

EN LO PRINCIPAL: Se tenga presente
EN EL OTROSÍ: Patrocinio y poder.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Bernardo Berger Fett, José Miguel Castro Bascuñán, Eduardo Durán Salinas, Francisco Eguiguren Correa, Camila Flores Oporto, René Manuel García García, Harry Jürgensen Rundshagen, Carlos Kuschel Silva, Aracely Leuquén Uribe, Miguel Mellado Suazo, Francesca Muñoz González, Ximena Ossandón Irrarázabal, Diego Paulsen Kehr, Jorge Rathgeb Schifferli, Leonidas Romero Sáez, Alejandro Santana Tirachini, Diego Schalper Sepúlveda, Cristóbal Urruticoechea Ríos, Pablo Prieto Lorca, Nino Baltolú Rasera, Ramón Barros Montero, Sergio Bobadilla Muñoz, Juan Antonio Coloma Álamos, Juan Fuenzalida Cobo, Sergio Gahona Salazar, Javier Hernández Hernández, María José Hoffmann Opazo, Issa Kort Garriga, Celso Morales Muñoz, Cristhian Moreira Barros, Nicolás Noman Garrido, Iván Norambuena Farías, Rolando Rentería Moller, Virginia Troncoso Hellman, Ignacio Urrutia Bonilla, Enrique van Rysselberghe Herrera, Gastón von Mühlenbrock Zamora y Jorge Sabag Villalobos, todos Diputados de la República, domiciliados para estos efectos en Calle San Sebastián 2812, oficina 712, las Condes, Santiago, en autos sobre control preventivo de constitucionalidad del Proyecto de Ley que Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. (boletín 8924-07), **Rol de Ingreso N° 5395-18**, a US. Excelentísima respetuosamente decimos:

Que en este acto, en mérito de lo que se señalará, y en virtud de las disposiciones contenidas en el artículo 77 en relación con el artículo 66 inciso segundo de la Constitución Política de la República, así como de los preceptos constitucionales de los artículos 1° incisos primero, tercero y quinto; 5°; 19° numerales 1°, 2°, 3°, 6°, 9°, 10°, 11°, 16° y 26° de nuestra Carta Fundamental es que solicitamos que se sirva tener presente las consideraciones que se señalarán en este escrito para efectos del resultado del control preventivo obligatorio del proyecto de ley boletín 8924-07 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, **declarando que las normas contenidas en su Párrafo 1° del Título IV, más las que US. Excelentísima estime pertinentes calificar como tales, son normas de rango orgánico constitucional y a su vez inconstitucionales.**

I. ANTECEDENTES PRELIMINARES

El Proyecto de Ley que Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. (boletín 8924-07), contiene una serie de disposiciones que tienen por objeto permitir el cambio de sexo registral en cualquier persona, mayores o menores de edad, sean o no transgéneros, haciendo que este cambio sea oponible a terceros, sin contener mecanismo alguno para resguardar el ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales.

Por las razones que se esgrimirán en el presente escrito, los artículos que impugnamos ante US. Excma., en todo o en parte, contienen graves y precisos vicios de constitucionalidad, contrariando una serie de normas de nuestra Carta Fundamental. En virtud de ello comparecemos ante esta alta Magistratura, con la finalidad de hacer valer la supremacía de la Ley Fundamental y salvaguardar pilares esenciales de nuestra democracia constitucional.

El presente Proyecto de Ley que Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género se encuentra actualmente despachado por el Honorable Congreso Nacional.

Si bien el proyecto de ley buscó entregar una solución a las personas transgénero que tienen un conflicto interno entre su sexo biológico y registrado al nacer, lo cual choca con su convicción personal respecto al mismo sexo, esto es, ser hombre o mujer (identidad de género), a fin de evitar discriminaciones arbitrarias por dicha condición, en la práctica la iniciativa se transformó lisa y llanamente en una ley de cambio de sexo registral aplicable a cualquier persona, sea o no transgénero.

Así, el texto legal despachado por el Congreso Nacional, fijó un trámite *express* y administrativo (salvo menores entre 14 y 17 años), sin que contenga ninguna clase de requisitos fácticos acreditables contenidos en instrumentos documentales ni médicos; ni tampoco la exhibición de un cambio respecto a la apariencia física (aun cuando ello no implique una intervención quirúrgica y sea meramente cosmético), requiriendo sólo la presencia de dos testigos, y procediendo además a la reserva y confidencialidad del real sexo biológico de la persona, una vez afinado dicho procedimiento.

Pues bien, dicho cambio de sexo registral pasa a ser oponible y vinculante a

terceros, pues en efecto, la consecuencia jurídica más importante de la ley aprobada, es que termina por imponerse la convicción personal y autodeterminación respecto del sexo (no de su género, pues la ley confunde ambos términos, a sabiendas), por sobre la propia identidad biológica garantizada por la Carta Fundamental.

El problema de todo lo anterior, es que, a lo largo de todo el texto de la ley, no existe ningún mecanismo que garantice la libertad de conciencia personal o institucional, a fin de que dicho cambio de sexo meramente registral, más no verificable en los hechos (pues no estamos frente a una persona cuyo sexo registral coincida con su sexo biológico), pueda ser inoponible en ciertos y determinados casos, en donde el propio ideario personal e institucional pueda verse gravemente vulnerado.

Todo lo anterior se ve agravado, toda vez que en la ley no existe ninguna manera de contrastar objetivamente (certificación médica, por ejemplo) si la identidad autodeterminada, corresponde a una decisión fundada, libre y espontánea, tomada en pleno uso de sus facultades mentales, a fin de hacer además razonable y proporcionada la imposición a terceros de dicho cambio de sexo registral. Esto se vuelve aún más fundamental, cuando verificamos que la ley autoriza a cualquier persona, sea o no transgénero, para proceder al cambio de sexo, sin incluso tener la obligación de modificar su apariencia personal a pesar de que ello se preste para equívocos respecto de su nuevo sexo registral.

En esta misma línea, el deber de confidencialidad respecto de los antecedentes que dan cuenta de la existencia de un sexo biológico reconocido al nacer, y previo al cambio registral, impiden por ejemplo, a una persona que va a contraer matrimonio, saber o deber saber, si la persona con la quien contraerá el vínculo matrimonial es biológicamente hombre o mujer, a menos que cuente con consentimiento expreso del titular, al ser tratado el procedimiento y la información vinculada a ello, tratada como dato sensible¹, lo cual afecta severamente los derechos de terceros.

Pero, además, en ciertos casos, el secreto y confidencialidad respecto del sexo biológico real y efectivo y consignado con anterioridad en la partida de nacimiento, previo al cambio de sexo registral, trae aparejadas consecuencias

¹ El artículo 10° de la Ley N° 19.628 Sobre protección a la Vida Privada dispone que "*Artículo 10.- No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, **exista consentimiento del titular** o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.*"

jurídicas directas en la filiación de sus hijos, en caso que ellos hayan nacido con anterioridad ha dicho cambio registral, a pesar de que toda persona cuenta con el derecho constitucional a conocer sus orígenes biológicos como se verá en el siguiente título.

Finalmente, en lo que importa para efectos de la presentación de este escrito, el Párrafo 1° del Título IV del proyecto de ley, regula la posibilidad de que los menores de edad puedan cambiar su sexo registral, normas que como se explicará corresponden en su totalidad a materias de rango orgánico constitucional y que a su vez deben ser declaradas inconstitucionales.

Conforme con lo anterior, este escrito se estructura de la siguiente manera:

I.	ANTECEDENTES PRELIMINARES	2
II.	LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO EN GENERAL.....	6
1.	No estamos frente a un proyecto de ley de identidad de género, sino que frente a una iniciativa de cambio de sexo.	6
2.	Vulneración al artículo 1° inciso primero de la Constitución: La Constitución reconoce el Derecho a la Identidad Biológica como una garantía constitucional Implícita emanada de la dignidad humana.	9
3.	Vulneración al artículo 5° de la Constitución Política. El ejercicio de la soberanía por parte de las autoridades que la Constitución establece, reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como la identidad biológica.	11
4.	No existe una Obligación Internacional de Establecer la Posibilidad de Cambiar el Sexo Registral según la identidad de Género.	13
a)	Estado del registro de la identidad de género en tratados internacionales.....	14
b)	La modificación registral por identidad de género a nivel de costumbre internacional.....	16
c)	Instrumentos y recomendaciones no vinculantes.....	16
a.	<i>Organización de Naciones Unidas</i>	17
b.	<i>Organización de Estados Americanos</i>	18
c.	<i>Comité DESC y Comité de DD.HH.</i>	18
d.	<i>Consejo de DD.HH. y ACNUDH</i>	18
d)	Caso Atala	19
e)	Conclusión.....	20

5. El cambio de sexo realizado por cualquier persona, sin verificar si es o no transgénero, constituye una afectación grave al ejercicio legítimo de derechos constitucionales de terceros..... 20
- a) Requisitos señalados en la ley para proceder al cambio de sexo registral 20
- b) Los efectos de la rectificación respecto de terceros en lo referentes a registros privados y la vulneración a la autonomía de los cuerpos intermedios, al derecho de asociación, a la libertad de conciencia y a la libertad de enseñanza garantizados en los artículos 1° inciso tercero, 19° numerales 16°, 6° y 11° de la Constitución Política, respectivamente..... 21
- c) A diferencia de la ley 20.609, el proyecto no establece un procedimiento de oposición respecto de terceros, vulnerando lo dispuesto en el artículo 1° inciso quinto y en el artículo 19° numerales 2°, 3° y 26° de la Constitución. 23
- d) Ante un cambio de sexo ya verificado, resulta imposible el ejercicio legítimo de derechos fundamentales para su inoponibilidad, vulnerando lo dispuesto en el artículo 1° inciso quinto y en el artículo 19° numerales 2° y 3° de la Constitución. 27
- e) La reserva y confidencialidad del sexo biológico vulnera derechos fundamentales de terceros, en especial el derecho a la identidad y libertad emanados del artículo 1° inciso primero y al 19° N°2 de la Constitución. 28

III. DEL PROCEDIMIENTO DE CAMBIO DE SEXO REGISTRAL PARA MENORES DE EDAD 30

1. Las normas que regulan el procedimiento de los menores de edad..... 30
2. La totalidad de las normas que regulan el Título IV del Proyecto de Ley, son de rango orgánico constitucional..... 32
3. Las referidas normas orgánicas constitucionales vulneran los artículos 1° inciso primero y quinto, artículo 5°, artículo 19 numerales 1°, 2°, 3°, 6°, 9°, 10°, 11°, 16° y 26° de la Constitución en lo referente a la regulación especial de los menores de edad..... 36
- a. Los niños son titulares de derechos fundamentales..... 36
- b. Existe una protección especial hacia los niños en base a su indemnidad sexual y su falta de libertad sexual plena, en pos del interés superior del niño reconocido no solo en la Constitución, sino que también en la Convención de los Derechos del Niño37
- c. Los niños poseen a lo más una autonomía progresiva, pero esta no puede ser considerada como plena..... 39
- d. El cambio de sexo, de ser posible, es un acto personalísimo e indelegable y la autonomía progresiva con la que cuentan los menores no les habilita a poder realizarlo, menos aún a sus padres, ni siquiera con autorización judicial previa. 40

- e. La mayoría de los niños con disforia de género, o que tienen conflicto entre su sexo biológico y su identidad de género, aceptan su sexo biológico en la adolescencia tardía. 42
- f. Vulneración real al derecho de los padres a educar a sus hijos y a la protección de la salud de los menores de edad. 43

II. La Ley de Identidad de Género en General

1. No estamos frente a un proyecto de ley de identidad de género, sino que frente a una iniciativa de cambio de sexo.

En efecto, si bien la finalidad buscada por el legislador fue el reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género, el proyecto de ley despachado por el Congreso Nacional, no hace sino facultar a cualquier persona a realizar un cambio de su sexo biológico reconocido y consignado al nacer.

Así las cosas, resulta determinante para explicar este punto, las distinciones que realiza la propia ley 20.609 en su artículo 2º, cuyo texto establece:

“Artículo 2º.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, **el sexo, la orientación sexual, la identidad de género**, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.” (énfasis agregado)

En efecto, nuestra propia legislación distingue tres categorías distintas: (i) el sexo, (ii) la orientación sexual, y finalmente (iii) la identidad de género.

Ahora bien, no obstante que la legislación actualmente no define lo que debe entenderse por identidad de género, el artículo 1° inciso segundo del proyecto de ley impugnado, nos entrega una definición que señala que *“Para efectos de esta ley, se entenderá por identidad de género 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.”*

A reglón seguido, la orientación sexual no dice relación con la identificación del sexo o del género, sino que se ha definido como *“la atracción hacia otra persona en el plano emotivo, romántico, sexual o afectivo, que puede ser heterosexual (es decir, cuando el objeto de atracción es una persona del sexo opuesto) u homosexual (cuando los sentimientos se producen hacia personas del mismo sexo).”*²

Finalmente, debemos entender por sexo, la condición física, genética, biológica, y objetiva con la cual nace un ser humano, y que lo determina a ser hombre o mujer³.

Desde ya resulta necesario descartar la tesis de que nuestra legislación, e incluso nuestra Constitución, reconoce a la identidad biológica de las personas, y en este caso en particular el sexo, como una mera construcción social, más aún cuando la propia identidad personal, como vimos, constituye un derecho esencial que emana de la propia naturaleza humana.

Pero a mayor abundamiento, la propia Ley n° 4.808 de Registro Civil, establece en su artículo 31 numeral 2° que, al momento del nacimiento de toda persona, debe ser consignado el *“El sexo del recién nacido;”*. Con lo anterior, resulta obvio que cuando hablamos de sexo, no es posible referirnos a la identidad de género, pues malamente un recién nacido contará con la *“convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma”*.

Así las cosas, estamos frente a tres categorías distintas, pero que, en el presente proyecto de ley impugnado, han sido a sabiendas confundidas.

² Morenero Atienza, Cristina. Los Conceptos de Orientación Sexual e Identidad de Género. En *“Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas”*. 2015

³ Sin perjuicio de ciertos casos en que biológicamente se hace imposible definir el sexo al nacer, o el niño nace con genitales de ambos sexos. A estas personas se les denomina *“intersexuales”*

En efecto, **la ley termina por confundir sexo con identidad de género**, con ello, permite que cualquier persona pueda imponer su convicción personal y modificar su sexo biológico reconocido y registrado al nacer en su partida de nacimiento.

En esto US. Excma. hay que ser muy claros. El legislador tuvo muchas otras alternativas que hicieran este proyecto de ley compatible con nuestro texto constitucional, pero el capricho de imponer una visión extremadamente constructivista y alienable de las garantías fundamentales de las personas, termino por vulnerar el ejercicio legítimo de derechos constitucionales por parte de terceros.

Así, durante la discusión en la Cámara de Diputados, presentó la siguiente indicación, la cual fue rechazada:

“1.- Para sustituir el artículo 2º del proyecto de ley por el siguiente:

"Voluntariamente, al cumplir la mayoría de edad y por una sola vez, la persona por autodeterminación **podrá sustituir, en sus documentos de Identificación, el campo sexo por el de género**, el que podrá ser: masculino o femenino. El acto se realizará en presencia de dos testigos que acrediten una autodeterminación contraria al sexo del solicitante y por al menos dos años, de acuerdo con los requisitos que para el efecto se determinen en esta ley y su reglamento. **Este cambio no afectará los datos de los registros de la persona relativos al sexo**. De darse esta situación, el peticionario podrá además solicitar el cambio en los nombres a causa de la sustitución del campo sexo por el de género."”

Pues bien, esta solución discutida en nuestro Congreso Nacional, tiene como fuente la regulación ecuatoriana, situación muy particular, pues no obstante que la propia Constitución Política de Ecuador, reconoce la identidad de género⁴, la LEY ORGANICA DE GESTION DE LA IDENTIDAD Y DATOS CIVILES del país latinoamericano⁵, optó por extender dos registros a fin de no confundir ambos conceptos (sexo y género), pero por sobre todo, no vulnerar la identidad biológica de las personas emanada de la propia naturaleza humana.

⁴ Artículo 11º numeral 2º inciso segundo.

⁵ Artículo 94 inciso final dispone *“Voluntariamente, al cumplir la mayoría de edad y por una sola vez, la persona por autodeterminación podrá sustituir el campo sexo por el de género que puede ser: masculino o femenino. El acto se realizará en presencia de dos testigos que acrediten una autodeterminación contraria al sexo del solicitante y por al menos dos años, de acuerdo con los requisitos que para el efecto se determinen en esta Ley y su reglamento. Este cambio no afectará los datos del registro personal único de la persona relativos al sexo. De darse esta situación, el peticionario podrá solicitar el cambio en los nombres a causa de la sustitución del campo sexo por el de género.”*

La propuesta contenida en la indicación, hubiese significado sin duda, armoniosa con el resguardo de los derechos fundamentales de terceros, y habría permitido justamente el fin buscado por el legislador, esto es, evitar la discriminación arbitraria que sufren las personas trans, complementando el derecho a la identidad con la posibilidad real de autodeterminación, contenido en dos registros distintos y permitiendo la modificación de los documentos públicos de identidad.

Pero finalmente, ello no ocurrió, y nos encontramos frente a **una ley que no solo confunde, a sabiendas, sexo con identidad de género**, sino que abierta y manifiestamente superpone la convicción personal por sobre un dato objetivo y oponible a todas las personas, como lo es su identidad física, su sexo biológico.

Lo anterior constituye un acto absolutamente desproporcionado del legislador, quien de manera irracional ha procedido a generar un cambio que no sólo afecta los derechos de terceros, sino que termina por impactar en los fundamentos de todas las políticas públicas basadas en el sexo de las personas, incluso aquellas tendientes a la igualdad de hombres y mujeres.

2. Vulneración al artículo 1º inciso primero de la Constitución: La Constitución reconoce el Derecho a la Identidad Biológica como una garantía constitucional Implícita emanada de la dignidad humana.

Si bien no existe un concepto de identidad personal expresamente reconocido en la Constitución, US. Excelentísima ha establecido que existen ciertas reglas y principios que emanan de la propia Constitución, y en virtud de los cuales se ha reconocido el derecho a la identidad, como una garantía constitucional implícita.

En particular, US. Excma. ha recogido dicho planteamiento jurisprudencial del artículo 1º de la Constitución que establece que *“Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Así, y en base al artículo antes citado, la jurisprudencia y la doctrina se han centrado principalmente en la identidad personal como un derecho fundamental “implícito” en el cual se incluye la investigación de la filiación y el reconocimiento de los orígenes biológicos.

Lo anterior, se ha establecido sin consideración alguna a la identidad de género, entendida como la convicción personal y subjetiva de que existe un conflicto entre el sexo biológico y el sexo psicológico), y menos aún ha permitido un reconocimiento a la autodeterminación del sexo, a fin de que sea dicha autodeterminación la que merezca reconocimiento legal.

En efecto, la jurisprudencia “reconoce” la **identidad biológica como derecho fundamental**, la cual emana de la dignidad humana tal cual lo ha sostenido este Excmo. Tribunal Constitucional, a saber: *“El reconocimiento del derecho a la identidad personal –en cuanto emanación de la dignidad humana– implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos (...)el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social.”*⁶ (énfasis agregado)

Lo señalado anteriormente reviste una vital importancia para el presente control preventivo, toda vez que el derecho reconocido implícitamente por nuestra Carta Fundamental, consiste en la posibilidad que toda persona sea ella misma, y no otra, siendo además un derecho personalísimo, situación última que tendrá muchísima importancia, sobre todo en lo relativo a los menores de edad.

Pero precisamente el derecho de toda persona a ser “ella misma y no otra”, supone que para que el ejercicio de los derechos se ejerza en igualdad, las condiciones objetivas no estén sujetas al mero arbitrio de quien se declara titular de ellas, pues de ser así, estaríamos ante un poder infinito de la autodeterminación, sin límites, ni siquiera frente a los derechos de terceros.

En este sentido, el derecho a la identidad de toda persona, incluye el pleno y real conocimiento de la identidad de sus padres, de sus orígenes biológicos, por lo que *“...No corresponde acoger una interpretación que, restringiendo la posibilidad de obtener el reconocimiento de la paternidad (...) deje sin efecto el derecho a la identidad personal, en estrecha relación con el valor de la dignidad humana, consignado en su art. 1º, inc. 1º.”*⁷

⁶ STC 1340, cc. 27

⁷ STC 1340, cc. 25 y 27

Así, como se verá más adelante, el cambio de sexo registral, puede transformarse en un límite no sólo legal, **sino que fáctico**, para que una persona incluso pueda determinar sus orígenes biológicos (los hijos no reconocidos, por ejemplo).

3. Vulneración al artículo 5° de la Constitución Política. El ejercicio de la soberanía por parte de las autoridades que la Constitución establece, reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como la identidad biológica.

Siendo el derecho a la identidad biológica una garantía constitucional implícita, no resulta posible que el legislador permita que la mera voluntad o convicción personal termine por imponerse al sexo biológico y objetivo. Lo anterior, pues ello implicaría que la propia dignidad humana es “disponible”.

En efecto, el artículo 5° de nuestra Carta Fundamental dispone que:

“Artículo 5°.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. **Su ejercicio se realiza** por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, **también, por las autoridades que esta Constitución establece**. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Así, resulta bien claro que el legislador, en cuanto autoridad Constitucional, se encuentra absolutamente limitado para vulnerar derechos que emanan de la propia naturaleza humana. En esta línea, ¿qué derecho puede considerarse más directamente emanado de la propia naturaleza humana que la propia identidad biológica de toda persona?

En efecto, el reconocimiento de la identidad biológica manifestado entre otras cosas a través del sexo registral, constituye un dato dado y objetivo de la persona humana, cuestión que subyace al reconocimiento legal del sexo biológico que hace la partida de nacimiento, a toda persona, una vez nacida, tal cual lo recoge el artículo 31 de la Ley 4.808 del Registro Civil.

Lo anterior hace que el sexo biológico no pueda ser objeto de disposición, ni siquiera por el propio titular, sin que esto termine dañando su propia dignidad, pues atentar contra la identidad biológica, significa un atentado a la propia dignidad e igualdad humanas reconocidas explícitamente en la Constitución, pero además, con plenos efectos sobre terceros. Al estar frente a una ley de cambio de sexo y no de identidad de género, ciertamente lo que hace el legislador es permitirle no solo al titular poder disponer de su dignidad, sino que además que dicha disposición tenga plenos efectos respecto de todos.

Así las cosas, los límites de la soberanía están dados por aquellos derechos emanados de la propia naturaleza humana, dentro de los cuales si bien podría – bien dudosamente – considerarse la autodeterminación e instrumentalización del género (como convicción personal, pero distinto del sexo), **no es posible que el sexo registral, el cual constituye una forma legal del reconocimiento de la identidad biológica de las personas**, pueda ser modificado al mero arbitrio, sin que siquiera exista en la ley algún requisito o condición para proceder a dicho cambio, más que la concurrencia de dos testigos y una simple declaración consistente en sólo sostener que se conoce los efectos del cambio registral señalado.⁸

Ahora bien, respecto del mismo artículo 5° de la Constitución, cabe además recordar que no obstante que los Tratados Internacionales suscritos por Chile, y que se encuentran vigentes son fuente de derechos fundamentales, ellos tienen una naturaleza *infraconstitucional*, tal cual lo ha señalado US. Excm. sistemáticamente⁹. Pero por lo demás hoy no existe ninguna obligación internacional vinculante, en ningún tratado o convención, que ordene al Estado de Chile permitir el cambio de sexo registral, sino que por el contrario, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes inclusive protegen la indemnidad y libertad sexual de los niños entregándoles una protección especial, cuestión que como se detallará en el capítulo pertinente, es abiertamente vulnerada por el proyecto de ley en comento.

⁸ Artículo 11 inciso segundo del Proyecto de Ley impugnado.

⁹ STC 2387-12 y 2388-12

4. No existe una Obligación Internacional de Establecer la Posibilidad de Cambiar el Sexo Registral según la identidad de Género¹⁰.

Acorde a que el propio artículo 5° inciso segundo de la Constitución establece como fuente de los derechos que emanan de la naturaleza humana, aquellos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, resulta sumamente importante hacernos cargo de este punto.

Muchas veces se ha hablado de que Chile estaría faltando a sus obligaciones internacionales al no contar con una ley que establezca la posibilidad de cambiar el sexo registral según lo que las personas consideren que sea su identidad de género. Lo anterior es falso.

En efecto, en el Derecho internacional existen instrumentos vinculantes y no vinculantes. Los instrumentos no vinculantes no constituyen una obligación internacional, con independencia de la importancia que tenga el órgano que los emita. Lo anterior, **porque el grueso del Derecho internacional descansa sobre el principio de que los Estados son libres para obligarse o no**, lo cual se logra a través de tratados internacionales o de la costumbre internacional¹¹.

La única excepción a lo anterior, es la existencia de normas *jus cogens*, es decir, una norma internacional en contra de la cual un Estado no podría pactar nada. Pues bien, el no contemplar la posibilidad de modificar el registro de nacimiento no viola ninguna norma de *jus cogens*. Esto se nota, por ejemplo, al ver el modo como se comporta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹².

¹⁰ Se ha tomado como base y de manera textual, extractos de la presentación realizada en el Congreso Nacional por el Doctor en Derecho y académico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, don Álvaro Paúl Díaz, con expresa autorización de su autor.

¹¹ Los Estados pueden oponerse al surgimiento de una costumbre que los vincule cuando ellos se constituyen en “objetores persistentes”.

¹² Éste tiene la interpretación más liberal en materia de identidad de género, pero llega a ella sólo sobre la base del “consenso regional”, un concepto bien propio Europeo. En virtud de ese consenso, señala que el Convenio Europeo de DD.HH. exigiría reconocer el cambio de sexo de aquellos que se han operado para adquirir los rasgos sexuales del sexo opuesto. (*Goodwin v. Reino Unido*; además, recién este año falló que la ley finlandesa no violaba la Convención al exigir que, para poder cambiarse de sexo, una persona tenía que conseguir el divorcio *Hämäläinen v. Finlandia*). En otras palabras, no sólo exige ciertas condiciones, sino que fundamenta este derecho positivo en la existencia de unas condiciones específicas de Europa, no en virtud del *jus cogens*.

Una vez hecha esta distinción, es posible referirse a los instrumentos y opiniones donde se hablaría de un derecho a la identidad de género, pero recordando siempre esta distinción entre instrumentos vinculantes y no vinculantes.

a) Estado del registro de la identidad de género en tratados internacionales

Una cosa es la discriminación y la violencia contra personas trans, y otra muy distinta es el reconocimiento registral de lo que ellos consideran ser su identidad de género. Estas cosas son totalmente distintas. El proyecto impugnado no dice relación con la violencia ni con la discriminación en contra de las personas transgénero. En efecto, la ley penal es la que trata con la violencia ejercida en contra de estas personas, y la Ley Antidiscriminación 20.609, es la que trata sobre la discriminación arbitraria en contra de las personas transgénero. Este proyecto, en cambio, se refiere sólo al cambio de sexo.

a.1) Inexistencia de tratados que vinculen a Chile en materia de cambio registral

Dentro de las normas vinculantes se encuentran los tratados que hayan sido firmados y ratificados por el país. **Ningún tratado internacional, es decir, ningún instrumento internacional vinculante, establece el derecho al registro de la identidad de género. Más aún, hay un solo tratado que se refiere a la identidad de género en forma explícita. Éste es la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia¹³, pero este tratado, si bien fue firmado por siete países, no ha sido ratificado por ninguno¹⁴. Atendido que Chile, al igual que todos los demás Estados de América, no ha ratificado esta Convención, no se encuentra obligada por ella.**

Motivados por esta inexistencia de normativa internacional vinculante en la materia, quienes afirman la existencia de un derecho a la identidad de género se basan en tratados internacionales que resguardan otros bienes. Así, por

¹³ En forma conjunta con este tratado se aprobó en forma conjunta con la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.

¹⁴ Esto llama la atención en América Latina, puesto que nuestros Estados son muy proclives a ratificar tratados internacionales.

ejemplo, el Instituto Nacional de Derechos Humanos afirma la existencia de un derecho a la identidad de género en lo que sostendría el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta afirmación es falsa. En efecto, el tratado dispone:

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

“2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

Como pueden ver, cuando esta norma usa la expresión “identidad” se refiere a una cuestión mucho más básica que aquella señalada por el INDH. **Se refiere a que el niño sepa quién es, a que sepa quiénes son sus padres.** Se refiere, principalmente, a situaciones como aquella que analizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Gelman*. Éste es un caso donde una mujer embarazada es detenida y hecha desaparecer junto a su marido durante la dictadura argentina. Luego, ella es llevada a Uruguay, donde nació su hija, a quien las fuerzas militares entregaron en adopción a una pareja uruguaya. Ésta niña fue separada de su madre, entregada a una familia distinta, y sacada de su país de origen. Éste es un caso de aquellos comprendidos en la Convención de los Derechos del Niño. **Como se puede apreciar, esta convención busca resguardar esta identidad más básica y objetiva, no la identidad de género.** Esto se nota, especialmente, por la ubicación de esta norma en la misma Convención, ya que está después del artículo 7, donde se dice que el niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser inscrito como hijo de ellos, y del artículo 9, que dice que los niños no deberán ser separados de sus padres.

En este sentido, es muy importante distinguir entre dos conceptos absolutamente distintos:

- i. **El derecho a la identidad *a secas*, es decir, a la verdad biológica, familiar y social de una persona¹⁵, que es aquello a lo que nos acabamos de referir, y que sí está consagrado a nivel internacional e, incluso, ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional, en un caso sobre filiación¹⁶, y**

¹⁵ Opinión del juez Ventura Robles en el caso *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*, Corte Interamericana de DD.HH.

¹⁶ STC 1340-2009. Este caso es citado por el Informe Anual 2013 del INDH, pero para referirse a la identidad de género.

- ii. **El derecho a la identidad *de género*, el que no se encuentra establecido en ningún instrumento vinculante para Chile.**

a.2) La no discriminación

Se ha afirmado también que el derecho a la identidad se basa en el principio de la no discriminación. Sin embargo, el proyecto de ley impugnado, no busca evitar que se discrimine a las personas por el género con el que se identifican, pues para ello existe ya la ley Zamudio. Este proyecto busca algo distinto, que es modificar registralmente el sexo de la persona sobre la base de sus deseos y no del código genético con el que nacieron.

En conclusión, no puede afirmarse que Chile se encuentre obligado en virtud de algún instrumento internacional vinculante.

b) La modificación registral por identidad de género a nivel de costumbre internacional

La costumbre también es una fuente de obligaciones a nivel nacional. Para que exista una costumbre, es necesario que se dé una práctica uniforme y continuada de los Estados, y que dicha práctica se realice con *opinio juris*, es decir, con esta conciencia de que se está cumpliendo una obligación internacional. Es difícil probar la existencia de una costumbre internacional, pero para hacerlo es necesario contar con los dos elementos a los que nos referimos. **En materia de modificación registral por identidad de género, no es posible afirmar que haya una práctica consistente de los Estados, y mucho menos que ella se realice basada en una *opinio juris*.**

c) Instrumentos y recomendaciones no vinculantes

Son solo instrumentos internacionales **que no obligan a Chile** los que se usan para afirmar que Chile se encuentra *obligado* a permitir el registro de la identidad de género. Sin embargo, estos instrumentos no crean obligaciones. Son lo que en Derecho internacional se conoce como “*soft law*”. Es posible que estos instrumentos contribuyan a crear Derecho, ya sea una costumbre o un tratado, pero, hasta que ello no suceda, no puede decirse que sean Derecho. Ahora nos referiremos a algunos de los instrumentos no vinculantes que suelen ser invocados en estas discusiones.

Todas estas resoluciones no tienen más valor las de un consejo de una persona más o menos autorizada, de modo que la importancia que se le dé dependerá de la autoridad que se le conceda a la persona o entidad que emite este informe. Los argumentos de autoridad sólo pueden usarse cuando ambas personas reconocen al que emite la recomendación como autoridad. Por ejemplo, si en una discusión se invoca lo que dice el Papa, para un ateo que no admire al Papa, ese argumento no le dice nada, a menos que su contenido lo convenza.

c.1) Resoluciones de organismos internacionales y de comités de monitoreo de tratados

Las resoluciones de los organismos internacionales y comités no son instrumentos vinculantes (a menos que se basen en un tratado que les dé ese valor, pero no existe ninguna resolución referida a la identidad de género que lo tenga). Si bien algunos consideran que su interpretación constituye una interpretación auténtica, esa opinión es muy discutible. **Sólo la interpretación que hacen todos los Estados firmantes es reconocida claramente como interpretación auténtica.** Por eso, puede afirmarse que Chile no se encuentra vinculado por estas resoluciones, no pueden obligarlos a ustedes a legislar en un sentido u otro.

a. Organización de Naciones Unidas

El año 2008 la Asamblea General de N.U. dictó la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género. Ella fue firmada por 66 países, entre los cuales se encuentra Chile. Este instrumento se refiere a discriminaciones y malos tratos contra personas LGTBI, **pero no afirma nada sobre alguna obligación de modificar la normativa registral**¹⁷. En realidad, no sería fácil que las Naciones Unidas pudieran entrar en tanto detalle, pues el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas dispone el principio de no injerencia en los asuntos que sean de la jurisdicción interna de

¹⁷ Más aún, es interesante notar, con el solo propósito de mostrar el carácter controversial de esta misma declaración (que no exige mucho más que la no discriminación), es que 57 países de Naciones Unidas, como respuesta a esta declaración, firmaron una declaración opuesta a la despenalización de la homosexualidad.

los Estados.¹⁸ En ese sentido, el modo como opere el sistema registral de un Estado, ya sea sobre la base biológica o emocional, es un asunto interno de los Estados. **Por último, debe recordarse, en todo caso, que la Declaración de 2008 no es vinculante.**

b. Organización de Estados Americanos

La Asamblea General de la OEA emitió una resolución donde condena todas las formas de discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, **pero dicha resolución no se refiere a la obligación de registrar a personas que consideren que su identidad de género es distinta de su sexo. Por otro lado, tampoco es vinculante.** Además, al igual como sucede con las Naciones Unidas, el artículo 3.e de la Carta de la OEA prohíbe la injerencia de este organismo en asuntos internos de los Estados.¹⁹

c. Comité DESC y Comité de DD.HH.

Otro organismo que se ha referido a señalar que la identidad de género es un motivo prohibido de discriminación es el Comité DESC, al decir que no es posible discriminar en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité de Derechos Humanos también se ha referido a la identidad de género. Sin embargo, éstos no se han referido al modo como debe registrarse el sexo de las personas que se identifican con un género distinto.

d. Consejo de DD.HH. y ACNUDH

El Consejo de Derechos Humanos también se ha referido a la identidad de género. Incluso tomó nota de un informe de la Alta Comisionado de Naciones Unidas sobre DD.HH. (ACNUDH) que hace referencia explícita al registro de la persona según el género con el que percibe, con independencia de su sexo

¹⁸ Dicho artículo dispone: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.”

¹⁹ Dispone: “Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales.”

biológico²⁰. Esto sucedió muy recientemente. Al tomar nota de este informe, le pidió al ACNUDH que lo actualizara. **Nuevamente, debe recordarse el carácter no vinculante de estas resoluciones.**

c.2) Los Principios de Yogyakarta

Los Principios de Yogyakarta son un documento donde una serie de personas, sin poder para representar a los Estados, decidieron hacer una lista de derechos que tendrían las personas LGTBI. Este instrumento está firmado por personalidades importantes, como una ex Alta Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. **Sin embargo, éste es sólo un instrumento privado, que no tiene ningún valor jurídico.** El mismo INDH reconoce en su Informe Anual 2013, que este documento “no ha recibido sanción oficial”²¹. **En otras palabras, este instrumento no vincula a Chile ni podría llegar a hacerlo.** El carácter privado de este documento hace que no pueda ser considerado ni siquiera un “instrumento internacional”, en el sentido que tiene dicho concepto en el Derecho internacional.

El INDH se refiere mucho a los principios de Yogyakarta en su Informe Anual, y dice que “constituyen orientaciones para los Estados”. Sin embargo, este documento podría ser una “orientación” sólo si se le reconoce autoridad en la materia a las personas que lo redactaron, y la autoridad es algo que depende del oyente.

d) Caso Atala

El caso Atala se refiere, principalmente, **a cuestiones relativas a la orientación sexual, no a la identidad de género.** Es cierto que la Corte hace una referencia a la identidad de género, pero sólo para afirmar que debe prohibirse la discriminación que se base en ella. Atendido que este proyecto no

²⁰ El Consejo de Derechos Humanos manifestó en 2011 su preocupación por los hechos de violencia y discriminación en contra de personas por su identidad de género. Por ello, solicitó a la ACNUDH un estudio a nivel mundial sobre las leyes y las prácticas discriminatorias. La Alta Comisionado emitió un informe (Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, 2011. A/HRC/19/41), donde se dice que la falta de reconocimiento registral sería una práctica discriminatoria. Ésta es una opinión bastante discutible, pues no es una diferenciación arbitraria el basar el registro de nacimientos en una verdad histórica, como es el nacimiento de una persona con un determinado sexo.

²¹ Informe Anual 2013, p. 166, nota 9.

se refiere a la discriminación, no es necesario entrar a analizar la naturaleza de ese *obiter dicta*.

e) Conclusión

La observación de las diversas normas de Derecho internacional, **nos muestran que no existe un derecho al reconocimiento registral de la identidad de género: no existen tratados internacionales ni costumbre internacional que obligue al país a legislar en esta materia.** Tampoco existen recomendaciones directas sobre el punto que sean vinculantes.

Por otro lado, la única sentencia interamericana sobre el punto, la sentencia del *caso Atala*, sólo exige que Chile no discrimine arbitrariamente, pero **no es posible considerar que el utilizar un criterio histórico en las partidas de nacimiento, o biológico en el registro del Registro Civil, sea una forma de discriminación arbitraria.**

5. El cambio de sexo realizado por cualquier persona, sin verificar si es o no transgénero, constituye una afectación grave al ejercicio legítimo de derechos constitucionales de terceros.

a) Requisitos señalados en la ley para proceder al cambio de sexo registral

El artículo 11 inciso segundo, en relación con el sexto del proyecto de ley, establece que:

“Además, el Oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación citará, en el más breve plazo posible, al solicitante y a dos testigos hábiles, a una audiencia especial. En ella, el solicitante y los testigos declararán, bajo promesa o juramento, que el primero conoce todos los efectos jurídicos que implica el acogimiento de la solicitud de rectificación de su partida de nacimiento en lo relativo a su sexo y nombre. Para estos efectos, no serán testigos hábiles las personas enumeradas en el artículo 16 de la Ley de Matrimonio Civil, contenida en el artículo primero de la ley N° 19.947.

Sólo procederá el rechazo de la solicitud por no haber acreditado el requirente su identidad o por no haberse verificado la declaración del solicitante y de los (2) testigos hábiles en los términos indicados en el inciso segundo anterior.”

En efecto US. Excma., como usted puede apreciar, estamos frente a un cambio de sexo registral “*express*”, procedimiento que no contempla ningún requisito para su concesión más que la concurrencia de dos testigos y del titular, con una declaración de ellos, consistente en solamente afirmar que conocen los efectos del cambio registral.

Así mayor abundamiento, y en concordancia con el principio de “no patologización” impugnado por otras razones constitucionales en el presente escrito, tampoco se exige prueba alguna que den cuenta que estamos frente a una persona transgénero, esto es, frente a una persona que haya sido diagnosticada con disforia de género (incongruencia entre su sexo biológico y su identidad de género de acuerdo al DSM V número 302.6 disforia de género en niños, y número 302.85 disforia de género en adolescentes y adultos)

b) Los efectos de la rectificación respecto de terceros en lo referentes a registros privados y la vulneración a la autonomía de los cuerpos intermedios, al derecho de asociación, a la libertad de conciencia y a la libertad de enseñanza garantizados en los artículos 1º inciso tercero, 19º numerales 16º, 6º y 11º de la Constitución Política, respectivamente.

A mayor abundamiento, existen una serie de disposiciones que regulan los efectos del proyecto de ley respecto de terceros.

Así, la primera norma que salta a la vista es la que consigna su artículo 22º, la cual señala:

“ARTÍCULO 22.- DE LOS EFECTOS DE LA RECTIFICACIÓN DE PARTIDA RESPECTO DE TERCEROS. Los efectos jurídicos de la rectificación del sexo y nombre realizada en virtud de la presente ley serán oponibles a terceros desde el momento en que se extienda la inscripción rectificada en conformidad al artículo 104 del decreto con fuerza de ley N° 2.128, que aprueba reglamento orgánico del Servicio de Registro Civil, del Ministerio de Justicia, de 1930.”

Asimismo, el artículo 3º del proyecto de ley impugnado dispone que:

“ARTÍCULO 3º.- GARANTÍA ESPECÍFICA DERIVADA DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO. 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. Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en los registros oficiales deberán ser coincidentes con dicha identidad.”

En esta misma línea, el artículo 4° letra b) señala además que:

“b) A ser reconocida e identificada conforme a su identidad y expresión de género en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en esta ley.

Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en los registros oficiales deberán ser coincidentes con dicha identidad.”

Finalmente, el artículo 21 en su inciso segundo, dispone que:

“Los artículos imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas **figuren en registros públicos y privados deberán ser coincidentes con dicha identidad.”**

Como US. Excma. puede apreciar, la ley impone obligaciones a los privados y los registros que ellos administren, aun cuando el sexo biológico y ni siquiera su apariencia física, coincidan con su sexo registral, lo cual implica una serie de vulneraciones a derechos fundamentales, pues imponen una obligación al ideario personal e institucional, que vulnera a la autonomía de los cuerpos intermedios, al derecho de asociación, a la libertad de conciencia y a la libertad de enseñanza garantizados en los artículos 1° inciso tercero, 19° numerales 16°, 6° y 11° de la Constitución Política, respectivamente.

En efecto ¿podrá una persona que cambió su sexo registral requerir a una religión en particular para efectos que modifique su acta de bautismo? ¿Qué posibilidades de defensa habría para dicha institución eclesiástica, si en estricto rigor, la partida de nacimiento (que es el documento legal y previamente modificado) tienen como verdadera finalidad el reconocimiento del sexo biológico con que se nace?

Pues bien, como puede apreciar su US. Excma., no existe posibilidad ni mecanismo alguno que permita a una institución privada negarse a modificar sus instrumentos privados, aun aquellos de tal relevancia para la libertad de cultos garantizada en la Constitución, como lo es el registro de sacramentos de alguna iglesia o culto.

c) A diferencia de la Ley 20.609, el proyecto no establece un procedimiento de oposición respecto de terceros, vulnerando lo dispuesto en el artículo 1º inciso quinto y en el artículo 19º numerales 2º, 3º y 26º de la Constitución.

En efecto, el proyecto de ley no establece ningún procedimiento para resguardar efectivamente el ejercicio legítimo de los derechos constitucionales de terceros.

Así, el proyecto de ley impugnado, sólo contempla una frase meramente enunciativa en los dos últimos incisos del artículo 4º, los que señalan que:

“Ninguna persona natural o jurídica, 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 el reconocimiento del derecho a la identidad de género haberse sometido a algún tipo de intervención o tratamiento modificadorio de la apariencia.

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 y que se encuentren vigentes.”

Ahora bien, US. Excma. podría estimar que estamos frente a la misma regulación de la ley Antidiscriminación o Ley Zamudio, pero ello no es así, puesto que si bien dicho texto ha sido inspirado en el artículo 2º inciso final de la ley 20.609, existe en este caso una diferencia fundamental.

Efectivamente, **la ley Antidiscriminación cuenta con un procedimiento reglado a fin de que quien ejerza legítimamente un derecho fundamental, pueda interponer frente a la acción de antidiscriminación, ya sea como excepción perentoria o defensa, el ejercicio legítimo de un derecho fundamental.** Pues bien, ello no ocurre en este caso, con lo cual se despoja a los terceros de toda posibilidad de defender el ejercicio legítimo de sus derechos, pasando a existir una presunción legal de que todo acto contrario a la “identidad de género”, y que se manifiesta unívocamente en un cambio de sexo registral, constituye una discriminación arbitraria, sin que sea posible entender dicho ejercicio, como una diferencia justificable.

Lo anterior obviamente constituye un grave atentado al derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y a la igualdad ante la ley, garantizados ambos en nuestra Constitución.

Así las cosas, corresponde ahora pasar a explicitar por qué el proyecto de ley no super el test de razonabilidad tal como US. Excma. lo ha establecido recientemente en fallo STC 2935-2015, en sus considerandos 36 y siguientes.

En este sentido, y para determinar si la diferenciación establecida por el legislador es razonable, hay que estarse a lo siguiente: (1) a la finalidad declarada por el legislador al crear el derecho, (2) la diferencia concreta de trato que se establece por el legislador, y (3) el criterio de diferenciación, en este caso, por qué el Estado permite sólo a unos hacer oponibles su ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, y a otros no.

En el primer caso, **la finalidad declarada por el legislador** al crear el derecho a la identidad de género consistía en dos aspectos. El primero, fue evitar las discriminaciones arbitrarias que sufrían las personas transgénero, aun cuando para estos efectos exista la ley 20.609. El segundo, consistía en el reconocimiento de la identidad de género.

En lo referente al segundo aspecto, **la diferencia de trato establecida por el legislador** consiste en que el cambio de sexo registral, que depende de una convicción subjetiva y está sujeta al mero arbitrio del titular, se erige como un supra derecho, oponible a todos los terceros, quienes en la práctica se ven imposibilitados de ejercer legítimamente sus garantías fundamentales.

En tercer lugar, **en lo referente al criterio de diferenciación**, o en este caso, por qué el Estado permite sólo a unos hacer oponibles su ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, y a otros no, el legislador no se hace cargo de explicar porque dicha decisión es razonable, proporcionada y objetiva, pasando a vulnerar las garantías fundamentales de terceros.

Este Excelentísimo Tribunal Constitucional, ha señalado que *“La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19, N° 2, CPR. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos. (STC 1138 c. 24) (En el mismo sentido, STC 1140 c. 19, STC 1365 c. 29)”*

En síntesis y como corolario, este Excelentísimo Tribunal ya se ha referido latamente y en innumerables sentencias, respecto de los criterios que deben

tomarse en consideración para dar cumplimiento a la garantía constitucional de igualdad ante la ley. Así por ejemplo, el fallo STC Rol 1317 c.3, que expresa lo siguiente:

“**TERCERO.- Que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares.** En este sentido, este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. **La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición**”. Por lo tanto, se ha concluido, “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”. (Sentencias Roles N°s 28, 53, 219 y 755).

Así se desprende, como lo ha precisado esta Magistratura, que “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, **siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales siempre que ello no revista el carácter de arbitrario**” (Roles N° 986-2008 y 755-2007). En palabras del Tribunal Constitucional español, “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128/1987). De esta forma, **un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador.**

Por otro lado, como lo señaló recientemente esta Magistratura en los autos Rol N° 790-2007 y 755-2007, el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el español y el alemán, da cuenta de que **no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador.** Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, **es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata,** la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada (Tomás Ramón Fernández. De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia

constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42); (En el mismo sentido, STC 1234 c. 13, STC 1254 cc. 48, 56 y 60, STC 1307 cc. 12 a 14, STC 1414 cc. 16 y 17)” (El destacado es nuestro)

Como es dable apreciar, podemos señalar contundentemente que, habida cuenta de que la justificación que tiene el legislador para intervenir el ejercicio de las garantías fundamentales de terceros y dejarlos a su vez sin procedimiento o mecanismo para hacer valer sus derechos, **consiste en salvaguardar la “mera convicción personal”**, la cual, a diferencia de cualquiera de los otros derechos fundamentales, se hace plenamente oponible a terceros a través del proyecto de ley impugnado²², es que estamos frente a una justificación, **que aun cuando fuera razonable, en ningún caso es objetiva, por lo que ella deviene indefectiblemente en arbitraria, afectando la esencia de los derechos fundamentales de terceros.**

Lo anterior constituye una vulneración explícita a la igualdad ante la ley, pero además a la norma de clausura de nuestro catálogo de garantías fundamentales consignado en el artículo 19° n°26, esto es, 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 pueden afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Finalmente, este Excelentísimo Tribunal ya ha fijado que tanto la inclusión, como la diversidad, son exigencias del Estado **para hacerse cargo de la diversidad de sus habitantes**, el cual se materializa diversos mandatos constitucionales. Desde luego, tiene en cuenta que la Constitución asegura la no discriminación arbitraria.

Así, en la sentencia STC Rol 2781 cc. 29 y 34, se señala lo siguiente:

“29° Que, finalmente, el valor de la diversidad se inserta en un conjunto más amplio de principios y derechos constitucionales. La dimensión de amplificación social de la diversidad hace parte del proceso de igualdad de oportunidades que reconoce la Constitución en el artículo 1°, inciso quinto. Son todos aquellos a los cuales el Estado les debe garantizar su derecho a participar con igualdad de oportunidades, **sin discriminación ni privilegios**. En segundo lugar, no sólo se trata de un principio de actualización evolutiva en el tiempo, sino que es la protección constitucional que le otorga la Ley Fundamental bajo dos derechos constitucionales. **Por una parte, para reivindicar la igualdad ante la ley, en cuanto mandato de no discriminación, esto es según lo dispuesto en el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución. Y, por la otra, en cuanto tenga perspectiva de ser desconocida en el ejercicio de su titularidad y de sus**

²² En efecto, la libertad de conciencia, por ejemplo, obliga a respetar la convicción interna, pero no obliga de ninguna manera a los tercero a

derechos, cabe invocarla como la igual protección en el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 19, numeral 3º, inciso primero, de la Constitución; (énfasis agregado)

“34º Que la inclusión es una exigencia del Estado para hacerse cargo de la diversidad de sus habitantes. Materializa diversos mandatos constitucionales. Desde luego, el que el bien común debe llegar “a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional” (artículo 1º). También el que el Estado debe “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (artículo 1º, inciso final). Asimismo, tiene en cuenta que la Constitución asegura “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos” (artículo 19, N° 3º), **la no discriminación arbitraria (artículo 19, N° 2º)**”; (énfasis agregado)

Pues bien, no queda sino de manifiesto que la inclusión, la diversidad y la no discriminación arbitraria tienen como base fundamental el respeto al derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, pero, asimismo, tiene en cuenta que la Constitución asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y además la garantía de no ser discriminadas arbitrariamente.

En este sentido, existe una vulneración manifiesta a los principios de inclusión, diversidad y no discriminación arbitraria, pues no sólo teóricamente, sino que en la práctica y como se verá en el literal siguiente, **resulta imposible el ejercicio legítimo de derechos fundamentales por parte de terceros cuando ya se ha verificado el cambio de sexo registral.**

d) Ante un cambio de sexo ya verificado, resulta imposible el ejercicio legítimo de derechos fundamentales para su inoponibilidad, vulnerando lo dispuesto en el artículo 1º inciso quinto y en el artículo 19º numerales 2º y 3º de la Constitución.

En efecto, existe un problema práctico fundamental, pues como hemos señalado latamente a través de estas páginas, el legislador confunde, a sabiendas, el sexo biológico con la identidad de género, con lo cual el “derecho a la identidad de género” creado por el Poder Legislativo, consiste precisamente en cambiar el sexo registral que, en nuestra legislación actual, corresponde al sexo biológico.

Pues bien, ¿qué ocurrirá una vez ejercida la facultad de cambio del sexo registral?

Pasará lo siguiente, una persona de **sexo biológico hombre**, pasará a ser legalmente reconocida bajo el **sexo registral mujer**, y viceversa. Lo anterior trae aparejada una consecuencia inevitable: resulta imposible, aún bajo la tramitación de una acción antidiscriminación regulada por la ley 20.609, que cualquier persona alegue como diferencia razonable el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, pues la persona va a ser legalmente reconocida bajo un sexo distinto (no un género diferente) a su sexo biológico,

En efecto, si el requisito para, por ejemplo, ser admitido en un establecimiento educacional particular pagado monosexo, o para ser sacerdote de cualquier religión, **consiste en ser hombre, no será posible invocar ni la garantía de la libertad de enseñanza, ni la garantía de libertad de conciencia o de cultos, del artículo 19° numerales 11° y 6°, respectivamente, pues para todos los efectos legales, dicha persona pasó a ser hombre, aunque su sexo biológico sea mujer** (pues además la ley prohíbe la exigencia de cambios en la apariencia física, aunque sean cosméticos), **por lo que se acabaría por establecer una presunción de derecho de discriminación arbitraria.**

Lo anterior, como US. Excma. podrá apreciar, resulta de una gravedad manifiesta, pues deja en absoluta indefensión a los terceros y el legítimo ejercicio de sus garantías fundamentales. Ello constituye otro antecedente más que permite establecer que estamos frente a una normativa absolutamente discriminatoria, que afecta la igualdad ante la ley, pero que además vulnera la esencia de las garantías fundamentales de terceros.

- e) La reserva y confidencialidad del sexo biológico vulnera derechos fundamentales de terceros, en especial el derecho a la identidad y libertad emanados del artículo 1° inciso primero y al 19° N°2 de la Constitución.**

El proyecto de ley establece en su artículo 8° lo siguiente:

“ARTÍCULO 8°.- DE LA RESERVA DE LOS PROCEDIMIENTOS Y DE LA INFORMACIÓN VINCULADA A ELLOS. Los procedimientos de que trata esta ley tendrán el carácter de reservados respecto de terceros, **y toda la información vinculada a ellos será considerada como dato sensible**, debiendo tratarse de acuerdo a lo establecido en la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada. Lo anterior se entiende sin perjuicio de los deberes de información señalados en el artículo 20 de la presente ley.” (énfasis agregado)

A reglón seguido, el artículo 10° de la citada ley 19.628, dispone que:

“Artículo 10.- No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, **exista consentimiento del titular** o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.” (énfasis agregado)

Pues bien, como US. Excma. puede apreciar, el deber de confidencialidad respecto de los antecedentes que dan cuenta de la existencia de un sexo biológico reconocido al nacer, y previo al cambio registral, **impiden por ejemplo a una persona que va a contraer matrimonio, saber o deber saber, si la persona con la quien contraerá el vínculo matrimonial es biológicamente hombre o mujer**, a menos que cuente con “consentimiento expreso del titular”, lo cual, como se ha señalado, afecta severamente los derechos de terceros.

Lo mismo ocurre respecto de la garantía implícita del derecho a la identidad biológica y a conocer sus orígenes, reconocida jurisprudencialmente por este Excelentísimo Tribunal, pues ¿Cómo se resguarda el derecho de cualquier persona a saber quién es su padre o madre si cualquier persona, por el mero arbitrio, y sin requisito alguno puede cambiar su sexo registral? Lo anterior, más aún si no es posible para persona alguna, ni siquiera aquella que va a contraer matrimonio o quien requiere conocer quién es su padre o madre, poder acceder a información que entregue evidencia de que por ejemplo dicha persona pudo antes ser hombre o mujer.

Lo anterior jamás hubiese ocurrido si es que el proyecto consignara un registro de género paralelo al de sexo biológico, u otra medida análoga, sin que ello hubiese significado una vulneración tan grave al derecho a conocer sus orígenes de todo tercero, o al derecho a la libertad e igualdad para contraer matrimonio sabiendo que con quien lo contrae es una persona biológicamente de su sexo opuesto.

Así, y no existiendo posibilidad alguna de que los terceros conozcan la verdadera identidad biológica de quien se ha sometido al procedimiento de cambio de sexo registral, ello redundaría en una afectación al artículo 1º de la Constitución y tanto a la igualdad ante la ley, como a la igual protección de todas las personas en el ejercicio de sus derechos, consagradas en el artículo 19º número 2º y 3º, respectivamente.

III. DEL PROCEDIMIENTO DE CAMBIO DE SEXO REGISTRAL PARA MENORES DE EDAD

1. Las normas que regulan el procedimiento de los menores de edad

El Párrafo 1° del Título IV del proyecto de ley, esto es, de los artículos 12 al 17, regulan en detalle el procedimiento judicial que deben seguir los padres de los niños mayores de 14 años y menores de 18 años para dar lugar a su cambio de sexo registral de sus hijos en la partida de nacimiento.

A continuación, procedemos a transcribir las normas señaladas:

“Título IV

De Los Procedimientos Judiciales de Rectificación de la Inscripción Relativa al Sexo y Nombre

Párrafo 1°

De la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento de las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad

ARTÍCULO 12.- DE LA SOLICITUD DE RECTIFICACIÓN DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO DE LAS PERSONAS MAYORES DE CATORCE Y MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. 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. Con todo, una vez que alcancen la mayoría de edad, podrán requerir una nueva rectificación en conformidad a los procedimientos que correspondan.

Las personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años con vínculo matrimonial vigente que quieran solicitar la rectificación de que trata esta ley podrán efectuar dicha solicitud personalmente de conformidad al procedimiento establecido en el Párrafo 2° del presente Título.

Los documentos de identificación y cualquier otro instrumento público o privado que se emitan una vez llevada a cabo la rectificación de que trata esta ley deberán reconocer y respetar el nuevo sexo y nombre del mayor de catorce y menor de dieciocho años.

ARTÍCULO 13.- DEL TRIBUNAL COMPETENTE Y SUPLETORIEDAD. En caso de solicitudes de personas mayores de catorce y menores de dieciocho años, será competente para conocer la solicitud el tribunal con competencia en materias de familia correspondiente al domicilio del solicitante.

El procedimiento se tramitará en conformidad a las reglas de este Título y a las del Título I de esta ley.

En lo no regulado por la presente ley, se aplicará supletoriamente lo dispuesto en los Títulos I y III de la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

ARTÍCULO 14.- LEGITIMACIÓN ACTIVA. La solicitud de rectificación de las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años deberá ser presentada por sus representantes legales o alguno de ellos, a elección del mayor de catorce y menor de dieciocho años, si tuviere más de uno.

ARTÍCULO 15.- CONTENIDO DE LA SOLICITUD. La solicitud deberá ser fundada, exponiendo con claridad y precisión los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se apoya, con indicación precisa de las peticiones concretas que se someten al pronunciamiento del tribunal. Además, deberá señalar las razones conforme a las cuales, a juicio del solicitante, la pretensión hecha valer es beneficiosa para el mayor de catorce y menor de dieciocho años, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 3° y 4° de la presente ley.

En la solicitud se podrán acompañar los antecedentes que se estimen pertinentes, especialmente aquellos que den cuenta del contexto psicosocial y familiar del mayor de catorce y menor de dieciocho años y de su grupo familiar. También se podrán acompañar los informes señalados en el inciso tercero del artículo 17 de esta ley.

ARTÍCULO 16.- AUDIENCIA PRELIMINAR. Recibida la solicitud, y habiéndose cumplido con lo dispuesto en el artículo anterior, el juez la admitirá a tramitación y citará al mayor de catorce y menor de dieciocho años, junto a quien o quienes presentaron la solicitud, a una audiencia preliminar dentro de un plazo de quince días.

En la misma resolución que admitiere a tramitación la solicitud en conformidad al inciso anterior, el tribunal deberá, de oficio, citar, para la misma fecha de la audiencia preliminar, al mayor de catorce y menor de dieciocho años y al padre o madre o representante legal que no hayan accedido a la solicitud, a una audiencia preparatoria, la que se celebrará con las partes que asistan, inmediatamente después de la celebración de la audiencia preliminar.

En la audiencia preliminar el juez deberá informar al mayor de catorce y menor de dieciocho años y al o a los solicitantes sobre las características de la rectificación y sus consecuencias jurídicas.

Asimismo, en la audiencia preliminar el mayor de catorce y menor de dieciocho años podrá ejercer su derecho a ser oído directamente ante el juez y un consejero técnico, y manifestará su voluntad de cambiar su sexo y nombre registrales, como también se le consultará el o los nombres de pila con los que pretende reemplazar aquellos que figuren en su partida de nacimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 6° de esta ley. El tribunal deberá procurar que toda actuación del mayor de catorce y menor de dieciocho años sea sustanciada en un ambiente adecuado que asegure su salud física y psíquica y en condiciones que garanticen su participación voluntaria, su privacidad y su seguridad.

No obstante lo señalado en el inciso anterior, el mayor de catorce y menor de dieciocho años tendrá derecho a ser oído en todas las etapas del procedimiento, debiendo el juez considerar sus opiniones, en atención a su edad y grado de madurez.

ARTÍCULO 17.- AUDIENCIA PREPARATORIA Y DE JUICIO. Inmediatamente después de terminada la audiencia preliminar, el tribunal celebrará la audiencia preparatoria con las partes que asistan.

En la audiencia preparatoria el tribunal, de oficio o a petición del o los solicitantes, podrá ordenar la citación a la audiencia de juicio a personas determinadas para que declaren sobre los antecedentes de hecho expuestos en la solicitud a que se refiere el artículo 15, en conformidad al objeto del juicio establecido por el tribunal. Si no se hubieren presentado con la solicitud, el tribunal, en la audiencia preparatoria, podrá ordenar que se acompañen los siguientes informes:

a) Un informe psicológico o psicosocial que dé cuenta que el mayor de catorce y menor de dieciocho años y su entorno familiar han recibido acompañamiento profesional por, al menos, un año previo a la solicitud. Lo anterior se entenderá cumplido si se hubiere acompañado en la solicitud u ofrecido en la audiencia preparatoria, el original o copia auténtica del informe de participación en el programa de acompañamiento profesional a que se refiere el artículo 23 de la presente ley, y

b) Un informe psicológico o psicosocial que descarte la influencia determinante de terceros, como el padre, madre, representante legal, o quien tenga legalmente el cuidado personal del mayor de catorce y menor de dieciocho años u otros adultos significativos para él, sobre la voluntad expresada por éste en cuanto a su identidad de género.

Asimismo, en la audiencia preparatoria, el juez podrá ordenar la realización de una o más diligencias que estime necesarias para la acertada resolución de la causa. Con todo, en ningún caso podrá decretar la realización de exámenes físicos al mayor de catorce y menor de dieciocho años.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez podrá, previo acuerdo de las partes, desarrollar la audiencia de juicio inmediatamente después de finalizada la preparatoria.

En la audiencia de juicio, se oír a quienes hayan sido citados a la misma y se rendirá la prueba admitida por el tribunal.

La sentencia definitiva deberá ser fundada y en ella deberá constar el hecho de haberse oído la opinión del mayor de catorce y menor de dieciocho años, así como los motivos que el tribunal ha considerado para decidir conforme a esa opinión o en contra de ella. Para resolver, el tribunal deberá tener a la vista los informes que consten en el proceso.

La sentencia podrá ser impugnada de acuerdo con el régimen de recursos aplicable a los asuntos contenciosos en materias de familia. La apelación de la sentencia definitiva se concederá en ambos efectos y gozará de preferencia para su vista y fallo.

El tribunal, en la sentencia definitiva que acoja la solicitud, ordenará al Servicio de Registro Civil e Identificación la rectificación de la partida de nacimiento, oficiando para tales efectos a que se proceda al cambio de sexo y de nombre, o sólo del sexo, según corresponda, y que se efectúen las respectivas subinscripciones al margen.

El Servicio de Registro Civil e Identificación procederá sólo en virtud de una sentencia firme. Una vez practicadas las rectificaciones y subinscripciones señaladas en el inciso anterior, se emitirán los nuevos documentos de identidad, de conformidad a lo establecido en esta ley.”.

2. La totalidad de las normas que regulan el Título IV del Proyecto de Ley, son de rango orgánico constitucional.

Como US. Excma. puede apreciar, la totalidad de los artículos señalados dan cuenta detalladamente de **una nueva atribución a los tribunales de justicia**, en particular a los Tribunales de Familia, a fin de regular la tramitación del procedimiento de cambio de sexo registral en menores de edad.

En efecto, el Título IV se denomina “*De Los **Procedimientos Judiciales de Rectificación de la Inscripción Relativa al Sexo y Nombre***”.

Sin embargo, y por razones abiertamente incomprensibles, **la Comisión Mixta**

sólo calificó el inciso primero del artículo 13 como norma de rango orgánico constitucional, aun cuando en virtud de lo dispuesto en los artículos 77 y 66 inciso segundo de la Constitución Política, la totalidad de dichas disposiciones deben ser calificados como norma orgánica constitucional, sea en naturaleza o como complemento indispensable, por entregar dichas normas atribuciones a los tribunales de justicia.

En efecto, es una jurisprudencia ya asentada en este Excmo. Tribunal que no solo son normas de rango orgánico constitucional aquellas que por su naturaleza deban ser declaradas directamente como tales, **sino que además, son materias propias de ley orgánica, aquellas normas indisolublemente vinculadas y que las reglamentan pormenorizadamente.**²³

Pero además y en este mismo sentido, ha señalado US. Excma. que el ámbito propio de las leyes orgánicas constitucionales, **comprende las materias que sean el complemento necesario de las mismas**, pues si ellas se omitieran, no se cumpliría el objetivo del constituyente de desarrollar preceptos constitucionales sobre materias de una misma naturaleza en cuerpos legales autónomos, armoniosos y sistemáticos.²⁴

Este planteamiento del complemento necesario o indispensable como instrumento de exégesis constitucional ha sido desarrollado por US. Excma. latamente, a tal nivel, que **incluso la denominación de capítulos o epígrafes han sido calificados como materia de ley orgánica** cuando han sido considerados como complemento indispensable de una norma orgánica constitucional.

En efecto, así fue resuelto recientemente en control preventivo obligatorio STC-4179, referido al Proyecto de Ley de Fortalecimiento de la Regionalización del País, donde este Excelentísimo Tribunal dispuso en sus considerandos 23° y 45°:

“23° [...] A lo anterior cabe precisar que la declaración como propio de regulación orgánico constitucional del nuevo epígrafe previsto en el numeral 5° del artículo 1°, del proyecto de ley en examen, **se sustenta en que éste se torna como el complemento indispensable para la sistemática que el proyecto de ley introduce en los siguientes numerales, referidos a las funciones generales**

²³ STC 460 c.15 y en el mismo sentido STC 395 c.27, STC 474, c. 11

²⁴ STC 304, c.8. En el mismo sentido STC 275, c. 6, STC 293, c. 7, STC 315, cc. 6 y 7, STC 319, cc. 20,21 y 24, STC 361, cc. 16,19 y 23, STC 379, cc. 23,26,30,36

y específicas del gobierno regional. En dicho sentido lo ha ya estimado este Tribunal Constitucional, **por cuanto dicha disposición abarca cuestiones indispensables para la correcta aplicación de preceptiva declarada, en su naturaleza jurídica, como propia de ley orgánica constitucional**, conforme fuera indicado precedentemente (así, a vía ejemplar, STC Roles N°s 2824, c. 7°; 3279, c. 12°, y, recientemente STC Rol N° 3965, c. 12°).” (énfasis agregado)

“45° Que, de la misma forma en que fuera enunciado precedentemente, respecto de la modificación introducida por el artículo 1°, numeral 5°, del proyecto de ley analizado en estos autos, **la declaración como propio de regulación orgánica constitucional del cambio de denominación de un capítulo, así como de la introducción de epígrafes, se sustenta jurídicamente en que ello se torna en el complemento indispensable para la sistemática que el proyecto de ley introduce en los siguientes numerales**. En dicho sentido lo ha ya estimado este Tribunal Constitucional, **por cuanto dicha disposición abarca cuestiones indispensables para la correcta aplicación de preceptiva declarada, en su naturaleza jurídica, como propia de ley orgánica constitucional**, conforme fuera indicado precedentemente.” (énfasis agregado)

Sumado a lo anterior, el “complemento indispensable” ha sido utilizado como argumento recientemente en la calificación de normas como reguladoras de materias propias de ley orgánica constitucional. Así en control preventivo obligatorio STC-4317, relativo a Ley de Educación Superior, US. Excma. señaló en su considerando 59°:

“59° Que, la totalidad de la preceptiva recién anotada [*normas procedimentales en su mayoría*], **al abarcar materias que necesariamente están vinculadas con la acertada inteligencia y aplicación práctica del precepto contenido en el anotado artículo 63 [*que incide en el reconocimiento oficial y por tanto es LOC en sentido estricto*], resultan su complemento indispensable y, por ello, abarcan el espectro normativo reservado a la ley orgánica constitucional de dicho precepto**, en este caso, el artículo 19, numeral 11°, inciso quinto, de la Constitución. La jurisprudencia de esta Magistratura ha asentado el criterio de que toda la preceptiva que surja como el complemento indispensable e inequívoco para regular materias relativas al reconocimiento oficial, necesariamente sigue el carácter orgánico constitucional, como sucede con la normativa examinada en este apartado (así, STC Rol N° 102, c. 3).” (énfasis y añadido agregado)

Así las cosas, es dable señalar que, en este caso en concreto, como US. Excma. puede apreciar, la totalidad de las normas contenidas entre los artículos 12 al 17, ambas inclusive, deben ser calificadas como normas propias de ley orgánica.

En efecto, si hacemos un análisis pormenorizado de las normas señaladas, ocurre lo siguiente:

- i. Tenemos que el artículo 12, trata del contenido propio del ejercicio de del derecho a cambio de sexo registral en menores de edad, el cual obviamente, no puede subsistir sin la designación legal de la autoridad competente para resolver dicho procedimiento y que se encuentra en el artículo 13, pues de declararse inconstitucional solamente la norma que consagra el juez competente para conocer, el procedimiento quedaría sin autoridad alguna para su resolución.
- ii. Por su parte el artículo 13 nos señala la regulación de las atribuciones del Tribunal competente, inclusive el procedimiento en virtud del cual el juez ejercerá sus atribuciones, para luego incluso entregar normas supletorias.
- iii. Asimismo, el artículo 14 establece quien el legitimado activo para el ejercicio del derecho en virtud de las atribuciones conferidas a los tribunales de familia, en relación directa e indispensable con el artículo 13.
- iv. Por su parte el artículo 15, trata del contenido de la solicitud sometida al “*pronunciamiento del tribunal*” quien pasó a tener la atribución de conocer no sólo por el artículo 13, sino que también por este artículo 15.
- v. Ya en el artículo 16 se entregan detallada y pormenorizadamente los pasos que deberán seguirse en el procedimiento de audiencia preliminar, entre los cuales entrega la atribución al tribunal de admitir a tramitación y citar a dicha audiencia preliminar, entregando en cada uno de sus incisos *obligaciones o atribuciones directas* al juez que conoce del procedimiento.
- vi. Finalmente, el artículo 17 regula la audiencia preparatoria y de juicio, en donde señala en todos y cada uno de los artículos que “*el tribunal podrá ordenar*” “*el tribunal ordenará a*”, e incluso le entrega la facultad de que “*el juez podrá, previo acuerdo de las partes, desarrollar la audiencia juicio inmediatamente después de finalizada la preparatoria*”, lo que claramente se erige como una atribución del juez que conoce del asunto y por ende de los tribunales de familia.

Como US. Excma. puede apreciar, todas las disposiciones señaladas abarcan cuestiones indispensables para la correcta aplicación del artículo 13 inciso primero, el cual solamente enuncia la nueva atribución de conocimiento de estos procedimientos para los tribunales de familia, pero son precisamente los demás artículos los que complementan de manera indispensable dicha disposición. En efecto, **todas y cada una de las normas del Párrafo 1º del Título IV, están esencialmente vinculadas con la acertada inteligencia**

y aplicación práctica del precepto consignado en el artículo 13 del proyecto de ley, constituyendo a todas luces complemento indispensable de dicho precepto legal, debiendo ser por lo tanto calificadas por US. Excma., como normas de rango orgánico constitucional.

3. Las referidas normas orgánicas constitucionales vulneran los artículos 1° inciso primero y quinto, artículo 5°, artículo 19 numerales 1°, 2°, 3°, 6°, 9°, 10°, 11°, 16° y 26° de la Constitución en lo referente a la regulación especial de los menores de edad.

a. Los niños son titulares de derechos fundamentales.

En efecto, los menores de edad son titulares de derechos fundamentales de acuerdo a nuestra Carta Fundamental, la cual señala en el encabezado del artículo 19° que *“La Constitución asegura a todas las personas”*.

Pero al mismo tiempo, y en su ejercicio, los menores de edad son sujetos de protección, en virtud de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, en los cuales se reconoce el principio del interés superior de los menores de dieciocho años.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia de este Excelentísimo Tribunal, el cual en fallo STC 1682-10-INA señala en su considerando 28°:

“Asimismo, se ajusta a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente en cuanto a la prevalencia del “interés superior del niño”, entendiéndose por tal a “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.” (Artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada por Decreto Supremo N° 380, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 14 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre del mismo año).”

Así las cosas, el propio legislador ha establecido una serie de resguardos para los menores de 18 años, a fin de que ellos no sean vulnerados sus derechos, dentro de ellos, se encuentra precisamente la protección de su indemnidad y libertad sexual.

Lo anterior, es necesario recalcarlo pues el ser titular de derechos constituye lo

que se denomina capacidad de goce, lo cual ciertamente difiere de la capacidad de ejercicio, la cual, respecto de los menores de edad, y no sólo en aspectos civiles o patrimoniales, sino que además constitucionales (v.g. el derecho a sufragio) se encuentra limitada por la propia falta de madurez e inexperiencia que los propios tratados internacionales le imputan.

Ahora, resulta absolutamente necesario destacar, que, tal como señalamos en los títulos anteriores, **el derecho de una persona a cambiar su sexo registral, no se encuentra garantizado ni por la Constitución ni por ningún instrumento internacional vinculante**, por lo que malamente podría hablarse de alguna vulneración de derechos fundamentales por la no inclusión de menores de edad en el proyecto impugnado.

b. Existe una protección especial hacia los niños en base a su indemnidad sexual y su falta de libertad sexual plena, en pos del interés superior del niño reconocido no solo en la Constitución, sino que también en la Convención de los Derechos del Niño.

En el improbable evento de que US. Excma. aceptase la posibilidad de cambio de sexo oponible a terceros, esta propia Corte Constitucional ha señalado que sería recién en la mayoría de edad donde, en “plena libertad”, una persona podría definir su identidad sexual.

En efecto, en reciente fallo emanado de este Excelentísimo Tribunal STC 3205-16-IN de fecha 16 de agosto de 2018 el voto de mayoría, en su considerando 11° señala expresamente que “(...) ***no puede hablarse, en el caso de los menores de edad, de “libertad sexual” – como en el caso de los mayores de edad – pues ellos carecen de la capacidad de dimensionar como un acto de naturaleza sexual, puede afectar su desarrollo psíquico e integral***”

Que, en esta misma sentencia, en su considerando 12° y recogiendo además lo señalado en fallo STC 1683-10-NA, US. Excma. establece que la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente en cuanto a la prevalencia del “interés superior del niño”, entiende por tal a “*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.*” (Artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada por Decreto Supremo N° 380, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 14 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial

de 27 de septiembre del mismo año)

En este sentido, US. Excma. ha establecido la necesidad de protección de identidad sexual de los menores de edad tal *“Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el interés superior del niño justifica la necesidad de que le sea dada una protección especial, en vista de su falta de madurez física y mental, debilidad o inexperiencia (OC-17/02 de 28 de agosto de 2002).”* (Énfasis agregado)

Ahora bien, algunos podrían sostener que una cosa es que US. Excelentísima declare que una determinada prohibición se encuentra acorde a la Constitución, y otra muy distinta, que la permisión de una conducta que afecte la indemnidad sexual de los menores, como lo es el cambio de sexo, sea inconstitucional. A este respecto en el mismo fallo STC 3205-16-IN de fecha 16 de agosto de 2018, US. Excelentísima se hace cargo de este argumento, en el contexto de la discusión sobre si el artículo 365 del Código Penal vulneraría la igualdad ante la ley, por haber omitido el legislador una norma de protección a las mujeres menores de edad, señalando en su considerando 21° que:

“21° Que la respuesta a la interrogante planteada precedentemente no pasa, sin embargo, por la declaración de inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, en concreto o en abstracto, **sino que, más bien, por la constatación de una inconstitucionalidad por omisión del legislador entendida como “la falta o insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional del legislador, y de manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquella inactuación total o actividad deficiente mantenida durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación contraria a la Constitución.”** (Víctor Bazán. “Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales.” Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, p.103).

En efecto, la Constitución no sólo asegura a toda persona su integridad física y psíquica (Art. 19 N° 1° inciso primero) e impone al Estado el deber de proteger a la población y a la familia (Art. 1°, inciso final) **sino que obliga a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, entre ellos, los que están garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 5°, inciso segundo). De todas estas normas, pero especialmente de la Convención citada, se impone el deber al legislador de proteger la indemnidad sexual de los menores de edad como una expresión del derecho a su integridad física y psíquica sin distinción de sexo.**

No obstante esta constatación, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 93 constitucional, **esta Magistratura carece de competencia para declarar la inconstitucionalidad por omisión en que estaría incurriendo el legislador al no haber creado una figura penal que proteja la indemnidad sexual de las mujeres menores de edad en términos similares como lo hace en caso de los**

hombres cuando la voluntad de la víctima – independiente que sea hombre o mujer – no es suficiente del menoscabo que, claramente, experimenta.” (énfasis agregado)

Así las cosas, queda claro que US. Excma. ha declarado constitucional la protección de la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad, que, a su vez, **ha constatado que la insuficiencia del legislador en el desarrollo de dicha protección constituye una inconstitucionalidad por omisión** respecto de la que, no obstante, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta Fundamental, esta Excelentísima Corte carece de competencia para su declaración. Con ello, no queda sino concluir que, **ante una norma expresa del legislador que vulnera manifiestamente la indemnidad y libertad sexual de un menor de edad, y en virtud de las facultades que le otorga la propia Carta Fundamental, US. Excma. cuenta con plenas atribuciones para declarar que el cambio de sexo en menores de edad constituye un acto que atenta contra la protección constitucional y convencional de la identidad, indemnidad y libertad sexual de los niños, y que por lo tanto, dichas normas son contrarias a la Ley Fundamental.**

Lo anterior resulta obvio, más aún bajo la lógica de que si de acuerdo a US. Excma., resulta absolutamente contrario a la Constitución vulnerar la indemnidad y libertad sexual de un menor por el ejercicio de un acto no permanente, como lo es mantener relaciones sexuales, **con mayor razón resulta insostenible permitir que un menor de edad pueda, aún bajo la tutela de sus padres, proceder a un cambio que resulta permanente e inmodificable hasta la mayoría de edad, como lo es el cambio de sexo.**

c. Los niños poseen a lo más una autonomía progresiva, pero esta no puede ser considerada como plena.

Ni la Constitución ni la ley adjudican a los menores de edad la autonomía plena y necesaria para ejercer derechos y obligaciones constitucionales o civiles, pues se trata de individuos dependientes de otros sujetos; por tanto, la mayor parte del tiempo deben actuar representados por sus padres, tutores o guardadores.

Sin embargo, el artículo 5° de la Convención de los Derechos del niño, establece:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad,

según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, **de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención**". (énfasis agregado)

A reglón seguido, el artículo 8° de la misma convención dispone:

"1. Los Estados Partes se comprometen **a respetar el derecho del niño a preservar su identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

"2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad." (énfasis agregado)

Finalmente, el artículo 12° señala:

"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, niña y adolescente 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. " (énfasis agregado)

Pues bien, de las normas señaladas es que se ha desprendido el principio de autonomía progresiva de los menores de edad, la cual constituye un reconocimiento de que el ejercicio de los derechos de la infancia es progresivo, **pero siempre en virtud de la evolución de sus facultades**.

Pues bien, como titulares de derechos, el ejercicio de los mismos se ve delimitado por el propio instrumento internacional citado, en función de la edad y madurez del niño, habiendo reconocido recientemente este Excmo. Tribunal que **los niños carecen de la madurez necesaria para que podamos hablar de "libertad sexual" plena de los mismos**.

d. El cambio de sexo, de ser posible, es un acto personalísimo e indelegable y la autonomía progresiva con la que cuentan los menores no les habilita a poder realizarlo, menos aún a sus padres, ni siquiera con autorización judicial previa.

En el derecho a la identidad biológica de los menores de edad, y tal cual ocurre

respecto a cualquier acto de connotación sexual, no prima, ni puede primar la voluntad de los padres respecto de un supuesto “ejercicio” de su derecho a educar a sus hijos, ni aun con autorización judicial, **puesto que ello atenta contra el propio interés superior del niño.**

Esto resulta obvio y manifiesto, pues habida cuenta de lo señalado anteriormente respecto de los derechos filiales de los hijos, estos obviamente pueden ejercer su derecho a la identidad biológica **aún en contra de la voluntad de sus padres,** como es el caso del ejercicio de la acción de reclamación de filiación.

Pero además, y tal como se adelantó cuando se trató el derecho constitucional implícito a la identidad biológica, SS Excm. ha reconocido que “... *el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona (...)*”.²⁵

En este sentido, **los actos personalísimos no son susceptibles de delegación,** por lo que atendida además la indemnidad y libertad sexual de la cual gozan los menores de edad, **no es posible que los padres, ni aun con autorización judicial previa, terminen definiendo el sexo registral y legal de sus hijos.** Menos aún, cuando dicho cambio en caso de los menores de edad, este permanente e inmodificable sino hasta que cumplan la mayoría de edad en virtud de lo que consigna el artículo 12 inciso primero en su parte final del proyecto de ley impugnado, el que establece que:

“Con todo, **una vez que alcancen la mayoría de edad,** podrán requerir una nueva rectificación en conformidad a los procedimientos que correspondan.”
(énfasis agregado)

Lo anterior, constituye además una nueva diferencia arbitraria, conforme la cual, se cercena la identidad biológica de los niños por un acto del padre o madre o el tribunal.

Pues bien, permitir al menor de edad autodeterminarse en una materia tan relevante como esta, **significaría que en la práctica serían el padre y el juez los que pasarían a definir el sexo registral, y no el menor de edad.**

Por tanto, y a pesar de lo profusamente señalado por quienes defienden la inclusión de menores de edad en el procedimiento de cambio de sexo registral,

²⁵ STC 1340, cc. 27

no estamos frente a una colisión entre “Estado” (quien “asignaría” el sexo registral), versus la “Familia” y su decisión de “apoyar al hijo menor de edad en su transición de género”, sino que el conflicto se da entre quienes abogan por el hecho de que debe primar una especie de “derecho de los padres (no de los menores) a la determinación de la identidad sexual y biológica de sus hijos”, y entre el derecho personalísimo a la “identidad biológica emanada de la propia dignidad humana”.

En este sentido, no resulta admisible invocar el derecho de los padres a educar a sus hijos para permitir vulnerar la integridad física y psíquica de sus propios hijos, pues ello vulnera el artículo 19° n° 1 de nuestra carta Fundamental.

e. La mayoría de los niños con disforia de género, o que tienen conflicto entre su sexo biológico y su identidad de género, aceptan su sexo biológico en la adolescencia tardía.

Mucho se ha caricaturizado este argumento, pero la evidencia científica sostenida ha señalado que:

“Experts on both sides of the pubertal suppression debate agree that within this context, **80 percent to 95 percent of children with Gender Dysphoria accepted their biological sex by late adolescence.**”²⁶

En efecto, los estudios indican que entre el 80% y el 95% de los niños con disforia de género, aceptan su sexo biológico en la adolescencia tardía²⁷. Ello no significa que se “conviertan” de la noche a la mañana. Muchos de ellos llegan a la conclusión de que en realidad tienen una orientación sexual distinta, es decir, que más que un conflicto entre sexo biológico e identidad de género, en realidad son homosexuales o lesbianas, lo cual no vienen a confirmar, sino hasta muy cercana la adultez.

Así las cosas, resulta absolutamente grave permitir el cambio de sexo registral en menores de edad, más aun, cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 12° del proyecto de ley antes citado, **este nuevo sexo será permanente hasta que alcancen la mayoría de edad, pues se encuentran imposibilitados de modificarlo nuevamente con anterioridad a dicha**

²⁶ American College of Pediatricians. Gender Dysphoria in Children. Citando a “Cohen-Kettenis PT, Delemarre-van de Waal HA, Gooren LJ. The treatment of adolescent transsexuals: changing insights. *J Sexual Med* 2008;5:1892-1897.”. 2017

²⁷ Entre los 17 y 21 años

oportunidad legal.

Por esto mismo, US. Excma. comprenderá que no resulta posible permitir que un niño que carece de libertad para poder definir de manera permanente algo tan determinante para su dignidad, como lo es su propia identidad, pueda cambiar su sexo registral en la partida de nacimiento, a través de sus padres y el juez, pues ello atentaría gravemente con el interés superior del niño y el deber de protección del legislador de la libertad e indemnidad sexual de los niños.

Lo anterior, más aún cuando la propia jurisprudencia de este Excmo. Tribunal ha sostenido que no es posible para los padres *“vulnerar el ejercicio legítimo de los derechos de los adolescentes, que también debe ser respetado.”*²⁸

f. Vulneración real al derecho de los padres a educar a sus hijos y a la protección de la salud de los menores de edad.

Ahora bien, por el contrario, el proyecto si vulnera la garantía del derecho de los padres a educar a sus hijos. Así, la iniciativa impugnada, en su Artículo 5° letras a) y f) dispone:

“a) El padre, madre, representante legal o quien tenga legalmente el cuidado personal del niño, niña o adolescente, **deberá** prestarle orientación y dirección en el ejercicio de los derechos que contempla esta ley;

f) El reconocimiento y la protección de la identidad de género considera como un aspecto primordial, **el derecho de toda persona trans a no ser tratada como enferma**”. (énfasis agregado)

En los términos en que está redactado el proyecto de ley, **se impone a los padres un deber de orientar a sus hijos en un sentido determinado**, según los contenidos mismos de ésta. Así, el Estado está determinando qué materias, creencias o valores deben o no enseñar los padres, lo cual es abiertamente inconstitucional. Lo anterior, pues ello vulnera flagrantemente lo dispuesto en el artículo 19° N° 10 inciso tercero, esto es, la garantía del derecho preferente de los padres a educar a sus hijos.

En efecto, no estamos frente a la posibilidad de que el menor de edad pueda desatender a la educación entregada por los padres vulnerando sus derechos sin que sean respetados, lo cual ya ha sido consignado por US. Excma. en su

²⁸ STC 740 c. 16

jurisprudencia²⁹, **sino que estamos frente a la obligación legal de que los padres deban, pura y simplemente, enseñar y guiar de determinada manera al menor, aun contra su voluntad.**

En la misma línea, según el principio de no patologización consignado en la letra f) del artículo 5° antes citado, los padres se ven imposibilitados de considerar la disforia de género de su hijo como una confusión, un desorden o una enfermedad. Se ven, por lo mismo, imposibilitados de recurrir a argumentos médicos o psicológicos para oponerse a dicho cambio de sexo registral de su hijo. Esto también vulnera el art. 19° N°10 de la Carta Fundamental, **en tanto impone una determinada visión de la naturaleza de la disforia de género a los padres y un determinado modo de abordar la educación de sus hijos en un asunto tan delicado como éste.**

El derecho preferente de los padres a educar a sus hijos se ve reforzado por la Convención Americana de Derechos Humanos. Dicho tratado, en su art. 12° N°4 señala: *“los padres o en su caso los tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo a sus propias convicciones”*

Finalmente, la no patologización de una condición tan relevante como la disforia de género, atenta directamente contra los niños (aun cuando también contra los mayores de edad) en cuanto vulnera el derecho a la integridad física y psíquica de los niños garantizada en el artículo 19 N°1, así como la protección de la salud garantizada en el artículo 19° numeral 9° de nuestra Constitución, por cuanto impide tratar una condición plenamente reconocida por la praxis médica³⁰.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto, así como en virtud de las disposiciones constitucionales citadas, especialmente lo el artículo 77 en relación con el artículo 66 inciso segundo de la Constitución Política de la República, y habida cuenta de las vulneraciones a los artículos 1° incisos primero, tercero y quinto; 5°; 19° numerales 1°, 2°, 3°, 6°, 9°, 10°, 11°, 16° y 26° de nuestra Carta Fundamental es que,

A V.E. SOLICITAMOS, se sirva tener presente las consideraciones anteriormente señaladas durante el control preventivo obligatorio del proyecto

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ American College of Pediatricians. Gender Dysphoria in Children. 2017

de ley boletín 8924-07 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, declarando que las normas contenidas en su Párrafo 1° del Título IV, más las que US. Excelentísima estime pertinentes, son normas de rango orgánico constitucional y a su vez inconstitucionales.

EN EL OTROSÍ: Para todos los efectos de la tramitación de esta presentación, designamos como patrocinantes y otorgamos poder a los abogados **Jorge Barrera Rojas, Nicolás Rodríguez Rioseco y Antonio Barchiesi Chávez**, todos ellos debidamente habilitados para el ejercicio de la profesión y del mismo domicilio anterior, quienes podrán actuar conjunta o separadamente, lo que para nosotros es indistinto.

POR TANTO:

Pedimos tenerlo presente.