

IDENTIDAD DE GÉNERO: INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN SENTENCIAS NACIONALES

GENDER IDENTITY: INCORPORATION OF INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS LAW INTO NATIONAL JUDGMENTS

SUSAN SEPÚLVEDA CHACAMA*

RESUMEN: El comentario busca resaltar la aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos en el razonamiento de los sentenciadores, en un caso que, mediante recursos de casación, se invalida la sentencia que rechazaba la petición de cambio de nombre y sexo registral por no haber existido intervención quirúrgica de reasignación de sexo de la solicitante. En específico, se analiza la forma en que la Corte Suprema se hace cargo de un vacío legal, dando cuenta que la falta de normativa interna no constituye una posibilidad de excusa por parte de los jueces de instancia para no hacerse cargo de una realidad social como lo es la necesidad de las personas trans (transexual) de ser reconocidas en sus registros legales conforme al nombre y género con el que se identifican, sin que se les exija intervenciones en sus cuerpos.

ABSTRACT: The comment seeks to highlight the application of international human rights law in the reasoning of the sentencing, in a case that, through appeals, invalidates the ruling that rejected the request for change of name and sex registration because there was no surgical intervention of gender reassignment of the applicant. Specifically, it analyzes the way in which the Supreme Court takes charge of a legal vacuum, realizing that the lack of internal regulations does not constitute a possibility of excuse on the part of the judges of the instance to not take charge of a social reality such as it is the need of trans people to be recognized in their legal records according to the name and gender with which they are identified, without requiring interventions in their bodies.

* Juez de Letras Juzgado de Familia de Santiago. Abogada Universidad de Concepción. Correo electrónico: su_sepulveda@hotmail.com.

PALABRAS CLAVE: Identidad de género, derecho a la identidad, no discriminación-dignidad, derechos fundamentales.

KEYWORDS: Gender identity, right to identity, non-discrimination-dignity, fundamental rights.

I. INTRODUCCIÓN

La identidad de género es una característica que conforman algunos de los aspectos más esenciales de la vida de una persona, sin embargo, a lo largo de la historia ha sido motivo para llevar a cabo actos de discriminación y otras diversas formas de violación a los derechos humanos. Así incluso lo ha manifestado la Alta Comisionada para Naciones Unidas de los Derechos Humanos, en el año 2014, Navi PILLAY: “[...] a final de cuentas, la homofobia y la transfobia no son diferentes al sexismo, la misoginia, el racismo o la xenofobia, pero mientras estas últimas formas de prejuicio son condenadas de forma universal por los gobiernos, la homofobia y la transfobia son en demasiadas ocasiones dejadas de lado [...]”¹.

De esta manera, los tribunales de justicia —como órganos del Estado— están convocados no solo a la aplicación de las normas sobre derechos humanos sino también a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales sobre la materia, debiendo prevenir, proteger, investigar, sancionar y reparar actos de discriminación o vulneración, cuestiones que pueden cumplirse a través de la función jurisdiccional, como ocurre en el caso a analizar, que de no haberse aplicado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para resguardar la identidad y dignidad de una persona *trans*, se hubiese cometido una grave infracción a estas obligaciones.

Debe consignarse, además, que la sentencia va de la mano con los cambios legislativos, ya que en septiembre de 2018 se aprobó por el Congreso Nacional la Ley de Identidad de Género que autoriza el cambio de nombre y sexo registral de las personas *trans* desde los 14 años en adelante, sin exigir intervención quirúrgica, e incluso estableciendo un procedimiento administrativo para aquellas personas mayores de 18 años sin hijos ni vínculo matrimonial.

¹ Citada en Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2014.

II. SENTENCIA ANALIZADA²

En fallo dividido, la Corte Suprema acogió un recurso de casación y determinó el cambio de nombre y sexo registral de una persona *trans* sin requerir intervención quirúrgica de ningún tipo.

La sentencia de la Corte Suprema establece que, si bien nuestra legislación no regula el cambio de sexo registral respecto a las personas *trans*, la interpretación de las leyes nacionales debe ser efectuada a la luz de los principios constitucionales en concordancia con las obligaciones que el Estado de Chile ha contraído a través de la ratificación de distintos tratados de derechos humanos que, en consecuencia, facultan a los jueces a realizar el cambio.

La sentencia sostiene que, aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente esta situación, la interpretación de la normativa vigente conduce a sostener, razonablemente, que no es posible rectificar el nombre de una persona sin que este a su vez corresponda al sexo ahí señalado, de lo contrario la norma del artículo 31 inciso segundo del Registro Civil estaría siendo violentada. En tal sentido, los jueces de instancia cometen un error al señalar que, no existiendo norma que regule y autorice la materia, el cambio de nombre y sexo legal de las personas *trans* ha quedado entregado al criterio personal de cada juez en lo civil que conoce del caso.

Reafirma la sentencia que en cuanto a las personas transgénero, deben ser siempre tratadas con pleno respeto y garantías a sus derechos humanos consagrados en los distintos instrumentos internacionales. Aunque la categoría prohibida de “identidad de género” no esté explícitamente mencionada en los tratados internacionales ratificados por Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha entendido subsumida en “cualquier otra condición social”, tal como lo explicitó en el caso Atala Riffó y otras contra Chile. En esta ocasión, la Corte indicó que “la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante ‘OEA’) ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido

² Rol N° 70584-2016. Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señores Haroldo Brito C., Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S. y abogados integrantes señora Leonor Etcheberry C. y señor Rodrigo Correa G.

la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios” (caso Atala Riffo y otras contra Chile, párr. 86). Así, la Corte Interamericana concluye que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención” (caso Atala Riffo y otras contra Chile, párr. 91).

En el mismo punto se argumenta que en cuanto a la vigencia de esta interpretación para el Estado de Chile, que la Corte Interamericana es el órgano a quien los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encargaron la función de aplicación y de interpretación autoritativa del tratado. Por tanto, la interpretación que el tribunal regional le da a la Convención, incluso en la Opinión Consultiva que se cita, tiene carácter de autoritativa para Chile a menos que todos los Estados Partes, mediante un protocolo u otro instrumento que enmiende la Convención, decidan reemplazar esta interpretación autoritativa por su propia “interpretación auténtica”, por lo cual la Corte ha adelantado en este caso su opinión respecto de un tema determinado, el cual, en caso de ser llevado por una situación determinada, se fallaría bajo esos argumentos [...]. Por tanto, queda claro que las obligaciones internacionales que Chile ha contraído abarcan la prohibición de discriminación por identidad de género, incluyendo el derecho a la salud, integridad física y psíquica y la privacidad. En consecuencia, el Estado deberá facilitar el cambio de nombre y sexo registral sin condicionamiento a una intervención quirúrgica o un tratamiento hormonal.

Luego, la Corte Suprema reflexiona que es en estas situaciones donde los principios constitucionales y legales entran en juego en un Estado de derecho, en cumplimiento del mandato del inciso cuarto del artículo 1º de la Constitución, de encontrarse el Estado al servicio de la persona humana, contribuyendo a crear las condiciones sociales para el mayor desarrollo personal de tipo material y espiritual posible. En este tipo de situaciones especiales es donde habrá de primar la faz de la identidad de género, precisamente como eje esencial en el autorreconocimiento como persona singular y frente a la sociedad. En definitiva, si actualmente la ley permite el cambio de nombre y, a la vez, prescribe que el nombre debe ajustarse al sexo, entonces se concluye que todo cambio de nombre debe respetar la realidad que le sirve de parámetro y, si tal realidad se encuentra consignada equivocadamente, debe ser corregido el instrumento respectivo, junto a la modificación del nombre.

Por último, indica que supeditar la sentencia de reasignación sexual a la previa realización de una intervención quirúrgica implicaría una seria incongruencia. En efecto, sería quedarnos en una visión reduccionista que equipara el sexo en términos jurídicos, con solo una de sus exteriorizaciones, en este caso, la presencia de órganos genitales externos masculinos, obviando los mandatos constitucionales y valoraciones legales más importantes en desmedro de la identidad personal del involucrado. Lo anterior es plenamente concordante con jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que declaró que la exigencia de someterse a intervenciones quirúrgicas o tratamiento esterilizador, como requisito para reconocer la identidad de género, viola el derecho a la vida privada y familiar (caso A.P. Garçon and Nicot v. France, N° 79885/12, 52471/13 y 52596/13).

La decisión se adoptó con el voto en contra del ministro Ricardo Blanco, quien estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo, teniendo presente que, en su concepto, los sentenciadores no incurrieron en los errores denunciados al rechazar la solicitud de cambio de nombre, toda vez que, de acuerdo con los hechos asentados, correspondía concluir que no concurren los presupuestos previstos en los artículos 1 letras a) y b) de la Ley N° 17.344 y 31 de la Ley N° 4.808, porque el nombre de la persona no debe ser equívoco respecto del sexo y, en la especie, no se acreditó el sexo femenino de la parte recurrente ni su transexualidad por elementos objetivos.

III. INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS SENTENCIAS NACIONALES

Tal como se constata en el resumen previo, la sentencia en cuestión se hace cargo de una realidad social respecto de la cual la legislación nacional no había dado solución hasta el momento de resolverse la casación, y expresa que el asunto sometido a su conocimiento va más allá de un mero cambio de nombre regulado en la Ley N° 17.344, pues dice relación con una situación especial de identidad de género, a partir de lo cual explicita de manera pormenorizada las normas de Derecho Internacional aplicable al caso, esto es, efectúa control de convencionalidad, para darle efectividad al derecho de identidad reclamado.

El control de convencionalidad ha sido definido como “control que emana de las obligaciones jurídicas internacionales en materia de derechos

humanos, determinadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente aquella del artículo 2º, de adoptar medidas de ‘otro carácter’, las que deben concretar todos los órganos de los estados partes, de oficio, tanto en la emisión como en la interpretación y aplicación del derecho interno, especialmente los órganos jurisdiccionales, lo que debe concretarse conforme al *corpus iuris* internamericano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, inaplicando y suprimiendo las normas internas incompatibles con el mismo y creando normas jurídicas, conductas y prácticas internas conforme a dicho *corpus iuris*, dentro del marco de las competencias y conforme al procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico nacional para cada órgano o autoridad, produciendo un efecto útil respecto del respeto y garantía de los derechos humanos asegurado por dicho *corpus iuris*, cumpliendo de buena fe el objeto y fin del mismo”³. Esto es, que el control de convencionalidad es la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno que, de no cumplirse, traería aparejada la responsabilidad estatal por una posible violación a los derechos humanos involucrados en el caso en cuestión.

Explica la sentencia que el principio o derecho fundamental involucrado es el de no discriminación contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 1.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1), los que incorpora al derecho nacional a través de la regla establecida en el artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política de la República, norma que es la base para otorgarle valor de derecho interno de rango superior al Derecho Internacional de Derechos Humanos, y que ha sido destacada por la doctrina como un proceso de “internacionalización” del derecho constitucional y de “constitucionalización” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴. Este tipo de análisis contenido en la sentencia en estudio se ha venido desarrollando desde el año 2004 como

³ NOGUEIRA ALCALÁ (2017).

⁴ FERRER MAC-GREGOR (2012). La internacionalización del Derecho Constitucional de los Derechos Humanos correspondería a aquel proceso que se inicia, progresivamente, tras la Segunda Guerra Mundial y mediante el cual se crean catálogos de derechos humanos y organismos de protección internacional que buscan fortalecer y colaborar con las jurisdicciones nacionales en su labor de promoción y protección de los derechos fundamentales. La constitucionalización

un proceso creciente de recepción sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte de la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema que ha permitido una mejor protección de los derechos humanos, esto es, resolviendo de una manera adecuada cuestiones que se venían resolviendo restrictivamente y dando respuesta a cuestiones ahora no resueltas⁵.

Sin perjuicio, la sentencia no solo cita y se hace cargo de tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes, en los términos que expresamente lo establece el citado artículo 5 de la Constitución Política, sino también a otras normas del Derecho Internacional, entendiendo este como un conjunto normativo compuesto por tratados, declaraciones y la práctica normativa de los tratados que surge de su aplicación por parte de los órganos internacionales de derechos humanos, efectuando un uso sustantivo de este haciéndolo determinante para la decisión del caso.

En este ámbito, el profesor NASH⁶ plantea diversos usos dados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la jurisprudencia chilena, los que divide como: concreción de principios; interpretación de derechos consagrados constitucionalmente y legalmente para dotarlos de contenido y alcance; integración de derechos para configurar uno nuevo o con un nuevo contenido; llenar lagunas para el ejercicio jurisdiccional; inaplicar normas que incumplen las obligaciones internacionales del Estado, y límite de los derechos fundamentales. De esta enumeración, a nuestro entender, la comentada sentencia utiliza la normativa internacional con la finalidad de:

a) Concreción de principios: cuando se hace cargo del principio de no discriminación⁷ que se encuentra plasmado no solo en los tratados que se citan en la sentencia, sino también en la Constitución chilena (artículo 19 N° 2), otorgándole contenido al integrarlo con otras normas y expresando que el Estado (en este caso, a través de órgano jurisdiccional en cuestión) deberá facilitar el cambio de nombre y sexo registral, sin condicionamiento

del DIDH, por su parte, se relaciona con la progresiva aplicabilidad del DIDH en el ámbito interno, a través de diversas fórmulas y cláusulas constitucionales.

⁵ NASH y NÚÑEZ (2017).

⁶ Ídem.

⁷ Considerando octavo.

a una intervención quirúrgica, para que efectivamente se encuentre en la posición de cumplimiento de sus obligaciones internacionales contraídas y que abarcan la prohibición de discriminación.

b) Interpretación de derechos consagrados constitucionalmente y legalmente para dotarlos de contenido y alcance: lo señala expresamente en el considerando séptimo, al indicar: “[...] que aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente esta situación, la interpretación de la normativa vigente conduce a sostener, razonablemente, que no es posible rectificar el nombre de una persona sin que éste a su vez corresponda al sexo ahí señalado, de lo contrario la norma del artículo 31 inciso segundo del Registro Civil estaría siendo violentada [...]”, y reitera la misma idea en los considerandos décimo y undécimo cuando analiza el contenido de la Ley N° 20.609 y el artículo 1 de la Constitución Política.

c) Integración de derechos para configurar uno nuevo o con un nuevo contenido: en este caso, se refiere al realizar una conexión entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con los derechos constitucionales de manera de “crear” un nuevo derecho u otorgar a los derechos existentes contenidos novedosos. Específicamente, se considera que el fallo aludido configura nuevos derechos, cuando se refiere al “derecho a la identidad” fundado en la autonomía de las personas y cita incluso, para estos efectos, al Tribunal Constitucional, señalando que existe una vinculación entre el derecho a la identidad y la dignidad de las personas⁸, sin que este derecho se encuentre reconocido explícitamente en la Constitución ni tampoco en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

d) Llenar lagunas para el ejercicio jurisdiccional: este uso igualmente lo expresa en el considerando séptimo, al indicar que nuestro ordenamiento no regula expresamente la situación de las personas *trans*, reconociendo que el asunto sometido a su conocimiento no se trata solamente de un cambio de nombre y sexo en la partida de nacimiento de una persona, sino que el reconocimiento de la identidad de una persona *trans* que no tiene respuesta legal concreta en Chile, pero que en virtud del principio de inexcusabilidad los tribunales no pueden negarle tal derecho que sí se encuentra reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como posteriormente detalla.

⁸ Considerando noveno.

IV. RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD COMO DERECHO E INCORPORACIÓN DEL CONCEPTO DE IDENTIDAD DE GÉNERO

Como ya se ha expresado, la sentencia en cuestión se hace cargo de una realidad social no regulada normativamente hasta la época de su dictación⁹ y que corresponde a un grupo históricamente discriminados, esto es, las personas *trans*. Comienza, para estos efectos, definiendo la identidad de género¹⁰ como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”¹¹. Sin perjuicio, aquel no es el único concepto que el Derecho Internacional contempla, puesto que también se ha definido como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”¹².

De esta manera, a partir de dicho concepto el fallo declara que el caso sometido a su conocimiento se trata de una persona transgénero femenina quien pide cambio de nombre y, por ende, el de sexo, la cual no se ha realizado operación de reasignación sexual, habiendo sí efectuado tratamiento hormonal desde hace ya cinco años¹³.

⁹ En septiembre de 2018, el Congreso Nacional aprobó la Ley de Identidad de Género que reconoce el derecho de las personas *trans* mayores de 14 años a cambiar su nombre y sexo registral conforme al género que se identifican sin condicionar a intervenciones quirúrgicas y que estuvo en tramitación desde abril del año 2013. La norma fue promulgada como ley de la República el 28 de noviembre de 2018.

¹⁰ Considerando tercero.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

¹² Preámbulo de los Principios de Yogyakarta.

¹³ En esta parte la sentencia da cuenta, además, de un correcto uso de la terminología ya que se refiere a una persona transgénero (sin intervención quirúrgica) femenina (sexo biológico de hombre identidad de género femenina) y también sobre los tratamientos médicos a los que puede optar una persona *trans*: cirugía de reasignación de sexo (que implica modificación e intervención del cuerpo) y tratamiento hormonal (que produce cambios corporales, pero no implica intervención quirúrgica). Este tipo de conocimientos adquiridos por jueces y juezas para

Luego de esto, y tal como fuese expuesto en el acápite anterior, la sentencia comienza a señalar qué normas del Derecho Internacional son aplicables en este caso, en la que se hace necesario introducir aquellos instrumentos considerados de *soft law*¹⁴, puesto que son estos los que han venido abriendo espacios a la consideración normativa de la discriminación por identidad de género, así la profesora Ximena GAUCHÉ lo expresa: “[...] hoy existe respaldo institucional y jurisprudencial para considerar a la no discriminación como un mandato eje del orden jurídico de derechos humanos. Sin embargo, si bien se puede asumir como fundamento que existen normas abiertas para sancionar toda clase de discriminación, es un hecho cierto que no todos los criterios de discriminación han sido considerados de la misma forma en los desarrollos tradicionales, y si bien cada vez es más abundante la lista de rasgos identitarios que quedan protegidos, sin duda muchos aspectos no reciben real interés normativo por los sujetos internacionales. En esa lógica, varios aspectos referidos a la sexualidad como rango definitorio de identidad del ser humano —específicamente la identidad de género y orientación sexual— quedan fuera de una protección expresa y con ello se coloca en situación desmejorada a personas lesbianas, gays, transgéneros, bisexuales e intersexuales. (LGTBI). Efectivamente, la prohibición de ‘discriminación por sexo’ que leemos en varios tratados internacionales suele hacerse en verdad sinónima sólo de lo que es en realidad el sexo: las diferencias biológicas entre hombres y mujeres...”¹⁵.

De esta manera, con la finalidad de darle contenido al principio de no discriminación los sentenciadores citan la Declaración sobre Derechos

el ejercicio de sus funciones y que no corresponde a cuestiones estrictamente jurídicas, ha sido motivo de diversas investigaciones y, en este caso, en particular existe un texto publicado en Revista Médica de Chile, vol. 143 Nº 8, Santiago, agosto 2015, que intenta explicar las motivaciones de los tribunales de justicia para hacerse cargo de la realidad de las personas *trans* incorporando contenido científico, señalando como hipótesis: la empatía judicial, entendiéndola como la capacidad de los jueces de imaginar el padecimiento de otros y la consiguiente apertura a modificar sus criterios interpretativos para acudir en su auxilio, y complementariedad epistemológica entre ciencias del cuidado de la salud y saber jurídico.

¹⁴ Las principales manifestaciones de *soft law* quedan constituidas por las resoluciones no obligatorias de las organizaciones internacionales, el derecho de los actores no estatales y los acuerdos interestatales que no vinculan jurídicamente.

¹⁵ GAUCHÉ MARCHETTI (2012).

Humanos, orientación sexual e identidad de género¹⁶, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 22 de diciembre de 2008 con el voto de Chile, expresando que esta declaración reafirma “el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”, y luego explica que esta decisión ha sido reiterada en varios casos y, más recientemente, la Opinión Consultiva N° 24 sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo de 24 de noviembre de 2017, aludiendo al párrafo 78, cuyo texto reza: “[...] De conformidad con todo lo anterior, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 71 a 76), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género...”.

A continuación, incorpora expresamente el derecho a la identidad y explica que el cambio de sexo, que corresponde al hecho debatido en la sentencia, ha sido explicitado por la Corte Interamericana, que se basa en el “derecho a la identidad”, el que, a su vez, se funda en la autonomía de las personas y cuyos distintos aspectos están protegidos bajo varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a saber, sus artículos 3, 7, 11 y 13. Tal como lo expresa la sentencia se pronunció la Corte Interamericana en la citada Opinión Consultiva N° 24 señalando en su párrafo 90: “[...] Respecto al derecho a la identidad, esta Corte ha indicado que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona

¹⁶ Considerando octavo.

en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. El derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen. De esta forma, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos, no obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. Además, el derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente. Por otra parte, este Tribunal ha indicado que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana)...”.

Cita, asimismo, resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA sobre el Derecho a la Identidad, dando cuenta, una vez más, que tal derecho se encuentra latamente reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, particularmente, la OEA ha establecido que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios que facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros.

Todo el análisis que la sentencia hace en torno al derecho a la identidad fue precedido de la incorporación del concepto de identidad de género contenido en la Opinión Consultiva N° 24 y de acuerdo a la Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGTBI, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2012.

Reconocido en la sentencia el derecho a la identidad como consagrado en el Derecho Internacional y, por ende, el de identidad de género, se razona en esta acerca de la exigencia realizada por el sentenciador de instancia sobre las intervenciones quirúrgicas e incorpora el contenido de los Principios de Yogyakarta, sobre la aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la

Identidad de Género¹⁷, en especial, el principio número 3, cuando indica que ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género, concluyendo, por lo tanto, que no es procedente dicha exigencia e incluso sería incongruente. En esta parte, la sentencia se anticipó a nuestra legislación sobre identidad de género, puesto que el inciso final del artículo 1 de la Ley N° 21.120 establece: “[...] lo dispuesto en los incisos anteriores podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos...”, y el inciso final del artículo 2 de la misma preceptiva dispone: “[...] en ningún caso el órgano administrativo o judicial, según se trate, podrá exigir modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, para dar curso, rechazar o acoger las rectificaciones referidas en el inciso precedente...”.

Todo este análisis en torno al derecho a la identidad y en especial a la identidad de género como derechos protegidos por el ordenamiento jurídico (nacional e internacional) recurriendo a instrumentos considerados *soft law* es concordante con la reflexiones realizadas por la profesora Ximena GAUCHÉ, en especial cuando señala: “[...] este es un tema de aquellos en que el derecho debe marcar cómo deberían ser las cosas considerando la realidad social y las múltiples valoraciones que de la cuestión se pueden hacer pero que por ahora sólo se quedan en buenas intenciones. Y entre buenas intenciones y no intenciones, mejor sean las buenas intenciones...”¹⁸.

V. INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

A partir del concepto de género surge la metodología de análisis normativo que nos permite visualizar hechos o conductas discriminatorias o que producen desequilibrio entre hombres y mujeres, a lo que se denomina

¹⁷ Los Principios de Yogyakarta fueron presentados, como una carta global para los derechos de las personas LGTBI, el 26 de marzo de 2007, ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra, y Chile se comprometió a aplicarlos en Examen Periódico Universal (EPU) de la ONU en el año 2009.

¹⁸ GAUCHÉ MARCHETTI (2012).

perspectiva de género, la que, al ser aplicada en todos y cada uno de los ámbitos de la vida en sociedad, nos permite examinar sistemáticamente las funciones, las relaciones y los procesos tanto de mujeres como de hombres.

De esta manera podemos afirmar que “[...] trabajar con una perspectiva de género significa, entonces, analizar y comprender los diferentes roles y responsabilidades, relaciones, necesidades y visiones de hombres y mujeres. Es una estrategia, cuyo objetivo es hacer que las preocupaciones y las experiencias de las mujeres y de los hombres se integren en la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las leyes, las políticas y los programas, en todas las esferas económicas, políticas, culturales y sociales, para que, tanto las mujeres como los hombres, se benefician por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. Con esta herramienta conceptual se procura alcanzar la equidad y la igualdad de género...”¹⁹.

Sin perjuicio, con esta metodología no queremos decir que se trate de asuntos en los que solo se vean involucradas las mujeres, puesto que al hablar de género nos estamos refiriendo a la forma cómo se construyen y relacionan hombres y mujeres, de tal manera que el análisis sexo/género resulta útil para entender e interpretar la construcción cultural de la diferencia sexual, situación que no es ajena al caso en cuestión, cuando el centro del análisis ha sido la identidad de género de una persona, específicamente el trato jurisdiccional que le otorgamos a los derechos reclamados por una persona trans y que son acogidos en pro del principio de igualdad y no discriminación. De esta manera se expresa en el Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias (p. 61)²⁰ del Poder Judicial chileno: “[...] en relación con la inclusión de la perspectiva de género en la administración de justicia, se comprende que es un reto necesario cuya intención debe continuar fortaleciéndose bajo el entendimiento de que este constituye un proceso para asegurar la equidad, la igualdad y la justicia de género en todas las esferas vitales de los seres humanos. Como tal, es un imperativo moral y ético de DDHH que requiere hacerse patente en todas las instituciones del Estado, en especial para la toma de las decisiones y en el caso concreto de la judicatura en la elaboración de las sentencias, con el objeto de garantizar el acceso a la justicia...”.

¹⁹ JUNCA y ROSAS (2007).

²⁰ Este Cuaderno se enmarca dentro de la política de igualdad de género y no discriminación del Poder Judicial chileno e impulsada por la Secretaría de Género de la misma.

En el mismo sentido lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia de México²¹, en cuanto a que las y los juzgadores están obligados a resolver los casos relativos a los derechos humanos de las personas LGTB con base en una perspectiva de género y diversidad sexual, esto es, partiendo de una perspectiva que considere la realidad particular que viven las personas por virtud de su identidad de género y orientación sexual. Lo anterior implica detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por estas razones, es decir, considerar las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género u orientación sexual, discriminan e impiden la igualdad.

Así, podemos percibir que efectivamente esta sentencia, aun cuando no lo diga expresamente, incorpora la perspectiva de género como metodología de análisis del caso en cuestión, puesto que pone de manifiesto una desigualdad social y normativa respecto de las personas trans, a quienes no se les reconoce ni permite reconocer su derecho a la identidad, siendo víctimas de discriminación frente a herramientas jurídicas como es, en este caso, el cambio de nombre y sexo registral, introduciendo exigencias altamente vulneratorias como lo son las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual.

Valga recomendar, para estos efectos, el método propuesto como matriz de análisis en el citado cuaderno (p. 90) que señala los siguientes pasos:

I. Identificación del caso: 1. Analizar el contexto en que se desarrollan los hechos; 2. Identificar las partes o sujetos procesales desde las “categorías sospechosas”; 3. Identificar los derechos reclamados o vulnerados; 4. Revisar la necesidad de disponer o no de medidas de protección.

II. Análisis y desarrollo del caso: 1. Actuar con observancia de la debida diligencia judicial para garantizar el acceso a la justicia; 2. Identificar las relaciones de poder en la situación bajo estudio; 3. Identificar y tener en cuenta los roles, estereotipos, mitos y prejuicios que puedan surgir tanto desde la visión del juez como de las intervenciones de las partes; 4. Identificar las manifestaciones sexistas que se presentan en el caso; 5. Establecer si en el caso concurren dos o más discriminaciones (género, raza, sexo, etnia, edad...) por lo que se requiere el análisis de la interseccionalidad.

²¹ Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2014.

III. Revisión de las pruebas: 1. Examinar las pruebas bajo el esquema propio de valoración, en especial las relacionadas con la discriminación o la violencia, dado que a veces no se logra la prueba directa.

IV. Examen normativo: 1. Revisar y aplicar las normas que conciernen al caso, teniendo en cuenta que, en materia de DDHH, discriminación y acceso a la justicia, el marco normativo para el país es amplio; 2. Analizar la aparente neutralidad de la norma a fin de determinar su alcance discriminatorio y evaluar el impacto diferenciado en su aplicación.

V. Revisión de jurisprudencia y fuentes de derecho: 1. Revisar y usar la jurisprudencia, la doctrina jurídica, los principios generales del derecho y los criterios de interpretación jurídica.

VI. La sentencia: 1. Elaborar una decisión (sentencia) en un plazo razonable, con prioridad, dirigida a asegurar la igualdad, la no discriminación y el acceso a la justicia; 2. Elaborar la decisión con tal rigor que conlleve un efecto pedagógico orientado a la transformación cultural y a la no continuidad de conductas discriminatorias y violentas asegurando el acceso a la justicia; 3. Dictar medidas de reparación integral.

BIBLIOGRAFÍA

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2012): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial* (México, Editorial Porrúa).
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena (2012): “Una mirada a la no discriminación por identidad de género y orientación sexual desde los desarrollos internacionales de soft law”, en *Justicia, Género y Sexualidad. Primer Encuentro Académico*, Santiago de Chile 2009. Disponible en <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/122733/Justicia-genero-sexualidad.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>.
- JUNCA SUPA, Jenny Elsa y ROSAS BALLINAS, María Isabel (2007): “Género”, Proyecto de mejoramiento de los servicios de justicia, Perú. Disponible en <<http://pmsj-peru.org/wp-content/uploads/2011/12/genero.pdf>>.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2015): “El reconocimiento legal de la transexualidad en Chile mediante el procedimiento judicial de cambio de nombre. Un caso de complementariedad epistemológica entre medicina

y derecho”, en *Revista Médica de Chile*, vol. 143 N° 8 Santiago, agosto de 2015.

NASH, Claudio y NÚÑEZ, Constanza (2017): “Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile”, en *Revista Semestral de Estudios Constitucionales en Chile*, vol. 15, N° 1.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2017): “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, en *Revista de Derecho (UCUDAL)*, 2ª Época, año 13, N° 15.

OTROS

Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la Perspectiva de Género en las sentencias, del Poder Judicial Chileno. Disponible en <http://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/Eurosocial_PJUD/CBP_CHILE24AGOSTO2018.pdf>.

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (2014). Disponible en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/PROTOCOLO_DE_ACTUACION_PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN LA ORIENTACION SEXUAL O LA IDENTIDAD DE GENERO_0.pdf>.

Opinión Consultiva Oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>.

JURISPRUDENCIA CITADA

Rol N° 70584-2016. Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Haroldo Brito C., Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S. y abogados integrantes señora Leonor Etcheberry C. y señor Rodrigo Correa G.