



El derecho a la identidad de género y cambio de sexo registral de niñas y niños

Sentencia del 2° Juzgado de Familia de Santiago, noviembre 2023

Autor

Jaime Rojas Castillo
Email: jrojas@bcn.cl
Anexo 3131

Comisión

Documento elaborado para la Comisión de Derechos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputadas y Diputados.

N° SUP: 140609

Resumen

La Convención de los Derechos del Niño (CDN), ratificada por Chile el año 1990, es el principal instrumento internacional que reconoce los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) y los reconoce como sujetos de derechos, lo que importa un cambio de paradigma. Entre los derechos reconocidos se encuentran: el derecho a expresar su opinión y a ser considerada en los asuntos que les afecten, y el derecho a ser escuchados (art. 12). Asimismo, se consagra, entre otros, el principio del interés superior (art. 3). El Comité de los Derechos del Niño, desarrolla estos derechos en su Observación General N° 12, de 2009.

En Chile, los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA), en especial a su identidad, están reconocidos, principalmente, en la Ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (2022) y en la Ley N° 21.120, que Reconoce y da protección al derecho a la Identidad de Género (2018).

En lo específico, la Ley N° 21.120, reconoce el derecho a la identidad de género y cambio de sexo registral y establece un procedimiento para solicitarlo por personas mayores de 14 y menores de 18 años. La Ley N° 21.430, por su parte, reconoce el carácter de sujeto de derechos de NNA, el goce pleno de los derechos, a ser oído y a que exprese y se considere su opinión, el principio del interés superior y el de igualdad y no discriminación, entre otros.

Asimismo, el derecho a la identidad de género y cambio de sexo registral es desarrollado por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-24/17.

En su fallo de 21 de noviembre de 2023, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, articula los derechos de niños y niñas contenidos en la CDN, su desarrollo por el Comité y la Corte IDH, así como en las Leyes N° 21.120 y 21.430, y los principios de igualdad y no discriminación, e interés superior. Concluye que la Ley N° 21.120 no asigna una identidad de género, sino que establece un procedimiento para posibilitar el cambio de sexo registral de adolescentes, y que no es posible desconocer la identidad de género a niños y niñas trans, puesto que está se reconocería a niños cisgénero.

Introducción

A solicitud de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputadas y Diputados, contenida en el Oficio N° 0115-2023 de 20 de diciembre de 2023, el presente informe tiene por objeto el análisis de las normas – del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de derecho interno – sobre el derecho a la identidad de género y cambio de sexo registral, particularmente lo dispuesto en el fallo del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT – R 2023, de 21 de noviembre de 2023¹.

Siguiendo los argumentos de la sentencia citada, el presente informe se divide en tres partes. En la primera, se abordan brevemente las normas del derecho internacional de los derechos humanos relacionadas objeto de este informe. En la segunda, se estudian las disposiciones sobre el derecho a la identidad de género y cambio de sexo registral contenidas en la Ley N° 21.120, que Reconoce y da protección al derecho a la Identidad de Género (2018), (en adelante Ley N° 21.120, sobre identidad de género o LDIG), y la Ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (2022), (en adelante Ley N° 21.130, sobre Garantía y Protección Integral de la niñez). Y en la tercera, analiza el desarrollo de los argumentos del Tribunal para disponer el cambio de nombre y sexo registral de una niña trans, así como la articulación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno.

En la elaboración del presente informe se han utilizado como fuentes de información la Convención sobre los Derechos del Niño, la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la legislación nacional, y el fallo del Segundo Juzgado de familia de Santiago, de 21 de noviembre de 2023, disponible para su consulta en el sitio web del Poder Judicial.

El tema que aborda este informe y sus contenidos están delimitados por los parámetros de análisis acordados, por el plazo de entrega convenido y por la información disponible. No se trata de un documento académico y se enmarca en los criterios de neutralidad, pertinencia, síntesis y oportunidad en su entrega.

La cursiva y subrayado añadidos, son propios.

I. Niños y niñas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Siguiendo el fallo de 21 de noviembre de 2023, del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, que dispuso el cambio de nombre y de sexo registral de una niña trans de 10 años de edad², se pueden citar las siguientes normas del derecho internacional de los derechos humanos:

¹ Por tratarse de un fallo de un Juzgado de Familia y contener datos de una niña, se solicitó esta sentencia vía acceso a la información pública, a fin de garantizar la fiabilidad de la fuente y que datos fueran debidamente anonimizados.

² La Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-24/17, desarrolla a título ilustrativo, a partir de diversas fuentes orgánicas internacionales, diversos conceptos, entre ellos persona trans, párr. 32.

a) Convención sobre los Derechos del Niño

Entre las normas de derecho internacional citadas por el Tribunal, destaca la Convención sobre Derechos del Niño³, la que importa un cambio de paradigma, puesto que se reconoce a los niños, niñas y adolescentes⁴ como sujetos de derecho, y consagra, entre otros, el principio del interés superior:

“Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”⁵

Asimismo, la Convención establece, entre otros, el derecho de NNA, a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afectan, y a ser escuchado, por ejemplo, en los procedimientos judiciales. En efecto, el artículo 12 de la Convención dispone:

“Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

Además, el artículo 12 de la Convención dispone que se deben tener en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. Estos conceptos son desarrollados por el Comité de los Derechos del Niño (CRC, por su siglas en inglés), en su Observación General N° 12 (2009), sobre el derecho a ser escuchado.

b) Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, en relación con el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos

³ El Instrumento de Ratificación se depositó ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas con fecha 13 de agosto de 1990.

⁴ El artículo 1 de la CDN dispone que: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

⁵ Énfasis añadido.

En cuanto al derecho a la identidad de género, el Tribunal cita la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre este punto el párrafo 149 de la OC-24/17, señala que:

“En lo que respecta a la regulación de los procedimientos de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad de niños y niñas, esta Corte recuerda en primer término que conforme ha señalado en otros casos, los niños y las niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto”.

En cuanto la protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujeto de derechos – y no como objetos de protección – la Corte IDH entiende que ella:

“[...] debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, la Corte entiende que las medidas pertinentes de protección a favor de las niñas o niños son especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos”. (2017: párr. 150)⁶.

Asimismo, la Corte IDH en la OC-24/17, al referirse en el párrafo 152 al principio del interés superior y el derecho a ser oído, señala que:

“[...] el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño. Por otra parte, y en estrecha relación con el derecho a ser oído, la Corte se ha referido en otras decisiones a la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser escuchado en todas las decisiones que afecten su vida. Sobre este punto en particular, el Tribunal especificó también que el derecho a ser escuchado de los niños y niñas constituye no solo un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.”⁷

Tanto la CDN y el desarrollo de los artículos de la Convención Americana (arts. 1.1 y 19), hecho por la Corte IDH en su OC-24/17, permiten observar la configuración de los derechos considerados por el Tribunal en su sentencia.

⁶ Notas al pie del original eliminado.

⁷ Notas al pie del original eliminado.

II. Normas de derecho interno chileno

El fallo del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, articula las disposiciones de la Ley N° 21.120, sobre Identidad de Género y la Ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, las que a su vez hacen referencia expresa a los derechos de NNA contenidos en la Convención sobre los Derechos de los Niños y los demás tratados internacionales ratificados y que se encuentren vigentes.

a) Ley N° 21.120 sobre Identidad de Género (LDIG)

En términos generales, la LDIG reconoce el derecho a la identidad de género, entendida como “la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento” (art. 1, inciso 2°).

El objeto de la LDIG es “regular los procedimientos para acceder a la rectificación de la partida de nacimiento de una persona en lo relativo a su sexo y nombre, ante el órgano administrativo o judicial respectivo, cuando dicha partida no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género” (art. 2, inciso 1°).

Agrega el artículo 3 de la LDIG que: “Toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación que regula esta ley, en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en esta ley.”

El artículo 12 de la Ley N° 21.120, establece un procedimiento para que las personas mayores de 14 años y menores de 18, puedan solicitar la rectificación de la partida de nacimiento:

“Las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad podrán solicitar la rectificación del sexo y nombre con que aparezcan individualizadas en su partida de nacimiento para que sea coincidente con su identidad de género.”

b) Ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de la niñez

Esta ley tiene por objeto “la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial, de los derechos humanos” (art. 1, inciso 1°). Por su parte, el artículo 6 de la Ley reconoce el carácter de sujetos de derechos a NNA⁸, en consecuencia:

⁸ En el contexto de la Ley N° 21.430, se entiende por niño o niña: “a todo ser humano hasta los 14 años de edad, y por adolescente a los mayores de 14 y menores de 18 años de edad. En caso de que exista duda sobre si un niño, niña o adolescente es o no menor de 18 años de edad se presumirá que lo es, siempre que vaya en beneficio de sus derechos” (art. 1, inciso final).

“Todo niño, niña o adolescente es titular y goza plenamente de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes.” (Art. 6).

Asimismo, el artículo 7 de la Ley establece que el interés superior del NNA constituye un principio, un derecho, y una norma de procedimiento. Asimismo, reconoce el derecho de todo NNA:

“[...] a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deban tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado.”

El artículo 7 de la Ley, por otra parte, establece que, en virtud del principio del interés superior, “ante distintas interpretaciones, siempre se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, niña o adolescente.”

El artículo 8 de la Ley, se refiere al principio de igualdad ni no discriminación. Dispone que NNA tienen derecho a la igualdad en el goce, ejercicio y protección de sus derechos, sin discriminación arbitraria, en conformidad con la Constitución Política, la CDN, otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, y la Ley. La identidad de género, constituye uno de los motivos prohibidos de discriminación contemplados expresamente por el artículo 8. Además, establece el deber de los órganos del Estado de reconocer y proteger los derechos de NNA en condiciones de igualdad y velar por la efectividad de sus derechos.

A su vez, el artículo 26, dispone que todo NNA tiene derecho “a preservar y desarrollar su propia identidad e idiosincrasia, incluida su identidad de género, conforme a la legislación vigente.”

El artículo 28 de la Ley, por otra parte, reconoce el derecho de los NNA a ser oídos:

“Artículo 28.- Derecho a ser oído. Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que sus opiniones sean oídas y debidamente consideradas, de acuerdo con su edad, madurez y grado de desarrollo, en los procedimientos o actuaciones administrativas o judiciales en que se decida sobre alguna cuestión particular cuya determinación pueda afectar sus derechos o intereses, especialmente en el ámbito familiar, escolar, sanitario, comunitario, administrativo y/o judicial. En el ejercicio del derecho se resguardarán las condiciones de discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación.”

En cuanto a las normas sobre interpretación de las leyes y normas reglamentarias sobre garantía, restablecimiento, promoción, prevención, participación o protección de los derechos de NNA, el artículo 3 de la Ley establece reglas especiales de interpretación, que dicen relación con el deber de atender a: (a) los derechos y principios establecidos en la Constitución Política; (b) la Convención de los Derechos del Niño; (c) los demás tratados internacionales de derechos humanos, con tal que se encuentren ratificados por Chile y vigentes; y (d) la ley.

Agrega el artículo 3° de la Ley que la interpretación de la misma, y las normas reglamentarias “deberá fundarse primordialmente en el principio de la aplicación más favorable a la vigencia efectiva del derecho conforme al interés superior del niño, niña o adolescente, y se aplicará de forma prevaleciente y sistemática.”

III. Cambio de nombre y sexo registral en el fallo del 2° Juzgado de Familia de Santiago

Las normas señaladas en los apartados I y II de este informe, son recogidas por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, en su sentencia de 21 de noviembre de 2023, al resolver sobre la solicitud de una niña trans de 10 años, cuya finalidad era su cambio de nombre y sexo registral.

El Tribunal, para fundar su decisión, siguiendo el procedimiento establecido por la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia, articuló lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley N° 21.120, sobre identidad de Género y en la Ley N° 21.430, sobre garantía y protección integral de la niñez, publicada con posterioridad a la Ley N° 21.120. A continuación, se desarrollarán brevemente los argumentos del Tribunal contenidos en su fallo:

1) Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, constituye un instrumento fundamental en materia de derechos de NNA. El fallo recoge, los siguientes derechos:

a) Derecho a ser oído

El considerando cuarto: “Audiencia preliminar y derecho a ser oída”, señala que la menor fue oída directamente por el Tribunal y señala que es un derecho contemplado en el artículo 12.2 de la CDN:

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

El mismo considerando, recoge el desarrollo del derecho del niño a ser oído contenido en la Observación General N° 12 del CRC. En cuanto a la frase: “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”, el Comité sostiene que:

“Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio.” (CDN, 2009: párr. 28).

b) Derecho a expresar su opinión en los asuntos que le afecten

Asimismo, el considerando Cuarto, hace expresa mención al derecho de la niña a expresar su opinión en aquellos asuntos que le afecte. El artículo 12.1 de la CDN reconoce expresamente este derecho:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”

El Tribunal, en concordancia con los puntos de prueba o hechos a probar, fijados en el considerando Segundo, esto es, (a) voluntad libre de la niña en orden a modificar el sexo y nombre registral; (b) conocimiento de la niña de las características de la rectificación y sus consecuencias jurídicas; y (c) efectividad que la niña y su entorno familiar ha recibido acompañamiento profesional psicológico, a lo menos, un año antes de la solicitud, entrevistó directamente a la niña, observado por la consejera técnica y la curadora *ad litem*.

Para explicar el concepto de “madurez”, recogido por el Tribunal y contenido en la CDN, recurre el Tribunal a la Observación General N° 12 del CRC:

“[...] en el contexto del artículo 12, [madurez] es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.” (CRC, 2009: párr. 30).

Por otra parte, el Tribunal, citando la “Guía de Abordaje del Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia del poder Judicial Chileno”, afirma que “la capacidad de los y las preadolescentes para formarse una opinión está condicionada entre otras razones por sus niveles de estimulación, el acceso a la información, las experiencias vividas, el entorno, las expectativas, factores protectores y de riesgo el capital cultural de los padres o cuidadores”.

Para explicar en qué consiste el derecho a que se tengan en cuentas las opiniones sobre los asuntos que le afecten a la niña, el Tribunal recurre nuevamente a la Observación General N° 12 del CRC, a cuyo respecto señala:

“Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.”

El Tribunal al resolver deja constancia sobre haber escuchado a la niña y sobre su madurez, según la interpretación hecha por el CRC en su Observación General N° 12, particularmente, en que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño y que esta debe ser evaluada caso a caso. Asimismo, se deja constancia que la niña fue debidamente informada sobre las consecuencias en su vida, producto del cambio solicitado, considerando su madurez. Además, se hace presente que deben ser considerados los efectos del asunto para un niño o niña, de manera tal que a mayor efecto en su vida, más importante será la correcta evaluación de su madurez (Considerando Quinto, N° 7).

c) Opinión del Consejo Técnico

El fallo, señaló que el Consejo Técnico⁹ concluye que la identidad de género de la niña, manifestada desde muy temprana edad, en forma libre, no se corresponde con el sexo y el nombre que constan en el acta de inscripción de nacimiento. El Consejo Técnico, por otra parte, señaló que la identidad de género forma parte esencial de la construcción de la personalidad de un individuo y que se expresan en una serie de características, configuradas como un continuo en el desarrollo, por lo que establecer una edad en 14 años u otra edad sería artificios y arbitrario. Por tanto, deben ser analizados caso a caso.

El Consejo Técnico, además, constató que la niña fue evaluada, junto a su madre, en entrevistas por un grupo de profesionales, verificando la evidente y efectiva identificación con roles y estereotipos femeninos y su marcada preferencia por ser tratada como niña, habiendo expresado su opinión con madurez y libremente, en un contexto protegido.

Concluye el Consejo que: mantener la situación actual por más tiempo, importaría continuar exponiendo a la niña a cuestionamiento y sufrimientos ya padecidos, afectando directamente su dignidad, integridad y bienestar psicológico y emocional futuro (considerando Sexto).

2) Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La sentencia, en su considerando Décimo Tercero, analiza el derecho a la identidad de género en niñas y niños, desarrollado en la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, de la Corte IDH, el que constituye un derecho implícito en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicable

⁹ El artículo 5°, inciso 1, de La Ley 19.968, dispone: “Artículo 5°.- Funciones. La función de los profesionales del consejo técnico será la de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad”.

a niños y niñas que deseen solicitar que en sus documentos y registros se reconozca su identidad de género auto percibida.

Para la Corte Interamericana, el derecho a la identidad de género, debe ser entendido dentro de las medidas especiales que se dispongan en el derecho interno en conformidad con el artículo 19 de la Convención¹⁰, las cuales deben diseñarse de acuerdo al: (a) interés superior del niño y niña; (b) su autonomía progresiva; (c) a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte; (d) respeto del derecho a la vida; (e) la supervivencia y el desarrollo; y (f) al principio de no discriminación.

Sobre el reconocimiento de la identidad de género de niños y niñas trans, cita el fallo la opinión de la profesora Gauché y el profesor Lovera (2019), quienes son de la opinión de que no existen razones para desconocer el derecho a la identidad de género de NNA, quienes no solo son titulares de este derecho, sino que pueden ejercerlo, sin más limitaciones que las que imponen su propio desarrollo y autonomía progresiva, siendo imperativo para el Estado y sus poderes, así como para su madre, padre o adulto responsable, velar por el interés superior, cumpliendo las garantías y salvaguardias, con el fin de eliminar las formas de exclusión que afectan a los niños y niñas trans en Chile (Considerando Décimo Tercero).

Finalmente, el considerando Décimo Tercero, refiere lo señalado en los Principios de Yogyakarta¹¹, en cuanto a considerar que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos.

3) Ley de Identidad de Género

El considerado Octavo del fallo, señala que la niña es una persona trans. Razona el Tribunal, que el procedimiento establecido en la Ley N° 21.120 no tiene por objeto otorgar la calidad de persona trans, pues esta corresponde a la convicción de carácter personal, al tratarse de un derecho de autonomía. La finalidad de la Ley N° 21.120 sería otorgarle a las personas trans, vale decir, aquellas cuya autopercepción no coincide con el género asignado al nacer, la posibilidad de efectuar el cambio de nombre y sexo registral en los documentos de identidad.

Sin embargo, la Ley N° 21.120 limita este procedimiento a las personas que tienen entre 14 y 18 años. Entonces: ¿puede aplicarse este procedimiento a una niña trans de 10 años? El Tribunal para resolver considera que se deben analizar los derechos afectados, para lo cual hay que recurrir: (a) la ley; (b) el derecho internacional de los derechos humanos; y (c) la doctrina.

¹⁰ “Artículo 19. Derechos del Niño Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

¹¹ Estos Principios “se ocupan de una amplia gama de normas de derechos humanos y de su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género. Los Principios afirman la obligación primordial que cabe a los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos. Cada Principio se acompaña de recomendaciones detalladas dirigidas a los Estados. [...] Los Principios también incluyen recomendaciones adicionales dirigidas a otros actores, incluyendo al sistema de derechos humanos de la ONU, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales y las agencias financiadoras.” (Principios de Yogyakarta, 2007: 7).

En relación al punto (a), el fallo señala que el artículo 3 de la Ley N° 21.120, establece como garantía específica de toda persona a ser reconocida e identificada de acuerdo con su identidad de género, garantía que tendrían todos los niños y niñas cisgénero, sin que tenga relevancia su edad. Sólo estarían excluidos los niños y niñas transgénero menores de 14 años.

Asimismo, argumenta el Tribunal en su fallo que el artículo 5° de la Ley N° 21.120, consagra el derecho a la identidad de género, y entre otros, reconoce el principio del interés superior del niño o niña, señalando que el Estado garantizará a todos los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA), - y no sólo a los y las adolescentes-, la máxima satisfacción en el ejercicio y goce pleno de sus derechos y garantías en los términos establecidos en el artículo 3 de la CDN. Asimismo, razona el Tribunal que al referirse la CDN a la autonomía progresiva, todo NNA podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en concordancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez.

En relación al derecho internacional de los derechos humanos, el considerando Undécimo hace referencia al cambio de paradigma establecido por la CDN, al reconocer a NNA como sujetos de derechos y ya no como objetos de protección, lo que fue consagrado en forma expresa en el artículo 6 de la Ley N° 21.430, y como tal, NNA tienen derecho a una tutela judicial efectiva (art. 50. Ley N° 21.430).

El acceso a la justicia, según señala el Tribunal en el considerando Undécimo de su fallo, en sentido amplio, constituye un derecho humano, que favorece la igualdad entre todas las personas, y la vez es un instrumento para el ejercicio de los derechos humanos. En el caso, este derecho implica para la niña la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial justo, respetuoso de sus derechos fundamentales, y que le asegure el derecho a una tutela judicial efectiva.

Asimismo, sostiene el Tribunal, en el considerando Duodécimo de su fallo, que una interpretación que prive a la niña de su derecho a obtener el reconocimiento de su identidad de género, se basa en la construcción de determinados valores como naturales y correctos, basados en un sistema binario y heterosexual, con una valoración menor a lo diverso.

4) Ley sobre Garantía y Protección Integral

El fallo señala que la Ley N° 21.420, sobre Garantía y Protección Integral de la Niñez, recoge entre sus principios el de no discriminación; la que a su vez dispone que ningún niño podrá ser discriminado en forma arbitraria en razón de su identidad de género. Citando lo señalado en el “Cuaderno de Buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias”, elaborado por la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación de la Corte Suprema, señala el fallo que esta aproximación comprende no solo la igualdad formal (contenida en la Leyes y la Constitución), sino la igualdad material, que implica para el Estado la obligación de hacer efectivo este derecho, y hacer todo lo posible para transformar y erradicar las causas que generan la desigualdad. Y, finalmente, argumenta el Tribunal que debe existir una dimensión de la igualdad con enfoque diferencial, que brinde protección a las personas en situación de vulnerabilidad manifiesta.

Según la argumentación del Tribunal, no basta con que la igualdad y no discriminación esté consagrada en la ley, sino que se debe constatar cuáles son las barreras que impiden la igualdad. En este sentido,

las barreras que impiden a los niños y niñas trans a acceder al procedimiento establecido en la LDIG, puede ser superada con una interpretación sistémica, que incluya: la ley de garantía, las formas de interpretación en ella contempladas, y las convenciones internacionales, las que poseen rango supra legal, en conformidad con el artículo 5°, inciso 2° de la Constitución Política.

Por otra parte, en el considerando Décimo Cuarto, el Tribunal argumenta que el derecho a la identidad de género debe ser respetado y garantizado, con la finalidad de proteger el interés superior de los niños y niñas, respeto que se debe efectuar a partir de una evaluación de los elementos que rodean el caso: características individuales de la niña en concreto y sus circunstancias. En otras palabras, la concreción del interés superior debe hacerse a la luz de interpretaciones que comprendan hechos concretos y que sean relevantes al momento de adoptar la decisión.

En el considerando Décimo Cuarto del fallo, se señala que el artículo 7 de la Ley N° 21.430, establece que el interés superior de NNA es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, basada en la evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. Agrega, el artículo 7 citado, que todo NNA tiene derecho a que en la toma de decisiones en las cuestiones que les afecten, se considere su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1 de la Ley, cuando se evalúen los distintos intereses involucrados en el asunto. Asimismo, el fallo agrega que conforme al principio del interés superior, ante distintas interpretaciones, siempre se deberá optar por aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior.

En el considerando Décimo Cuarto del fallo, por otra parte, el Tribunal sostiene que los procedimientos establecidos en el artículo 7 de Ley N° 21.430, se guiarán por las garantías procesales con el fin de asegurar la correcta aplicación del principio del interés superior de NNA. Estos procedimientos deben ser transparentes y objetivos, que conduzcan a decisiones fundamentadas con los elementos considerados para efectivizar los derechos de NNA involucrados.

5) Decisión del Caso

La decisión del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, se funda en:

5.1) Normas citadas en la decisión del caso

El Segundo Juzgado de Familia de Santiago, en su decisión consideró normas del derecho interno y del derecho internacional de los derechos humanos.

a) Normas de derecho interno:

Entre las normas de derecho interno se encuentran: la Ley sobre Tribunales de Familia; los artículos 1 y siguientes y 12 y siguientes de la Ley de Identidad de Género; la Ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia; el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República.

b) Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

Se citan la Convención sobre los Derechos del Niño; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Observación General N° 12, del Comité del Comité de los Derechos del Niño; y la Opinión Consultiva OC-24/17, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.2) Resolución del caso

El Tribunal acogió la solicitud y dispuso el cambio de nombre y sexo registral en conformidad con la Ley de Identidad de Género; y ordenó que se realice una nueva inscripción en que se indique que el sexo registral será femenino. Asimismo, se ordena que el Registro Civil proceda a practicar las modificaciones y suscripciones correspondientes, y a emitir nuevos documentos identificatorios. Y, finalmente, se de lectura a una resolución a ser leída a la niña sobre la importancia de su opinión en la decisión del caso.

Referencias

- Comité de los Derechos del Niño (CRC). (2009). Observación General N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009. Disponible en: <http://bcn.cl/33e57> (abril, 2024).
- Corte IDH. (2017). Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 24. Disponible en: <http://bcn.cl/2ooea> (abril, 2024).
- Corte Suprema. (s/f). Cuaderno de Buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias, elaborado por la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación de la Corte Suprema. Disponible en: <http://bcn.cl/3ijpg> (abril, 2024).
- Principios de Yogyakarta. (2007). Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Disponible en: <http://bcn.cl/3ik65> (abril, 2024).
- Poder Judicial. (2024). Respuesta a su solicitud de información NR001T0008994, correo electrónico de 14 de marzo de 2024, Sentencia de 21 de noviembre de 2023.
- Poder Judicial. (2015). Guía de Abordaje del Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia del poder Judicial Chileno. Disponible en: <http://bcn.cl/3ijpu> (abril, 2024).

Normativa

- Decreto N° 100, M. Secretaría General de la Presidencia, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://bcn.cl/2f6sk> (abril, 2024).
- Decreto N° 830, M. Relaciones Exteriores, Promulga Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: <https://bcn.cl/2fel2> (abril, 2024).
- Ley N° 21.120, Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Disponible en: <https://bcn.cl/2f8z8> (abril, 2024).
- Ley N° 21.430, Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Disponible en: <https://bcn.cl/2yieq> (abril, 2024).

Nota Aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)