

Presentación Proyecto de ley de Identidad de Género

A) EFECTOS DEL CAMBIO DE NOMBRE Y SEXO REGISTRAL: AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS DE TERCEROS

1) Consagración del derecho a la identidad de género como un supra-derecho

Durante el segundo trámite constitucional, se aprobó una indicación presentada al artículo 13° por el diputado Hugo Gutiérrez, que establecía lo siguiente: “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.**”.

A través de esta indicación, el diputado Gutiérrez 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 indique que es mujer.

La indicación genera un grave problema de inconstitucionalidad puesto que, de aprobarse esta norma, se estaría transgrediendo el artículo 19 N°26 de la Carta Fundamental ya que el ejercicio de este derecho impediría el libre ejercicio de derechos fundamentales de terceros que pudiesen verse comprometidos.

Artículo 19 N°26: “La Constitución asegura a todas las personas: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, **no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.**”.

2) Generación de situaciones de incerteza jurídica por motivaciones abusivas

El mismo proyecto, en su artículo 9°, se pone en la situación de que se den abusos por el mal uso de esta ley:

*“La **utilización fraudulenta** de los primitivos o de los nuevos nombres será sancionada con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo”.*

Sin embargo, si nunca se exige prueba alguna para probar la existencia de la identidad de género, siendo su única base una “convicción personal e interna del género, tal como la persona se percibe a sí misma”, ¿cómo se puede probar que se configuró una utilización fraudulenta del derecho obtenido por este proyecto de ley? ¿Cómo se prueba el tipo si el derecho se da en virtud de una convicción personal cuya expresión física ni siquiera es exigida?

Lo anterior se ve agravado por lo que se mencionaría en el artículo 2° que indicaría que *“Ninguna norma o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer requisitos no contemplados para el ejercicio de este derecho”*. Si bien el mismo inciso expresaría que lo anterior será *“sin perjuicio del ejercicio legítimo de derechos fundamentales”*, cabe preguntarse: en la práctica, si se está otorgando un estatuto jurídico basado en una mera convicción personal que no admite pruebas, ¿podrá alguien, en el legítimo ejercicio de su derecho a defensa, solicitar que se pruebe que dicha convicción existe y no se trata de una utilización fraudulenta del cambio de sexo y nombre?

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 de mala fe en materia de identidad de género.
- Matrimonio entre personas del mismo sexo puesto que, si bien el proyecto (según lo aprobado por el segundo trámite constitucional) establece que una persona casada no puede cambiar su sexo, no se impide que dos personas del mismo sexo biológico pero diferente sexo registral puedan contraer matrimonio.
- En materia laboral, existen beneficios que se otorgan sólo a las mujeres por su calidad de madres. Surgen dudas, entonces, respecto de si un hombre que cambia de sexo a mujer podrá acceder, por ejemplo, a los siguientes beneficios: descanso pre natal de 6 semanas y postnatal de 6 meses, derecho a sala cuna cuando en su empresa existen 20 o más trabajadoras, prohibición de realizar operaciones de carga y descarga manual para la mujer embarazada, entre otros.
- "Ley de cuotas" para la entrada a la Universidad de Chile: por ejemplo, en Ingeniería se incluye a las siguientes 20 mujeres bajo el puntaje de corte para disminuir la brecha entre hombres y mujeres que ingresan a la carrera.

Se podrá 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 lo aprobado en el segundo trámite constitucional- muestran lo alejado del sentido

común en que este concepto se encuentra a la hora de ponderar sus efectos en las relaciones entre las personas. Establecer un estatuto jurídico basado únicamente en una convicción personal y subjetiva del solicitante no supera un mínimo estándar de razonabilidad y/u objetividad ya que, como vimos anteriormente, puede dar paso fácilmente a una serie de incertezas jurídicas que podrían afectar legítimos derechos de terceros.

Así, la identidad de género pasa a ser un tipo de “supra-derecho” frente al que no existe necesidad de prueba, y ante el cual la sociedad debe asumir como cierto lo que el solicitante afirma que es una convicción personal.

3) Cambio de sexo en personas mayores de edad con vínculo matrimonial no disuelto

Respecto de este punto, debemos recordar que la figura del matrimonio tiene como requisito básico la diferencia de sexos de los contrayentes.

Ya que esta moción no busca aprobar la figura del matrimonio entre parejas del mismo sexo, el proyecto crearía una nueva causal de término de matrimonio – distinta de la muerte, muerte presunta, divorcio y nulidad – cuál es la sentencia que acredita el cambio de sexo. Con ello, se daría paso a una audiencia de terminación del matrimonio que se desenvolvería en un proceso de muy corta duración y que carecería de etapas básicas de prueba – lo que resulta discriminatorio respecto de quienes deben someterse a largos procesos de nulidad o divorcio para disolver su matrimonio -.

Sumado a lo anterior, una vez disuelto el matrimonio, se establecería que las partes recuperarían el estado civil que tenían antes de casarse, lo que desconoce totalmente la validez del matrimonio durante todo el tiempo que permanecieron casados.

Desde otro punto de vista, debemos recordar que el proyecto establecía, en su artículo 7º, un procedimiento para que personas mayores de edad con vínculo matrimonial no disuelto pudiesen cambiar su sexo, el que debe darse en sede judicial. Respecto a esto último, cabe destacar que ello significaría que esta norma tendría quorum de ley orgánica constitucional. En ese sentido, de rechazarse en general la norma (como ocurrió durante el segundo trámite constitucional), no existiría en esta moción un procedimiento para que dicho cambio de sexo sea efectivo y, por lo tanto, una persona casada no podría cambiar su sexo.

A pesar de darse la situación anterior, **el proyecto no imposibilitaría que una persona soltera cambie de sexo 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.

B) INCLUSIÓN DE MENORES DE EDAD EN EL PROYECTO DE LEY

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

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

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

En otras palabras, la autonomía progresiva no basta, sino que se requiere que dicha autonomía sea plena puesto que esta es la única forma en que el sujeto podrá tomar una decisión libre en cuanto al cambio de sexo. Así, el derecho al cambio de sexo que en este proyecto de ley se plantea no es propio de la esfera del derecho de los padres de educar a sus hijos sino que es propio del derecho a la identidad que, al ser personalísimo, sólo pertenece y puede ser ejercido, precisamente, por el hijo.

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