

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

#1802
Edición

MIRADA POLITICA

FEBRERO
2018

IDENTIDAD DE GÉNERO:

LA ÚLTIMA BATALLA IDEOLÓGICA DEL GOBIERNO



Foto: www.t13.cl

I. CONTEXTO

Luego de más de 4 años desde su ingreso al Congreso, el pasado martes 23 de enero, la Sala de la Cámara de Diputados despachó en segundo trámite constitucional el proyecto de ley que reconoce y da protección a la identidad de género. El proyecto tiene por objeto permitir que una persona, cuyo sexo biológico es incongruente con su identidad de género, pueda cambiar su sexo y nombre. El presente documento, que analiza el estado del proyecto luego de su trámite en la Cámara, busca dar cuenta de las discusiones más importantes y los efectos jurídicos -muchos de ellos problemáticos a nuestro juicio- de perseverar con una legislación como la propuesta.

1) En relación a la definición de identidad de género

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

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

2) Se introdujo el concepto de “expresión de género”

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

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

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

La comisión de Derechos Humanos de la Cámara, agregó una serie de principios que no provienen de un cuerpo legal o tratado internacional en particular y cuyo contenido po-

dría generar los problemas que se especificarán más abajo. Dichos principios son:

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

Específicamente, podemos observar lo siguiente:

- **Principio de no patologización:** el principio busca que la diferencia entre el género biológico y social no sea considerado ni tratado como una patología. Esto generó una fuerte discusión en la comisión puesto que el principio, a priori, dejaría fuera la exigencia de toda presentación de antecedentes médicos. Como se verá en el siguiente punto, esto generaba una contradicción en lo relativo a la identidad de género en menores de edad.

Finalmente, el principio fue aprobado al igual que la presentación de certificados médicos como exigencia para presentar la solicitud de rectificación pero únicamente para el caso de los menores de edad eliminándose la evaluación médica exigida para mayores de 18 años.

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

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

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

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

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

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

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



Foto: www.radio.uchile.cl

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

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

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

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

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

En esa línea, se aprobaron indicaciones presentadas por diputados de oposición¹, a dos artículos diferentes que, precisamente, buscaban el resguardo explícito del legíti-

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

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

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

¹ Las indicaciones aprobadas fueron presentadas por diputados de la UDI, y tenían el siguiente tenor:

Diputado Jaime Bellolio: “(...) Ninguna norma o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer otros requisitos que los contemplados por esta ley para el ejercicio de este derecho. No será condición para ejercer el derecho a la rectificación del nombre y sexo haberse sometido a algún tipo de intervención o tratamiento modificador de la apariencia. Lo anterior es sin perjuicio del ejercicio legítimo de derechos fundamentales.”.

Diputado Juan Antonio Coloma: “Lo anterior es sin perjuicio del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de la República y los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile.”.



Foto: www.lanacion.cl

COMENTARIOS

En resumen, y tal como fue aprobado por la Cámara de Diputados, el proyecto de identidad de género es un proyecto que permite el cambio de sexo registral, por una sola vez, en mayores de edad sin vínculo matrimonial no disuelto, ante el Registro Civil. Para poder optar al cambio de sexo, se requiere llenar un formulario y presentar carnet de identidad, sin necesidad de probar la existencia de una identidad de género distinta al sexo biológico a través de examen médico o psicológico alguno.

Ideología de género

La ideología de género, que inspira de forma esencial el proyecto de ley en estudio, tiene como piedra angular de sus planteamientos la disociación entre el sexo y el género, señalando que el primero es un dato meramente biológico, mientras que el segundo se refiere a construcciones impuestas por la sociedad y, por ende, modificables.

Es innegable que a medida que la sociedad evoluciona hay ciertos aspectos que necesariamente cambian, y que incluso constituyen avances notables. Un claro ejemplo sería la incorporación de las mujeres al mundo laboral y el reconocimiento de su derecho al sufragio. Sin embargo, también resulta evidente que hay ciertas diferencias propias de cada sexo, diferencias que la ideología de género ha intentado abolir. Así, lo que hace la ideología de género con este planteamiento es negar la naturaleza humana y es por esto que al debate se le denomina “naturaleza v/s cultura”.

De este planteamiento se derivan varias consecuencias negativas, entre las que destacan la abolición de cualquier distinción entre hombre y mujer, la aceptación de cualquier tipo de unión con independencia del sexo de los individuos dado que dicha distinción es irrelevante, y por consiguiente la eliminación de las concepciones de matrimonio y familia².

Análisis del proyecto de ley: las dudas que persisten

1.- En materia de infancia

Si bien existían en materia de niñez materias sensibles cuya prioridad era obvia, como reformular el Sename y mejorar el Sistema de Reinserción Juvenil, el Gobierno prefirió otorgar urgencia suma a esta moción que se posicionó como uno de sus últimos proyectos emblemáticos. Aun así, el Gobierno fue incapaz de despachar la iniciativa para ser publicada como ley de la República durante el Gobierno de la Presidenta Bachelet. No obstante, el tema deberá zanjarse durante el nuevo Gobierno, lo que implica un desafío de enfrentar la materia con perspectiva de unidad y bien común.

La discusión del proyecto en la Sala de la Cámara de Diputados se centró en un tema especialmente delicado: la posibilidad de que menores de edad también puedan cambiar su sexo. A pesar de que el proyecto despachado por el Senado en el primer trámite constitucional no incluía a los menores de edad, durante la discusión en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, estos fueron reincorporados en el proyecto, lo que generó una discusión y votación posterior en la Sala que, seguramente, se traducirá en un congelamiento indefinido de su tramitación.

² Ídem.

Afortunadamente, a partir de dicha discusión, la Sala de la Cámara de Diputados rechazó en general, es decir, la idea de legislar, acerca del procedimiento por el cual un niño podría cambiar su sexo debido a su identidad de género. De esta forma, como se mencionó anteriormente, no sólo se desechó el procedimiento judicial específico que el artículo rechazado contenía sino que cualquier procedimiento aplicable a menores de edad. Así, las interpretaciones que el Gobierno ha hecho para intentar justificar la aplicación del proyecto de ley a niños realmente son mañosas sin la mínima buena fe necesaria para poder entender el sentido y alcance de las normas en el contexto de la historia de la tramitación de la ley.

Aun así, todavía falta el tercer trámite constitucional, existiendo en él una alta probabilidad de que los senadores envíen el proyecto a comisión mixta con el fin de corregir las incongruencias suscitadas durante su tramitación en la Cámara y despejar así toda duda en orden a que los menores de edad quedan excluidos de este proyecto de ley.

2.- Generación de situaciones de incerteza jurídica por motivaciones abusivas y afectación de derechos de terceros

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

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

- En materia laboral, existen beneficios que se otorgan sólo a las mujeres por su calidad de madres. Surgen dudas, entonces, respecto a si un hombre que cambia de sexo a mujer podrá acceder, por ejemplo, a los siguientes beneficios: descanso pre natal y postnatal de 6 meses, derecho a sala cuna cuando en su empresa existen 20 o más trabajadoras, prohibición de realizar operaciones de carga y descarga manual para la mujer embarazada, entre otros.

- “Ley de cuotas” para la entrada a la Universidad de Chile: por ejemplo, en Ingeniería se incluye a las siguientes 20 mujeres bajo el puntaje de corte para disminuir la brecha entre hombres y mujeres que ingresan a la carrera.

Se podrán criticar la supuesta exageración de los ejemplos enunciados. Sin embargo, la regulación propuesta por el proyecto de ley –siguiendo el tenor sentido literal y el sentido natural y obvio contenido en ella– muestran lo alejado del sentido común que este concepto se encuentra a la hora de ponderar sus efectos en las relaciones entre las personas. Establecer un estatuto jurídico basado únicamente en una convicción personal y subjetiva del solicitante no supera un mínimo estándar de razonabilidad y/u objetividad ya que, como vimos anteriormente, puede dar paso fácilmente a una serie de incertezas jurídicas que podrían afectar legítimos derechos de terceros. Así, la identidad de género pasa a ser un tipo de “supra-derecho” ante el cual no se tiene necesidad de prueba, y ante el cual la sociedad debe asumir como cierto lo que el solicitante afirma que es una convicción personal, lo que evidentemente puede atentar fácilmente contra el sentido común y las relaciones de justicia entre las personas.



Capullo 2240, Providencia.

www.jaimeguzman.cl



[/FundacionJaimeGuzmanE](https://www.facebook.com/FundacionJaimeGuzmanE)



[@FundJaimeGuzman](https://twitter.com/FundJaimeGuzman)