácter reservado, salvo a petición de la persona misma, de sus herederos, de las autoridades judiciales o policiales con fines de investigación o instrucción criminal, o mediante resolución judicial.

En su artículo 7, la ley establece los legitimados activos para iniciar el procedimiento: personas de nacionalidad portuguesa, mayores de edad y que no aparezcan interdictas o inhabilitadas por anomalía psíquica, cuya identidad de género no corresponda al sexo asignado al nacer; personas de nacionalidad portuguesa con edades comprendidas entre los 16 y los 18 años podrán solicitar el procedimiento de modificación de la mención de sexo en el registro civil y el consiguiente cambio de nombre, a través de sus representantes legales, debiendo el oficial proceder con una audiencia presencial del solicitante, a fin de constatar su consentimiento expreso, libre e informado, mediante informe solicitado por éste a cualquier médico inscrito en el Colegio Médico o psicólogo inscrito en el Colegio de Psicólogos, que acredite exclusivamente su capacidad de decisión y voluntad informada sin referencia a diagnósticos de identidad de género, teniendo siempre en cuenta los principios de autonomía progresiva y el interés superior del niño contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por su parte la persona intersexual podrá solicitar el trámite de cambio

de mención de sexo en el registro civil y el consecuente cambio de nombre, desde el momento en que manifieste la respectiva identidad de género.

Por su parte, el artículo 8 establece que el procedimiento para cambiar la mención de sexo en el registro civil y el consiguiente cambio de nombre comienza con la solicitud presentada en cualquier oficina del registro civil, indicando el número de identificación civil y el primer nombre con el que se pretende identificar a la persona, pudiendo, desde el principio, solicitarse la realización de una nueva partida de nacimiento, en la que no se podrá hacer mención a la alteración de la inscripción.

Luego, el artículo 9 dispone que, en un plazo máximo de ocho días hábiles contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud, luego de verificar los requisitos de legitimación previstos en el artículo 7, el oficial del registro civil realiza la inscripción al margen de la solicitud y, en su caso, hacer una nueva partida de nacimiento.

El mismo artículo 9 establece que ninguna persona puede ser obligada a probar que se ha sometido a procedimientos médicos, incluyendo cirugía de reasignación de sexo, esterilización o terapia hormonal, así como a tratamientos psicológicos y/o psiquiátricos, como requisito que sirva de base para la decisión a que se refiere el inc. párrafo anterior.

En caso de decisión desfavorable de modificación de la mención de sexo en el registro civil y el consiguiente cambio de nombre o el incumplimiento de los plazos previstos en este artículo podrá interponerse recurso jerárquico ante el presidente del Instituto de los Registros y Servicios Notariales.

En cuanto a los efectos de la solicitud que fuere acogida, el artículo 10 dispone que: i) el cambio en la mención del sexo en el registro civil y el consiguiente cambio de nombre

realizado en los términos de esta ley no afecta ni altera los derechos constituidos y las obligaciones jurídicas asumidas antes del reconocimiento legal de la identidad de género: ii) las personas que hayan cambiado su mención de sexo en el registro civil y el consiguiente cambio de nombre serán, de esta forma, reconocidas en los documentos de identificación, con el nombre y género contenidos en ellos y iii) la persona que haya cambiado la mención de sexo en el registro civil y el consiguiente cambio de nombre, deberá iniciar los cambios necesarios para actualizar sus documentos de identificación en un plazo máximo de 30 días desde la inscripción.

Capítulo 4: Regulación del Derecho a la Identidad de Género en Países

Latinoamericanos

En este capítulo revisaremos la legislación relativa al derecho a la identidad de género en tres países latinoamericanos, destacando los aspectos más relevantes.

Regulación del Derecho a la Identidad de Género en Argentina.

El caso de Argentina es un caso pionero respecto del resto del mundo, esto pues el 9 de mayo del año 2012 (hace más de diez años), con 55 votos a favor, 0 en contra y solamente una abstención, se aprueba la Ley N° 26.743, que establece el derecho a la identidad de género para las personas. Esta ley es la primera en el mundo que prescinde del diagnóstico médico u operaciones de cambio de sexo para acreditar la identidad. A mayor abundamiento, dicha promulgación le mereció al país vecino felicitaciones por parte de la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos considerándola *“pionera en la región e incorpora estándares internacionales de derechos humanos en términos de accesibilidad, confidencialidad y universalidad”*⁴⁷

Esta ley cuenta con dos antecedentes directos, correspondiendo estos a fallos judiciales que permitieron el cambio de sexo registral de dos activistas mujeres trans, a saber, Florencia de la V y la fallecida, Alejandra Ironici.

En el año 2010, se publica el fallo de Florencia De La V tras una acción de amparo presentada por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FalGBT) y la Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina (Attta), en dicha

⁴⁷ El comunicado completo puede ser consultado en: <https://acnudh.org/acnudh-america-del-sur-acoge-con-beneplacito-ley-sobre-identidad-de-genero-en-argentina/>

sentencia se reconoce que el cambio debe hacerse por respetar la identidad como derecho humano.

Aquello resulta ser completamente innovador para la época, pues para dicha declaración no fue necesario que se le realizaran pericias psicológicas, ni tampoco que tuviese que alegar algún tipo de enfermedad que justificara el cambio de sexo registral, tampoco se le condicionó a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo o controles médicos periódicos. Esto, como veremos más adelante, sigue la línea del entonces proyecto de ley en cuyo ingreso y presentación habían participado ambas asociaciones previamente mencionadas.

Por otro lado, en el caso de Alejandra Ironici, el fallo se obtiene a principios del año 2012 tras acción presentada ante la Secretaría de Derechos Humanos Provincial, sólo pocos meses antes de la sanción y promulgación de la Ley N° 26.743, y tras una lucha de al menos 3 años donde sí tuvo que pasar por pericias psicológicas y psiquiátricas, y también, hubo que citar testigos a declarar.

Ley N° 26.743 de Identidad de Género en la Argentina.

La mencionada ley, en primer lugar, establece la existencia del derecho a la identidad de género propiamente tal, así su artículo 1° nos señala que:

“ARTICULO 1° — Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho:

a) Al reconocimiento de su identidad de género;

b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;

c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.”⁴⁸

Esto es un notorio y enorme avance en lo que veníamos viendo respecto de la identidad de género como un derecho autónomo, y no como parte o arista de otros derechos de carácter principal. De hecho, este cuerpo normativo, nos entrega una definición de la identidad de género indicando que ésta es *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”⁴⁹* De esta forma, podemos decir que la identidad de género de acuerdo a la definición que adoptó la ley transandina *“pone en cuestión el carácter estanco de la identidad. La misma se nos presenta como un hecho complejo y variable, que excede toda definición determinista y se vincula más con una construcción autónoma del sujeto, desde su propia palabra y vida.”⁵⁰*

Para poder sacar adelante esta norma, trabajaron incansablemente varias asociaciones y fundaciones pertenecientes a la militancia y activismo LGBTIQ+, y es por esto que esta ley tiene un carácter integral respecto de lo que abarca y permite realizar el trámite sin mayores impedimentos. A mayor abundamiento -y como ya habíamos señalado- una vez cumplidos

⁴⁸ ARGENTINA, Congreso de la Nación Argentina. (2012) Ley N° 26.743. Identidad de Género. 9 de mayo del 2012. Artículo 1°.

⁴⁹ *ibid.*. Artículo 2°.

⁵⁰ REGUEIRO DE GIACOMI, IÑAKI. (2012) El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes, p. 114.

los requisitos establecidos en el artículo 4° de la misma, a saber: (1) acreditar la edad de 18 años (con excepción del artículo 5° que veremos más adelante); (2) presentar la solicitud requiriendo la rectificación de la partida de nacimiento; y (3) Expresar el nombre de pila elegido con el que solicita inscribirse, se procede a realizar la notificación de la rectificación sin necesidad de ningún trámite judicial o administrativo. Además, se impide cualquier referencia o mención a la ley N° 26.743 tanto en la nueva partida de nacimiento, como en el nuevo documento de identidad que se le debe expedir a la persona.

No obstante todo lo señalado, uno de los aspectos más relevantes de esta norma legal, es que establece un segundo derecho en su artículo 11, el derecho al libre desarrollo personal *“a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa”*⁵¹, todos los prestadores de salud, públicos y privados, deberán garantizar en forma permanente los derechos que la Ley N° 26.743 reconoce.

Por último, esta norma crea un deber para la sociedad, debiendo ésta respetar la identidad de género adoptada por las diferentes personas, cuando éstas utilicen un nombre de pila distinto, debiendo utilizar dicho nombre de pila en citaciones, registros, llamados y cualquier otra gestión, tanto en ámbito público como privado.

⁵¹ ARGENTINA, Congreso de la Nación Argentina. (2012) Ley N° 26.743. Identidad de Género. 9 de mayo del 2012. Artículo 11.

Consideración de niños, niñas y adolescentes en la Ley N° 26.743 de Identidad de Género de la Argentina.

Esta ley, como bien señalamos anteriormente, tiene un carácter bastante integral respecto de lo que se refiere a la identidad de género. No sólo estableciendo derechos para las personas, sino que también deberes para la sociedad y considerando los diversos aspectos en los que se manifiesta la identidad de género.

De este modo, también consideran a niños, niñas y adolescentes cuyo sexo de nacimiento no se corresponde con el género con el que se puedan sentir identificados. Así las cosas, el artículo 5° de esta ley, hace mención a la situación en la que se encuentran NNA y establece que la solicitud de tramitación de rectificación de partida de nacimiento para el cambio de sexo registral, deberá ser efectuada por sus representantes legales y con previa y expresa conformidad de la o el menor de edad, de acuerdo a la autonomía progresiva y el interés superior del niño. También señala que el niño, niña o adolescente deberá contar con un abogado del niño, figura con la que cuentan en el artículo 27 letra C de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, estableciendo la necesidad de la asistencia de un abogado para poder asegurar las garantías mínimas del procedimiento. Por último, y en caso de no poder contar con la autorización de alguno de los representantes legales, o ambos, por vía sumarísima se recurrirá al juez para que resuelva.

En el caso del derecho al libre desarrollo personal, y de requerir niños, niñas y adolescentes tratamientos hormonales, será necesario el representante legal para obtener el consentimiento informado, también para *“la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés*

superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.”⁵²

Por último, el deber de trato digno también considera de manera expresa, a niños, niñas y adolescentes a ser llamados por el nombre de pila que los identifique.

En estos diez años de vigencia de la Ley N° 36.743 más de doce mil personas han modificado su DNI por la ley de Identidad de Género en la nación de Argentina.

Regulación del Derecho a la Identidad de Género en Uruguay.

El caso de Uruguay es uno que presenta sus propias particularidades y avances. La regulación aplicable a personas trans en la actualidad corresponde a la Ley N° 19.684 publicada el 7 de noviembre del año 2018, aprobada por el Congreso uruguayo con 62 votos a favor de los 88 votos totales. Sin embargo, dicho país ya contaba con una ley, insuficiente como veremos a continuación, que regulaba el Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios, a saber, la Ley N° 18.620 publicada el 17 de noviembre del 2009.

Ley N° 18.620 sobre Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios en Uruguay.

La ley N° 18.620, al igual que en el caso de Argentina, reconoce explícitamente el derecho a la identidad de género de forma completamente autónoma e independiente de

⁵² ARGENTINA, Congreso de la Nación Argentina. (2012) Ley N° 26.743. Identidad de Género. 9 de mayo del 2012. Artículo 11 inc.2°.

cualquier otro derecho, así es como en su artículo 1° señala que *“Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad (...).*

*Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros.”*⁵³

Esta ley, a diferencia del caso vecino, sí establece un poco más de requisitos para poder optar al cambio de nombre y sexo registral, toda vez que en su artículo tercero indica que la persona solicitante debe acreditar copulativamente: (1) que su nombre y/o sexo no coincide con la propia identidad de género y (2) que esa discordancia ha persistido durante al menos 2 años de acuerdo a lo que establece la ley.

De todas formas, no exige cirugía de reasignación de sexo para poder optar al cambio de nombre y sexo registral, y en el caso de que la persona se hubiese sometido a dicho procedimiento el segundo requisito previamente señalado no será aplicable a su caso.

Lo que sí pareciera ser de alguna forma engorroso es la sobreabundante documentación y prueba que debe aportar el, la o le solicitante para que se pueda acceder a la solicitud, toda vez que el artículo 4° de la ley analizada establece en sus incisos tercero y cuarto que la solicitud *“deberá estar acompañada de un informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad que se constituirá a estos efectos en la Dirección General del Registro de Estado Civil. Sin perjuicio de los demás*

⁵³ URGUAY, Ministerio de Educación y Cultura. (2009) Ley N°18.620, Díctanse normas referidas al derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo registral. 17 de noviembre del 2009. Artículo 1°.

medios de prueba que pudiera aportar el interesado, se tendrá especialmente en cuenta el testimonio de las personas que conocen la forma de vida cotidiana del solicitante y la de los profesionales que lo han atendido desde el punto de vista social, mental y físico.”⁵⁴

Además, esta ley no contempla el caso de niños, niñas y adolescentes ni tampoco se hace cargo de todas las otras problemáticas que afectan a la comunidad trans, es más bien un texto legal que simplemente indica cómo se puede realizar el cambio de nombre y sexo registral en tanto trámite, salvo por el artículo primero donde reconoce el derecho a la identidad de género.

De esta forma, esta normativa fue perdiendo vigencia y resultando ser completamente insuficiente para la comunidad trans, es por esto, que el año 2018 se publica la Ley Integral para Personas Trans o Ley N° 19.684, derogando la ley 18.620.

Ley N° 19.684 Integral para Personas Trans en Uruguay.

La ley Integral para las Personas Trans se promulga en razón de la desprotegida situación en la que se encontraban las miles de personas trans en la nación uruguaya.

El artículo primero de dicho texto legal no difiere o varía mucho del homónimo en su ley antecesora. De esta forma reafirma la existencia del derecho a la identidad género y señala que esto abarca más o menos lo mismo que indicaba el inciso segundo de la Ley N° 18.640.

Sin embargo, un avance notorio e innovador respecto de lo que había contemplado anteriormente, viene en el segundo artículo de esta ley, toda vez que señala “(Declaración de interés general).- Declárase de interés general el diseño, promoción e implementación de

⁵⁴ *Ibíd.* Artículo 4°

políticas públicas y de acciones afirmativas en los ámbitos público y privado, dirigidas a las personas trans que residen en el territorio de la República reconociéndose que han sido históricamente víctimas de discriminación y estigmatización por su condición de tales.”⁵⁵

Esta ley reconoce la discriminación y estigmatización que ha vivido la comunidad trans a lo largo de toda la historia y establece un deber para el Estado y las personas para poder avanzar en materias de inclusión e incorporación de la comunidad trans.

Otro aspecto a destacar es que establece el derecho a una vida libre de discriminación y estigmatización, a través de distintas medidas y políticas integrales enfocadas en la prevención, atención, protección, promoción y reparación.

Incorpora un artículo relacionado con la visibilidad de la comunidad trans, a mayor abundamiento, *“Incorpórese la variable "identidad de género" en todos los sistemas oficiales de información estadística, incluidos los censos, las encuestas continuas de hogares, los informes de la Oficina Nacional del Servicio Civil y todas las mediciones públicas que releven la variable "sexo".*”⁵⁶

Por otro lado, un aspecto que es completamente innovador, y da cuenta de una genuina intención de remediar o reparar la discriminación sufrida y la histórica negligencia que ha presentado el Estado respecto de la comunidad trans y sus necesidades, es el hecho de que establece un verdadero régimen reparatorio *“Establécese un régimen reparatorio para las personas trans nacidas con anterioridad al 31 de diciembre de 1975, que acrediten en forma fehaciente que por causas relacionadas a su identidad de género, fueron víctimas de*

⁵⁵ URUGUAY, Poder Legislativo. (2018) Ley N° 19.684, Aprobación de la Ley Integral para Personas Trans. 26 de octubre del 2018. Artículo 2.

⁵⁶Ibíd. Artículo 5.

violencia institucional o privadas de su libertad, habiendo sufrido daño moral o físico, así como impedidas del ejercicio pleno de los derechos de la libre circulación, acceso al trabajo y estudio, debido a prácticas discriminatorias cometidas por parte de agentes del Estado o de quienes sin serlo hubiesen contado con la autorización, apoyo o aquiescencia de los mismos.”⁵⁷

Esto es algo que no se había visto en cuerpos normativos de otros países latinoamericanos respecto de la comunidad trans como víctima de alguna de las dictaduras del siglo XX.

Otro factor relevante que le otorga a esta ley el carácter de integral es que contempla mecanismos efectivos de inclusión de las personas trans, a mayor abundamiento, señala que múltiples instituciones públicas *“deben destinar el uno por ciento de los puestos de trabajo a ser llenados en el año, con personas trans que cumplan con los requisitos normativos para acceder a los mismos.”*; por su parte el artículo 13 señala que *“el Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional la determinación de un cupo no inferior al 1% (uno por ciento) destinado a las personas trans, en los diversos programas de capacitación y calificación que implemente.”⁵⁸*; los artículos 15, 16 y 17 contemplan diversos aspectos relativos al acceso a la educación, estableciendo deberes y responsabilidades para las instituciones educativas, uno de los más importantes corresponde al financiamiento de ésta para personas trans, debiendo las instituciones y organismos vinculados a la entrega de becas y financiamiento prever cupos del 2% para personas trans.

⁵⁷Ibíd. Artículo 10.

⁵⁸Ibíd. Artículo 12.

Los artículos 18 y 19 prohíben toda forma de discriminación hacia personas trans en el goce de sus derechos culturales y en el ámbito de la salud. Mientras que por su parte el artículo 22 prohíbe toda forma de discriminación que impida el pleno goce de sus derechos a soluciones habitacionales.

Consideración de niños, niñas y adolescentes en Ley N° 19.684 Integral para Personas Trans en Uruguay.

Evidentemente todo el cuerpo legal es aplicable a niños, niñas y adolescentes en la medida en que se vean afectados en el ejercicio de derechos previamente señalados. No obstante, existen aspectos en que sí se les considera de manera expresa y en perfecta concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, toda vez que establece en el inciso final de su artículo 6° respecto del cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios que *“Para el caso de menores de edad que no obtengan la anuencia de sus representantes legales o sea imposible obtenerla de quien debe prestarla, podrán recurrir a los mecanismos previstos en los artículos 110 del Código Civil y 404 del Código General del Proceso, concordantes y complementarias, debiéndose tener en cuenta el interés superior del menor, siendo de aplicación lo establecido en la Convención Sobre los Derechos del Niño y en los artículos 8° y 11 bis de la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004 (Código de la Niñez y la Adolescencia).”*⁵⁹

En otras palabras, los menores de edad podrán optar a obtener autorización judicial en el caso de negativa de sus padres o de quienes estuvieren a su cuidado.

⁵⁹Ibíd. Artículo 6..

Por su parte, el artículo 21 que establece el derecho a la atención integral señala que *“Toda persona trans tiene derecho a una atención integral para adecuar su cuerpo a su identidad de género (...), incluidos los tratamientos médico-quirúrgicos”*⁶⁰. Sin embargo, respecto de menores de edad el presente precepto vincula este derecho a la atención integral con los artículos 8° y 11° BIS del Código de la Niñez y Adolescencia, que indican lo siguiente:

*“Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. **En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.** Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones. (...).”*⁶¹ (Énfasis agregado)

*“Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a la información y acceso a los servicios de salud, **inclusive los referidos a la salud sexual y reproductiva**, debiendo los profesionales actuantes respetar la confidencialidad de la consulta y ofrecerle las mejores formas de atención y tratamiento cuando corresponda. De acuerdo a la edad del niño, niña o adolescente se propenderá a que las decisiones sobre métodos de prevención de la salud sexual u otros tratamientos médicos que pudieran corresponder se adopten en concurrencia*

⁶⁰Ibíd. Artículo 21.

⁶¹ URUGUAY, Poder Legislativo. (2004) Ley N° 17.823 Código de la Niñez y la Adolescencia. 7 de septiembre del 2004. Artículo 8 y 11 BIS.

*con sus padres u otros referentes adultos de su confianza, **debiendo respetarse en todo caso la autonomía progresiva de los adolescentes.** En caso de existir riesgo grave para la salud del niño, niña o adolescente y no pudiera llegarse a un acuerdo con éste o con sus padres o responsables del mismo en cuanto al tratamiento a seguir, el profesional podrá solicitar el aval del Juez competente en materia de derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes, quien a tales efectos deberá recabar la opinión del niño, niña o adolescente, siempre que sea posible.”⁶²(Énfasis agregado)*

Finalmente, el inciso final del artículo 21 señala que para que los menores de 18 años puedan acceder a intervenciones quirúrgicas a fin de hacer coincidir su sexo biológico con su identidad de género, y cuando éstas tengan el carácter de irreversibles, se deberá contar con autorización de los representantes legales.

De esta forma es posible apreciar que esta ley contempla el derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes incluyendo diversos aspectos de su desarrollo personal, como lo es el aspecto educativo o la salud. Es importante recalcar que esta legislación le permite a niños, niñas y adolescentes optar a tratamientos hormonales y procedimientos quirúrgicos con la autorización de sus padres o quienes estén a su cuidado, y en los casos en que hayan desavenencias respecto a materias de salud, en virtud del principio de la autonomía progresiva y el interés superior del niño, en perfecta concordancia con la normativa internacional respecto a la infancia, éste tiene el derecho a ser oído por juez competente.

⁶² URUGUAY, Poder Legislativo. (2004) Ley N° 17.823 Código de la Niñez y la Adolescencia. 7 de septiembre del 2004.

Regulación del Derecho a la Identidad de Género en Bolivia:

El caso de Bolivia y la aprobación de la Ley 807 el año 2016, no es particularmente innovador, ni tampoco se podría decir que corresponde a un proyecto completo e integral. No obstante, al igual que los casos anteriores, aunque de una manera más incompleta, se reconoce de manera expresa el derecho a la identidad de género. El artículo 1° señala “*La presente Ley tiene por objeto establecer el procedimiento para el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen de personas transexuales y transgénero en toda documentación pública y privada vinculada a su identidad, permitiéndoles **ejercer de forma plena el derecho a la identidad de género***”⁶³(énfasis agregado), mientras que por su parte en el acápite final del artículo 2° indica que cualquier persona tiene el derecho a que se le reconozca conforme a su identidad de género.

Decimos que esta consagración del derecho a la identidad de género es incompleta, o de otra forma insuficiente, puesto que no señala qué es el derecho a la identidad de género, qué es lo que comprende, no tampoco hasta dónde abarca. Como mucho podemos decir en base al artículo 1° que el derecho a la identidad de género comprende que las personas sean reconocidas por el nombre y género con el cual se identifican, sin ahondar ni desarrollar más en la materia.

Otro factor importante, que nos deja entrever que esta ley es incompleta, es el hecho de que como indica su artículo cuarto, el ámbito de aplicación sólo se concentra en el territorio nacional boliviano para personas bolivianas transexuales y transgénero, solteras,

⁶³ BOLIVIA, Asamblea Legislativa Plurinacional. (2016) Ley N° 807, Ley de Identidad de Género. 21 de mayo del 2016. Artículo 1°.

divorciadas o viudas, mayores de dieciocho (18) años de edad. De esta forma, el derecho a la identidad de género no sería extensivo en ningún caso a niños, niñas y adolescentes, debiendo estos esperar a cumplir la mayoría de edad para solicitar ser reconocidos de acuerdo a cómo se identifican.

Lo que hace este cuerpo normativo, básicamente, es establecer el procedimiento por medio del cual las personas mayores de edad, que sean bolivianas y de determinados estados civiles, pueden cambiar su nombre y su sexo en sus documentos identificatorios. Reconoce el derecho, sólo para determinadas personas, y sin dar luces de su alcance.

Lo que sí es un punto interesante, es que en su sexto artículo señala los principios que van a regir la ley, entre ellos la igualdad, la equidad, la protección, buena fe, celeridad, respeto a la diversidad, confidencialidad y trato digno. En este punto podemos decir que, pese a no establecerse deberes para la sociedad o los organismos estatales, de alguna manera, se incorpora la protección a las personas transgénero de cualquier forma de discriminación y el respeto a la diversidad en las formas de convivir e interactuar.

Algo un poco sorprendente, es que no cuenta con ningún artículo que contemple el derecho a la atención integral o que se refiera a la salud, de manera tal que sólo se refiere y permite el cambio formal de nombre y sexo, pero no contempla el acceso a tratamientos o procedimientos quirúrgicos.

En esa misma línea, también obliga al solicitante a aportar antecedentes que hagan las veces de “prueba” respecto a la veracidad de su intención de cambiar su sexo registral y nombre. En primer lugar, exige un examen técnico psicológico que acredite que la persona conoce y asume voluntariamente las implicaciones de su decisión, que debe ser acompañado

al proceso, y en segundo lugar, una fotografía actualizada de la imagen que corresponda a la nueva identidad.

Lo más cercano a una mención expresa de protección a personas pertenecientes a la comunidad trans la encontramos en el artículo 12 que señala *“Quien insulte, denigre o humille a personas transexuales o transgénero, manifestando odio, exclusión o restricción, será sancionada de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 045 de 8 de octubre de 2010, Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación, sin perjuicio de las acciones penales que correspondan”*⁶⁴

De esta forma podemos ver que ni siquiera se crea un comité especializado o que se dedique a materias de género, sino que, por el contrario, las sanciones serán impartidas por un órgano que tiene el carácter de general respecto de las formas de discriminación.

En conclusión, respecto de la legislación boliviana relativa al derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes, no podemos decir que es insuficiente, sino que es del todo inexistente pues se encuentran expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 807; y además, respecto de las personas trans mayores de 18 años, es del todo insuficiente y precaria, lo único que permite es un cambio de nombre y sexo registral. No contempla deberes ni obligaciones para la sociedad o el estado, no se hace cargo de los problemas que tiene que vivir la comunidad trans respecto del acceso a la salud, la falta de empleo formal, la constante discriminación.

⁶⁴ BOLIVIA, Asamblea Legislativa Plurinacional. (2016) Ley N° 807, Ley de Identidad de Género. 21 de mayo del 2016. Artículo 12.

No existe una voluntad real de querer proporcionar un marco normativo que permita un desarrollo integral y verdadera inclusión de la comunidad trans.

Capítulo 5: Ley 21.120, el Derecho a la Identidad de Género de Chile

Historia de la Ley:

Primer Trámite Constitucional de la Ley 21.120: El Senado.

El proyecto de Ley materia de estudio inició por moción parlamentaria, Boletín N°8924-07, presentada el 7 de mayo de 2013, presentada por los siguientes senadores de aquella época: Lily Pérez San Martín, Camilo Escalona Medina, Juan Pablo Letelier Morel, Ximena Cecilia Rincón González y Ricardo Lagos Weber.

Originalmente el proyecto de ley contaba con once artículos y una disposición transitoria. A continuación, se caracteriza lo dispuesto en cada articulado:

Artículo 1°: Derecho a la identidad de género.

El inciso primero dispone que toda persona tiene derecho: *“a) al reconocimiento y protección de su Identidad de Género, b) al libre desarrollo de su persona, conforme a su Identidad de Género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible. Y c) a ser tratada en conformidad con su Identidad de Género y, en particular, a ser reconocida e identificada de ese modo en los instrumentos públicos que acreditan su identidad respecto del nombre y sexo. Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuran en los registros oficiales deben ser coincidentes con dicha identidad.”*

El inciso segundo por su parte dispone que *“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.”

Artículo 2º: Definición de identidad de género.

La norma define la identidad de género al siguiente tenor: *“Para los efectos de esta ley 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.”*

Artículo 3º: Del ejercicio del derecho

Para el ejercicio del derecho referido, el artículo dispone 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 4º: De los requisitos para el ejercicio del derecho

El inciso primero del artículo dispone que *“Toda persona podrá solicitar por escrito la rectificación de su partida de nacimiento, el cambio de sexo, nombre y de las imágenes, fotografías, soportes digitales, informáticos o de cualquier otro instrumento con los que esté registrada, en virtud de la presente ley, cuando el sexo y nombre registrado no coincidan con su identidad de género.”*

Por su parte, el inciso segundo del referido artículo dispone que *“Será suficiente para fundar la solicitud con el ofrecimiento de información sumaria, en conformidad con lo*

dispuesto en el inciso 4° del artículo 6° de la presente ley, sin perjuicio de todo antecedente documental que se quiera acompañar por el o la solicitante”

Por último, su inciso tercero dispone que *“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.”*

Artículo 5°: Tribunal competente

El artículo en cuestión entrega a la jurisdicción el conocimiento de la presente petición. Para estos efectos, el artículo 5° señala que *“Será competente para conocer de la gestión a que se refiere la presente ley el Juez de Familia del domicilio del peticionario, y el procedimiento se sujetará a lo que dispone la presente ley.”*

Artículo 6°: De la tramitación

Atendida a la extensión de este artículo, se caracteriza de forma somera el procedimiento establecido:

Recibida la solicitud, el Juez ordenará que se publique, por una sola vez, un extracto en el Diario Oficial de los días 1° o 15, o al día hábil siguiente si este no se publicara en las citadas fechas. Dicho extracto será redactado por el Tribunal y deberá contener la individualización del o la solicitante, la indicación de que se solicita la rectificación de la8 partida de nacimiento en cuanto a cambiar de sexo y nombre, la fecha en que dicha solicitud se ha efectuado, y la indicación expresa de que dicha diligencia se realiza de conformidad con las disposiciones de la presente ley.

Dentro del plazo de quince días corridos contados desde la publicación del aviso, cualquiera podrá oponerse a la solicitud.

La oposición deberá formularse por escrito ante el mismo Tribunal y fundarse en una de las dos causales siguientes: a) Existencia de un perjuicio directo o indirecto de carácter moral o patrimonial que afecte al opositor a consecuencia del cambio de sexo y género del o la solicitante, o b) Existencia de una causa criminal pendiente entre el opositor y el o la solicitante.

Artículo 7°: De la sentencia

El inciso primero dispone que recibida la prueba ofrecida y cumplidas que sean las diligencias de oficio decretadas por el Tribunal, el juez decretará, mediante resolución fundada, si acoge o no la solicitud, en el plazo de sesenta días.

De acogerse la solicitud, indica el inciso segundo, el tribunal ordenará que se rectifique la partida de nacimiento del peticionario, procediendo al cambio su sexo y su nombre, oficiando al Director del Registro Civil e Identificación a fin de que realice las rectificaciones; que proceda a emitir un nuevo registro de identidad para el peticionario y que informe en el plazo de veinte días hábiles desde la rectificación en la partida de nacimiento, del cambio de sexo y nombre al Servicio Electoral para la corrección del padrón electoral; al Servicio de Impuestos Internos; a Tesorería General de la República; a Policía de Investigaciones y a Carabineros de Chile.

Una vez rectificada la partida de nacimiento, y el sexo y nombre, el inciso cuarto de la norma dispone que el peticionario deberá concurrir en forma personal a las oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación, con copia autorizada de la sentencia, para que

este Servicio emita nuevos documentos de identidad, con una nueva fotografía, los que reemplazarán para todos los efectos legales a los documentos de identidad anteriores, que no podrán ser usados o exhibidos bajo ninguna circunstancia y en ninguna repartición pública o privada, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11.

El inciso cuarto por último dispone que la rectificación de la partida de nacimiento tratada en esta ley no altera el rol único nacional del peticionario.

Artículo 8°: De los efectos de la rectificación prevista en esta ley

El inciso primero dispone que *“Los efectos jurídicos de la rectificación del nombre y sexo, realizados en virtud de la presente Ley, serán oponibles a terceros desde el momento en que extienda la nueva inscripción en conformidad al artículo 104° del D.F.L. N° 2.128, de 10 de agosto de 1930.”*

El inciso segundo dispone que *“La nueva inscripción en la partida de nacimiento no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio en las partidas de nacimiento.”*

El inciso tercero dispone que *“Tampoco afectará las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables.”*

El inciso cuarto dispone que *“El uso malicioso de los primitivos nombres y la utilización fraudulenta del nuevo nombre para eximirse del cumplimiento de obligaciones contraídas con anterioridad al cambio de ellos, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo.”*

Artículo 9°: De la obligación de atención

Con un solo inciso, el artículo dispone que *“Ninguna persona o institución pública o privada podrá negarse a atender, o dar un trato irrespetuoso o contrario a la dignidad humana a personas en razón de su identidad de género, ni obstaculizar o impedir el ejercicio de los derechos establecidos en esta ley.”*

Artículo 10°: Confidencialidad

Dispone el artículo que *“Sólo tendrán acceso al acta de nacimiento y a las imágenes, fotografías, soportes digitales, informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figurarán originalmente en los registros oficiales, quienes cuenten con autorización expresa del o la titular, o con orden judicial fundada, sin perjuicio de lo establecido en la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, en los casos en que esta sea aplicable.”*

Artículo 11°: Derecho al libre desarrollo personal

El primer inciso dispone que *“Todas las personas, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa y sin perjuicio de lo que establece esta ley sobre el derecho a solicitar la rectificación de su partida de nacimiento y el cambio de sexo y nombre cuando no coincidan con su Identidad de Género, podrán, si lo estiman necesario, acceder a intervenciones quirúrgicas o a los tratamientos integrales hormonales que deseen para adecuar su cuerpo a su Identidad de Género, bastando para ello que la persona preste su consentimiento informado, de conformidad a lo establecido en la Ley N° 20.584.”*

Por su parte, el segundo inciso dispone que *“En todo caso, deberá velarse por el respeto de los derechos establecidos en la Ley N° 20.584, sobre derechos y deberes de los pacientes.”*

Artículo único transitorio.

Como se señaló, la norma cuenta con solo un artículo transitorio que cuenta con dos incisos.

El primero de ellos dispone que *“Por el sólo ministerio de esta ley, todas las personas que hayan obtenido su cambio de nombre por razón de identidad de género, en conformidad a las disposiciones de las leyes 17.344 y 4.808, sin haber obtenido la rectificación de su sexo, podrán recurrir por una sola vez al tribunal competente para obtener la rectificación de su sexo.”*

El segundo inciso señala *“Se seguirá en este caso lo dispuesto en los artículos 5° y siguientes de esta ley para la determinación del tribunal competente, la tramitación y la dictación de la sentencia.”*

Tramitación en el Senado de la Ley 21.120 de Identidad de Género.

Se dio cuenta del proyecto el mismo día de su ingreso, el 7 de mayo de 2013, y pasó a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía. Asimismo, atendido a que el proyecto de Ley establece modificaciones en el ámbito jurisdiccional, al entregar el conocimiento de los Juzgados de Familia la petición de rectificación de partida de nacimiento y el cambio de sexo y nombre, y en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77 de la Constitución Política de la República, se ofició a la Corte Suprema a fin de oír su parecer respecto a dicha modificación en cuanto a las atribuciones de los referidos juzgados de primera instancia.

La Corte Suprema por oficio de fecha 18 de junio de 2013 remitió su opinión respecto al proyecto de Ley puesto en su conocimiento. Al respecto, el máximo tribunal del país fue de

estimar que era inconveniente entregar la competencia para conocer de esta clase de asuntos al Juzgado de Familia del domicilio del peticionario, esgrimiendo las siguientes razones:

- i. *“Que el cambio de nombre está regulado en la Ley N° 17.344 y su procedimiento se encuentra radicado en la justicia civil.*
- ii. *Que la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación consagra expresamente que el conocimiento de las acciones que en virtud de esa ley se ejerzan recae en la justicia civil.*
- iii. *Que en el artículo 8° de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, que establece las materias de su competencia, no existe número alguno que permita incluir el procedimiento de rectificación que contempla el proyecto en estudio.*
- iv. *Que no se justifica disponer que una justicia especializada como es la de Familia conozca de las acciones que contempla este proyecto, que buscan reconocer una identidad de género pero que no se vinculan con los fundamentos que inspiran el Derecho de Familia.”*⁶⁵

Por todo lo anterior, la Corte Suprema consideró más adecuado otorgar competencia al Juez Civil para conocer de la gestión que contempla este proyecto de ley.

Primer informe y discusión General ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado.

El 27 de agosto de 2013 el proyecto de ley se discutió en general en la comisión a la cual fue entregada en revisión. En la sesión celebrada al efecto, asistieron asesores de los

⁶⁵ OFICIO N°79-2013. Corte Suprema (2013) 18 de junio 2013.

ministerios Secretaría General de la Presidencia y de Justicia, así como representantes de organizaciones de la sociedad civil, entre estos, la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad OTD.

La Comisión recibió a la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad representada por la abogada especialista en Derechos Humanos de la Universidad de Concepción, señora Ximena Gauché quien hizo entrega de un documento de consideraciones normativas que fundamentan el proyecto, tanto desde el punto de vista del derecho nacional como de estándares internacionales, como antecedentes de causas estimadas emblemáticas en uno u otro sentido por la sociedad civil trans.

Puesto en votación la idea de legislar del proyecto de ley, fue aprobada por unanimidad de los miembros presentes con los votos de los Senadores señores José Antonio Gómez Urrutia, Jaime Orpis Bouchon y Juan Pablo Letelier Morel.

Discusión General ante el Senado.

En sesión ordinaria del Senado celebrada el día 21 de enero de 2014 se discutió en general el presente proyecto de ley.

De una lectura de las actas de discusión, es posible advertir que el proyecto de ley tenía en términos generales el apoyo para su aprobación por parte de los senadores –nadie discutía el aporte del mismo para la mejoría en la calidad de vida de personas transexuales- sin embargo de las intervenciones de algunos honorables ya se podía entrever a dónde apuntarían las indicaciones que se formularían al proyecto de ley: a disponer el cumplimiento de más requisitos para acceder al cambio de nombre y sexo registral, incorporando la

necesidad de pruebas de carácter biológicas o psicológicas para acreditar la identidad de género que internamente concibe el solicitante.

Como muestra de lo anterior, el senador Jaime Orpis Bouchon expresó en su intervención en la discusión lo siguiente: *“Creo sinceramente, señor Presidente, que debemos abordar el problema que viven los transexuales. Sin embargo, la solución no puede quedar supeditada solo al sentir íntimo y profundo de la persona y a cómo esta sea conocida en sus relaciones sociales, sino que debe complementarse con otro tipo de pruebas, especialmente de carácter médico, sea del ámbito psicológico, quirúrgico o farmacológico, decretadas por el propio tribunal. Aprobada la normativa en sus actuales términos, se pueden generar múltiples problemas: con los hijos, con el carácter confidencial, al momento de contraer matrimonio, con el estado civil, etcétera.”*⁶⁶

El proyecto fue aprobado en general por 29 votos favorables y 3 abstenciones de los senadores Juan Antonio Coloma Correa, José García Ruminot y Carlos Larraín Peña.

Presentación de Indicaciones, segundo informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado y aprobación particular por la sala del Senado

Originalmente en la sesión donde se aprobó en sala el proyecto de indicó como plazo para presentar indicaciones el 10 de marzo de 2014. Este plazo fue sucesivamente prorrogado hasta el 23 de septiembre de 2016. Luego de la discusión de rigor y la votación correspondiente respecto de las indicaciones, la comisión evacuó el 25 de octubre de 2016

⁶⁶ Disponible en:

https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDiscusion&nrobol=892407_P&idsesion=7007

su segundo informe formulando un proyecto de quince artículos permanentes y de dos disposiciones transitorias.

De este informe se dio cuenta el 26 de octubre de 2016. Luego, se acordó un nuevo plazo para la formulación de indicaciones hasta el 21 de noviembre de 2016, plazo que fue prorrogado hasta el 16 de enero de 2017. La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado evacuó un nuevo segundo informe comparado el 17 de enero de 2017, formulando un proyecto de trece artículos permanentes y de dos disposiciones transitorias. Dicho informe fue actualizado el 26 de mayo de 2017 formulando un proyecto de ley en los términos expresados precedentemente.

La discusión particular se llevó a cabo en sesiones celebradas entre el 31 de mayo de 2017 al 14 de junio de 2017. Finalmente, el proyecto fue aprobado en particular y se despachó el proyecto de ley a la cámara revisora, correspondiente a la Cámara de Diputados.

El proyecto aprobado por el Senado varió considerablemente al cómo fue presentado originalmente. La principal modificación pertinente de la cámara de origen fue en orden de establecer el procedimiento de cambio de sexo registral en sede administrativa, ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, para adultos sin vínculo matrimonial. Para aquellos adultos con vínculo matrimonial se estableció un procedimiento de orden contencioso en donde se debe notificar al cónyuge del solicitante, y se cita a ambos a una audiencia especial de terminación de matrimonio. Se establece que el cambio de sexo registral es una causal de término del matrimonio.

Con todo, el proyecto solo establece estos procedimientos para personas mayores de edad, negando el derecho a rectificar el sexo registral a los menores.

Segundo Trámite Constitucional de la Ley 21.120 de Identidad de Género: Cámara de Diputados.

Se dio cuenta del proyecto de ley el 20 de junio de 2017 y fue encomendada su revisión a la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios.

Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios.

El 15 de enero de 2018 la comisión mencionada evacuó el informe correspondiente. La comisión analizó en general y en particular el proyecto de ley. En general fue aprobado por la mayoría de los votos (8 votos favorables y 4 en contra) votando a favor los diputados Hugo Gutiérrez, Loreto Carvajal, Felipe Kast, Felipe Letelier, Roberto Poblete, René Saffirio, Raúl Saldívar y Sergio Ojeda, y en contra los diputados Jaime Bellolio, Juan Antonio Coloma, Diego Paulsen y Jorge Sabag.

En cuanto a la votación en particular, el proyecto contó también con el beneplácito de los parlamentarios de la comisión.

Discusión General y Particular en la Cámara de Diputados.

Entre el 18 y el 23 de enero de 2018 se discutió en general y en particular el proyecto, siendo aprobado en ambos sentidos empero con modificaciones al proyecto remitido por la cámara de origen.

La cámara revisora estuvo por introducir la posibilidad de acceder al cambio de sexo registral a los menores. Y solo se distinguen dos procedimientos: uno de carácter administrativo para adultos sin vínculo matrimonial y otro judicial ante los Juzgados de

Familia para los adultos con vínculo matrimonial al momento de solicitar la rectificación del sexo registral, así como para niños, niñas y adolescentes.

Tercer Trámite Constitucional de la Ley 21.120 de Identidad de Género: Senado.

El proyecto aprobado y modificado por la cámara revisora se dio cuenta el 24 de enero de 2018 y pasó a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía. Posteriormente el 6 de marzo de 2018 la Sala acordó eximir al proyecto del trámite de Comisión a fin que el Senado se pronunciara directamente sobre las enmiendas introducidas por la Cámara de Diputados. En la misma fecha y en discusión única el Senado acordó rechazar las enmiendas formuladas por la cámara revisora.

Comisión Mixta: Ley 21.120 de Identidad de Género.

El proyecto pasó el 14 de marzo de 2018 a comisión mixta para salvaguardar las diferencias entre ambas cámaras. Evacúo su informe la comisión mixta el 21 de agosto de 2018 y al día siguiente fue aprobado el informe, siendo aprobado en definitiva el presente proyecto de ley.

Si bien la comisión mixta propuso un proyecto refundido, lo cierto es que modificaciones más o menos, la comisión fue del parecer de insistir con las modificaciones introducidas por la cámara revisora.

Tribunal Constitucional y trámites posteriores en la tramitación la Ley 21.120 de Identidad de Género.

El control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley fue sorteado sin mayores inconvenientes, con sentencia favorable del Tribunal Constitucional pronunciada el 14 de noviembre de 2018.

Se remitió el oficio de ley al ejecutivo con fecha 20 de noviembre de 2018. El proyecto fue promulgado por el ejecutivo el 28 de noviembre de 2018 y publicado el 10 de diciembre del mismo año.

Contenido de la Ley 21.120 de Identidad de Género en Chile.

En el caso nacional, contamos con una ley que otorga protección a personas transgénero regulando la identidad de género, nos referimos a la Ley 21.120 que se publicó con fecha 10 de diciembre del año 2018 y que reconoce el Derecho a la Identidad de Género. Dicha ley fue modificada con posterioridad, el 28 de diciembre del año 2022 por la Ley 21.515.

Título Primero de la Ley N° 21.120 de Identidad de Género en Chile.

La referida ley tiene todo su primer Título, compuesto por 5 artículos, dedicado al “Derecho a la Identidad de Género”, éste inicia decretando la existencia del derecho a la identidad de género y la rectificación de sexo y nombre registral en su artículo primero. La redacción y contenido de aquel artículo es bastante interesante, toda vez que no sólo define lo que es la identidad de género, sino que además define el derecho a la identidad de género, entendiendo por éste *“la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos.”*⁶⁷(énfasis agregado)

⁶⁷ CHILE, Ministerio de Justicia. (2018) Ley N° 21.120. Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género. 10 de diciembre del 2018. Art. 1° inc. 1.

En este sentido, el derecho a la identidad de género se entiende como la facultad que tienen las personas para poder modificar el sexo y nombre que les fue asignado al nacer, de acuerdo a la percepción que tengan de sí mismas.

Como bien se señaló, la citada la ley también entrega una definición del concepto de identidad de género, siendo ésta *“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.”*⁶⁸

Al igual que en el caso de Argentina nuestra norma no obliga a las personas que opten por rectificar su nombre o sexo registral a someterse a tratamientos de ningún tipo para alterar su apariencia, siendo estos de carácter completamente voluntario. Aquello se indica en el inciso tercero del artículo primero, y se refuerza en el inciso segundo del artículo dos, estableciendo la normativa una prohibición al órgano administrativo de exigir dicho cambio de apariencia para cursar las solicitudes.

Por su parte, los artículos 3° y 4° establecen una serie de garantías derivadas de la identidad de género y asociadas al goce y ejercicio del derecho en estudio. La primera garantía, específica derivada de la identidad de género contenida en el artículo 3°, se hace exigible una vez realizada la rectificación y comprende el ser reconocido o identificado conforme a esta rectificación en cualquier instrumento público, privado o que figure en registros oficiales que señalen el nombre o sexo de la persona.

Por otro lado, las garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género contenida en el artículo 4°, señalan que toda persona tiene derecho a, en primer lugar,

⁶⁸Ibíd. Art. 1° inc. 2.

al *“reconocimiento y protección de la identidad y expresión de género. Se entenderá por expresión de género la manifestación externa del género de la persona, la cual puede incluir modos de hablar o vestir, modificaciones corporales, o formas de comportamiento e interacción social, entre otros aspectos.”*⁶⁹

Este reconocimiento tiene gran importancia, toda vez que establece un deber para la sociedad y no sólo un mandato para el Estado, pues se refiere a la protección de la manifestación del género, lo que se encuentra íntimamente ligado a crímenes de odio sufridos por personas de la comunidad trans quienes son víctimas de agresiones violentas producto de su identidad, siendo ésta posible de identificar por la forma de hablar, de vestir, el uso de maquillaje, entre otros, debiendo las personas en algunos casos reducir al mínimo la expresión de su género en orden a salvaguardar su integridad.

Posteriormente en el numeral siguiente, se reitera la garantía establecida en el artículo 3°. Y finalmente la letra c) del referido artículo 4° integra la libertad del desarrollo individual de las personas trans de acuerdo con su identidad permitiendo su mayor realización espiritual y material. En este mismo artículo se reitera la idea de que no es necesario someterse a tratamiento alguno para exigir el cumplimiento de dichas garantías, además de hacer mención a los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile.

Por último, el artículo final del Título Primero corresponde al artículo 5° que señala una serie de principios relativos al Derecho a la Identidad de Género, aspecto de suma importancia, pues nos entrega un norte y un marco para la interpretación de la misma ley.

⁶⁹ *Ibíd.* Art. 4° letra a).

En este artículo se señalan 6 principios relativos al derecho en estudio, en esta parte nos referiremos únicamente a los primeros 4, que son:

- (i) **Principio a la No Patologización:** entendiéndose que toda persona trans tiene derecho a no ser tratada como una persona enferma a causa de su identidad de género, como ocurría hasta hace no mucho tiempo.
- (ii) **Principio de la No Discriminación Arbitraria:** significando que las personas trans no sean afectadas o excluidas sin justificación razonable. En este acápite se hace una referencia al artículo 2° de la Ley 20.609, también conocida como “Ley Zamudio”, que nos brinda una definición de discriminación arbitraria, entendiéndose por ésta *“toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, **la identidad y expresión de género**, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.”*⁷⁰(énfasis agregado).

⁷⁰ *Ibíd.*, Art. 2°.

- (iii) **Principio de la Confidencialidad:** este principio se refiere ya al procedimiento de rectificación seguido ante el órgano competente para el resguardo de los antecedentes que sean considerados sensibles, haciendo una remisión a la Ley sobre Protección a la Vida Privada, que señala que serán datos sensibles *“características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.”*⁷¹
- (iv) **Principio de la Dignidad en el Trato:** este principio establece un mandato para el Estado, toda vez que señala el derecho que tiene toda persona a recibir un trato respetuoso y cortés por parte de órganos del Estado. Lo que se traduce en que las personas trans no podrán recibir malos tratos por parte de órganos y agentes estatales, siendo este mal trato una contravención expresa a la presente ley.

Siendo los principios (v) y (vi) principios relativos a niños, niñas y adolescentes, nos referiremos a éstos con posterioridad en el subcapítulo pertinente.

Título Segundo de la Ley N° 21.120 de Identidad de Género en Chile.

Este título consta de 3 artículos y se refiere al procedimiento de rectificación de sexo y nombre registral de manera general. En primer lugar, el artículo 6° establece los requisitos que debe contener la solicitud de rectificación, sin perjuicio de los requisitos específicos que se analizarán más adelante para determinados casos. Así las cosas, la solicitud siempre deberá

⁷¹ CHILE, Ministerio de Justicia. (1999) Ley N° 19.628. Sobre Protección a la Vida Privada. 28 de agosto de 1999. Art. 2°, letra g).

contener: (1) el nombre de pila con el que la persona interesa quiera identificarse, (2) la petición concreta de rectificar los documentos identificatorios ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. De igual forma, el mismo artículo en distinto inciso señala que no será obligación la modificación del nombre de pila para quienes manifiesten aquella intención, siempre y cuando dicho nombre no sea equívoco respecto del sexo con el que se pretende rectificar.

Por su parte, el artículo 7° contempla una opción de rectificación de nombre y sexo registral para extranjeros, mas sólo respecto de documentos chilenos, por razones evidentes, debiendo dichas personas inscribir su nacimiento en la Oficina de Santiago Registro Civil y acreditar su permanencia definitiva en Chile.

El último artículo del presente Título, es decir el artículo 8° reitera la idea del Principio de Confidencialidad mencionado dentro de los principios el artículo 5°, señalando que el procedimiento tendrá el carácter de reservado respecto de terceros, considerando la información contenida en él como datos sensibles haciendo la misma remisión a la Ley N° 19.628.

Título Tercero de la Ley N° 21. 120 de Identidad de Género en Chile.

El presente título se refiere al procedimiento administrativo de rectificación de la inscripción relativa al sexo y nombre solicitada por persona mayor de edad, iniciando con el artículo 9° que indica que toda persona mayor de edad podrá obtener la rectificación del sexo y nombre que aparezcan en su partida de nacimiento de manera tal que coincidan con su identidad de género hasta por dos veces en su vida.

El artículo décimo nos señala que el órgano competente para conocer de la solicitud será cualquier oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación, sin establecer algún tipo de competencia territorial relativo al domicilio del solicitante. Además, agrega un deber de información, debiendo el Oficial del Registro Civil informar a la persona solicitante de los efectos jurídicos de la aceptación de la solicitud.

Por último, el artículo 11 establece las reglas y trámites del procedimiento teniendo éste un carácter bastante simple, pues el solicitante debe acreditar su identidad (mediante cédula vigente o huellas dactilares), posteriormente y en el más breve plazo posible el Oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá citar a una audiencia al solicitante junto a dos testigos hábiles quienes declararán que el solicitante *“conoce todos los efectos jurídicos que implica el acogimiento de la solicitud de rectificación de su partida de nacimiento en lo relativo a su sexo y nombre”*⁷², de dicha audiencia se levanta acta.

Finalmente, el Director Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación cuenta con un plazo de 45 días contados desde la solicitud para dictar la orden al Servicio que podrá acoger, rechazar o declarar inadmisibile la solicitud. Sin embargo, un aspecto relevante a considerar es que la misma ley establece los únicos casos en los cuales se puede rechazar o declarar inadmisibile la solicitud, de esta forma, *“sólo procederá el rechazo de la solicitud por no haber acreditado el requirente su identidad o por no haberse verificado la declaración del solicitante y de los testigos hábiles en los términos indicados en el inciso segundo anterior”*⁷³; y respecto de la inadmisibilidat ésta sólo podrá decretarse cuando la

⁷² CHILE, Ministerio de Justicia. (2018) Ley N° 21.120. Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género. 10 de diciembre del 2018. Art. 11 inc. 2°.

⁷³ *Ibíd.* Art. 11 inc. 6°.

solicitud “*la formulare una persona que no hubiere alcanzado la mayoría de edad*”⁷⁴, en este último caso, se le debe informar al solicitante los procedimientos judiciales que contempla la ley.

Título Cuarto de la Ley N° 21.120 de Identidad de Género en Chile.

Por tratarse este título de niños, niñas y adolescentes, será analizado con posterioridad en la sección correspondiente.

Título Cuarto Bis de la Ley N° 21.120 de Identidad de Género en Chile.

El presente título fue modificado por la ley N° 21.515 y se refiere a la solicitud de disolución del vínculo matrimonial. En el artículo 18, que fue agregado por la citada ley, se establece el deber de informar de la rectificación por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación al cónyuge de la persona cuya partida fue rectificada.

Por su parte, el artículo 19 establece el procedimiento de la solicitud de disolución del vínculo matrimonial, que indica lo siguiente: “*El o la cónyuge de la persona que ha obtenido la rectificación de la presente ley, podrá concurrir al tribunal con competencia en materias de familia correspondiente al domicilio de cualquiera de los cónyuges, a fin de solicitar que ordene la disolución del vínculo matrimonial. La solicitud se podrá formular dentro del plazo de seis meses contado desde la notificación o información señalada en el artículo anterior*”⁷⁵

⁷⁴ *Ibíd.* Art. 11 inc. 7°.

⁷⁵ *Ibíd.* Art. 19 inc. 1°.

Dicho procedimiento contempla, una vez realizada la solicitud, una audiencia preparatoria de juicio, además los cónyuges cuentan con la posibilidad de demandar compensación económica en caso de considerarlo procedente.

El juez, con el sólo mérito de la solicitud, procederá a declarar disuelto el matrimonio en virtud del numeral 5° del artículo 42 de la Ley de Matrimonio Civil. Dicho numeral, fue agregado producto de la presente Ley N° 21.120, a mayor abundamiento, se contempló en el Título VII referente a la Adecuación de Diversos Cuerpos Legales, en donde se ordenó - dentro de otras adecuaciones- agregar el numeral 5° al artículo 42 cuyo tenor es el siguiente “5° *Por voluntad del cónyuge de la persona que ha obtenido la rectificación de la ley N° 21.120, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de dicho cuerpo legal.*”⁷⁶ De esta manera, los cónyuges se entenderán divorciados para todos los efectos legales.

Título Quinto de la Ley N° 21.120 de Identidad de Género en Chile.

El presente título consta de tres artículos que hacen alusión a la rectificación misma de la partida, a la emisión de nuevos documentos y a los efectos de la rectificación.

Principia con el artículo 20 que señala que una vez acogida la solicitud o recibida la sentencia judicial firme, de ser ese el caso, el Registro Civil practicará las modificaciones y subinscripciones pertinentes y una vez realizado aquello, emitirá los nuevos documentos. Para la emisión de los nuevos documentos se citará a la persona y una vez emitidos, los originales quedarán completamente fuera de uso.

⁷⁶ CHILE, Ministerio de Justicia. (2004) Ley N° 19.947. Establece nueva ley de matrimonio Civil. 17 de mayo de 2004. Art 42 N° 5.

También se establece, en el mismo artículo, el deber por parte del Registro Civil de informar a distintas entidades públicas como el SERVEL, el SII, Carabineros de Chile, entre múltiples otras, de la rectificación realizada.

Por su parte, el artículo 21 establece que *“Una vez efectuadas las modificaciones y subinscripciones a las que se refiere el artículo anterior, la persona interesada deberá ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género.”*⁷⁷ Incluso, se indica en el segundo inciso que dicho cambio se deberá consignar en la partida de nacimiento del hijo o hija del padre o madre que haya realizado la rectificación.

Por último, el artículo 22 se refiere a los efectos jurídicos de la rectificación de partida respecto de terceros, señalando que será oponible a estos desde el momento en que se extienda la inscripción rectificada. Sin embargo, establece una reserva bastante relevante pues indica que *“La rectificación en la partida de nacimiento no afectará la titularidad de los derechos y obligaciones patrimoniales que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio, ni afectará las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables.*

*Asimismo, tampoco afectará las garantías, derechos y las prestaciones de salud que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio”.*⁷⁸

⁷⁷ CHILE, Ministerio de Justicia. (2018) Ley N° 21.120. Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género. 10 de diciembre del 2018. Art. 21 inc. 1°.

⁷⁸ *Ibíd.* Art. 22 inc. 2° y 3°

Títulos Sexto y Séptimo de la Ley N° 21.120 de Identidad de Género en Chile.

Los títulos finales de esta ley hacen referencia a “Otras Disposiciones” y a la “Adecuación de Diversos Cuerpos Legales” respectivamente. El primero de ellos crea un programa de acompañamiento que se estudiará en el subcapítulo pertinente; además establece una sanción para el uso maligno de los antiguos o nuevos documentos; nuevamente reitera la prohibición de discriminación arbitraria; y por último señala lo relativo al programa de acompañamiento primeramente indicado que será materia de reglamento, también lo relativo al procedimiento del Título III que será materia de reglamento

Finalmente, el último capítulo VII señala todas las modificaciones que debieron hacerse a los diversos cuerpos legales para la entrada en vigencia de la ley en estudio.

Contenido de la Ley 21.120 de Identidad de Género relativo a niños, niñas y adolescentes.

Como pudimos adelantar en los párrafos precedentes, la presenta ley sí contempla un apartado completo relativo al procedimiento de rectificación de partida de niños, niñas y adolescentes, además de incluir principios que son relativos a las infancias. De esta forma, como señalamos con anterioridad en el párrafo de estudio del Título I artículo 5° existen dos principios estrictamente ligados a las infancias que inspiran la precitada ley, a saber:

- (v) **Principio del Interés Superior del Niño:** Dicho principio ya fue analizado en el presente trabajo a la luz de lo indicado en los pertinentes tratados internacionales, sin embargo, nos parece prudente señalar que la misma ley hace una remisión expresa en este numeral al artículo 3° de la Convención de Derechos del Niño.

(vi) **Principio de la Autonomía Progresiva:** Este principio también ha sido analizado en la primera parte del presente trabajo, no obstante, en este punto la ley no hace remisión expresa a cuerpos legales internacionales sino que le otorga contenido al concepto de autonomía progresiva señalando que *“todo niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez.”*⁷⁹ Asimismo, crea el deber para quien tenga el cuidado personal del niño, niña o adolescente de entregarle la debida orientación en los derechos que contempla la ley en estudio.

Como bien señalamos, además de estos principios, todo el Título Cuarto de la Ley N° 21.120 se trata de la rectificación de partida de personas menores de edad.

Dicho Título principia con el artículo 12 que se refiere a la rectificación de partida de nacimiento de personas mayores de 14 años y menores de 18 años, quienes podrán solicitar la rectificación del sexo y el nombre con que aparezcan identificados en sus partidas de nacimiento de manera de hacerla coincidir con su género. Además, en caso de requerirlo, una vez alcanzada la mayoría de edad podrán solicitar una nueva rectificación. También se establece el mismo deber de reconocer y respetar el nuevo sexo y nombre del mayor de catorce y menor de dieciocho años en los documentos oficiales y los distintos instrumentos.

Respecto a aquel deber no se establecen en la ley los mecanismos de resguardo que se deben adoptar por parte de las diversas instituciones, pero sí resulta novedoso (aunque insuficiente), que es en virtud de esta ley que se dicta la Circular N° 812 de la Superintendencia de Educación que Garantiza el Derecho a la identidad de género de niños,

⁷⁹ CHILE, Ministerio de Justicia. (2018) Ley N° 21.120. Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género. 10 de diciembre del 2018. Artículo 5.

niñas y estudiantes en el ámbito educacional, el cual reconoce, entre otros, el derecho al reconocimiento y protección de la identidad y expresión de género.⁸⁰

El artículo 13 indica que el órgano competente para conocer de dicha solicitud, a diferencia del caso de personas mayores de edad, no será el Servicio de Registro Civil e Identificación, sino que será el Tribunal de Familia correspondiente al domicilio del solicitante. En el siguiente artículo 14 se indica que la legitimación activa para presentar la solicitud corresponderá a alguno de los representantes legales del menor (en caso de tener más de uno) a elección de éste o a ambos. Este punto resulta bastante controversial, toda vez que es el representante legal quien debe comparecer y no el menor, pese a ser un adolescente con más de 14 años.

Resulta más que entendible que un menor tenga limitaciones a su actuar sin embargo, también es necesario comprender que la identidad de género es un elemento que forma parte de la dimensión más personal de los seres humanos, en ese sentido *“es posible que la niña, niño o adolescente tenga limitada su capacidad de ejercicio en la toma de ciertas decisiones –en particular en el ámbito patrimonial–, pero desde luego, y siempre, por supuesto, atendiendo a su edad y estado de madurez, ostenta capacidad y autonomía para definir su propia identidad. Nadie más que la persona menor de edad sabe lo que siente, cómo se siente, quién es y cuál es su verdadero “yo”. Nadie, ni progenitores, ni familia, ni profesionales, ni instituciones se pueden otorgar el derecho de reprimir, corregir, castigar o modificar su*

⁸⁰ CHILE, Superintendencia de Educación. (2021) Circular N° 812 (Resolución exenta) que Garantiza el Derecho a la identidad de género de niños, niñas y estudiantes en el ámbito educacional. 21 de diciembre del 2021.

identidad, pues ello supone atentar directamente contra el desarrollo integral de su personalidad”.⁸¹

En cuanto a la solicitud, el artículo 15 indica que ésta debe ser *“fundada, exponiendo con claridad y precisión los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se apoya, con indicación precisa de las peticiones concretas que se someten al pronunciamiento del tribunal. Además, deberá señalar las razones conforme a las cuales, a juicio del solicitante, la pretensión hecha valer es beneficiosa para el mayor de catorce y menor de dieciocho años, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 3° y 4° de la presente ley”*⁸², se podrán acompañar además todos los antecedentes que se consideren útiles y pertinentes, sobre todo los relativos al contexto psicosocial y familiar y los referidos en el artículo 17 que veremos más adelante.

Dentro del procedimiento, y de acuerdo con el artículo 16, una vez recibida la solicitud el juez citará a una audiencia preliminar en que tendrá que comparecer el o la mayor de 14 años y menor de 18 años junto con quien presentó la solicitud, en la misma fecha también se fijará una audiencia preparatoria en la cual se citará al representante legal que no haya accedido a la solicitud.

En dicha audiencia el o la mayor de 14 años y menor de 18 años deberá manifestar su voluntad de cambiar su nombre y sexo registral, además de indicar el o los nombres de pila por los cuales quiere ser conocido o conocida. El juez previo a esto le indicará las consecuencias y efectos jurídicos de la rectificación de partida de nacimiento.

⁸¹ RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC. (2018) Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile, p. 421

⁸² CHILE. Ley 21.120, Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género. (2018) 10 de diciembre de 2018. Artículo 15 inc 1°

Este artículo es particularmente relevante respecto de los derechos concernientes a niños, niñas y adolescentes pues señala que el o la mayor de 14 años y menor de 18 años tendrá derecho a ser oído u oída en todas las instancias dentro del proceso, además de la audiencia mencionada, debiendo el juez considerar las opiniones del o la adolescente de acuerdo a su grado de madurez.

El otro aspecto relevante de este artículo es que crea un deber para el tribunal, toda vez que éste debe *“procurar que toda actuación del mayor de catorce y menor de dieciocho años sea sustanciada en un ambiente adecuado que asegure su salud física y psíquica y en condiciones que garanticen su participación voluntaria, su privacidad y su seguridad.”*⁸³

El último artículo del Título IV es el artículo 17, que se refiere a la audiencia preparatoria y de juicio. Como se señaló, una vez llevada a cabo la audiencia preliminar tendrá lugar inmediatamente la audiencia preparatoria en la cual de oficio o a petición de parte se podrá ordenar la citación a una audiencia de juicio en la cual se cite a determinadas personas para que presten su declaración sobre los hechos fundantes de la solicitud, dicha audiencia de juicio se podrá llevar a cabo inmediatamente después de la audiencia preparatoria de ser así solicitado.

A diferencia de lo que ocurre con las solicitudes de mayores de edad, en este caso el Tribunal podrá ordenar (si es que no se acompañaron en la solicitud) diferentes informes o antecedentes, a saber:

⁸³ *Ibíd.* Artículo 16 inc 4°

- (i) *“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. (...)”*⁸⁴
- (ii) *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.*⁸⁵

No obstante, la constancia de ambos informes, el juez podrá aun así solicitar más antecedentes de considerarlo necesario. Es evidente que en nuestra legislación el cambio de nombre y sexo registral para mayores de 14 años y menores de 18 años cuenta con una enorme serie de requisitos que tornan el proceso en un procedimiento muy largo y bastante tedioso toda vez que sería necesario contar con los informes y acompañamientos desde un año antes de siquiera presentar la solicitud⁸⁶.

Una vez realizada la audiencia de juicio el juez deberá dictar sentencia definitiva en la cual debe quedar constancia de que se oyó la opinión del o la mayor de 14 años y menor de 18 años, dicha sentencia es impugnabile de acuerdo con el régimen de recursos aplicable a las sentencias definitivas dictadas en materias de familia.

Si el tribunal acoge la solicitud deberá ordenar la rectificación de la partida de nacimiento al Registro Civil quien sólo procederá una vez que ésta se encuentre firme y

⁸⁴ *Ibíd.* Art. 17

⁸⁵ *Ibíd.* Art. 17

⁸⁶ Al respecto véase: GAUCHE MARCHETTI, XIMENA & LOVERA PARMO, DOMINGO. (2018) *Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos.*

ejecutoriada. Con este artículo finaliza el Título IV relativo a mayores de 14 años y menores de 18 años.

El último aspecto que contempla esta ley relativo a menores de edad, lo tenemos en el penúltimo Título que trata Otras Disposiciones, en el cual en su artículo 23 hace referencia al programa de acompañamiento familiar que mencionábamos con anterioridad.

Estos programas *“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 a su identidad de género”*⁸⁷ para niños, niñas y adolescentes y sus familias. Estos programas serán diseñados por el Ministerio de Desarrollo Social y el Ministerio de Salud y podrán ser ejecutados por personas jurídicas sin fines de lucro que se encuentren acreditadas. En estos mismos programas se podrán solicitar informes que puedan reemplazar a aquel señalado en la letra a) del artículo 17 recién referido.

Lo recién relatado es todo el contenido relativo a niños, niñas y adolescentes con que cuenta la Ley N° 21.120 de Identidad de Género, es posible ver que dentro de todo busca tener un carácter más o menos integral, e intenta ajustarse a la normativa de derecho internacional en la materia, tanto respecto de la identidad de género en términos generales como también en lo relativo a niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, queda patente que aún se tiene una visión en exceso paternalista respecto de la opinión de los adolescentes en esta materia, pues pese a que puede considerarse necesario que se exijan antecedentes y diversos requisitos para acceder a la solicitud de cambio de nombre y sexo registral en

⁸⁷ *Ibíd.* Art. 23.

menores de 18 años y mayores de 14 años, pareciera ser que el nivel de exigencias en el caso chileno resulta ser excesivo.

Capítulo 6: Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos realizado un estudio de derecho comparado en el cual hemos revisado diferentes cuerpos normativos internacionales y leyes relativas al Derecho a la Identidad de Género de distintos países, tanto europeos como latinoamericanos, a fin de poder hacer un acabado análisis de nuestra propia legislación en tanto a si ésta resulta ser suficiente o insuficiente para las necesidades de la comunidad trans, específicamente para niños, niñas y adolescentes pertenecientes a dicha comunidad, en la actualidad.

En ese sentido, creemos que es necesario destacar los aspectos positivos para la época de su promulgación, así como también aquellos que hoy en día resulten ser insuficientes.

Aspectos relevantes a destacar de la Ley 21.120 de Identidad de Género.

Es necesario destacar el avance *per se* que significa para nuestro país el reconocimiento al derecho a la identidad de género. En este sentido, destacamos dos puntos: i) reconocimiento expreso y definición del derecho a la identidad de género y ii) el procedimiento para el cambio de sexo registral.

En cuanto al primero de los puntos mencionados, consideramos como un avance el hecho que la Ley defina el concepto de derecho a la identidad de género, reconozca garantías y establezca principios asociados a éste.

En cuanto al segundo punto, también consideramos un avance el establecimiento de un procedimiento que tenga como fin justamente el cambio de sexo registral, puesto que previo a la dictación de la Ley discutida en esta investigación, las personas trans debían someterse a la jurisdicción voluntaria o no contenciosa a través del procedimiento de cambio

de nombre establecido en la Ley 17.344. Dicha Ley solo establece un procedimiento de cambio de nombre, por lo que, en el caso de las personas trans, de acogerse dicha solicitud, el cambio de sexo registral era una consecuencia: a fin de que el nombre otorgado producto de este procedimiento fuese acorde al sexo que se le asocia socialmente a dicho nombre. En la práctica, era un procedimiento *sui generis* que si bien tenía reconocimiento casi conteste en la jurisprudencia de tribunales superiores (Corte de Apelaciones y Corte Suprema) encontraba aún reticencia en tribunales de primera instancia, siendo necesario justamente recurrir ante los tribunales superiores a fin de obtener un procedimiento favorable, lo que se traduciría en consecuencia a un desgaste tanto de tiempo como de recursos económicos y humanos en la tramitación judicial del referido procedimiento.

Críticas y espacio para mejoras de la Ley 21.120 de Identidad de Género.

En primer lugar, cabe señalar que, pese a los avances indicados en el subcapítulo anterior, la Ley 21.120 hoy en día resulta insuficiente para abordar la totalidad de las problemáticas sufridas por la comunidad trans tanto en términos generales, como en lo relativo a niños, niñas y adolescentes.

La primera crítica que cabe realizar, en comparación a legislaciones como la uruguaya, o proyectos de ley integrales para personas trans, como ocurre en el caso de España, es que el cuerpo normativo chileno no aborda los problemas sufridos por la comunidad trans como un todo, sino que sólo se avoca al cambio de nombre y sexo registral y a garantizar nominalmente ciertos derechos como el vivir en un ambiente libre de discriminación, pero sin propuestas concretas que permitan mejorar en la realidad la vida de las personas transgénero.

Esto es complejo en tanto sin una ley integral es difícil garantizar el acceso a estudios, trabajo o a vivienda para miembros de la comunidad trans respetando su identidad de género e individualidad, es por esto que la legislación uruguaya, por ejemplo, en su ley incluye medidas concretas para garantizar el acceso a estudios superiores y trabajos formales para miembros de la comunidad trans, incluso financiamiento. Ahora bien, respecto del caso específico de niños, niñas y adolescentes, una ley integral permite que puedan acceder a tratamientos y a una atención de salud primaria que considere y contemple sus necesidades de acuerdo a su situación particular, como, por ejemplo, considera la legislación argentina el acceso a tratamientos hormonales con consentimiento de los padres. El cambio de nombre y sexo registral, que no venga aparejado con posibilidades reales de estudio, de poder optar a un trabajo formal en el futuro o de acceder a un sistema de salud que les garantice un bienestar resulta ser insuficiente para los tiempos actuales.

Otra gran crítica que cabe hacer a nuestro actual cuerpo legislativo es la falta de especialistas en materias de género y disidencias sexuales que están a cargo de los programas de acompañamientos y los procedimientos. Ello supone un gran problema, toda vez que también trabajan con las familias de los menores, y con la falta de acompañamiento de persona competente y preparada *“podría profundizarse la situación de vulnerabilidad en que pueda encontrarse un adolescente al momento de iniciar el procedimiento en un tribunal, afectando así otros derechos que le son esenciales, como el de gozar del más alto nivel posible de salud física y mental y el despliegue de su potencialidad que trasciende al acceso a cuidados sanitarios o acciones de rehabilitación frente a alguna enfermedad”*⁸⁸

⁸⁸ GAUCHE MARCHETTI, XIMENA & LOVERA PARMO, DOMINGO. (2022). Derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes más allá de la Ley 21.120: expansiones desde un enfoque de derechos. 122-140.

Otra gran falencia de la Ley 21.120 en lo relativo a niños transes la inexistencia de la mención de menores de 14 años en el cuerpo normativo, es completamente inaplicable la referida ley al caso de menores. Aquello resulta ser un completo despropósito toda vez que de igual forma menores de 14 años buscan optar por cambios de nombre y sexo registral amparándose en la Ley 17.344 que autoriza el cambio de nombres y apellidos.

La Clínica Jurídica de la Universidad de Chile, que ha trabajado arduamente con la comunidad trans, logrando incluso que se reconozca en documentos oficiales a personas como “no binarias”, lleva actualmente causas de menores de 14 años que buscan cambiar su nombre y sexo registral amparándose entre muchos otros cuerpos normativos internacionales (CDA, CADH, etc.), en que el hecho de no coincidir el nombre con el sexo registral, sería irrisorio perpetuando el menoscabo hacia el niño, niña o adolescente y por tanto, al solicitar el cambio de nombre por las causales indicadas en la citada ley, se solicita conjuntamente el cambio de sexo registral.

Lamentablemente, por tratarse de causas en las que la parte es menor de edad no se pueden citar casos concretos, sin embargo, la Clínica Jurídica ha realizado una admirable labor no sólo con la comunidad trans en general, sino también con niños, niñas y adolescentes. No obstante, el problema que genera esta manera de solicitar y tramitar el cambio de nombre y sexo registral es que la competencia para conocer de estas causas es civil y no familiar, y por tanto, no se cuenta con capacitación en la materia para poder garantizar la completa seguridad y protección de los menores.

Es por esto que resulta en un completo despropósito que la Ley de Identidad de Género no sea extensiva a menores de 14 años, cuando en la práctica ese problema se soluciona con la aplicación supletoria del derecho civil general.

Por otro lado, también es criticable el nivel de requisitos que le imponen a menores de 18 años y mayores de 14 años para poder aprobar la solicitud de cambio de nombre y sexo registral. Sólo pueden realizar la solicitud a través de sus representantes legales y en tanto no cuenten con la anuencia de ellos no se contempla otro mecanismo, como sí se hace en la legislación argentina o uruguaya en que se permite que dicha autorización pueda ser otorgada por un juez. En el contexto nacional, pese a mencionarse como principios de la Ley 21.120 el interés superior del niño y la autonomía progresiva, dicha mención resulta ser contradictoria a lo señalado en el referido cuerpo normativo puesto que existen muchas restricciones para que adolescentes puedan optar a un cambio de nombre y sexo registral.

Resulta evidente que Chile ha tenido avances en materia del respeto y la garantía de los derechos de personas pertenecientes a la comunidad trans, sobre todo si nos comparamos con otros países de la región como es el caso de Bolivia, sin embargo, en comparación con otros Estados -incluidas naciones de nuestra región- aún nos encontramos atrasados y desactualizados, sobre todo en lo que compete a los derechos de niños, niñas y adolescentes transgénero, resultando nuestra legislación completamente insuficiente para satisfacer sus necesidades y lograr su bienestar.

Otro factor importantísimo a considerar es el acoso y bullying escolar que sufren los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a la comunidad trans, se necesita regulación que establezca medidas de protección y soluciones concretas para los niños y niñas dentro de las

salas de clases. Actualmente el proyecto de ley José Matías que viene a sancionar el bullying homofóbico, se encuentra durmiendo en el Senado.

Es por esto, que necesitamos una Ley Integral para Persona Trans que incluya políticas públicas de reparación e inclusión que ofrezcan soluciones concretas a los problemas que aquejan a la comunidad trans. Asimismo, en lo relativo a niños, niñas y adolescente, se encuentren conforme a lo consagrado en la Convención de Derechos del Niño tanto en sus derechos, como respecto de los principios del interés superior del niño y la autonomía progresiva, y que la mención a estos no tenga un carácter meramente nominal.

Bibliografía

Textos, libros y publicaciones:

1. BEAUVOIR, SIMONE. (1987) El Segundo Sexo. Editorial Buenos Aires.
2. BARRAGÁN MEDERO, FERNANDO. (2010) “Programa de Educación Afectivo Sexual”, CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN SEX Y CIENCIA INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER.
3. CARMONA CUENCA, ENCARNA. (2015) La igualdad de género en el tribunal europeo de derechos humanos: un reconocimiento tardío con relación al tribunal de justicia de la unión europea.
4. GAUCHE MARCHETTI, XIMENA & LOVERA PARMO, DOMINGO. (2018) Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos.
5. GAUCHE MARCHETTI, XIMENA & LOVERA PARMO, DOMINGO. (2022). Derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes más allá de la Ley 21.120: expansiones desde un enfoque de derechos.
6. LATHROP GÓMEZ, FABIOLA & ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS (2015) Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas, y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.
7. MANZANO BARRAGÁN, IVÁN. (2012) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre Orientación Sexual e Identidad de Género.
8. REGUEIRO DE GIACOMI, IÑAKI. (2012) El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes.

9. RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC. (2018) Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile.
10. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, LUIS. (2010) Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad.
11. SQUELLA NARDUCI, AGUSTÍN. (2011) Introducción al Derecho. Editorial Jurídica de Chile.
12. VARGAS, CARREÑO, EDMUNDO. (2007) Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile.
13. VENTURA ROBLES, MANUEL E. (2014) El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.
14. ZAPICO LAFUENTE, JULIETA. (2022) Análisis teórico y aplicado del principio de autonomía progresiva en la primera infancia.

Normas jurídicas y directrices:

15. ARGENTINA, Congreso de la Nación Argentina. (2012) Ley N° 26.743. Identidad de Género. 9 de mayo del 2012.
16. BÉLGICA, Chambre. (2017) Loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets. 25 de junio del 2017.
17. BOLIVIA, Asamblea Legislativa Plurinacional. (2016) Ley N° 807, Ley de Identidad de Género. 21 de mayo del 2016.
18. CHILE, Ministerio de Justicia. (1999) Ley N° 19.628. Sobre Protección a la Vida Privada. 28 de agosto de 1999.

19. CHILE, Ministerio de Justicia. (2004) Ley N° 19.947. Establece nueva ley de matrimonio Civil. 17 de mayo de 2004.
20. CHILE, Ministerio de Justicia. (2018) Ley N° 21.120. Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género. 10 de diciembre del 2018.
21. CHILE, Superintendencia de Educación. (2021) Circular N° 812 (Resolución exenta) que Garantiza el Derecho a la identidad de género de niños, niñas y estudiantes en el ámbito educacional. 21 de diciembre del 2021.
22. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Naciones Unidas. (1979) Nueva York, EE.UU.
23. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Naciones Unidas. (1989) Nueva York, EE. UU.
24. DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Oficina Internacional de la Liga de las Naciones. (1924) Ginebra, Suiza.
25. DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. Naciones Unidas. (1992) Río de Janeiro, Brasil.
26. ESPAÑA, Jefatura de Estado. (2004) Ley Orgánica 1/2004, Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. 28 de diciembre del 2004.
27. ESPAÑA, Jefatura de Estado. (2023) Ley 4/2023, Para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. 1 de marzo de 2023.
28. OBSERVACIÓN N° 14, Comité de los derechos del niño. (2013)

29. PORTUGAL, Assembleia da República. (2018) Ley N°38/2018 Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa. 7 de agosto de 2018.
30. PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA: PRINCIPIOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEGISACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO. (2006) Yogyakarta, Indonesia.
31. URUGUAY, Ministerio de Educación y Cultura. (2009) Ley N°18.620, Díctanse normas referidas al derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo registral. 17 de noviembre del 2009.
32. URUGUAY, Poder Legislativo. (2004) Ley N° 17.823 Código de la Niñez y la Adolescencia. 7 de septiembre del 2004.
33. URUGUAY, Poder Legislativo. (2018) Ley N° 19.684, Aprobación de la Ley Integral para Personas Trans. 26 de octubre del 2018.

Jurisprudencia, opiniones consultivas y oficios internos:

34. CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE. (2012) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de febrero de 2012.
35. CASO COMUNIDAD GARIFUNA DE PUNTA PIEDRA Y SUS MIEBROS VS HONDURAS. (2015) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de octubre de 2015.
36. CASO COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE VS PARAGUAY. (2005) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 17 de junio de 2005.

37. CASO DE LAS NIÑAS YEAN Y BOSICO VS REPÚBLICA DOMINICANA.
Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.
38. CASO DE LOS HERMANOS GÓMEZ PAQUIYAIRUI VS PERÚ. (2004) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de julio de 2004.
39. CASO DE LOS “NIÑOS DE LA CALLE” (VILLAGRÁN MORALES Y OTROS) VS GUATEMALA. (1999) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.
40. CASO FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS VS MÉXICO. (2010) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 30 de agosto de 2010.
41. CASO GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS MÉXICO. (2009) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
42. CASO MASACRE DE DANTO DOMINGO VS COLOMBIA. (2012) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 30 de noviembre de 2012
43. CASO PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS ECUADOR. (2012) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 27 de junio de 2012.
44. CASO STAGNO VS BÉLGICA. (2009) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 7 de julio de 2009
45. CASO ZAIET VS RUMANIA. (2015) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de marzo de 2015.
46. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2002) Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

47. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2017) Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.
48. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2021). Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 5: Niños, niñas y adolescentes. San José, Costa Rica.
49. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2021). Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 11: Pueblos indígenas y tribales. San José, Costa Rica.
50. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) No. 14: Igualdad y no discriminación. San José, Costa Rica.
51. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2021). Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: Derechos humanos de las personas LGBTI. San José, Costa Rica.
52. Oficio N°79-2013. Corte Suprema. (2013) 18 de junio 2013.

Sitios WWW (World Wide Web):

53. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. La Declaración Universal de Derechos Humanos[en línea]. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>[consulta : 05marzo2023]

54. MAYO CLINIC. Información sobre el transgénero. [En línea]<https://www.mayoclinic.org/es-es/healthy-lifestyle/adult-health/in-depth/transgender-facts/art-20266812>[consulta : 05 marzo2023]
55. FUNDACIÓN EMBAJADA ABIERTA. Mundo multilateral #11 – el sistema europeo de derechos humanos. [En línea]. <https://www.embajadaabierta.org/post/mundo-multilateral-11-el-sistema-europeo-de-derechos-humanos>. [consulta: 10 de octubre de 2022].
56. OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA DEL SUR DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Beneplácito ley sobre identidad de género en Argentina. <https://acnudh.org/acnudh-america-del-sur-acoge-con-beneplacito-ley-sobre-identidad-de-genero-en-argentina/> [consulta: 29 de mayo de 2023].
57. SENADO. Discusión ley sobre identidad de género Chile https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDiscusion&nrobo=892407_P&idsesion=7007 [consulta: 10 de octubre de 2022].

