



El Derecho y las personas transgénero: Un proyecto de ley insuficiente

Tesina de Derecho

Autor: Francisco Fuentealba Bravo

Profesor guía: Luis Villavicencio Miranda

Valparaíso - Diciembre 2017

Índice

	Pág.
1.- Introducción	6
2.- Capítulo I “ Cuestiones previas y definiciones ”	9
- Sexo y género	9
-Orientación sexual	10
- Identidad de género	10
3.- Capítulo II “ Fundamentos de la distinción por género ”	12
-Determinismo biológico	12
- Categorización de géneros	13
-Dicotomía de lo público y privado	14
4.- Capítulo III: “ Sexo y género como determinantes de la identidad ”	15
-El género en el movimiento feminista	16
5.- Capítulo IV “ Función del Derecho en relación al género ”	17
-El uso gramatical de las palabras	17
-Visión binaria del sexo	19
6.- Capítulo V “ La identidad de género como un derecho social ”.	20
-Derechos sociales en relación a los Derechos civiles y políticos	20
-Contenido mínimo de los derechos sociales	22
-Progresividad de los derechos	22

- Construcción de la identidad de género como un derecho social	23
7.- Capítulo VI “ La identidad de género en el ordenamiento jurídico Chileno ”	24
- Bloque constitucional en la jurisprudencia colombiana	24
-Bloque constitucional en Chile	25
-Derecho al libre desarrollo de la personalidad	26
-Derecho a la identidad	26
8.- Capítulo VII “ El estado chileno y la violencia administrativa ”	27
-Violencia administrativa	28
-Actividad administrativa	28
-Ley 17.344, acerca la rectificación de partidas de nacimiento	30
- Problemas de la legislación actual	31
-Circulo problemática trans	34
9.- Capítulo VIII “ Proyecto de ley identidad de género ”	36
- Composición, visión y propósito	37
-Artículo primero	37
-Artículo segundo	38
-Artículo tercero y cuarto	38
-Artículo quinto	38
-Artículo sexto	39
-Artículo séptimo	40
-Artículo octavo	40
-Artículo noveno	40

-Artículo décimo	41
-Artículo décimo primero	42
-Disposición transitoria	42
10.- Capítulo IX “ Regulación niños, niñas y adolescentes trans ”	42
11.-Conclusiones	47
12.- Bibliografía	51

Resumen

El Derecho como fenómeno regulador de relaciones sociales está fuertemente marcado por una influencia machista y patriarcal, lo cual se refleja en una serie de instituciones que se han mantenido durante siglos y truncado el reconocimiento de ciertos derechos sociales.

La identidad de género ha adquirido relevancia en el ordenamiento jurídico chileno, en donde actualmente se discute una ley que busca regular ciertos aspectos vinculados con el reconocimiento de esta, salvando el vacío legal del cual habían sido víctimas las personas con una identidad de género distinta al sexo registrado en su partida de nacimiento.

Aún así este no regula de manera efectiva, desconociendo uno de los principales vulnerados ante actos discriminatorios que son los niños, niñas y adolescentes, no regulando aspectos básicos para el acceso al mismo procedimiento.

Palabras claves: Derecho - Identidad de género- discriminación -niños, niñas y adolescentes

Introducción

Durante los dos últimos siglos se han vivido una serie de transformaciones sociales, en donde han aparecido una serie de sectores sociales oprimidos por los diferentes Estados, estando desde entonces en una constante lucha por la reivindicación de Derechos sociales.

El Estado chileno ha ido avanzando de manera paulatina en estos puntos, dándose en un inicio con “La ‘cuestión social’ fue un concepto que surgió hacia fines del siglo XIX y sirvió para designar un conjunto de problemas sociales asociados a la industrialización y la modernización” (Bastías 2015: pág. 14), en donde una de las principales preocupaciones del estado fue y ha estado relacionada a aspectos económicos.

Unos años después, las mujeres logran el derecho a sufragar, siguiendo a Javiera Errazuriz “Cuando la mujer se reconoce como individuo, sujeto de derechos y deberes, comienza también a sentir se ciudadana, y a exigir sus derechos. De esta manera, la mujer transita desde la ciudadanía pasiva...a la ciudadanía activa, que es aquella en la que los miembros de la sociedad tienen participación real en el sistema político, es decir, derecho a voto” (2005).

En cuanto al Colectivo LGBTI, la primera referencia que existe respecto a estos se da en el contexto de ley antidiscriminación n° 20609 específicamente en su artículo n°3 integrando los términos género y orientación sexual, provocando que esta sea asociada al colectivo anteriormente mencionado, siendo conocida coloquialmente como “Ley Zamudio”¹. (Díaz de Valdés 2013; pág. 294)

¹ Para más información acerca de la referencia “Zamudio” visitar : <http://www.24horas.cl/nacional/homicidio-de-zamudio-el-antes-y-despues-de-un-caso-historico-908560#>

La principal demanda del colectivo se ha dirigido a permitir el matrimonio en personas del mismo sexo, en donde recientemente se aprobó un nuevo tipo de unión entre estas personas –Acuerdo de unión civil- en donde cuyo objeto es regular los efectos que se producen ante la convivencia de personas del mismo sexo.

A pesar de esto, se han omitido demandas de una parte importante de este colectivo: las personas transgéneras.

Se entiende que una persona es transgénera cuando su identidad de género es distinta al sexo que registra en su partida de nacimiento. La identidad de género se “refiere a la vivencia interna o individual del género tal como cada persona la siente profundamente, y que puede 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 sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (Principios de Yogyakarta, 2007: 6)

Las principales demandas de estos se encauzan a un reconocimiento y protección del derecho a la identidad, reconociéndolo como un Derecho social, supliendo así el vacío legal en el cual se encuentran actualmente, donde deben adecuarse a un procedimiento estándar inadecuado tanto en forma como requisitos, lo cual genera dificultades para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la educación, al trabajo, vivienda y salud.

El estado chileno para mejorar la situación en que viven estas personas envió un proyecto de ley al Senado, el cual tomo por número el boletín 8924-07. Posterior a una lenta, difícil y repleto de indicaciones este logra pasar al segundo trámite legislativo, radicándose en la cámara de Diputados.

El objetivo de la presente investigación es analizar desde una perspectiva jurídica, la influencia del Derecho en la configuración de la identidad de las personas y más en el Derecho a la identidad, comparar el procedimiento actual resaltando las falencias que tiene y las situaciones discriminatorias que origina.

Finalizando con un análisis exhaustivo artículo por artículo del presente proyecto, agregando puntos que no han sido considerado en el documento original lo cual mantendría en una situación desmejorada a las personas trans.

I.-Cuestiones Previas

Al enfrentarse al campo de sexualidad, sexo o género, la mayoría de las personas que no se encuentran relacionadas con estos términos tienden a confundir e inclusive igualar estos, provocando un mayor desconocimiento y confusión en el colectivo.

Parece menester realizar ciertas aclaraciones de conceptos básicos, para así poder mantener un cierto nivel de entendimiento y sentar ciertas bases en definiciones que en ocasiones pudiesen ser problemáticas para ciertos sectores de la población.

La “orientación sexual”, “identidad de género” y “expresión de género”, son términos que se relacionan desde una perspectiva sociológica jurídica como lo ha sostenido la OEA, son “referentes para el reconocimiento y exigibilidad de derechos, entre otros por la legislatura y judicatura” (OEA 2012:p2). La denominación particular de cada persona como “gay”, “lesbiana” o “trans” entre otras, el mismo organismo internacional “asegura el reconocimiento legal de su “orientación sexual”, “identidad de género” y “expresión de género”, como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad” (OEA 2012:p2).

¿Cual es la diferencia entre **sexo** y **género**?

La principal diferencia que se encuentran en estos términos es que el primero se concibe como un hecho o dato biológico y el otro en cambio es una construcción social. En sentido estricto el sexo vendrá determinado por una serie de elementos que darán las diferencias biológicas y fisiológicas de la persona. El género por otro lado, según el alto comisionado de la ONU, se refiere “ a las entidades, funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se le atribuye a esas diferencias biológicas” (ONU 2013:p1).

Se encuentra además el sexo psicológico, el cual se entiende como se identifica la persona ante los conceptos binarios (hombre/mujer), el cual tiene parecido con el concepto de identidad de género.

En la categoría anterior, además aparece el término de **intersexualidad** haciéndose referencia “al grupo de afecciones en las que se da una anomalía en los genitales internos y

externos. Dicha anomalía impide definir si un individuo pertenece al género masculino o femenino” (Hernández 2009: p 90). A lo largo de la historia ha tendido a asociar este fenómeno biológico con el hermafroditismo.

La **orientación sexual** es independiente del sexo biológico o la identidad de género, ya que se refiere a la capacidad de establecer relaciones ya sean de carácter íntimo o sexual con alguien del mismo o distinto género. Esto se encuentra ratificado en estudios de la OEA, la cual define la orientación sexual como” la capacidad que tiene cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente, de su mismo género o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con personas”. (OEA 2013: p3).

Este concepto a pesar de que pueda parecer fácil de entendimiento está sujeto a una serie de interpretaciones, las cuales se verán sujetas a el tiempo y diferirá entre las diferentes culturas en las cuales sea usado.

Desde la orientación sexual se derivan tres grandes tipologías, las cuales son:

- La **heterosexualidad**, entendida como la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional y afectiva por una persona de un género distinto al suyo y la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con esta persona(ONU 2012:P4).
- La **homosexualidad**, en cambio se refiere a la capacidad de sentir una profunda atracción emocional y afectiva por una persona de su mismo género, además de la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con esta persona. Se utiliza el término Lesbiana para denominar la homosexualidad femenina y gay para la homosexualidad masculina.
- La **bisexualidad**, al igual que los conceptos anteriores lo relacionamos con la capacidad de sentir la atracción pero ya no nos limitamos solo a un género opuesto o igual, ya que esto abarca las dos categorías anteriores.

La **identidad de género** es “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”. (Yogyakarta 2007:pag6)

Al hablar de identidad de género, aparecen las siguientes variantes:

El **transgenerismo** o personas trans, este es utilizado para describir “una serie diferentes variantes de la identidad de género, pero estas tienen en común la disconformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que tradicionalmente ha sido asignado a este” (ONU2013: P3). Cabe destacar que una persona trans puede construir la identidad de género sin necesariamente someterse a intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo. Esta no tiene ningún tipo de relación con la orientación sexual, por lo tanto se puede ser heterosexual, homosexual o bisexual sin alterar la identidad de género.

Se entiende una mujer trans, cuando es de sexo biológico masculino pero su identidad de género masculina, en cambio, será un hombre trans cuando su sexo biológico es femenino pero su identidad de género masculina o también entendemos como persona transexual, alguien que no tiene una convicción de pertenecer alguno de los sexos de la categorización binaria masculino/femenino.

El transexualismo, se refiere a una “disconformidad entre el género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica-hormonal, quirúrgica ambas, para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad física, espiritual y social” (ONU 2013:p3)

El travestismo, es una subcategorización dentro de la identidad de género, pero la cual no necesariamente implican modificaciones corporales, manifestando su identidad de género a través de formas de formas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente fue asignado a sus sexo biológico.

A diferencia de la identidad de género, “la expresión de género es la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado” (Alcaraz 2008p:12). La expresión de género puede incluir, por ejemplo, el atuendo, los ademanes, los adornos, el arreglo personal, el uso

particular del vocabulario, etcétera. Tal expresión individual puede o no coincidir de los códigos socioculturales respectivo.

II.-Fundamentos de la distinción por género

A través del desarrollo histórico del ser humano como ente en sociedad, se ha podido apreciar la opresión y discriminación hacia ciertos sectores de la población, los cuales se han basado en criterios como la raza, género, tendencias políticas entre otros.

Para nuestra sociedad el sistema opresor por excelencia es y ha sido el patriarcado, un término que data de autores como Engels y Weber, los cuales concuerdan en se puede definir como una relación de poder por parte del hombre hacia la mujer. (Facio y Fries: Pag 44). Pero esta conceptualización es un poco escueta, por lo cual para algunas feministas el patriarcado es “la manifestación o institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres y los/las niños/as de la familia, dominio que se extiende a la sociedad en general, siendo su agente ocasional fue el orden biológico” (Facio y Fries: Pag 45).

Es interesante la definición anterior no solo porque muestra en qué consiste el patriarcado, sino que además nos da el sustento o fundamento de este, el cual se basa en un aspecto biológico, en la superioridad del hombre para dominar a la mujer, entendiendo entonces que por lo menos ciertos comportamientos de los seres humanos estarían vinculados con su biología o genética.

Lo anterior es conocido como “**determinismo biológico**”, el cual se encuentra vinculado con la socio-biología, siendo su premisa básica “afirmar que el comportamiento humano y determinados aspectos de la organización social han evolucionados, al igual que nuestros cuerpos a través de adaptaciones basadas en el principio de selección natural estudiado por Darwin” (Beltrán, Maquieira, Álvarez y Sánchez 2001: P 130).

Por tanto, es posible considerar que el aparato de desigualdad entre hombre y mujer lo encontramos basado, en argumentos biológicos, lo cual puede llevar a razonar y justificar discriminaciones como la xenofobia, estratificación social, actividad empresarial, entre otras categorías, lo cual parece inverosímil.(Beltrán et al., 2001:P 132)

El argumento más fuerte que ofrece el determinismo biológico, es la diferenciación neuroendocrina, en donde la testosterona produciría una variación en los mecanismos del cerebro, en cambio las hormonas femeninas proporcionarían una tendencia más nutricia, no siendo determinante como la hormona masculina. Se destruye el argumento anterior, ya que las hormonas no serían exclusivamente de uno de estos dos sexos (es decir producida exclusivamente por testículos u ovarios), estando presentes en todos los individuos, pero solo en distintos niveles, manteniendo un nivel de equilibrio hormonal, lo cual contribuye con la madurez sexual.(Beltrán et al., 2001:P 132) Además los efectos de las hormonas no son intrínsecos, siendo el comportamiento de estas variables, dependiendo de otros factores como lo es el medioambiente.

Es por esto que el determinismo biológico encuentra errada sus premisas, ya que limita todo un aparato social a solo características biológicas desconociendo por tanto las influencias que este podría tener en el individuo en cuestión, justificando superioridades raciales, sexuales entre otras.

Lo anteriormente dicho es relacionable con la **categorización de los géneros**, en donde por un lado tendremos a la mujer limitada estrictamente a un área doméstica y familiar y al hombre a un sector público/político, siendo estas categorías totalmente dicotómicas.

Si bien las diferencias entre hombres y mujeres en ciertos casos son evidentes, el acercamiento de estas con la naturaleza basándose en la función reproductora de estas, el cual a pesar de ser un hecho biológico, la connotación que tiene actualmente es claramente cultural, lo cual, al momento de ser “alterada” estas funciones, estas conductas son tachadas de “antinaturales”. (Lamas 1986: P 178)

Estas categorías tienen influencia tanto en las instituciones “sociales, económicas, políticas y religiosas, incluyendo las actitudes, valores y expectativas que una sociedad dada conceptualiza como femeninos o masculinos” (Lamas: P 174), las cuales permiten perpetuar un sistema machista.

La **dicotomía entre lo público y privado**, amparada principalmente en hechos biológicos ha tenido además antecedentes o asentamiento en un factor histórico. Estas estructuras se han mantenido en el transcurso del tiempo, teniendo recién una crítica o deconstrucción hace dos siglos, en donde se han cuestionado conductas que durante siglos e inclusive milenios se han tenido por sentado pertenecientes a un determinado género.

Es por esto, que la distinción entre lo público/privado, está dada por un sistema pensado para que el rol de la mujer sea totalmente privado, perpetuando su subordinación y relegación de las funciones públicas.

La antropóloga Karen Sacks, realizó un estudio en donde observa el rol de la mujer en 4 tribus africanas, en donde este va variando en relación desde un rol activo de la mujer en la vida política y familiar hasta uno en donde solo queda relegada a la vida domestica. Es decir existe un paso del igualitarismo hasta una sociedad de clases, existiendo una relación directa de domesticación de las tareas de esta, pero apartándose de la crítica de Engels, donde se culpaba la posesión de la propiedad privada por parte de los hombres justificaría su supremacía. (Beltrán et al., 2001: P 154)

La visión de Engels se encuentra errada, ya que las mujeres también pueden poseer propiedad privada, por tanto existe posibilidad contrarrestar esta diferencia, pero la problemática real que considera la autora es que la dicotomía se origina en la valorización de los trabajos. Las mujeres al realizar en su mayoría trabajos domésticos, estos no serían relevantes para la esfera pública, no teniendo estos una posibilidad real de intercambio económico de estas labores. (Beltrán et al., 2001: P 155)

Avanzando el estudio de esta supuesta dicotomía, Cynthia Nelson plantea en base a un estudio que a pesar de lo domestico estar radicado en las mujeres, en situaciones de pobreza, las mujeres toman un rol político, liderando las

comunidades en donde residen, logrando una politización y salto de lo domestico a lo político. (Beltrán et al., 2001: P 155)

Esto produce dificultades, ya que las conductas pertenecientes a cada una categoría, son variables, dependiendo tanto de un contexto físico como temporal, las cuales pueden ir mutando o pasando de una categoría a otra teniendo una línea divisoria difusa, lo cual entorpece su estudio en casos específicos.

Recopilando lo anteriormente dicho, es complicado categorizar en esta dicotomía ya que su primer argumento esta dado por un factor biológico, el cual se puede relacionar con el determinismo biológico, en donde la mujer tendría cualidades inherentes que la harían estar en un nivel inferior ante el hombre.

Las diferencias entre lo público/privado y sus criterios de categorización han sido estudiados en virtud de criterios históricos acerca de relaciones de géneros, los cuales “deben ser explicada y no dada por supuesta con carácter general para otras realidades”, siendo éstas variantes de acuerdo tanto a un contexto social, como temporal, (Beltrán et al., 2001: P 158)

Esta dicotomía además ha sido amparada por el ordenamiento jurídico, el cual ha sido reformado en forma paulatina, eliminando por ejemplo hace pocos años la incapacidad relativa en que caía la mujer que contraía matrimonio, convirtiéndose el cónyuge en administrador de está, o un ejemplo aún más dramático, respecto al ejercer el Derecho a voto, el cual fue reconocido recién a mediados del siglo pasado. (Facio y Fries 2000: P 30)

III.- El Sexo y género como determinantes en la identidad

Sexo y género son dos términos totalmente distintos, siendo el primero relacionado principalmente con un hecho biológico y el segundo como una construcción social, lo cual se puede reflejar en una frase de Simone Beauvier, en donde afirma que “una mujer no nace si no que se hace”, entendiendo que al final el ser mujer más allá de

estar sujeto a tener órganos sexuales femeninos, esta cuestionado por lo que la sociedad considera como mujer.

El sexo biológico entonces es totalmente distinto del género, siendo el segundo variable dependiendo de la cultura, considerándose en ocasiones comportamientos interpretados como femeninos en nuestra sociedad occidental, los cuales varían en una sociedad oriental. Esto permite terminar de refutar que las distintas asignaciones son construcciones sociales, no teniendo ningún tipo de relación con el sexo, ya que en ese caso las conductas debiesen tener una interpretación transversal.

Este término no fue usado en sus orígenes por el movimiento feminista, si no por el psicólogo Robert Stoller, el cual a través de estudios acerca de trastornos en la identidad sexual, definió con este término. (Lamas 1986: p 187)

El estudio observaba el comportamiento de niños y niñas, los cuales presentaban rasgos de intersexualidad, siendo en sus primeros años asignados con un género el cual al momento de la cirugía para asignar un sexo determinado, no pudieron modificar el género asignado en un origen (siendo distinto al que habían asignado a través de la intervención quirúrgica). Este fenómeno se dio al igual en niños que tenían malformación en su aparato reproductor, pero eran tratados como niñas y al momento de realizar la intervención para modificar esta, igualmente les era imposible cambiar el género. (Lamas 1986:P188)

Concluye que al fin y al cabo fue lo que determina la identidad y el comportamiento de género, no tiene relación con el sexo biológico, si no con una construcción que el individuo realiza de esta.

El **movimiento feminista** comienza a utilizar “género” ya en la década del 70, para referirse a “la construcción sociocultural de los comportamientos, actitudes y sentimientos de los hombres y mujeres” (Lamas 1986: P 159).El uso de este tenía por finalidad terminar con las consideraciones biológicas que tenía asociado el termino mujer.

Esto colaboro para enfrentar de una mejor manera el rol de la mujer en la sociedad, al considerarla como un ente social, en donde su función no se encontraba determinada por factores a priori, si no que estos estaban basados en una construcción realizada por la sociedad, la cual determina las conductas que deben tener y cumplir, superando así una nueva dicotomía que abarca todo lo anteriormente dicho, la cual es naturaleza/cultura.

Estos roles tanto de hombres como mujeres se encuentran contruidos por normas y prácticas sociales, las cuales pueden o no estar positivadas por el Derecho, el cual al regular de una manera deficiente perpetuando estos roles asociados a roles disminuidos (sobre todo en el caso de la mujer), no cumple con el fin que tiene, el cual es “promover la realización personal y colectiva de quienes hacen parte de una comunidad, en paz y armonía” (Facio y Fries 2000: P 22).

IV.-Función del Derecho en relación del género

El Derecho al cumplir una función transcendental y ser la herramienta por excelencia en regular relaciones sociales, perpetua estas dicotomías y diferencias en las relaciones de poder entre un sector y otro, discriminando y no reconociendo a sectores distintos del hombre heterosexual promedio, esclavizando a mujeres , coartando libertades de actuar y desarrollarse como ser humano independiente.

Este regula de manera totalmente machista las relaciones entre sujetos, reflejándose de manera clara el Derecho civil, específicamente en el Derecho de Familia, en donde la mujer tiene una serie de restricciones, como es la prohibición de contraer segundas nupcias en un cierto periodo de tiempo, la cual tiene por fundamento la certeza de paternidad no mirada desde un punto de vista del infante, si no todo por parte del padre. (Facio y Fries 2000: P28)

Así mismo, el **uso gramatical de las palabras** se relaciona con el género, nuestra lengua se encuentra casi completamente influenciada por este.

Los pronombres, nombres o adjetivos se encuentran en su mayoría relacionados con algún género, la cual puede ser convencional o lisa y llanamente fundada en una distinción sexual (Beltrán et al., 2001: P 164)

Esto permite visibilizar las relaciones de poder que se dan en base a este, donde se produce una hetero-designación de los mismos términos, en donde ciertas propiedades o palabras son asociadas a un determinado género, por ejemplo se asocia la debilidad, sumisión y hogar con las mujeres, contrariamente la fuerza, autonomía y política son términos exclusivos de los hombres.

Este como categoría analítica está compuesto por diversos componentes, lo cuales ayudan a entender su interacción (Beltrán et al., 2001: P 168-171):

-La división del trabajo: Esta categoría no solo tiene relación con una asignación particular de tareas, si no como un fenómeno más amplio de que se entiende por trabajo en cada categoría.

-La identidad de género: Funciona como un criterio diferenciador de entre varones y mujeres, entendiéndose como adscripciones a modos sentimientos y comportamientos, en donde una sociedad concreta se han definido de tal manera.

-Las atribuciones de género: Son criterios sociales, materiales o biológicos que una sociedad utiliza para identificar a otros, no se deben confundir con los estereotipos.

-Las ideologías de género: Son sistemas de creencias, los cuales explican cómo y por qué se diferencian los hombres y las mujeres, designando así sus roles en la sociedad, justificando y/o racionalizando la desigualdad, basándose históricamente en mandatos divinos o leyes de la naturaleza.

-Símbolos y metáforas culturalmente disponibles: Se manifiestan en representaciones históricas de cada género, asociándolos a ciertos comportamientos o conductas.

-Normas sociales: Son expectativas que tiene la sociedad ante conductas adecuadas, las cuales pueden o no estar reguladas por el ordenamiento jurídico.

-Prestigio: Este concentra distintas cualidades, las cuales están concentradas en distintos grupos de personas en una sociedad, tiene relación en donde estas conductas que tienen cierta estima social son desempeñadas por varones o mujeres, las cuales pueden adquirir este o ser devaluadas.

-Las instituciones y organizaciones sociales: Son aquellas en donde se construyen las relaciones de género, pudiendo ser por ejemplo la educación, política y familia entre otras.

Sintetizando, el poder masculino se perpetúa a través de las relaciones de poder, siendo el género un elemento clave en la reproducción sistemática de estos elementos, convirtiéndolos en procedimientos institucionales de rutina. (Beltrán et al., 2001 :P 172).

Un individuo en sociedad no debe tener una visión espectadora de este fenómeno social, si no que todo lo contrario, debiendo ser crítico de esto, en donde la teoría feminista contribuye a encontrar una serie de problemáticas que padece nuestra sociedad, y además de ir produciendo innovación teórica.

Las relaciones de poder basadas en el patriarcado, también tiene influencia en aspectos tan relevantes como es la sexualidad, en principio se puede considerar que esta es un fenómeno biológico, la cual estaría determinada tan solo por el cuerpo donde es ejercida.

Pero se debe tener cuidado, ya que como se menciona anteriormente y al igual que la relación entre género y sexo, esta no se sustentaría en una base biológica si no que todo lo contrario, es mayoritariamente histórica, la cual además le asigna una determinada connotación moral. Esto se puede apreciar con la homosexualidad, la cual en sus orígenes (manteniéndose aún) se pretendía dar una explicación biológica llegando a suponerse que una persona homosexual tendría justificación en un fenómeno congénito, categorizando por tanto en ocasiones como conductas anormales o desviadas.

Acá se encuentra **la visión binaria del sexo**, en donde solo existen Macho/hembra, Hombre/mujer, la cual está basada en la herencia biológica y la “reproducción sexuada de nuestra especie”. (Beltrán et al., 2001: P 177)

Pero sin embargo la misma biología ayuda a desmentir esta categorización bipolar del sexo, en donde el estudio de la bióloga Anne Fausto-esterling en su estudio acerca de los “Cinco Sexos”, plantea que desde mujer a hombre existe un espectro donde hay 5 sexos, los conocidos hombres, mujer y tres categorías más, las cuales suelen ser agrupadas en solo una conocida como intersex. (Beltrán et al., 2001: P 178)

Estas categorías desconocidas son los Herm, conocidos como hermafroditas, personas que tienen aparatos reproductores tanto masculinos como femeninos. Los merms, los cuales tienen testículos y aspectos de genitales femeninos pero sin ovarios y finalmente ferms que poseen ovarios y aspecto de genitales masculinos pero sin testículos.

Se vuelve a encontrar una frontera difusa, destruyendo una categorización dual del sexo y mas allá, nos encontramos que el sexo al final se encuentra sujeto a una apreciación cultural de este, influenciado de una manera directa por lo que consideramos género y las atribuciones que le demos a este, el cual irá variando en virtud del contexto tanto histórico como espacial al que se enfrente.

La problemática que esto plantea, es que la sociedad actual es aquella modelada para el hombre, la cual responde a sus necesidades e intereses, en donde las necesidades de las mujeres se encuentran subsanadas desde un punto de vista masculino, produciéndose una perspectiva totalmente androcéntrica.

V.-La identidad de género como un Derecho social.

Los Derechos Civiles y políticos son aquellos que “generaran exclusivamente obligaciones negativas o de abstención” (Abramovich y Courtis 2004: P 20) por parte del aparato estatal, en cambio los Derechos Económicos, Sociales y culturales (en adelante Derechos Sociales), “implicarían el nacimiento de obligaciones positivas

que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos de erario público” (Abramovich y Courtis 2004: P 21).

Una obligación negativa se entiende como una abstención, en un “no hacer”, no detener que una persona vote, no evitar que ejerza ciertas libertades entre otras. En cambio los Derechos sociales se caracterizan por un “Hacer” de parte del estado, proveer servicios básicos, asegurar ciertas garantías. (Abramovich y Courtis 2004: P 22).

Pero la conceptualización de Derechos en cada una de estas categorías, resulta difícil en nuestro modelo actual, existiendo interrelaciones, ya que la mayoría de los Derechos Civiles y políticos, llevaran consigo una intensa actividad estatal para evitar que estos sean vulnerados, saliendo por así decirlos de su abstención para lograr una protección real de estos.

Además con el avance de nuestra sociedad, muchos Derechos de primer nivel (civiles y políticos) han mutado, lo cual ha hecho dificultoso categorizarlos tan solo en una categoría , como lo es el Derecho de propiedad, el que ha perdido el carácter de absoluto tendiendo a una función mas estatal, así también la libertad de conciencia, en donde el estado no solo debe tener una función de “espectador” por así decirlo, si no que ha debido adoptar medidas concretas para el efectivo ejercicio de este.

Es por esto, que no se puede realizar una distinción tajante, existiendo actualmente un interacción entre estos, superando la distinción teórica , evidenciando que la diferencia entre ellos es mas de grado que sustancial. (Abramovich y Courtis 2004: P 25).

Al conceptualizar rigurosamente, se debería admitir que existe un *continuum* entre unos y otros, sin que las obligaciones, el carácter más o menos indeterminado de su formulación o su dimensión individual o colectiva, se conviertan en elementos para una diferencia tajante y sustancial. (Pisarello 2007: P 77)

Recapitulando, los Derechos sociales se encuentran actualmente en un mismo nivel que los Derechos civiles y políticos, siendo de igual manera exigibles al Estado, revistiendo estos una faceta poliédrica comportando un amplio abanico de

obligaciones, tanto de negativas, positivas, pasando por obligaciones de protección (Pisarello 2007: P 61)

Actualmente Chile ha suscrito y ratificado tanto el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP) en el año 1988 Y Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (en adelante PIDESC) en el año 1989.

El estado al ratificar estos tratados y en virtud del bloque constitucional, el cual “está constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al Derecho Internacional convencional” (Nogueira 2015), teniendo como fundamento el artículo 5 n°2 de nuestra constitución, faculta exigir el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones que este contrajo ante los organismos internacionales.

Además los mismos tratados contemplan como obligación por parte de los estados, la adopción de las medidas necesarias (lo cual puede dar de manera progresiva), para el efectivo cumplimiento y realización de los Derechos reconocidos en los pactos.

El estado en este proceso realizar la implementación de medidas, debiendo asegurar un **contenido mínimo o esencial de estos Derechos**, siendo “un punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia su plena efectividad” (Abramovich y Courtis 2004: P 89).

Esto se puede ejemplificar con la reciente aprobación de la despenalización del aborto bajo la condición de 3 causales, en donde el estado de Chile avanzó en el reconocimiento de los Derechos reproductivos de la mujer, estableciendo un contenido mínimo en este, el cual debiese avanzar hacia el aborto libre, seguro y gratuito, como máxima expresión de este.

Los estados se encuentran obligados además a **la progresividad**, encontrándose consagrada en el artículo n°2.1 del PIDESC estableciendo que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

La progresividad se debe tomar en un sentido de “obligación estatal de mejorar las condiciones de uso y ejercicio de los Derechos económicos, sociales y culturales” (Abramovich y Courtis 2004: P 93), es decir todas las medidas que tomen estos, deben estar orientadas al cumplimiento de los Derechos reconocidos por el pacto.

Ahora esta misma obligación se relaciona con la de regresividad, la cual es “una prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los Derechos económicos, sociales y culturales .o bien de cada mejora progresiva” (Abramovich y Courtis 2004: P 94), se incluyen en esta prohibición la derogación de normativa existente, que tenga por objeto la protección de estos Derechos.

Por tanto, el reconocimiento de estos Derechos se debe volver una prioridad por parte de los Estados, además de comenzar a regular de manera positiva el resguardo y regulación de los mismos.

La suscripción de los pactos anteriormente mencionados, les da la posibilidad a estos de realizarlo de manera paulatina y sobre todo en la medida que sus recursos lo hagan posible, pero además son claros en la prohibición de crear una regulación desfavorable para el ejercicio de estos.

La **identidad de género se configura como un Derechos social**, el cual se obtiene su exigibilidad de una manera indirecta ya que no tiene una consagración expresa por lo cual debemos recurrir a normas, las cuales ayudan a comprender la integración de este Derecho.

Tanto el PIDCP Y el PIDESC, en sus artículos 2.2 y 2.1 establecen el principio de no discriminación, el cual comprende “la obligación a cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Además, en virtud del artículo 26 del PIDCP, todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley y en consecuencia se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley” (OEA 2012: P 2)

En virtud de estas normas se puede interpretar que la Identidad de género se encuentra protegida, y no tan solo está sino que además se pueden agrupar todas las demás discriminaciones relacionadas por orientación sexual, sexo, las cuales quedan protegidas por la frase “Otra condición social”, la cual es mencionada en ambos pactos.

El ordenamiento jurídico chileno actualmente no contempla un mecanismo legal, el cual pueda evitar discriminaciones y así cumplir con los tratados anteriormente mencionados, por lo cual las personas violentadas por este han debido recurrir a estrategias legales, para poder lograr un reconocimiento de su identidad de género, pero esto lo desarrollaremos con mayor precisión en el próximo apartado.

VI.-La identidad de género en el ordenamiento jurídico Chileno.

Al realizar un análisis somero del ordenamiento jurídico, para así lograr un mayor entendimiento de la regulación orgánica de este Derecho, solo se encuentra consagrado o plasmado de una manera literal en la ley 20.609(conocida popularmente como “Ley Zamudio”) en su artículo n°2.

En razón de esto y los vacíos legales existente respecto la identidad de género, se debe realizar un análisis más profundo y sistemático, comenzando por la constitución Chilena y los Derechos fundamentales consagrados en esta, ya sea de forma explícita o implícita, los tratados internacionales consagrados y ratificados por el Estado Chileno, los cuales en virtud de la

misma carta fundamental adquieren un carácter supraconstitucional, lo cual permite hacer aplicable las disposiciones contenidas en estos.

Así se ha podido observar en la **jurisprudencia del tribunal constitucional Colombiano**, en donde desde el año 1995 se ha ido aplicando este concepto, el cual ha adquirido bastante fuerza, lo cual queda plasmado en una serie de sentencias relativas a diversas temáticas. (Uprimmy 2005; Pag2)

De acuerdo a este mismo tribunal, en concordancia con el artículo 93 de la constitución colombiana, este “consagra la preeminencia, superioridad o supremacía de los tratados y convenios internacionales en nuestro orden jurídico interno” (Arango 2004: Pág. 81), pero estos al igual que el ordenamiento jurídico chileno y en razón del proceso de formación de la ley, deben ser ratificados por el poder legislativo respectivo.

Avanzando con el desarrollo del bloque constitucional por parte de la jurisprudencia colombiana, esta Corte ha debido ir ajustando sus fallos “para legitimar el valor de ciertas normas y principios supranacionales que se encuentran incorporados en la Carta y que por lo tanto son parámetros del control de constitucionalidad así como parámetros vinculantes de interpretación de los derechos y deberes protegidos por la norma suprema” (Arango 2004 ; pág. 80), lo cual es plenamente homologable al ordenamiento jurídico chileno.

En este sentido el artículo n°5 de la constitución Chilena se presenta como una limitación al estado, ya sea por los derechos que emanen de la naturaleza como por los tratados internacionales ratificados por este.

Este artículo conduce al denominado “**bloque constitucional**”, el cual “está constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al Derecho Internacional convencional, constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributos que emanan de la dignidad humana, como lo determinan tanto el propio texto fundamental como las fuentes del derecho internacional, principalmente las fuentes convencionales de este último. Basta en este sentido tener presente la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente en estos dos últimos su preámbulo.” (Nogueira 2015).

El artículo n°1 Inciso primero, de la constitución expresa “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, entendiéndose que las personas son un fin en sí mismo, no pudiendo ser utilizadas jamás como un medio. El Estado está al servicio de la persona y encuentra limitada su actuación por los Derechos que consagra el texto en cuestión.

En virtud de esta disposición, el Derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra de una manera implícita, entendiéndose por implícitos, “Un Derecho que no está expresamente consagrado en el ordenamiento, pero que pueden ser inferido de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el Derecho positivo constitucional e internacional” (Nogueira 2003).

El **Derecho al libre desarrollo de la personalidad** se relaciona con “La autodeterminación del ser humano, de la persona, lleva al libre desarrollo de la personalidad, posibilitando el despliegue de sus capacidades psíquicas, morales, sociales, culturales y económicas”. (Nogueira 2007: pág. 248).

Es así que uno de los aspectos relevantes de la personalidad es la identidad sexual, la cual se encuentra íntimamente relacionada con el Derecho aludido anteriormente, el que a su vez es una expresión de la dignidad humana, la cual se encuentra protegida tanto por el ordenamiento jurídico chileno como por tratados internacionales.

Siguiendo a Verónica Undurraga y relacionando este Derecho con la sexualidad, este se encontrará condicionado por la actitud con que se enfrente este fenómeno, estando caracterizado en estos momentos por coexistir dos visiones distintas, por un lado por parte de las “aspiraciones afectivas”, se encuentra una visión optimista considerando el sexo o sexualidad una parte importante del ser, de su personalidad, teniendo por consecuencia un influencia sustancial en el desarrollo libre de la personalidad. (2006: pág. 344)

Pero en cambio, la visión negativa o pesimista está dada por el ordenamiento jurídico mismo, en donde se puede apreciar a través del desarrollo de este una imposición valórica,

religiosa y de ciertas instituciones claramente arbitrarias y machistas. (Undurraga 2006: pág. 344)

Finalmente el **Derecho a la identidad**, entendiéndose este como aquel que tiene “toda persona tiene derecho a obtener una identidad. La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Es la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás”², el cual se puede encasillar en algunas de las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 de la constitución política.

En primer lugar, el artículo 19 número 2 consagra la igualdad ante la ley, el legislador debe realizar un esfuerzo para así superar las diferencias arbitrarias que se pueden generar por la realidad social. En el ordenamiento chileno, no se contempla ningún tipo de mecanismo especializado para que las personas transgéneras puedan modificar su partida de nacimiento, siendo así claramente discriminadas en contraposición con las personas que se encuentran conformes con su identidad de género.

Una interpretación del mismo artículo 19 pero en su número 4, puede llevar a considerar que existe una vulneración grave del Derecho a la vida privada y la honra, ya que en Chile, una serie de documentos reproduce el sexo registral, de modo tal que cada vez que una persona debe exhibir sus documentos de identidad, se ve obligada a explicar el porqué de la disconformidad entre su apariencia y el sexo que registra el documento.

Todo lo anteriormente expuesto, se entiende sin perjuicio de lo explicado en el apartado anterior, respecto de cómo se configura la identidad de género como un Derecho social, el cual se encuentra contemplado en distintos tratados como pactos internacionales, por tanto en virtud del bloque constitucional y además del artículo quinto de la constitución, el estado chileno se ve en la obligación de resguardar y proteger a las personas en esta situación.

VII.-El estado Chileno y la violencia administrativa

² <https://www.humanium.org/es/derecho-identidad/>

El ordenamiento jurídico chileno, como se mencionó anteriormente no contempla un mecanismo adecuado para el reconocimiento correcto de la identidad de género, recurriendo al procedimiento administrativo contemplado en la ley 17.344, el cual define las herramientas o procedimiento para el cambio de nombres y apellidos.

Este procedimiento, al no tener un carácter especial, el servicio de registro civil e identificación exige por ley una resolución favorable del tribunal correspondiente en virtud del artículo n° 2 de la ley mencionada anteriormente, los cuales al no tener un conocimiento adecuado de la problemática han fallado de manera diversa ante situaciones iguales.

Esto se puede apoyar en el informe solicitado por la Comisión Permanente de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, a la Biblioteca del Congreso Nacional, en donde este nos afirma que este procedimiento “ha sido utilizado para pedir el cambio de sexo registral” (BCN 2005: pág. 5), pero como se podrá apreciar ha sido insuficiente, por su poco contenido normativo.

Es correcto entonces utilizar un término conocida en doctrina, el cual es **“violencia administrativa” o “violencia estatal”**, entendida esta como “La actuación del Estado como sujeto de esta forma de violencia, a través de sus funcionarios o de personas que cuentan con su consentimiento o aquiescencia, le confiere extrema gravedad desde los puntos de vista jurídico y ético, y la caracteriza como violación de los derechos humanos” (Vergara 1995: Pág. 2)

Estos procesos al tener una regulación insuficiente, ya sea por ser demasiado general o encontrarse obsoleta, provocan en ciertos sectores de la sociedad actos de violencia que se traducen en claras discriminaciones.

Según Villar Ezcurra, la actividad de la administración hace referencia, ante todo, a los cauces a través de los cuales se manifiestan potestades que le atribuyen al ordenamiento jurídico y que asumen la forma externa de normas, actos o contratos según el esquema tradicionalmente estudiado, en lo que académicamente se conoce como parte general del Derecho administrativo.(1998:pág. 23)

Sintetizando la definición anteriormente entregada, la **actividad administrativa** está compuesta por 3 potestades las cuales responden al cómo, dónde y porqué la administración

despliega su actividad, las cuales son respondidas con la designación de expresiones de títulos, formas y técnicas de intervención.

En primer lugar, título de intervención alude a la justificación jurídica, el decir el porqué de la actividad administrativa. Siguiendo a Villar Ezcurra, este explica que la administración del estado actúa mediante el ejercicio de potestades previamente atribuidas, por una norma de rango suficiente, sin embargo, eso no es suficiente para el aclarar el donde intervenir, allí entra en juego el principio de cobertura constitucional, según el cual la administración del estado deberá intervenir en todas las situaciones en que la constitución política le ordena actuar, aparte de todas las otra donde se encuentra habilitado.

En razón de ello, le corresponde al Estado por mandato constitucional (artículo 1 inc. 2 y 3), la realización de aquellas acciones positivas, de modo tal, de promover las condiciones necesarias para la realización espiritual y material de la sociedad.

El registro civil como órgano del estado, tiene como finalidad principal, el registrar y dar certeza de aquellos actos y hechos relevantes de la persona humana, como lo es la identidad.

Seguidamente se debe dar respuesta al cómo de la intervención administrativa en la vida de los particulares. En este punto doctrinalmente aparecen diferentes actividades que la administración realiza, como lo son las actividades de policía, fomento, servicio público, empresa pública, etc. Villar Ezcurra explica que las formas son referibles a la finalidad específica que se asigna a la administración del estado. (1998:Pág. 24)

Las formas de intervención pueden ser clasificadas, siendo una de estas el mantenimiento del orden público, resaltando en este grupo la función registral.

Esta es una función pública, que tiene como finalidad “registrar los variados aspectos y sectores de la vida humana, por medio de los órganos de la administración pública y a través de sus funcionarios públicos o profesionales habilitados por la administración, la actividad registral tiene como fin principal el procurar por la seguridad jurídica”. (Meilán 2010: Pág 226)

El servicio de registro civil e identificaciones, cual título interventor es la ley orgánica 19.477, en su artículo primero se define como un servicio público funcional descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, teniendo por principal función llevar registro de los hechos constitutivos del estado civil de las personas y por regla general dar publicidad de los actos que afectan al estado civil y aquellos elementos de la personalidad.

En ese sentido, las inscripciones practicadas en los registros se denominan “partidas” (Ramos 2010: Pág. 532), siendo estas la técnica de intervención, las cuales son clasificadas siguiendo el artículo primero de la ley 4808, como partidas de nacimiento, matrimonio, defunciones y demás actos y contratos relativos al estado civil de las personas.

En cuanto a la técnica atingente con el apartado en cuestión, éstas son las partidas de nacimiento, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 28 de la ley 4.808, las cuales deben contener una serie de detalles siendo el más relevante el sexo del recién nacido.

Luego de esta pequeña contextualización de la función administrativa, en Chile no existe un mecanismo oficial para realizar la rectificación de la partida de nacimiento, por tanto las personas que se encuentran ante este vacío legal, utilizan los procedimientos contenidos en dos leyes referentes al servicio de registro civil. Estas son la ley 17.344 que autoriza el cambio de nombre y apellidos en los casos que se indica, complementando esta con la ley n° 4.808 acerca del registro civil.

La ley 17.344 en sus artículos 1,2 y 3 establecen el procedimiento para cambiar el nombre y apellidos. En principio la ley impone causales taxativas que autorizan esa rectificación, las atingentes a este caso son las siguientes:

- A) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente.
- B) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de 5 años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios.

Este se realiza ante un juez, según la ley siendo competente para conocer de esta materia, el juez de letras de mayor o menor cuantía en lo civil del domicilio del peticionario.

Es decir, la persona trans que desea rectificar su partida de nacimiento deberá solicitar al tribunal la gestión, la cual será conocida en un procedimiento no contencioso. El secretario del tribunal deberá publicar dicha solicitud en el diario oficial, la cual contendrá la individualización del solicitante y la indicación de los nombres y apellidos que este pretende usar en reemplazo.

En un plazo de 30 días, cualquier persona que tenga interés podrá oponerse, si no existiera oposición el tribunal procederá al conocimiento de la solicitud, de todas las maneras la ley exige que escuche la dirección general del registro civil e identificación.

El procedimiento anteriormente descrito está siendo utilizado por tribunales de justicia para realizar cambios de nombre a personas transexuales, fundadas en las causales anteriormente mencionadas. Estos criterios han sido adecuados o interpretados en virtud de que la apariencia de una persona transexual no coincide con sus documentos de identificación, provocando el menoscabo moral (causal A), o que el solicitante asume la identidad desde muy temprana edad, adaptando su figura al género que desea, lo que trae consigo la utilización de un nombre diferente al que se le asignó al nacer (causal B) cumpliéndose el plazo establecido por ley.

Pero **el problema** que deja esta regulación es que al no existir una disposición expresa para el cambio de nombre y sexo registral en el caso de personas trans, la decisión termina siendo tomada de manera arbitraria por parte de los tribunales llamados a conocer.

En virtud del informe solicitado por la comisión anteriormente mencionada, uno de los estudios utilizados para elaborar ese informe logró identificar 18 sentencias sobre la materia dictadas entre 2005 y 2009 en los Juzgados Civiles de Santiago. De éstas, 13 (72%) concedieron la solicitud, y sólo en 5 casos (28%) fue rechazada, en donde el criterio imperante fue la operación de reasignación de sexo (en adelante CRS), un requisito exigido por tribunales, no siendo contemplado por la ley. (BCN: pág. 6)

En cuanto a los tribunales de alzada, en específico la corte de apelaciones de Santiago, está en el año 2009 mostró un criterio dispar, ya que en la sentencia Rol 2541-2009 no considero necesario la CRS, argumentado,

[...] resulta evidente para este tribunal que su nombre, como atributo de la personalidad y componente esencial de la identidad de una persona, que determina su relación con la sociedad y que lo distingue frente a los demás, no puede ser uno de carácter masculino, ya que esto impide que el peticionario desarrolle su verdadera personalidad y se desenvuelva frente a los otros conforme a la condición sexual que reconoce para sí mismo y a través de la cual asume su proyección en la vida”.

Pero en el mismo año en curso, resolvió de manera distinta en la Sentencia Rol 2084-2009, ratificando una sentencia de primera instancia de rechazo ,argumentado “ que no se daban los presupuestos establecidos en la ley para el cambio de nombre, pese a que se acreditó que hace más de cinco años la solicitante era conocida por su nombre femenino” (BCN: pág. 8), justificando esta decisión en la falta de una ORS, siendo que la persona había sido conocida por 5 años con un nombre distinto, demostrando una clara inconsistencia con el fallo anterior.

En este sentido, la ley 4.808 del registro civil, en su artículo n°31, establece los requisitos que contendrán las partidas de nacimiento, estableciendo en su inciso final, que el nombre del recién nacido no puede ser equívoco respecto del sexo.

Por tanto, el cambio de nombre autorizado por el tribunal competente traerá consigo la modificación de la partida de nacimiento, puesto que la ley no permite, como se dijo anteriormente, que el sexo no tenga relación con el nombre. Siendo así una interpretación adecuada de las normas en cuestión, que al cambiar el nombre se debiese cambiar el sexo registral, pero existe jurisprudencia que ha fallado de forma distinta, exigiendo ciertos requisitos que no están contemplados en la normativa expuesta.

Al analizar algunos fallos de tribunales superiores, se pueden establecer dos situaciones:

1) Se concede cambio de nombre y sexo registral de maneras conjuntas sin necesidad de cirugía de reasignación genital, esto se visibiliza en las sentencia ROL 43-2012 de la corte de apelaciones de chillan, la cual confirmó el fallo de primera instancia, el cual concedía la solicitud de cambio de nombre, lo que trae como consecuencia el cambio de sexo registral.

En las sentencias ROL 629-2013,3222-2012,204-2012, 7633-2013,597-2013, 9901-2014,12571-2015,12197-2015, todas pronunciadas por la corte de Apelaciones de Santiago, las cuales revocan los fallos de primera instancia que habían rechazado la solicitud de cambio de

nombre, además de un fallo de la corte de apelaciones de Valparaíso ROL 1263-2013, el cual también revocaba una sentencia de primera instancia, por el mismo criterio.

Todas estas sentencias comparten argumentos comunes, estos se relacionan con la forma de entender la relación que existe entre género y sexo biológico. Por ejemplo, en la sentencia ROL 3222-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

SEXTO: Por su parte la jurisprudencia de este ámbito, desde hace ya varios años ha reconocido el derecho de las personas transexuales a la rectificación de la indicación de origen del sexo en la partida de nacimiento, entendiendo que lo que se produce no es una rectificación o un cambio de sexo, pues dicho cambio ya se ha verificado desde el punto de vista psicosocial, asignándosele el sexo que se vive, agregando que no es la intervención quirúrgica la que determina la condición de persona transexual, sino que, al revés, tal intervención quirúrgica habitualmente se efectúa precisamente como consecuencia de la condición de transexualidad previa

Otro argumento común es la correcta relación que debe existir entre el artículo 17 de la ley cambio de nombre y el artículo 31 de la ley del registro civil, esto queda ejemplificado en la Sentencia ROL 629-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

TERCERO: Que, en este escenario, cobra fuerza y vigor la figura jurídica de la ley orgánica del Registro Civil en cuyo artículo 31 indica que no podrá imponerse un nombre”.....equivoco respecto del sexo” todo lo cual conlleva a entender el sexo como elemento dinámico que define a una persona; todavía, el sexo, que no depende de la voluntad, debe entenderse por hechos objetivos y verificables científicamente, precisamente lo ocurrido en estos autos.

Lo anterior concluido, en estrecha relación con el artículo 1, letra a) de la ley N° 17344 que autoriza el cambio de nombre y sexo. Si bien en la norma citada no figura la consignación errada del sexo en la partida de nacimiento, al permitirse el cambio de nombre, necesariamente acarrea el cambio o rectificación del sexo que se consigna en la partida.

2) Se concede el cambio de nombre, pero no así el sexo legal, cuando no ha mediado una cirugía de reasignación genital. Este criterio se establece en las sentencia ROL 2451-2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago, el cual revoca parcialmente un fallo que había rechazado de plano el cambio de nombre y sexo registral.

NOVENO. *Que, con todo, para dar lugar al cambio de sexo en los registros de nacimiento respectivos, parece razonable exigir que el solicitante se someta previamente a una intervención para adecuar sus órganos genitales externos al sexo realmente vivido. En efecto, si bien la decisión adoptada en relación al cambio de nombre supone admitir que el componente psicológico de la sexualidad es determinante para los efectos de definir una verdadera identidad en ese ámbito, no es menos cierto que la presencia de genitales externos diferentes al sexo vivido, constituye un elemento de incerteza que es necesario eliminar, aun cuando resulte altamente improbable que el solicitante pudiese querer retornar a vivir de la manera propia de su sexo originario. Dicha prevención tiene presente, entre otras cosas, aspectos tales como la procreación y las dificultades que pudieren surgir en el caso de una eventual paternidad del solicitante, por afectar fundamentalmente los derechos de un tercero*

Es claro que los tribunales de justicia, al tener criterios diferentes para fallar una situación igual, claramente vulneran garantías básicas como lo es la igualdad ante la ley, violentando directamente a las personas transexuales, dándoles un trato diferente sin ningún tipo de sustento.

Es más en el mismo informe solicitado por la comisión Permanente de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, concluyen “la falta de regulación en la materia, permite afirmar que existe una incertidumbre jurídica significativa, lo que tiende a erosionar el principio de igualdad y no discriminación, en el sentido de que dos casos idénticos, en que sólo varíen los peticionarios, pueden ser resueltos con criterios y resultados opuestos” (BCN: pág. 17)

Esto genera problemas, los cuales se van potenciando unos a otros , generando un círculo vicioso el cual en este caso es conocido como “**círculo de la problemática trans**”.(Alarcón 2012:pag 6), la cual se manifiesta en los siguientes aspectos:

- Para la obtención de un trabajo, al exigirse cédula de identidad, esta debería ser concordante con su identidad social, lo que obviamente no se produce con las personas transexuales.
- Para la modificación de esta, los tribunales de justicia en ocasiones exigen operaciones de reasignación de sexo o modificaciones corporales.
- Estas modificaciones se encuentran en principio cubiertas por el sistema de salud, pero las listas de esperas en ocasiones hacen ilusorias las posibilidades de éstas, por lo cual se deben acceder a ellas de manera particular.

En esta misma línea y siguiendo a Dean Spade, para las personas trans, la clasificación que hace la administración del género y los problemas que produce para quienes son difíciles de clasificar, o son erróneamente clasificados, genera una violencia importante y recorta las oportunidades y expectativas vitales.³(2015: Pág. 148)

En consecuencia, el mismo autor establece que una política transcritica debe analizar como la administración de las normas respecto el género impacta en las vidas de las personas trans y como los sistemas administrativos, en general, son lugares de reproducción e implementación del racismo, xenofobia, sexismo, transfobia y homofobia. Este análisis es básico para formular estrategias de resistencia que pueden intervenir realmente en los males que sufren las personas transexuales, calificando como y cuando la reforma jurídica es útil⁴. (2015: Pág. 142).

De esta manera se puede comenzar a vislumbrar la imperiosa necesidad de la intervención del Derecho en esta materia. Actualmente al no existir un procedimiento administrativo que resuelva la discrepancia entre la apariencia de una persona transexual y sus documentos de identidad.

Está es una de las más importantes expresiones de violencia administrativa, la inexistencia de procedimiento que entregue una solución a personas que están siendo vulneradas en variados aspectos de su vida.

A pesar de haber sido reconocido como un Derecho Humano por amnistía internacional y el observatorio de Derecho Humanos, este ha tenido una consagración lenta y ocasiones dificultosa por parte de los países.

Los estados que lo han consagrado explícitamente, han tomado dos formas de hacerlo. La primera de estas es reconocer la existencia de un tercer sexo, en donde las personas pueden mantener este de forma permanente como en el caso de la India, o esperar que cumplan la mayoría de edad para optar a esta posibilidad como sucede en Dinamarca, también existe el

³ Traducción propia

⁴ Traducción propia

caso de Alemania que permite esta opción para personas menores de edad, los cuales al cumplir la mayoría de edad podrán elegir entre masculino o femenino.

Los países latinoamericanos que cuentan con una ley de identidad de género o alguna que se pueda asimilar a esta, van por otra vía, la cual se refiere a un cambio de la partida de nacimiento, afectando este tanto al nombre y sexo registral.

Estos son Argentina y Colombia, los cuales consagran procedimientos caracterizados por no exigir ningún tipo de certificación psiquiátrica o de índole parecida, estos inician con una solicitud ante el ministro de fe respectivo, el cual procederá a notificar de plano al registro civil (caso argentino).

Además habilitan a que menores de edad puedan acceder a la rectificación de estas, pero estos deberán ser efectuadas a través de sus representantes legales y en caso de conflictos con estos, un juez deberá resolverlo.

Esto presenta una serie de posibilidades para que el estado chileno se haga cargo de una manera responsable de la situación desmejorada que viven estas personas, lo cual se ha materializado en un proyecto de ley que será analizado en el siguiente apartado.

VIII.-Proyecto de identidad de género

En la actualidad el Estado Chileno está viviendo una transformación y consagración paulatina y en ocasiones deficiente de ciertos Derechos sociales básicos, como lo fueron el acuerdo de unión civil promulgado a través de la ley n°20830 publicado el 21 de abril del año 2015, el cual tiene por objeto terminar con diferencias entre parejas heterosexuales y homosexuales, pero aún más que nada regulando ciertas situaciones patrimoniales que se podrían suscitar entre los convivientes civiles.

Siguiendo a Fabiola Lathrop, esta nueva forma de regular las relaciones familiares tendría una serie de defectos, siendo de las más relevantes la presunción de paternidad contenida en el artículo 184 del código civil chileno (2015: pag 11), la cual como se menciona anteriormente es una institución claramente machista, limitante de las libertades personales de las mujeres.

Se promulgo además la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, conocida popularmente como “ley de aborto” (Ley 21030), la cual viene a reivindicar en cierta medida los Derechos reproductivos de las mujeres, que a pesar de tener causales taxativas y bastantes restrictivas se pueden considerar como un pequeño avance en esta lucha.

El día 7 de mayo del 2013 un conjunto de Senadores presentan un proyecto de ley, el cual tiene por objetivo el reconocimiento y protección al derecho a la identidad de género, radicado inicialmente en la comisión de derechos humanos, nacionalidad y ciudadanía del Senado, teniendo por número de boletín el 8924-07.

Actualmente y luego de una tramitación lenta por la comisión anteriormente mencionada, en donde se le realizaron una serie de indicaciones, se encuentra en el segundo trámite legislativo, encontrándose radicado en la cámara de diputados.

El **análisis** que se realizará será en base al proyecto original presentado, sin considerar las indicaciones que han hecho mutar y cambiado el sentido original de este, modificando una serie de artículos que se consideran como primordiales y totalmente necesarios.

El proyecto (en adelante PIG) original se encuentra compuesto por una sección introductoria en donde se pueden encontrar los fundamentos del proyecto, objetivos y propósitos. Posteriormente se encuentran los once artículos que vienen a regular la rectificación de la partida de nacimiento (en adelante RPN), finalizando este con una disposición transitoria.

El principal propósito del proyecto, como este mismo lo afirma es “terminar con las situaciones de discriminación y exclusión que afectan a muchas personas en Chile, por la imposibilidad de manifestar abiertamente vivir conforme con su identidad de género, en los casos que existe incongruencia entre el sexo asignado registralmente, el nombre y la apariencia y vivencia personal del cuerpo”.

Esto muestra que la Identidad de género tiene “vocación de externalización” (Del rio y Verbal 2015: pág. 186), es decir sobrepasa la psiquis humana y relacionándose con la expresión

de género, la cual se manifiesta a través de la vestimenta, modales, formas de comunicarse, entre otras, en donde se terminan manifestando las conductas discriminatorias.

El **artículo primero** del PIG, se encuentra dividido en dos incisos, recogiendo en el primero el reconocimiento de tres Derechos a) el reconocimiento de la identidad de género y la protección de esta, b) Al libre desarrollo de la persona, en relación con su identidad de género y c) El ser tratada conforme a su identidad de género, resaltando los documentos públicos y cualquier registro oficial.

En su segundo inciso, resalta el propósito de la ley de velar por respetar el Derecho a la Identidad de género, en donde la dictación de normas y el funcionamiento administrativo deben estar orientados al acceso de este.

El **segundo artículo** recoge una definición utilizada al inicio de esta investigación, la utilizada en los principios de Yogyakarta, por tanto no realiza una mayor innovación en la regulación de este derecho. Pero al final de este artículo se encuentra un avance significativo, el cual viene a salvar en parte los problemas contenidos en la regulación aplicada anteriormente, dando la posibilidad al requirente de no haber modificado su apariencia a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole.

En este punto el Estado Chileno realiza un gran avance, pasando de compeler a la población trans a modificaciones corporales, evitando traumatizar a estas personas ante tratamientos llevados en ocasiones por profesionales “desinformados, parciales y en ocasiones patentemente groseros con sus pacientes, por ejemplo dirigiéndose a ellos en el género no elegido” (Hammarberg 2010;pag17).

Los **artículos tercero y cuarto** expresan que toda persona podrá solicitar solo una vez la rectificación de la partida de nacimiento), en donde será suficiente ofrecer prueba sumaria de testigos. Finalizando el artículo cuarto, se reitera la prohibición del órgano correspondiente a solicitar informes médicos, psiquiátricos o quirúrgicos para probar la identidad de género.

Al avanzar en el PIG, el **artículo quinto** presenta un avance en cuanto al órgano que conocerá de la solicitud, el cual de forma excepcional y solo en trámites relacionados con modificación por Identidad de género, siendo los tribunales de familia, entendiéndose que estos tendrían una mayor especialización.

En comparación con leyes que regulan el mismo Derecho en el continente americano, el estado Chileno es el único que judicializa la RPN, resaltando a Colombia en donde la rectificación se realiza a través de un notario o ministro de fe (Decreto 1690/2015 del ministerio de Justicia), teniendo también la ley Argentina en la cual solo se recurriría a un tribunal en caso de rechazo por parte de los padres o cuidadores legales de un Niño, niña o adolescente (en adelante NNA), pero en principio esta es conocida por un funcionario de su respectivo registro nacional de personas.

Por tanto no solo llama la atención, la judicialización de la RPN, a pesar de cambiar la competencia del tribunal competente y estableciendo algunos límites, parece por lo bajo innecesaria la participación de este órgano.

Respecto de la tramitación de la respectiva solicitud regulada en el **artículo sexto**, está regulada en este y artículo séptimo del PIG, otorgando un plazo de 60 días para la dictación de la sentencia, la cual deberá ser presentada ante el servicio de registro civil e identificación el cual tendrá la tarea de modificar los documentos respectivos. Lo relevante de estos artículos es la posibilidad de oposición por parte de un tercero, estando contenida esta en el inciso tercero del artículo sexto.

La posibilidad de oposición es una institución relativamente nueva en nuestro continente, no encontrándose recogida en las dos leyes de los países anteriormente mencionados (en el caso de la ley argentina la oposición podría solo ser realizada por los padres o cuidadores legales del NNA que recurra al procedimiento).

Esta opción que se da un tercero para oponerse a la modificación de la partida de nacimiento, nace en el posible interés que pueden tener estos o familiares, teniendo esta relación principalmente con la vocación de externalización de la identidad de género, basándose en que 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 es exteriorizada” (Espejo y Lathrop 2015: pág. 397).

Lo relevante ante esto es verificar hasta qué punto los intereses de un tercero pueden limitar un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la primera causal que se contempla, las expresiones “perjuicio”, “directo o indirecto” “moral o patrimonial”, pueden conllevar una serie de problemáticas, las cuales en virtud del papel que ejerce el juez y a pesar del cambio de competencia del tribunal, pueden provocar una privación injustificada del Derecho.

La privación anticipada e injustificada de este, carece totalmente de razón, justificándose en la protección de intereses hipotéticos o eventuales, enfrentado restricciones abiertamente desproporcionadas e ilegítimas, puesto que no se basan en una ponderación en el caso concreto, debiendo desecharse las disposiciones paternalistas que contiene el proyecto en cuestión (ídem).

Avanzando con el análisis del proyecto, los siguientes artículos se refieren a la sentencia dictada por el tribunal y las posteriores inscripciones que se deben realizar de estas, siguiendo con los efectos que produce la sentencia señalando en el inciso segundo del artículo octavo “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”.

Con la simple lectura del inciso, podemos advertir una serie de problemáticas que generaría este artículo vinculándose principalmente con el Derecho de Familia, siendo las principales: El matrimonio y las relaciones filiales.

Respecto al matrimonio, este actualmente no puede ser celebrado entre personas del mismo sexo, por tanto al rectificar la partida de nacimiento existiría un matrimonio sexual sobreviviente, por tanto y en virtud de la ley de matrimonio civil podría ser declarado nulo.

Este en caso de que la persona RPN, quedaría con un sexo registral al igual que su cónyuge, por tanto este matrimonio padecería un vicio de nulidad respecto de la ley de matrimonio civil.

La problemática acá se produce cuando los cónyuges no tienen interés en disolver este vínculo, pasando a ser una imposición del Estado ya que en la

actualidad el estado chileno no contempla una regulación respecto del matrimonio igualitario y tampoco prevé la situación que se generaría con la RPN.

Es decir el Estado regula y evita actos discriminatorios contra personas transexuales o transgéneras, pero no regula las consecuencias que los dejarían en una indefensión ante un Derecho de familia totalmente machista y patriarcal.

Siguiendo con estas problemáticas, en cuanto a las consecuencias que la RPN podría generar en las relaciones de filiación, distinguiendo dos tipos: Las originadas con anterioridad a la rectificación y las posteriores a esta.

En relación con las originadas con anterioridad al reconcomiendo de identidad de género, los hijos ya nacidos de la persona a la cual se le reconoce la identidad de género, figurarían con dos padres o madres, dependiendo del caso en cuestión.

Los hijos de personas a las cuales se les reconoció su identidad de género con anterioridad a su nacimiento o adopción, entrarían en una problemática mayor, entendiendo que estas no podrían tener un acta en que refleje sus padres/madres que ejerzan las funciones parentales, conflictuando con el cuidado personal de los NNA y la obligación de alimentos, ya que no podrían inscribirse como padres de estos.

Ante estas situaciones, el desafío para el legislador se vuelve mayor, debiendo adecuar todo el ordenamiento jurídico en base a estas nuevas situaciones que se producirán, debiendo adecuar el concepto de familia imperante en la legislación actual, reconociendo el rol fundamental que tiene esta institución y los distintos tipos que existen, en contraposición del “modelo único e ideal de familia” que se intenta mantener. (Mercer, Szulik, Carlota y Molina 2008: pag 41)

Además este debe mantener un respeto en cuanto a la identidad de los NNA fruto de estas relaciones, los cuales verán vulnerados este derecho por un estado insuficiente, restringiendo de manera indirecta el ser cuidados por sus padres y en concreto un reconocimiento efectivo por parte de estos.

Finalizando el análisis del PIG, los artículos finales contemplan la prohibición de organismos tanto públicos como privados de atención, trato irrespetuoso en razón de identidad de género. El artículo 10 sigue con una cláusula de confidencialidad respecto de documentos anteriores a la rectificación de la partida de nacimiento.

En tanto el artículo 11, consagra un Derecho fundamental relacionado con el acceso a la salud, pudiendo solicitar atención médica ya sea para tratamientos hormonales o cirugías de reasignación de sexo, bastando solo la solicitud de esta.

El único artículo transitorio, viene a salvar la incertidumbre jurídica vivida por personas en donde fue modificado su nombre en razón de su identidad de género, pero no así su sexo registral, podrán solicitar la rectificación de esta en única oportunidad.

IX.- Regulación NNA

A pesar de que el PIG contempla que cualquier persona puede solicitar la rectificación de su partida nacimiento, este no consagra de manera expresa la situación de NNA, dejándolos en una situación de incertidumbre por así decirlo, sin tener ningún tipo de regulación específica.

La reivindicación de Derechos por parte del colectivo LGBTI, se ha realizado de manera paulatina en el mundo, no contemplando de manera particular la situación de NNA transexuales, dado que las mismas reivindicaciones del colectivo se integraron en principio en las del colectivo LGBTI (Alventosa 2016:pag156)

La invisibilización de NNA transgéneros, se debe principalmente a que “son vistos como problemáticos porque cuestionan una imagen que entiende a los niños como seres moldeables por los adultos, no cómo sujetos que pueden cuestionar también los parámetros sociales” (De toro 2015: pág. 112).

Estos amenazan y rompen un modelo binario que está enraizado a la sociedad, además de mostrarse como sujetos en donde la sexualidad es totalmente relevante, quebrando un sistema totalmente paternalista y sobreprotector.

A pesar de ser un tema que no genera mayor interés por parte discursos sociales, es de total relevancia, existiendo incertidumbre por la falta de estudios realizados a este sector de la población, en donde lo más probable es que exista un alto índice de discriminación y violencia.

En España, la transexualidad es el segundo motivo de discriminación y según los resultados obtenidos por el observatorio de personas trans asesinadas, 10 asesinatos de un total de 1509 habían sido cometidos en ese país. (Alventosa 2016: Pag158)

La construcción normativa del Derecho a la identidad por parte de los niños se debe realizar en virtud de normativa internacional, logrando un resultado a través de los artículos octavo y séptimo de la convención de los Derechos del niño, los cuales conforman el Derecho anteriormente mencionado. (Espejo y Lathrop 2015: pág. 404).

En consecuencia y volviendo a lo expuesto anteriormente, el Derecho a la identidad no se encuentra consagrado de manera explícita en el ordenamiento chileno, por lo cual se debe recurrir al bloque de constitucionalidad y en específico a los tratados ratificados por este estado. Este proceso debe realizarse al igual que con las personas adultas, no teniendo ningún tipo de diferencia sustantiva con los NNA.

El principio del Interés superior del NNA, este ha ido en una evolución concibiéndose en la actualidad como una “priorización de Derechos” (Espejo y Lathrop 2015: pag 406), es decir, se abandona la anterior concepción acerca de que era lo que consideraba la justicia en cada caso, avanzando a concretización de la aplicación de este Derecho.

Este debe ser entendido también y siguiendo la última recapitulación realizada por el comité de Derechos del niño, como un derecho sustantivo surgiendo una obligación correlativa del estado, de garantizar que este se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente. También como un principio jurídico interpretativo, velando que todas las

decisiones independiente de su naturaleza (legislativa, administrativa o judicial), haya tenido presente a este con una consideración primordial. Finalmente desde una perspectiva normativa procedimental, debe haber sido considerado. (Ídem)

La identidad de los NNA, como se menciona es una construcción normativa indirecta que se realiza, pero se debe entender a esta comprendida por una serie de elementos, yendo más allá de los elementos básicos conocidos por la generalidad de personas, si no que se debe integrar factores relacionados con su historia personal, resaltando la identidad de género y la orientación sexual. (Unicef 2015)

Los NNA “por su falta de madurez física y mental necesitan protección y cuidados especiales que, por cierto, son titulares de los mismo Derechos que adultos, con las precisiones que corresponden a su desarrollo y crecimiento” (Gauche 2016: pág. 2). Es decir a pesar de no tener un desarrollo completo de sus capacidades, estos deben ser considerados en la toma de decisiones que puedan afectarlos.

Es totalmente relevante entonces, el reconocimiento de la identidad de género, inclusive diversos estudios han puesto en relieve que la condición de transexual puede surgir a partir del nacimiento y el proceso de diagnóstico es largo, por tanto de puede producir en diferentes momentos (Becerra-Fernández A et al 2010: pág. 166).

Acá entra en juego la libertad expresión, consagrado tanto en tratados internacionales como en la misma constitución Chilena, pero esta declaración no debe ser vacía, si no que el Estado “tiene la obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones de los NNA” (Espejo y Lathrop: pág. 408)

Los NNA son sujetos de Derechos y no meros objetos de protección, siguiendo a Couso “esto es contribuir a consolidar una cultura de los derechos del niño en que ellos sean considerados como sujetos de derechos y no como objetos de protección. Ello implica la implementación de acciones que protejan sus derechos, pero también el desarrollo de acciones que incrementen el conocimiento y valorización que los niños y niñas tienen de sus derechos y espacios y oportunidades para que puedan ejercerlos” (2006: pág. 123).

Esto se relaciona con la facultad de los padres de entregar dirección y orientación a estos, la cual puede volverse contraria a una construcción correcta de la identidad de género de los NNA. Teniendo estos una tarea complementaria respecto el progresivo desarrollo de los sujetos, debiendo velar por que esta se encuentre concorde con la autonomía en desarrollo.

Sirve para salvar las posibles complicaciones que pudiesen generar una oposición por parte de los padres o tutores legales seguir el modelo argentino, en donde se otorga un abogado a los NNA que recurran a este procedimiento, en donde solo en el caso de que exista oposición por parte de los padres o tutores legales se procederá a un proceso, el cual tendrá por objetivo resguardar el reconocimiento y posterior rectificación de la partida de nacimiento del NNA.

Es por esto, que es fundamental el reconocimiento expreso de la titularidad de acceder a este derecho por parte de NNA, entendiendo que la sexualidad no es solo un proceso biológico, si no que todo lo contrario es una conjugación de lo psicológico, social y biológico. (Gauche 2016:pag9)

Un procedimiento respetuoso de los derechos de los sujetos en cuestión, debe considerad los siguientes puntos:

- Todos los NNA deben ser titulares de la posibilidad de acceder a la rectificación de su partida de nacimiento, no teniendo sentido discriminaciones arbitrarias e injustificadas, basadas en una distinción entre adultos y NNA .
- El acceso al procedimiento no debe estar sujeto a una determinada edad, entendiendo que el desarrollo de los NNA, difiere entre unos y otros, debiendo existir criterios para determinar la madurez.
- En caso de que está no sea suficiente, existirá la opción de que la solicitud sea presentada por sus padres o cuidadores personales.
- Existiendo oposición por parte de los padres o tutores legales, parece correcto utilizar la opción que contempla la ley argentina, de judicializar el procedimiento

(entendiendo que este debiese ser solo administrativo), debiendo el Estado entregar la asesoría jurídica al NNA.

El legislador contempla una única posibilidad de acceder a la rectificación a la partida de nacimiento, por tanto en caso de los NNA se debe tener especial cuidado con este punto, procurando no generar situaciones erróneas permanentes cuando estas sean evitables.

Es por esto que no se debe limitar la posibilidad de revisión por parte de un NNA, que haya modificado su partida de nacimiento, entiendo que estos tienen un desarrollo dinámico de su autonomía de la voluntad, por consecuencia el legislador no debe crear barreras innecesarias o límites injustificados, velando siempre por la máxima realización y desarrollo de la persona.

Conclusiones

La identidad de género difiere de términos que se suelen asociar a esta, como lo son el sexo biológico o la orientación sexual, conceptos explicados anteriormente y definidos de acuerdo a normativa internacional.

Durante el desarrollo de la humanidad las distinciones por género (femenino/masculino), han influenciado y fomentado la discriminación hacia ciertos sectores de la población, manteniendo una sociedad machista y patriarcal.

Estas distinciones se basan en distintos criterios o argumentos, los cuales son: El determinismo biológico, la categorización de géneros y la dicotomía entre lo público y privado. Todos estos vienen a reforzar la relegación de la mujer a aspectos domésticos, privándola de la posibilidad de empoderamiento y reconocimiento de derechos básicos.

El feminismo viene a contribuir con la opresión que ha vivido la mujer por años, además de aportar con un concepto de género, el cual ayudará con la posterior construcción de la identidad de género. El concepto entregado por este movimiento se entiende relacionado “al carácter social y cultural del proceso por el que se atribuyen características y significados diferenciados y jerarquizados a mujeres y hombres, constituyendo estereotipos que varían geográfica y temporalmente, sobre lo que es y debe representar nacer varón o mujer” (Montero 2006), resalta en este la naturaleza social y cultural del género, visto como herramienta de opresión utilizada por los hombres.

El Derecho como fenómeno regulador de las relaciones sociales y al estar fuertemente impregnado por influencias machistas, debe ser crítico de las instituciones que mantiene y la realidad social que regula. En palabras de Deborah Daich “En nuestras sociedades, el derecho

es un discurso social muy poderoso que, como construcción cultural, interviene en la construcción de la realidad social.”(2006).

Este al estar construido desde una perspectiva totalmente binaria e impregnada de instituciones machistas, mantiene una situación hacia personas distintas de hombres e inclusive es discriminatorio entre estos mismos.

La Identidad de género se construye como un derecho social, desde una perspectiva jurídica internacional, siendo reconocida a través del derecho a la identidad, considerándola como un aspecto importante en el individuo, pudiendo así exigir el resguardo por parte del Estado.

Actualmente en el ordenamiento Jurídico chileno, no existe una mayor referencia respecto a esta, solo pudiendo encontrarse como categoría de discriminación en la ley 20609.

Es por esto que en virtud del bloque de constitucionalidad, entendiendo este como aquel que “tiene como elementos integrantes en América Latina solo enunciados materialmente constitucionales referentes a la Constitución de los derechos, vale decir, solo y únicamente a atributos y garantías de los derechos fundamentales. Tales derechos se encuentran asegurados por diversas fuentes: la Constitución y el derecho internacional” (Nogueira2015), se puede integrar el derecho a la identidad al ordenamiento jurídico chileno, logrando así exigir su protección.

La ley 17.344 es el procedimiento oficial para la rectificación de la partida de nacimiento en la actualidad, pero conlleva una serie de defectos al no tener un carácter de especialidad, por tanto somete a un procedimiento arbitrario y discriminatorio a las personas trans que recurren a él (BCN 2005: pág 5).

Este mecanismo contempla que el juzgado de letras respectivo deberá resolver la solicitud, los cuales han tenido diferentes fallos ante situaciones análogas exigiendo a las personas haberse sometido a una operación de reasignación de sexo.

Esto genera el “circulo de problemática trans” (Alarcón 2012: pag 6), el cual afecta tanto en aspectos laborales, salud, educación, entre otros los cuales se originan por la incongruencia que existe entre los documentos de identidad y la apariencia física de la persona.

El proyecto de ley en cuestión es insuficiente a pesar de tener grandes avances en cuanto al reconocimiento de la identidad de género, tiene una serie de falencias en cuanto a la regulación específica de la rectificación de la partida de nacimiento de las personas trans.

Como mejoras se puede observar que la omisión del requisito de la cirugía de reasignación de sexo a estas personas, sometiéndolos a procedimientos vejatorios ante profesionales sin experiencia psicológica para atender a estos pacientes (Hammarberg 2010: pag 17).

Además en el artículo transitorio que tiene el proyecto, viene a salvar las disconformidades generadas con el proceso anterior, en personas que les fue rectificado el nombre pero no así el sexo registral.

Los defectos comienzan con la judicialización de la solicitud, la cual es totalmente innecesaria, en virtud de la tramitación que se realiza de este procedimiento es irrelevante la intervención de los tribunales, a pesar del cambio de competencia que se ha realizado, a comparación de los procedimientos Colombiano y argentino (en este caso solo se produce por la oposición de los padres o cuidadores personales.

Existe también la opción de oposición por parte de un tercero que tenga “interés” en la rectificación, entendiéndola discriminatoria la privación anticipada e injustificada de este derecho, lo cual podrá generar situaciones dilatorias ante una solicitud totalmente fundada.

Respecto la inscripción de esta y la no modificación de la titularidad y obligaciones jurídicas que haya tenido la persona con anterioridad a la solicitud, resaltando sobre todo las respectivas al Derecho de Familia, entrando en pugna con la institución del matrimonio y el reconocimiento y cuidado personal de los hijos que puede haber tenido el sujeto (Espejo y Lathrop 2015: pag 399-411).

La gran deuda que tiene el proyecto es respecto de los NNA, los cuales se podrían integrar en los titulares de esta opción, pero no son contemplados de manera expresa, además de que el proceso regulado en cuestión parece incompatible con la calidad de estos.

Estos al igual que los adultos, son sujetos de Derecho no entiendo entonces la omisión de la cual fueron víctimas en el presente proyecto, aplicando eso si la normativa a la luz de su falta de madurez y mental reconociendo la titularidad de estos. (Gauche 2016:pág. 2)

Los padres o cuidadores legales deben dirigir la directriz que tienen sobre estos de acuerdo a un criterio de potenciar sus características, no mermando o dificultando el acceso a este derecho.

Es por esto que la regulación en estos casos se vuelve totalmente necesaria, resaltando que la condición de transexualidad se puede dar a partir del nacimiento y por tanto es fundamental el apoyo por parte de los padres, para evitar situaciones futuras en donde el NNA se encuentre en una situación desmejorada frente a sus pares (Becerra-Fernández a et al2010: pag 166).

Al integrar a los NNA, este debe además debe considerar la posibilidad de reversibilidad de la rectificación, no estableciendo un límite de edad para la realización de esta atendiendo que la madurez de estos se da en distintos tiempos, siendo cada sujeto distinto de otro.

Es por esto que el proyecto debe ser reformado en su totalidad, previendo todas las situaciones descritas anteriormente, subsanando los defectos que sufre evitando caer en situaciones desmejoradas en el mismo colectivo.

Bibliografía.

-Oficina del Alto Comisionado para América del Sur, ONU (2013): Orientación sexual e identidad de género en el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

-Comisión interamericana de los Derechos Humanos (2012): Orientación sexual, Identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes.

- Biblioteca del Congreso Nacional (2005): Cambio de sexo registral en Chile: procedimiento legal y jurisprudencia.

- Abramovich, V. y Courtis, C. 2004. Los derechos sociales como derechos exigibles. 2º ed. Madrid, Editorial Trotta.

-Alarcón, Carol (2012): Tratamiento de la transexualidad en el campo jurídico Chileno. Universidad de Concepción. Disponible en <https://www.iguales.cl/wp-content/uploads/2012/10/Tratamiento-de-la-Transexualidad-Chile.pdf> Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017.

- Alonso, Jorge (2004): El derecho de la mujer al voto. En Revista de Estudios de Género. La ventana, núm. 19, 2004. Universidad de Guadalajara, México.

-Alventosa del Río, Josefina (2016): Menores transexuales. Su protección jurídica en la constitución y legislación española. En revista española de Derecho Constitucional, 107. Disponible en <https://recyt.fecyt.es//index.php/REDCons/article/view/51630> Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017.

-Arango, Mónica (2004): El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Editorial Universidad Ecesi. Disponible en

<http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf> Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017.

-Bastías, Manuel (2015): Intervención del Estado y derechos sociales. Transformaciones en el pensamiento jurídico chileno en la era de la cuestión social, 1880-1925. En HISTORIA N° 48, vol. i, enero-junio 2015. Instituto de Historia Pontificia Universidad Católica de Chile. Chile

-Becerra-Fernández, Antonio; Lucio-Pérez, M. Jesús; Rodríguez-Molina, José Miguel; Asenjo-Araque, Nuria; Pérez-López, Gilberto; Frenzi Rabito, María; Menacho Román, Miriam (2010): Transexualidad y adolescencia, en Revista internacional de Andrología, Vol.8 Núm.4. Octubre 2010. Disponible en <http://www.elsevier.es/es-revista-revista-internacional-andrologia-262-articulo-transexualidad-adolescencia-X1698031X10010862> Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017.

-Beltrán, Elena; Maquieira, Virginia; Álvarez, Silvana; Sánchez, Cristina (2008): “Feminismos, Debates teóricos contemporáneos”, Alianza editorial, Madrid, España.

- Buthler, Judith (2006): “*Deshacer el Género*”, Editorial Paidós, Barcelona.

-Daich, Deborah (2006): De las normas jurídicas a las relaciones sociales. Historia de un conflicto familiar. En Intersecciones en antropología. n.7 Olavarría ene./dic. 2006. Argentina. Disponible en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-373X2006000100023 . Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017

-Del rio, Sebastián y Verbal, Valentina (2015): El proyecto de ley de identidad de género. Una aproximación a sus disposiciones y fundamentos. En Escritos sobre psicología y sociedad, Universidad de Chile, Volumen 1, Numero 07. Disponible en <http://revistafacso.uceval.cl/index.php/liminales/article/view/176/172> . Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017

-De toro, Ximena (2015): Niños y niñas transgéneros: ¿nacidos en el cuerpo equivocado o en una sociedad equivocada?, En Revista Punto Género N° 5. Disponible en <http://www.revistapuntogenero.uchile.cl/index.php/RPG/article/view/37666/39325> Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017.

- Díaz de Valdés, José Manuel (2013): ¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación? En Revista ACTUALIDAD JURÍDICA N° 28 - Julio 2013 Universidad del Desarrollo. Chile.

-Errazuriz Tagle, Javiera (2005): Discursos en torno al sufragio femenino en Chile 1865-1949. En Historia No 38, Vol. II, julio-diciembre 2005. Instituto de Historia Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-71942005000200002&lng=es&nrm=iso . Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017

-Facio, Alda; Fries, Lorena (2005): “Feminismo, género y patriarcado”, en Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, Año 3, número 6. Disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf. Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017

-Hammarberg, Thomas (2010): “Derechos Humanos e identidad de género”, En Transrespeto versus transfobia en el mundo (TvI), Vol. 1. Disponible en http://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg_es.pdf . Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017.

-Hernández Guanche, Violeta (2009): “INTERSEXUALIDAD Y PRÁCTICAS CIENTÍFICAS: ¿CIENCIA O FICCIÓN?”. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas, vol. 8, núm. 1, 2009. Universidad de Santiago de Compostela Santiago de Compostela, España. Disponible en <http://www.redalyc.org/html/380/38011446008/> . Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017

-Lamas, Marta (1986): “La antropología feminista y la categoría de género” en Nueva Antropología, vol. VIII, 1986, México. Disponible en

<http://www.redalyc.org/pdf/159/15903009.pdf>. Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017

-Lathrop, Fabiola (2015): “Acuerdo de unión civil: Regulación y problemas prácticos”, en Descripción y problemas prácticos Ley N° 20.830, Academia Judicial. Disponible en http://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/Ley_20830_Introd.pdf . Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017

-Martín, Aurelia(2006): “*Antropología del género : culturas, mitos y estereotipos sexuales*“.Eds. Cátedra, Madrid.

-Meilan, José Luis (2010): Administración pública y función registral. En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2010. . Disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/8309f> Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017.

-Mercer, Raúl; Szulik, Dalia; Carlota, María; Molina, Helia (2008): De derecho a la Identidad al derecho a las identidades. Un acercamiento conceptual al género y el desarrollo temprano en la infancia. En Revista Chilena de Pediatría Vol. 79. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v79s1/art07.pdf> Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017.

-Montero, Justa (2006): Feminismo: un movimiento crítico. En Psychosocial Intervention vol.15 no.2 Madrid 2006. Disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592006000200004 Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017.

-Nogueira, Humberto (2003): Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia. En Revista Ius et Praxis v.9 n., año 3 Talca.

- Nogueira, Humberto (2007): El Derecho a la propia imagen como Derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. En Revista Ius Et Praxis, año 13 n°2. Talca

-Nogueira, Humberto (2015):"El bloque constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y jurisprudencia. En Estudios constitucionales vol.13 no.2 Santiago 2015.

- Pisarello, Gerardo(2007). "*Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*". Editorial Trotta, Madrid.

-Ramos, René: Derecho de familia. Editorial Jurídica Chilena, Vol. 2, año 2010.

- Rey, Fernando (2005):"*Homosexualidad y Constitución*". Revista Española de Derecho Constitucional (nueva época) N° 73, Madrid.

- Russell, Bertrand (2004):" *La educación y el orden social*". EDHASA, Barcelona.

- Salazar, Octavio (2012). "*El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva y sexual*". En: Revista de Estudios Políticos (nueva época). N° 157.

- Salazar, Octavio (2015). "*La identidad de género como derecho emergente*". En: Revista de Estudios Políticos (nueva época), N° 169, Madrid.

-Spade, dean (2015): Normal Life.

-Undurraga, Verónica (2006): Cultura y diversidad de formas de vidas: Homosexualidad. Ponencia foro "Cultura y diversidad de formas de vida", realizado el 25 de agosto de 2005, en el marco del seminario "El Chile que viene IV" organizado por el Centro de Estudios Públicos y Expansiva. Santiago.

- *Uprimmy* , Rodrigo. (2005) *El bloque de Constitucionalidad en Colombia*. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Disponible en https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017

- Vergara , José Antonio (1995): Violencia de Estado y derechos humanos: Una epidemiología pendiente .Ponencia presentada en el Primer Congreso Latinoamericano de Epidemiología, realizado entre el 24 y 28 de abril de 1995 en Salvador, Bahía, Brasil. Disponible en <http://www.cintras.org/textos/reflexion/r24/epidemiologia.pdf> Fecha última consulta: 19 de Diciembre del 2017

-Villar, José Luis (1998): Objeto del Recurso Contencioso Administrativo. Capítulo Primero. Actividad administrativa impugnada. En Revista española de derecho administrativo, N° 100, Año 1998.

-Wilton, Tasmill(2005):” *(Des)orientación sexual : género, sexo, deseo y auto modelación*” Bellaterra, Barcelona.

Jurisprudencia

Corte de apelaciones de Santiago

- ROL 2541-2009 Año 2009, Revoca sentencia primera instancia.
- ROL 2084-2009 Año 2009, Ratifica sentencia primera instancia.
- ROL 629-2013 Año 2013, Revoca sentencia primera instancia.
- ROL 3222-2012 Año 2012, Revoca sentencia primera instancia.
- ROL 204-2012 Año 2012, Revoca sentencia primera instancia.
- ROL 629-2013 Año 2013, Revoca sentencia primera instancia.
- ROL 7633-2013 Año 2013, Revoca sentencia primera instancia.
- ROL 597-2013 Año 2013, Revoca sentencia primera instancia.
- ROL 2451-2014 Año 2014, Revoca sentencia primera instancia.
- ROL 9901-2014 Año 2014, Revoca sentencia primera instancia.
- ROL 12571-2015 Año 2015, Revoca sentencia primera instancia.
- ROL 12197-2015 Año 2015, Revoca sentencia primera instancia.

Corte Apelaciones de Valparaíso

- ROL 1263-2013 Año 2013, Revoca sentencia primera instancia.