

¿Qué es ser mujer y niña en Chile? A propósito de la ley integral contra la violencia de género y la ley de identidad de género

What does it mean to be a woman or girl in Chile? Regarding the comprehensive law against gender violence and the gender identity law.

*Constanza Valdés Contreras**

RESUMEN

El artículo aborda el concepto de mujer a la luz de la ley 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, su implicancias en relación a con la definición de este concepto por el Código Civil y de qué forma el concepto de identidad de género, que se ha ido incorporando en nuestro ordenamiento jurídico, influye para efectos de definir dicho concepto. Para esto, el trabajo aborda dicho concepto, a la luz de la legislación nacional e internacional, y el derecho a la identidad de género y un análisis de los estándares internacionales de derechos humanos que reconocen y protegen los derechos de las mujeres. Por último, se ofrecen respuestas desde el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos para evitar discriminaciones y exclusiones hacia mujeres trans por su identidad de género.

Palabras clave: Ley integral; concepto de mujer; identidad de género; violencia en contra de las mujeres; derecho internacional de los derechos humanos.

ABSTRACT

The article discusses the concept of woman in the light of Law 21.675, which establishes measures to prevent, punish and eradicate violence against women because of their gender, its implications in relation to the definition of this concept by the Civil Code and how the concept of gender identity, which has been incorporated into our legal system, influences the definition of this concept. To this end, the paper addresses this concept, in the light of national and international legislation, and the right to gender identity and an analysis of international human rights standards that recognize and protect the rights of women.

Finally, answers are offered from the field of international human rights law to avoid discrimination and exclusion of trans women because of their gender identity.

Keywords: Comprehensive law; concept of woman; gender identity; violence against women; international human rights law

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Diego Portales, consejera Instituto Nacional de Derechos Humanos. Autora de publicaciones sobre derechos humanos y un libro sobre identidad de género en Chile.

Fecha de recepción: 01/07/2025

Fecha de aceptación: 17/10/2025

1. Introducción

La tesis sobre el derecho como un conjunto de normas generales, abstractas e imparciales ha ido en retroceso en gran medida debido a un creciente análisis crítico por parte del derecho internacional de los derechos humanos y el feminismo jurídico. En este sentido, Catherine Mackinnon, celebre jurista feminista, ha manifestado que el derecho tradicionalmente ha sido en su esencia patriarcal debido a la dominación masculina en la sociedad y en el Estado. Desde el feminismo jurídico, la principal crítica que se le realiza al derecho contemporáneo es debido a la subordinación femenina y la falta de reconocimiento de derechos para las mujeres y la diversidad sexual y de género.

El reconocimiento de los derechos civiles y políticos de las mujeres constituyó el primer paso para un avance en materia de igualdad de género, pero lamentablemente hasta el día de hoy, en diversos ordenamientos jurídicos, subsisten diferenciaciones discriminatorias. De forma similar sucede en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, donde las brechas de género son preocupantes en materia de derecho al trabajo y salud. Esto ha permitido la creación de leyes y políticas públicas que han tenido por objeto solucionar estas desigualdades, generando así un foco específico hacia las mujeres. Con esto comienza a nacer la perspectiva de género en el mundo del derecho.

Sin embargo, uno de los grandes desafíos en este contexto es la violencia de género que han sufrido y sufren las mujeres en los espacios públicos y privados. Por mucho tiempo diversas legislaciones.

En esta materia, uno de los primeros y principales instrumentos internacionales es la Convención Para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw por sus siglas en ingles) de la Organización de Naciones Unidas. Dicha convención define la discriminación por sexo y aborda los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las mujeres.

En este contexto, comienza a ser utilizada, aunque de forma incipiente, la perspectiva de género en la creación del derecho y el reconocimiento de la realidad de las mujeres. Por eso, el énfasis en una de las principales problemáticas dice relación con la violencia de género. Sin embargo, esta situación es abordada al inicio principalmente desde la lógica de la violencia domestica o intrafamiliar, enfocándose en los contextos familiares, pero no en la violencia que reciben las mujeres en el espacio público, político, reproductivo, entre otros

Este análisis que podemos observar en otras legislaciones, se ha replicado en Chile desde la década de 1990 hasta ahora. En 1994 se dicta la ley 19.235 que define por primera vez la violencia intrafamiliar, un concepto ligado principalmente al espacio familiar y sus relaciones. Lo anterior excluía, naturalmente, a la violencia de género recibida por las mujeres en los espacios públicos y también en el contexto de relaciones sexoafectivas que no se enmarquen dentro de la convivencia o el matrimonio. Dicha ley fue criticada debido a su poca eficacia, además de un enfoque conciliador de la violencia intrafamiliar, en vez de sancionar adecuadamente este tipo de violencia.

De alguna forma, esto cambia parcialmente el año 2005 con la dictación de una nueva ley de violencia intrafamiliar. La ley 20.066 cambia el foco de la normativa, avanzando específicamente desde la tipificación de la violencia intrafamiliar a un articulado que busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia y entregar una protección a las víctimas. La creación de la figura penal del maltrato habitual marca un hito importante en la penalización de la violencia intrafamiliar protegiendo como bien jurídico la dignidad y la integridad familiar y de las personas. En este contexto, la nueva ley les entregó competencia a los juzgados de familia para el conocimiento de los procedimientos de violencia intrafamiliar.

Una de las deudas de la normativa ya se advertía en su primera lectura: la falta de abordaje de la violencia de forma integral. La violencia de género no ocurre solamente en el ámbito de la familia, sino que también fuera de esta, en las relaciones de pareja sin convivencia y también en el ámbito público. La violencia psicológica, simbólica, económica, entre otras, son algunas de las violencias que no se encuentran contenidas en dicha ley. En este sentido, podemos señalar que la violencia de género no estaba incorporada de forma integral en dicha normativa.

Así como la Convención Cedaw fue importante para avanzar en la desigualdad y discriminación de las mujeres, en la década de los 90 se crea la Convención para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belem Do Pará) que establece un marco general sobre la violencia de género. En especial, se reconoce que la violencia de género tiene cabida en los espacios públicos y privados, además de ampliarla a que el victimario pueda ser agentes del Estado. Así, se reconoce el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia.

La violencia entendida en este marco debe ser relacionada de forma integral con otros factores sociales, tales como la raza, la clase. Durante el mismo periodo, nace con Kimberly Crenshaw el concepto de interseccionalidad y se convierte en una herramienta útil para analizar las discriminaciones y violencias

que viven las mujeres. Así, las exigencias de abordar el fenómeno de la violencia de forma más amplia se traspasan al mundo jurídico.

En este contexto, coincidimos con Nicole Forstenzer al señalar que *“Chile no constituye un caso aislado de surgimiento del género en la acción pública ni de desencantamiento del feminismo, sino que forma parte de un movimiento internacional de institucionalización de las reivindicaciones feministas y de su respectiva transformación en términos redefinidos, diversos y heterogéneos, agrupados bajo el vocablo género. Esta institucionalización es un fenómeno internacional que nació bajo el impulso de organizaciones internacionales del sistema de Naciones Unidas, a las que luego se unieron organizaciones internacionales económicas y financieras (Forstenzer, 2022, p. 113).”*

El año 2016 la Ex Presidenta Bachelet presentó un mensaje presidencial que establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, un proyecto que busca ser un marco general para abordar la violencia de género en espacios públicos y privados e implementar la Convención Belem Do Pará. Luego de 8 años de tramitación y discusiones en ambas Cámaras del Congreso, el 14 de junio de 2024 se publica en el Diario Oficial la ley 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, una ley que tiene por objetivo ser un marco general en el ámbito de la violencia de género. La normativa busca avanzar en la prevención, protección, atención, reparación y de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género, para lo cual define los distintos tipos de violencia, establece principios y reglas de interpretación para integrar la perspectiva de género.

En este contexto, el artículo 2 de la ley define lo que debe entenderse por niña, adolescente, mujer adulta y mujer, norma que debe entenderse vinculada con el artículo 25 del Código Civil respecto del uso de la palabra hombre y mujer. Si bien, estas disposiciones parecieran ser baladí, su uso cobra especial relevancia cuando los relacionamos con el concepto de identidad de género. Mientras el artículo 25 del Código Civil utiliza la mención al sexo femenino, el artículo 2 de la ley 21.675 no expresa ninguna referencia al género ni tampoco al sexo. Simplemente lo remite a ser mujer.

Así, este artículo pretende analizar el artículo 2 de la citada ley, estudiar el concepto de identidad de género, articular una conexión entre el artículo y dicho concepto y exponer al

algunas problemáticas que ya han surgido en este ámbito, y que la ley, por cierto, lamentablemente no innova ni resuelve.

2. La identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico

En el año 2007 se dictan los Principios de Yogyakarta como fruto del trabajo de un equipo de especialistas que “forman parte del Sotf Law del derecho internacional de los derechos humanos¹”. Estos principios, de acuerdo con Ximena Gauché, se dictan “*bajo una óptica que se basa en la dignidad, la igualdad y la libertad de todo ser humano a gozar y ejercer los derechos que a todos se reconocen, sin que tenga incidencia alguna, el sexo, el género o la identidad de género o su orientación sexual, los principios vienen a sostener desde un punto de vista sustantivo una proyección del principio de no discriminación (Gauché, 2012, p.123)*”. Así, con ocasión del Examen Periódico Universal de la ONU el año 2009, Chile se comprometió a legislar y dictar políticas públicas tomando guía estos principios.

Que, en relación con el tema tratado, el principio 2° del citado instrumento, se refiere a “*Los derechos a la igualdad y a la no discriminación*”:

Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo el género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y posición económica.

Los Estados:

¹ Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género.

- A. *Si aún no lo hubiesen hecho, consagrarán en sus constituciones nacionales o en cualquier otra legislación relevante, los principios de la igualdad y de la no discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, inclusive por medio de enmienda e interpretación, y velarán por la efectiva realización de estos principios;*
- B. *Derogarán todas las disposiciones penales y de otra índole jurídica que prohíban o de hecho sean empleadas para prohibir la actividad sexual que llevan a cabo de forma consensuada personas del mismo sexo que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, y velarán por que se aplique la misma edad de consentimiento para la actividad sexual entre personas del mismo sexo como y de sexos diferentes;*
- C. *Adoptarán todas las medidas legislativas y de otra índole que resulten apropiadas para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en las esferas pública y privada;*
- D. *Adoptarán todas las medidas apropiadas a fin de garantizar el desarrollo adecuado de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, según sean necesarias para garantizarles a estos grupos o personas el goce o ejercicio de los derechos humanos en igualdad de condiciones. Dichas medidas no serán consideradas discriminatorias;*
- E. *En todas sus respuestas a la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, tendrán en cuenta la manera en que esa discriminación puede combinarse con otras formas de discriminación;*
- F. *Adoptarán todas las medidas apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género”.*

De acuerdo con dichos principios, la identidad de género es “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”.

Si bien, este no es el concepto que utiliza el artículo 1° de la ley N.º 21.120², que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, ha sido recogido por la jurisprudencia en distintos

² De acuerdo con el inciso segundo del artículo 1°, 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.

fallos de cambio de nombre y sexo registral³. Sin perjuicio de lo anterior, podemos considerar que el concepto que utiliza la ley es restrictivo y deja fuera diversas identidades de género que no se encuentran dentro del binario (Valdés, 2022, p.98).

Nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido la identidad de género en diversos cuerpos normativos a propósito de prohibir la discriminación arbitraria en razón de ésta. En este sentido, a continuación, se muestran los distintos legales que regulan dicho concepto:

- El artículo 2 de la Ley N.º 20.609, que establece medidas contra la discriminación, conocida comúnmente como “Ley Zamudio”, que expresamente se refiere a la identidad de género como un criterio para determinar si un acto u omisión constituye o no una discriminación arbitraria, de manera tal que cualquier exclusión, discriminación o distinción basada en la identidad de género de una persona será considerada como arbitraria. Asimismo, dicha ley modifica el artículo 12 No 21 del Código Penal, incorporando como agravante de la responsabilidad penal cometer el delito o participar en él motivado por la identidad de género de la víctima.
- Ley N.º 20.968, que tipifica delitos de tortura, de tratos crueles, inhumanos y degradantes, modificó el artículo 150 A del Código Penal, incluyendo expresamente a la identidad de género como una categoría sospechosa para determinar si una actividad constituye o no tortura.
- La reforma al Código del Trabajo, a través de la Ley 20.940, que moderniza el sistema de relaciones laborales, modifica el artículo 2 de dicho, para contemplar expresamente dentro del concepto de discriminación a las distinciones, exclusiones o preferencias efectuadas en razón de la identidad de género de la persona.
- El concepto referido también ha sido incorporado a otros cuerpos normativos como por ejemplo, la Ley N.º 20.750, que permite la introducción de la Televisión Digital Terrestre (artículo 1 letra d) que modifica el artículo 1 de la Ley 18.834, que crea el Consejo Nacional de Televisión), disponiendo que se entenderá como pluralidad el respeto a múltiples criterios de la diversidad de la persona, entre ellos la identidad de género y libertad sexual. Cabe destacar que el respeto al pluralismo es considerado como un criterio para determinar el correcto funcionamiento de los servicios de televisión.

³ V-30-2016, 4º Juzgado Civil de Santiago, V-67-2017, 7º Juzgado Civil de Santiago, V-31-2017 del Juzgado de letras de Castro, entre otros.

- La ley N.º 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, también se refiere a la identidad de género como prohibición de discriminación.
- La ley N.º 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, que reconoce el derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes y reitera la prohibición de discriminación por identidad de género.

Así, “Durante los últimos años, el concepto se ha introducido de manera paulatina en diversas normas, circulares e incluso sentencias judiciales con particular énfasis en materia de no discriminación y el reconocimiento del nombre social. Un piso mínimo de respeto a los derechos de las personas trans que terminó por cristalizarse en 2018 con la dictación de la ley”.

De esta forma, el derecho a la identidad de género se construye como un derecho personalísimo que se articula con el derecho a la identidad, mereciendo, por ello, reconocimiento por el Estado. Por lo mismo, cobran importancia las recomendaciones internacionales realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el periodo 162 extraordinario de audiencias, en la cual se expuso sobre la situación de los derechos humanos de las personas trans en Chile (Valdés, 2022, p.36)⁴, y ésta señaló que “La CIDH reitera que los Estados deben adoptar medidas que incluyan de manera transversal la perspectiva de identidad de género en las políticas públicas que buscan contrarrestar los círculos de pobreza, exclusión, violencia y criminalización que afectan a las personas trans. Entre otras cosas, tales medidas incluyen el reconocimiento de la identidad de género de forma sencilla, expedita y no patologizante, así como la protección de las conductas en el ejercicio de dicha identidad, lo cual debe ser extensivo a los distintos aspectos de la vida de la persona, en ámbitos como educación, salud, trabajo y vivienda”.

En síntesis, el concepto de identidad de género se ha ido incorporando en diversos cuerpos legales, con particular énfasis en materia de no discriminación.

Al respecto, uno de los puntos principales en esta materia dice relación con el derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes, especialmente en niños, tomando en consideración en la exclusión que realiza la ley de identidad de género a menores de 14 años. En razón de aquello, analizaremos este punto específico a continuación.

⁴ Audiencia disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=CW-O4uPT3vI&t=1s>

2.1. Derecho a la identidad y derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes

El derecho a la identidad no se encuentra explícitamente protegido dentro de las garantías constitucionales, sin embargo, el propio Tribunal Constitucional chileno ha reconocido que se trata de un derecho derivado de la dignidad humana que todas las personas comparten por el solo hecho de ser tales y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y que los órganos del Estado se encuentran, por mandato constitucional, obligados a respetar y promover (Entre otras, STC Rol 7670-19-INA).

En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia del 30 Juzgado Civil de Santiago, Rol C-10540-2016, que aborda el derecho a la identidad de la siguiente forma:

“VIGÉSIMO: Que si bien este derecho no tiene reconocimiento expreso en nuestra legislación, debe tenerse presente lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República, norma a partir de la cual, la doctrina ha construido la noción de bloque de constitucionalidad.

Conforme a esta, el catálogo de garantías del artículo 19, se ve ampliado y enriquecido a través de los derechos reconocidos en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile —como fue aplicada, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de agosto de 2007, Rol 634-06, respecto del derecho de acceso a la información—. Ampliado, por cuanto si se reconocen nuevos derechos, estos se agregan al catálogo establecido en nuestra Carta Fundamental, y enriquecido, desde que se incorpora la interpretación y aplicación que de estos derechos hacen los organismos internacionales competentes (Meza-Lopebandía Glaesser, Matías. “Identidad de género en la constitución chilena”. Informe obtenido de la sección de Asesorías Parlamentarias de la Biblioteca del Congreso Nacional. 3 de julio de 2014. Pág. 5. Disponible en https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20375/5/FINALCDDHH_Identidad_de_genero2_v5.pdf).

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en tal sentido, la doctrina estima que el derecho a la identidad se encuentra previsto en los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño; 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha dicho que aunque nuestra Carta Fundamental carece de una referencia expresa a la identidad como prerrogativa humana básica, ello no obstaculiza su protección constitucional, debido a su reconocimiento en diversos tratados internacionales vigentes en nuestro país, y por su estrecha vinculación con la dignidad

humana, que cataloga como la piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales (sentencia de 13 de mayo de 2008, Rol 834-07).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que la Constitución comienza señalando en su primer artículo, que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; y luego agrega que la finalidad del Estado es estar al servicio de la persona humana y promover el bien común. Esta norma otorga a la dignidad humana una importancia fundamental, que impone considerar a la persona siempre como un fin en sí misma y nunca como un medio, poniendo al Estado al servicio de aquella —principio de servicialidad—, y mandando que las personas deben ser tratadas conforme a su dignidad y como sujetos libres y, por ende, como titulares de un espacio de decisión y de actuación en que no caben intromisiones de carácter externo”.

Agrega luego el Constituyente, en el inciso cuarto, que es deber del Estado “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. Es decir, el Estado tiene la obligación de favorecer las condiciones materiales y despejar los obstáculos para el desenvolvimiento pleno de la personalidad de los individuos, lo cual supone otorgar el máximo de facilidades posibles para el desarrollo de cada proyecto de vida, el que, por respeto a la autodeterminación de los sujetos, debe ser definido por cada persona, iniciándose a partir de la autopercepción del sujeto, conforme a la cual se define a sí mismo en el mundo y se proyecta históricamente, lo que configura el derecho a la identidad (Palavecino, Adriana. 2012. “El Derecho a la Identidad de las Personas Transgéneras”, en: Justicia, Género y Sexualidad. Primer encuentro académico – Santiago de Chile, 2009. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Págs. 94 y 95).

VIGÉSIMO TERCERO: Que así las cosas, la identidad es un derecho personalísimo, inherente a toda persona, vinculado íntimamente a la dignidad humana, y que debe ser considerado entre aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a los que se refiere el inciso segundo del artículo 5 de nuestra Carta Fundamental. En este sentido, cabe tener en cuenta que los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, y se caracterizan por ser universales e inalienables, interrelacionados, interdependientes e indivisibles, de manera que, el respeto de uno incide en la protección de los demás; y la privación de un derecho afecta negativamente a los demás (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Orientación sexual e identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Publicado el 20 de noviembre de 2013.

Pág. 1. Disponible en <http://acnudh.org/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos>). De esta manera, el derecho a la identidad, viene a complementar a otros, como el derecho a la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley y el derecho a la honra.”

En esta línea, de acuerdo con Patricia Rada y Rodrigo Bustos, el derecho a la identidad tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva. *“Por una parte, la dimensión individual del derecho a la identidad tiene como titular al individuo mismo, en su condición de ser humano y amparado no solo en la normativa interna sino también en una serie de convenciones internacionales que se preocupa de resguardar este derecho, ya sea de manera expresa o indirectamente”*. En segundo lugar, existe una dimensión colectiva del derecho a la identidad que involucra al conjunto de personas que se encuentran relacionadas por alguno de los vínculos que conforman su identidad cultural. Estas personas son titulares del derecho a la identidad, quienes pueden exigir el resguardo de aquellos elementos o condiciones que les permiten conservar y desarrollar su identidad cultural (Rada y Bustos, 2021, p. 728)”.

En el ámbito legislativo, nos encontramos principalmente con una normativa reciente que busca avanzar en el reconocimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes, la ley N.º 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Esta ley *“se constituye como una ley marco, reconociendo la protección integral, la protección especializada y la protección reforzada (Estrada y Valenzuela, 2024. p. 13)”*. Resulta importante el artículo 26 que reconoce el derecho a la identidad, incluida la identidad de género de niños, niñas y adolescentes, marcando un elemento importante respecto a las discrepancias sobre este derecho en la ley de identidad de género. En efecto, el citado artículo señala lo siguiente:

“Artículo 26.- Derecho a la identidad. Todo niño, niña o adolescente tiene derecho, desde su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad, una lengua de origen y a ser inscrito en el Servicio de Registro Civil e Identificación, sin dilación. Tendrá derecho a la nacionalidad chilena cuando corresponda, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional. Ningún niño, niña o adolescente será privado arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla. Las instituciones públicas y privadas estarán obligadas al reconocimiento y respeto de la identidad de los niños, niñas y adolescentes en conformidad con lo dispuesto precedentemente.

Asimismo, tiene derecho a conocer la identidad de sus padres y/o madres, su origen biológico, a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a conocer y ejercer la cultura de su lugar de origen y, en general, a preservar y desarrollar su propia identidad e idiosincrasia, incluida su identidad de género, conforme a la legislación vigente.

Las personas adoptadas tendrán el derecho a buscar y conocer sus orígenes. El servicio encargado de adopciones tomará las medidas oportunas para conservar la documentación relativa a los orígenes de los niños, niñas o adolescentes. Asimismo, proporcionará el asesoramiento, mediación confidencial y ayuda oportunas para hacer efectivo el derecho a conocer sus orígenes, en conformidad a la ley.

Estos derechos no se verán afectados ni serán restringidos de manera alguna por la irregularidad migratoria de cualquiera de sus padres y/o madres, sus representantes o de quienes los tuvieren bajo su cuidado.

Cuando un niño, niña o adolescente sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, o de todos ellos, se deberá prestar la asistencia y protección apropiadas en miras a restablecerla rápidamente.

Los niños, niñas y adolescentes que pertenezcan a grupos étnicos, indígenas, religiosos o lingüísticos tienen derecho, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a intervenir en los procedimientos de consulta cuando lo establezca la ley.

El Servicio de Registro Civil e Identificación dispondrá de procedimientos sencillos y rápidos que permitan la inscripción de nacimiento de los recién nacidos, su identificación oportuna y la de su nacionalidad, con independencia de su estatus migratorio o del de sus padres y/o madres. En el caso de que se desconozca la identidad de éstos, se presumirá su nacionalidad chilena. El niño, niña o adolescente deberá ser registrado con nombre y dos apellidos convencionales, dejándose constancia en la partida correspondiente, sin perjuicio del derecho a reclamar posteriormente la determinación de su identidad”.

Por este extenso desarrollo, se puede señalar que “*esta disposición estatuye un derecho que no contaba con una declaración tan amplia y vigorosa (Estrada y Valenzuela, 2024)*”. En la misma línea, podemos señalar que la expresa mención a la identidad de género constituye un elemento importante al momento de interpretar dicho derecho. De esta forma, podemos señalar que cualquier niño, niña y adolescente tiene derecho a la identidad de género, independientemente de si puede obtener o no el reconocimiento de su identidad a través de un procedimiento registral. Esto es totalmente relevante a la luz de la exclusión de niños y niñas menores de 14 años de la ley de identidad de género.

En segundo lugar, la ley N.º 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, aborda el derecho a la identidad desde la dimensión del derecho a la identidad de género. La ley en su artículo primero entiende el derecho a la identidad de género “*como la facultad de toda persona, cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de esto*”. A nuestro juicio, la normativa no comprende conceptualmente la definición del derecho a la identidad, puesto que la mera rectificación es solo una manifestación, mas no la esencia de éste. Por lo mismo, coincidimos al señalar que se “*limita el derecho exclusivamente a la facultad de solicitar la rectificación del sexo y nombre registral ignorando, en los términos de Isaiah Berlín, la noción de este como una “libertad positiva” (Valdés, 2021).*

Desde el ámbito internacional, nos encontramos principalmente con el artículo 8 de la Convención de Derechos del Niño y en el ámbito interamericano, si bien no se encuentra reconocido explícitamente, se encuentra en un apartado en el artículo 18 de la Convención Americana, referido al derecho al

nombre. La Corte Interamericana ha señalado que “*el tribunal ha reconocido que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana. No obstante, el artículo 29 puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa del gobierno (Rada y Bustos, 2021, p.729)*”.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva sobre identidad de género, ha señalado lo siguiente:

“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 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).

91. Asimismo, se puede entender que este derecho está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica, y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Lo anterior también implica que las personas pueden experimentar la necesidad de que se las reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás. Para alcanzar ese fin, es ineludible que el Estado y la sociedad respeten y garanticen la individualidad de cada una de ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas. Es por ello que el afianzamiento de la individualidad de la persona ante el Estado y ante la sociedad, se traduce por su facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones. Del mismo modo, uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es precisamente la identidad de género y sexual.

92. *Por lo demás, el derecho a la identidad y, por tanto, el derecho a la identidad sexual y de género, tiene entre sus implicaciones y alcances más relevantes, el de constituirse como un derecho con carácter autónomo que alimenta su contenido tanto de las normas del derecho internacional, como de aquellas que se deriven de los rasgos culturales propios contemplados en el ordenamiento interno de los Estados, concurriendo así a conformar la especificidad de la persona, con los derechos que lo hacen único, singular e identificable”.*

En el ámbito internacional, la OC 24-17 de la Corte Interamericana ha reconocido expresamente que el derecho a la identidad de género se encuentra reconocido en la Convención Americana de la siguiente forma:

“Se puede concluir que el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18). Lo anterior significa que los Estados deben respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades públicas o por parte de terceros. En esa línea, lo expresado implica necesariamente, que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tal. Además, el Estado debe garantizarles que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aun cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional”.

De esta forma, la Corte concluye que *“El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto- percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines”.*

En la doctrina, respecto al derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes, Espejo y Lathrop han señalado que *“Esta forma de reconocimiento se deriva de la constatación que los NNA son titulares de todos los derechos humanos, incluidos el derecho a su identidad. No reconocer este derecho fundamental a los menores de edad implicaría una distinción no justificada, y en este sentido discriminatoria, entre adultos y NNA en el ejercicio de sus derechos de la personalidad (Espejo y Fabiola, 2015, p. 411)”*.

Asimismo, Isaac Ravetllat ha señalado que *“Es posible que la niña, niño o adolescente tenga limitada su capacidad de ejercicio en la toma de ciertas decisiones -en particular en el ámbito patrimonial-, pero desde luego, y siempre, por supuesto, atendiendo a su edad y estado de madurez, ostenta capacidad y autonomía para definir su propia identidad. Nadie más que la persona menor de edad sabe lo que siente, cómo se siente, quién es y cuál es su verdadero ‘yo (Ravetllat, 2018, p.421) ⁵”*. La autoidentificación y la vivencia interna no la vive nadie más que la misma persona, y en ese sentido, no reconocer esta realidad es solo ignorarla por prejuicios (Valdés, 2018, p. 181).

La Corte Interamericana, respecto al derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes ha señalado que:

“153. Por otro lado, en el marco de los casos contenciosos, este Tribunal ha tenido la oportunidad de referirse al derecho a la identidad de las niñas y niños reconocido por el artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño el cual establece en su primer inciso que “[l]os 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”. En esos casos, esta Corte indicó que el derecho a la identidad estaba íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada. Del mismo modo, en el caso Gelman Vs. Uruguay, la Corte concluyó que el Estado había violado el derecho a la libertad en un sentido amplio, reconocido en el artículo 7.1 de la Convención, por la sustracción y posterior supresión de la identidad de una niña por parte de las fuerzas de seguridad del Estado. Para la Corte, el derecho en mención implica la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia.

154. De conformidad con lo anterior, esta Corte entiende que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género que fueron desarrolladas supra también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida. Este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el

artículo 19 de la Convención, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación. Por ultimo, resulta importante resaltar que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada. En igual sentido, resulta pertinente recordar que el Comité sobre Derechos del Niño ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente”

155. En el mismo sentido, los principios de Yogyakarta han establecido que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen [...] derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, siendo que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”

Concordamos con Gauché al señalar que “*lo que se encuentra en esta Opinión Consultiva es un reconocimiento ahora de forma específica de la identidad de género autopercibida como un Derecho (Gauché, 2021, p.199)*”. Además de lo anterior, la incorporación de estándares internacionales respecto a los procedimientos de rectificación de sexo y nombre registral resulta un elemento importantísimo para los Estados que legislen o busquen adecuarla para el respeto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En síntesis, podemos señalar que el derecho a la identidad si bien no se encuentra expresamente consagrado como tal, encontramos un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que se ha ido esbozando a través de los años. Particularmente, en cuanto al derecho a la identidad de género, la vemos en la cristalización por parte de la publicación de la ley 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género y la ley 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

3. ¿Por qué importa la identidad de género al hablar del concepto de mujer?

Tradicionalmente cuando hablamos de hombres y mujeres pensamos inmediatamente en el sexo biológico, es decir, el sexo asignado al momento de nacimiento. Bajo este panorama del binarismo de sexo/género, cualquier noción contraria a aquello sería incorrecto e incluso **disidente**. No es por nada

que hasta tan solo muy poco aún la identidad de género trans era catalogada como un trastorno mental en el Diagnostic Statistics Manual of Mental Disorders (DSM). Si bien hoy la lucha por la despatologización de las identidades trans ha ido avanzando, “la situación legal de las personas trans en la mayoría de los países está regulada en relación con la perspectiva médica y se rige según las clasificaciones internacionales (Misse, 2013) p.39”.

De esta forma, el reconocimiento de la identidad de género generalmente va asociada al concepto imperante que se pueda tener respecto al sexo y género. Nuestro país ha optado por una ley de identidad de género que opta, en gran parte, por la voluntad y la autodeterminación conforme a ciertos requisitos que deben cumplirse. Así, ser hombre y mujer viene dado por el sexo asignado al momento de nacimiento y el reconocimiento de la identidad de género de acuerdo con la normativa pertinente. Sin embargo, el panorama va mucho más allá de esto.

Laura Saldivia nos ilustra en este sentido, “*la subordinación que plantea la ley del cuerpo y sus formas a la percepción propia del género es el factor disruptivo del sexo-género binario. El binarismo que pareciera conservar la ley termina siendo una fachada que se cae ni bien ni se rasga un poco. La ley crea problemas al binomio arraigado en las leyes poniéndolas en conflicto. El supuesto punto de referencia sobre el género de las personas que implica la clasificación hombre/mujer se diluye en la práctica con realidades de género que superan tal clasificación y que hoy tienen el amparo de la ley sobre el derecho a la identidad de género (Saldivia, 2017, p.137)*”. Lo anterior implica que las realidades corporales y biológicas traspasan las normas jurídicas enmarcadas en el binario de género. Mujeres con pene y hombres con vagina, se transforman en una realidad que rompe con el clásico concepto de hombre y mujer.

La importancia de estos debates sobre el reconocimiento de la identidad los ilustra de forma importante Dean Spade al señalar que “*Para las personas trans, La clasificación que hace la administración del género y los problemas que produce para quienes son difíciles de clasificar, o son clasificados erróneamente, genera una violencia importante y recorta las oportunidades y expectativas vitales. Los problemas debidos a la clasificación de genera en las personas trans se concentran en tres ámbitos generales: los documentos identificativos, los centros que segregan por sexo y el acceso a la asistencia sanitaria para la confirmación de género (Spade, 2015, p.148)*”.

En una vereda contraria, esta disputa se ha dado en diferentes países, particularmente en Reino Unido y España donde movimientos sociales transexcluyentes han buscado excluir a las mujeres trans dentro de las regulaciones jurídicas y sociales respecto a las mujeres. En este sentido, recientemente la Corte Suprema de Reino Unido dictó sentencia en el caso *For Women Scotland Ltd. V. The Scottish*

Ministers en el cual analizó el concepto de mujer a la luz de la Equality Act de 2010. La Corte determinó que el concepto de mujer utilizado por la ley solo se refiere a aquellas que tienen sexo biológico femenino, excluyendo a las mujeres trans, incluso aquellas que cuenten con su Gender Recognition Certificate.

Es por esto, que se considera que la decisión del máximo tribunal lamentablemente marca un precedente negativo en relación al reconocimiento de la identidad de género de las mujeres trans, creando una suerte de mujeres de primera y de segunda clase a la luz de la Equality Act y el ordenamiento jurídico de Reino Unido.

En nuestro país, esta discusión no ha llegado a tribunales, pero pareciera que la reciente ley 21.675 abre la puerta a estas discusiones, en especial por las definiciones que utiliza su artículo 2. Es por esto que hablar de mujer, indisolublemente debe abordarse desde una perspectiva amplia en relación con la identidad de género y no solo el sexo asignado al momento de nacimiento, o como se señala, el sexo biológico.

En efecto, una persona que realiza su rectificación de sexo y nombre registral adquiere para todos los efectos legales el sexo reconocido a través del procedimiento administrativo y/o judicial. El artículo 21 inciso primero de la Ley 21.120 es claro en esto:

“Artículo 21.- De los efectos de la rectificación de la partida de nacimiento.

Una vez efectuadas las modificaciones y subinscripciones a las que se refiere el artículo anterior, la persona interesada deberá ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género. “

Ahora la pregunta ahora se dirige a otro ámbito: ¿Qué sucede con los derechos y obligaciones de las personas que realizan la rectificación de nombre y sexo registral?. El artículo 22 aborda precisamente esta situación de la siguiente forma:

“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.

La rectificación en la partida de nacimiento no afectará la titularidad de los derechos y obligaciones patrimoniales que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio, ni afectará las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables.

Asimismo, tampoco afectará las garantías, derechos y las prestaciones de salud que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio”.

En efecto, una persona que realiza su rectificación mantiene sus derechos y obligaciones, y se mantienen aquellas garantías, derechos y prestaciones de salud que le correspondieran al sexo registral con anterioridad al cambio. Esto es una innovación especialmente en el ámbito de la salud y aquellos derechos asociados al sexo registral o asignado al momento de nacimiento. En síntesis, una mujer trans y un hombre trans son para todos los efectos legales, una mujer y un hombre respectivamente. Esto significa que de acuerdo con la ley 21.120, al hablar del concepto de mujer, también estamos incluyendo a aquellas mujeres trans que realizaron su rectificación de sexo registral.

Sin embargo, ¿qué pasa con aquellas mujeres trans que no han realizado el reconocimiento de su identidad de género? A continuación, intentaremos resolver esta problemática a la luz del artículo 2 de la ley 21.675 y el Código Civil.

3.1. El artículo 2 de la ley 21.675 y el Código Civil

El artículo 2 de la ley 21.675 define los conceptos de niña, adolescente, mujer adulta y mujer. En este sentido, la disposición señala lo siguiente:

“Artículo 2.- Definición de los conceptos de niña, adolescente, mujer adulta y mujer. Se entenderá por niña a toda mujer hasta los 14 años; por adolescente, a toda mujer mayor de 14 y menor de 18 años; y por mujer adulta a toda mujer que sea mayor de 18 años.

Para efectos de esta ley, el vocablo "mujer" comprenderá a niñas, adolescentes y mujeres adultas, sin distinción”.

De lo anterior se desprende que para definir el concepto de mujer, de forma amplia, se utiliza dicho vocablo sin realizar una distinción sobre el sexo biológico o asignado al momento de nacimiento. ¿Qué nos dice el Código Civil al respecto?

El Código Civil en el título preliminar aborda la definición de palabras que son utilizadas frecuentemente en las leyes, siendo una de estas las palabras hombre y mujer.

“Art. 25. Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos

sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo.

Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, a menos que expresamente las extienda la ley a él.”

El Código utiliza de forma genérica el concepto de hombre para remitirse las personas, sin distinción del sexo, por lo cual dicho vocablo sería la forma general. Mientras tanto, el concepto de mujer se utilizaría exclusivamente para referirse al sexo femenino por considerarse casos específicos en los cuales se refieran a las mujeres. Dicho lo anterior, lo primero que podríamos advertir es el uso de la expresión sexo femenino para referirse a las mujeres

Lo anterior, ¿implica que el Código Civil excluya a las mujeres trans en el concepto de mujer? La respuesta es sí y no. Por una parte, es cierto que en la elaboración del Código Civil decimonónico, esto jamás fue incorporado como un elemento a tener en consideración y el uso del vocablo sexo obedece a un criterio histórico.

En efecto, ni la teoría de los derechos humanos ni la perspectiva de género fue incluida en el Código en su creación.

Por otro lado, el Código Civil al hablar de mujeres utiliza el concepto ampliamente sin ninguna distinción, no siendo un factor determinante que la norma utilice la expresión de sexo femenino. En este sentido, podemos señalar que el Código Civil no excluye a las mujeres trans del vocablo mujeres.

En consecuencia, el concepto de mujer utilizado por la ley 21.675 y el Código Civil, no excluye a las mujeres trans que hayan realizado su rectificación de sexo. Sin embargo, esto abre una nueva interrogante.

¿Qué sigue sucediendo con las mujeres trans que no hayan realizado su cambio registral? Para responder lo anterior debemos abordar los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, especialmente teniendo en consideración las obligaciones internacionales.

3.2. ¿Qué dicen los estándares internacionales? A propósito de la Cedaw, Belem Do Pará y la Convención Americana

La Convención Cedaw en su artículo primero utiliza el vocablo sexo para referirse a las situaciones de discriminación en contra de la mujer, lo cual podría dar a entender que se refiere exclusivamente al

sexo asignado al momento de nacimiento. Sin embargo, la Observación General número 28 del Comité Cedaw ⁶ aborda esta situación al explicar el concepto de género de la siguiente forma:

“Si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género. El término "sexo" se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar. La aplicación de la Convención a la discriminación por motivos de género se pone de manifiesto en la definición de discriminación contenida en el artículo 1. Esta definición señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional”

En este sentido, la discriminación que aborda la Convención se amplía tanto al componente biológico, el sexo, como al género, el aspecto social, lo que nos abre la puerta a una mirada más amplia e interseccional de la discriminación hacia la mujer. En este sentido, el mismo Comité al abordar la violencia de género, ha incluido expresamente a las mujeres transgénero en su análisis que realiza sobre este fenómeno y la interseccionalidad que podemos encontrar.

La Observación General número 35 detalla esto de la siguiente forma:

“En la recomendación general núm. 28 y la recomendación general núm. 33, el Comité confirmó que la discriminación contra la mujer estaba inseparablemente vinculada a otros factores que afectan a su vida. El Comité, en su jurisprudencia, ha destacado que esos factores incluyen el origen étnico o la raza de la mujer, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil, la maternidad, la edad, la procedencia urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, los derechos de propiedad, la condición de lesbiana, bisexual, transgénero o intersexual, el analfabetismo, la solicitud de asilo, la condición de refugiada, desplazada interna o apátrida, la viudez, el estatus migratorio, la condición de cabeza de familia, la

⁶ Comité CEDAW, observación general número 28, 2010.

convivencia con el VIH/SIDA, la privación de libertad y la prostitución, así como la trata de mujeres, las situaciones de conflicto armado, la lejanía geográfica y la estigmatización de las mujeres que luchan por sus derechos, en particular las defensoras de los derechos humanos.

En consecuencia, dado que las mujeres experimentan formas múltiples e interrelacionadas de discriminación, que tienen un agravante efecto negativo, el Comité reconoce que la violencia por razón de género puede afectar a algunas mujeres en distinta medida, o en distintas formas, lo que significa que se requieren respuestas jurídicas y normativas adecuadas”

Como se puede leer, el Comité Cedaw ha incorporado expresamente a las mujeres trans a propósito del abordaje de la violencia de género de las mujeres por razones de género, así como también incluyéndolas en consideración al uso de la palabra género como concepto distinto al de sexo que utiliza la Convención. De igual forma, la Convención Belem Do Pará utiliza el concepto de género al referirse a las mujeres para expresar la violencia en su contra. Aunque esto pudiera no ser suficiente, podemos apoyar esta tesis recurriendo a los informes del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belem Do Pará. En este contexto, el tercer informe hemisférico de la implementación de la Convención Belém Do Pará, recomienda a los Estados que reconozcan el derecho a la identidad de género. De igual forma, el IV informe hemisférico señala que el Comité de Expertas del citado mecanismo ha alertado sobre la falta de legislación de los Estados Partes que reconozcan la identidad de género de las mujeres trans al abordar la violencia de género y la discriminación .

Lo anterior es refrendado por la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe sobre Personas Trans y de Género Diverso⁷ y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales del año 2020 que señala expresamente que:

“Por último, la Comisión sostiene que las obligaciones que surgen de la Convención de Belém do Pará benefician tanto a todo el universo de mujeres cisgénero como a todo el abanico de femineidades trans, lo cual incluye su derecho “a recibir una educación que rechace conductas y prácticas sociales y culturales basadas en estereotipos y conceptos de inferioridad y subordinación”. De esta manera, existe una base jurídica internacional complementaria que impone de manera clara y explícita la obligación de modificar de manera progresiva los patrones sociales y culturales de conducta en los programas educativos, con el fin de promover sociedades inclusivas e igualitarias, contrarrestar prejuicios y costumbres o prácticas prejuiciosas y discriminatorias”

⁷ Informe disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un análisis de la violencia de género recibida por mujeres trans y la aplicabilidad de la Convención Belém Do Pará en la sentencia Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. La sentencia se transforma en un hito importante al convertirse en la primera en aplicar la Convención para la violencia de género hacia las mujeres trans. En efecto, los párrafos 131 a 133 de la sentencia son fundamentales para entender esta argumentación:

131. “En congruencia con la anterior, el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) indicó en su Recomendación General No. de 2010 que “si bien en la Convención [CEDAW] solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género”¹⁵¹. En su Recomendación No. 35 de 2017 sobre la violencia por razón de género, el CEDAW consideró que la expresión “violencia de género contra la mujer” es “un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia”. Asimismo, en esta Recomendación se analizaron los diferentes factores que pueden incidir en la discriminación contra la mujer, indicando entre ellos “la condición de lesbiana, bisexual, transgénero o intersexual”.

132. Del mismo modo, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (“MESECVT”) incluye en su Guía Práctica para la aplicación del sistema de indicadores de progreso para la medición de la implementación de la Convención la necesidad de incluir las tasas de violencia y crímenes de odio en niñas y adolescentes, mujeres adultas y adultas mayores, lesbianas y/o con personas con identidad de género diversas.

133. De conformidad con lo anterior y atendiendo a una interpretación evolutiva, la Corte estima que el ámbito de aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer se refiere también a situaciones de violencia basada en su género contra las mujeres trans, como sucede en este caso”

La sentencia refrenda lo que habíamos señalado anteriormente sobre la Convención Cedaw y la interpretación que ha realizado el Mesecvi sobre la Convención Belém Do Pará.

Por último, la Convención Americana ha incluido el derecho a la identidad de género dentro de su catálogo de derechos protegidos, en especial luego de la dictación de la opinión consultiva 24-17 sobre identidad de género y derechos de las parejas del mismo sexo. En este contexto, la opinión consultiva señala que los efectos de los procedimientos de reconocimiento de identidad de género no implican la alteración de la titularidad de derechos y obligaciones con anterioridad del cambio. En concordancia

con lo anterior, podemos señalar que esto no puede significar la negación de derechos relacionados con el reconocimiento de su identidad de género.

Los estándares internacionales de derechos humanos han abordado recientemente el derecho a la identidad de género y han incorporado en este contexto a las personas trans, no realizando ninguna distinción sobre las implicancias de los efectos de este reconocimiento. Por otro lado, el concepto de violencia de género y discriminación hacia las mujeres en los estándares internacionales han incorporado expresamente a las mujeres trans dentro del análisis de dichas problemáticas. Es así que, además, dentro de este análisis realizado tampoco encontramos una consideración sobre el cambio registral para que una mujer trans pueda ser considerada una mujer como tal.

3.3. Soluciones desde el derecho internacional de los derechos humanos.

Habiendo expuesto anteriormente los estándares internacionales de derechos humanos en relación al concepto de género e identidad de género, podemos señalar que existe un reconocimiento a este derecho y lo que implicaría. En este contexto, tanto en el ámbito nacional como internacional podemos concluir que una mujer trans que realiza su cambio registral es para todos los efectos legales una mujer. Sin embargo persiste, aunque hemos elucubrado ya una respuesta, la duda respecto a aquellas mujeres trans que no han realizado su cambio registral. Ante aquello, me permito entregar dos soluciones desde el derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar el Control de Convencionalidad, especialmente en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en segundo lugar, la utilización del principio favor persona como herramienta hermenéutica para la resolución de estos conflictos por parte del Poder Judicial u otro órgano según corresponda.

Abordando la primera solución, el control de convencionalidad se erige como un principio hermenéutico importante para hacer aplicables las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del derecho local. De acuerdo con Claudio Nash este control es “*una figura que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la corte IDH y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y que dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente*”(Nash, 2013, p.492)”.

En la misma línea, Nash señala que *“Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (Arts. 1.1 y 2º). Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Es decir, el Estado se encuentra obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la convención. Finalmente, se trata de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado (Nash, 2013, p.494)”*.

En conformidad con lo señalado anteriormente, las obligaciones contraídas por el Estado a través de la Convención Americana, establecen el deber de respetar y garantizar los derechos sin discriminación alguna, implican que ante ausencia de mecanismos jurídicos internos que permitan el reconocimiento de derechos, deben suplirse en concordancia con las normas del derecho internacional de los derechos humanos. En este contexto, ante la ausencia del cambio registral por parte de una mujer trans, no puede excluirse su titularidad de derechos por esta circunstancia.

En segundo lugar, el principio favor persona, como lo han desarrollado Gonzalo Aguilar y Humberto Nogueira, es parte fundamental del derecho internacional de los derechos humanos y de diversas convenciones. En este contexto, Aguilar y Nogueira citando a Sagues, identifican dos dimensiones de dicho principio, la primera como preferencia interpretativa y la segunda como preferencia normativa. De esta manera los autores lo describen de la siguiente forma:

“En primer lugar, se destaca la dimensión del principio como preferencia interpretativa, según la cual, al determinar el contenido de los derechos, se deberá utilizar la interpretación más expansiva que los optimice; y cuando se trate de entender una limitación a un derecho, se deberá optar por la interpretación que más restrinja su alcance. En segundo lugar, se resalta la dimensión del principio como preferencia normativa, en virtud de la cual “ante un caso a debatir, el juez [...] tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jerárquico(Aguilar y Nogueira, 2016) ”.

Este principio en su preferencia interpretativa determina una mayor extensión de un derecho, mientras que en su vertiente normativa, podemos observar un caris de lo que es el control de convencionalidad. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en diversas sentencias y en su jurisprudencia el principio favor persona, integrándolo como fundamento específico de la naturaleza hermenéutica de los derechos humanos.

La aplicación de este principio implicaría reconocer de manera directa la calidad de mujer a una mujer trans, sin perjuicio que no tenga rectificadas su partida de nacimiento. Si bien actualmente en nuestro ordenamiento jurídico han existido casos donde se le reconoce la identidad de género a mujeres trans, esto no ha implicado que sean consideradas como mujeres a la luz de políticas públicas y de las leyes.

Ejemplo de lo anterior ha sido en el ámbito de las cuotas de género y el femicidio hacia las mujeres trans.

A continuación, analizaremos un análisis del femicidio hacia las mujeres trans y como lo ha resuelto la jurisprudencia reciente.

4. El Femicidio como un caso de estudio sobre el concepto de mujer

Dos casos han conmocionado a la comunidad trans y en general a la población: Yuridia Pizarro y Claudia Diaz. Mujeres trans que fueron asesinadas por hombres en el año 2022 y que en la actualidad, ambos casos se encuentran con sentencias condenatorias pero que en ninguno de ellos se reconoce su identidad de género. ¿La razón? No contaban con su rectificación de la partida de nacimiento. La disputa jurídica en ambos casos es la condición de mujer de las víctimas para efectos de que puedan subsumirse en el tipo penal de femicidio. Si bien ambos casos son previos a la entrada en vigencia de la ley 21.675, son útiles para el debate que se ha suscitado al respecto.

La tipificación del femicidio y la lucha por su erradicación ha sido una de las principales demandas de los movimientos sociales feministas en nuestro país, en este contexto resulta esclarecedor lo que señala Lidia Casas: “la noción misma de conceptualizar el femicidio como tal tiene un fuerte componente político, al visibilizar las muertes de mujeres: quiénes y cuántas son, ello orienta no solo la política pública frente a la violencia que enfrentan las mujeres, sino eventualmente la política criminal para establecer quiénes son sus victimarios, los contextos y circunstancias de sus muertes, la existencia o no de denuncias anteriores para ayudar en la investigación y juzgamiento de estos casos (Casas, 2021. P. 4)”.

En este sentido, es importante recordar que tras la reforma de la ley 21.212 del 2020, se modificó el Código Penal en materia de femicidio ampliando el tipo penal⁸. Actualmente, el artículo 390 bis señala lo siguiente:

“Artículo 390 bis- El hombre que matare a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

⁸ Para un análisis breve de la historia de esta reforma, véase Murillo, Consuelo (2021) El Injusto en el delito de femicidio en Scheechler, Christian y Gutiérrez, Paulina, El Delito de Femicidio en la legislación Chilena, Santiago, Der Ediciones.

La misma pena se impondrá al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia.”

Además de lo anterior, la reforma incorporó un nuevo artículo que crea un tipo penal de femicidio ampliado o por razones de género como lo describe la norma, adecuándose así a los estándares internacionales en la materia. El nuevo artículo 390 ter señala lo siguiente:

“Artículo 390 ter.- El hombre que matare a una mujer en razón de su género será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

Se considerará que existe razón de género cuando la muerte se produzca en alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- Ser consecuencia de la negativa a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual.*
- 2.- Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual.*
- 3.- Haberse cometido el delito tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 bis.*
- 4.- Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima.*
- 5.- Haberse cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación.”*

La norma anteriormente descrita *“incorpora finalmente el femicidio sin atención a un vínculo familiar. Aquí se observa una real independencia entre violencia intrafamiliar y la violencia contra la mujer (Vargas, 2021,p. 211)”*. El tipo penal anteriormente descrito incorpora el femicidio por razones de género, incluyendo expresamente la identidad de género, lo que significaría que se tipifica como femicidio el asesinato de una mujer trans. Teniendo en consideración los tipos penales actuales de femicidio, el análisis de los casos resulta aún más atinente.

Yuridia Pizarro fue asesinada por su conviviente y otro acompañante en la Caleta de Caramucho en la comuna de Iquique el año 2022, crimen que fue investigado con motivo de su identidad de género. De esta forma, el Tribunal Oral En lo Penal de Iquique⁹ en causa Rol 187-2023¹⁰ dictó sentencia condenando al delito consumado de homicidio simple al acompañante y a su conviviente por el delito

⁹ Actualmente la causa se encuentra reservada, dificultando el acceso a la sentencia completa.

¹⁰ <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/105566>

consumado de femicidio intimo contenido en el artículo 390 bis del Código Penal. El Tribunal argumentó lo anterior basado en la calidad de convivientes como hombre y mujer.

Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Iquique, en Rol 321-2023, al acoger un recurso de nulidad por la sentencia del TOP que habíamos señalado anteriormente, señaló que la víctima no era una mujer para efectos jurídicos del tipo penal, argumentando principalmente la certeza jurídica y los principios del derecho penal.

En efecto, los considerandos Décimo y Undécimo abordan esta situación de la siguiente forma:

“DÉCIMO: (...) Sobre esa base, entonces, enfrentados al análisis de la figura típica propuesta por el Persecutor, esto es, el delito de Femicidio del inciso segundo del artículo 390 bis del Código del ramo, debe observarse que éste no contempla en su redacción como sujeto pasivo de la acción que describe, a una mujer transgénero, sino que se limita a emplear la expresión mujer, razón por la cual no cabe sino comprender, a la luz de la descripción que hace el legislador y habida consideración de los principios reseñados precedentemente, que el señalado injusto sólo contempla como titular del bien jurídico protegido, a una persona biológicamente mujer.

UNDÉCIMO: Ciertamente, el legislador ha sido particularmente claro al detallar tanto los extremos de la acción prohibida, como los sujetos comprendidos en ella, esto es, quien ejecuta el hecho penalmente reprochado y quien lo sufre, de modo que no cabe, vía interpretación extensiva o analógica, flexibilizar dicho marco, incluyendo a quienes no han sido específicamente incluidos en la descripción típica examinada.

En esa dirección, resulta menester observar que la interpretación en materia penal debe respetar los lineamientos de los principios reseñados precedentemente, por lo que su carácter responde a un enfoque restrictivo, orientación que a su vez se alinea con las garantías aludidas más arriba como medio indispensable para su debida salvaguarda. Que, en ese sentido, frente a la eventual indeterminación del concepto de mujer empleado en la norma en análisis, sólo cabía efectuar una interpretación más favorable al reo, cuestión que obligaba, entonces, a optar por otra solución punitiva distinta de la analizada, descartando, desde luego, cualquier analogía que no fuera in bonam partem, como aquella que precisamente efectúa el Tribunal al hacer referencia a la figura del artículo 390 Ter N°4 del estatuto punitivo, en la medida en que dicha norma regula una hipótesis completamente distinta a la examinada, donde víctima y victimario no se encuentran ligados por un vínculo interpersonal, y donde la finalidad de la misma es sancionar una acción basada en una especial intención discriminatoria vinculada al género de la ofendida.

Que, tampoco resulta aplicable la referencia general que el fallo efectúa a la Ley 21.120, desde que su objeto, conforme al artículo 2°, se limita a regular un procedimientos para la rectificación de partidas de nacimiento de personas en lo

relativo a su sexo y nombre, cuando aquella no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género, esto es, corresponde a una materia y alcance completamente distinto al discutido en estos antecedentes, no debiendo perderse de vista, además, que de entenderse procedente la normativa señalada, su artículo 3° indica que toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación que regula esta ley, en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en la misma, lo que se traduce en que la ley exige como requisito indispensable para el tratamiento de una persona conforme a su identidad de género, el haber realizados los trámites que la ley exige al efecto, situación que no había ocurrido en el caso de la especie.

Que, en consecuencia, al otorgar el Tribunal a la figura penal en análisis un sentido que excede los márgenes descritos y precisados por el legislador, comprendiendo en ésta a un sujeto pasivo no expresado en ella, con arreglo a lo cual dictó sentencia de condena, cometió un error de derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, defecto esencial que sólo puede remediarse con la invalidación del mismo”.

Como podemos observar, el análisis principalmente radica en la identidad registral de Yuridia, en conjunto con los principios del derecho penal. La Corte utiliza en este sentido un concepto que si bien puede aparecer correcto, resulta altamente transfóbico, siendo esta la expresión biológicamente mujer. Lo anterior podría justificar que una mujer trans, aun teniendo su cambio registral, no pueda ser víctima de un femicidio por considerarse que no es “biólogicamente mujer”, que sería la tesis del sexo asignado al nacer.

En este contexto, se desecha además la referencia a la figura del artículo 390 Ter Número 4 que incorpora la identidad de género como una motivación para el femicidio sin entrar en las conductas típicas cometidas por los autores del delito. Es así que vemos que en este caso, la Corte de Apelaciones de Iquique utiliza el concepto de mujer asimilable a aquella que es biológicamente mujer, sin describir propiamente tal quienes se encuentran incluidas en este concepto. A mi juicio, la Corte de Apelaciones yerra su fundamentación e infringe abiertamente estándares internacionales de derechos humanos, que tampoco los pondera ni incorpora al momento de analizar las garantías penales de los condenados.

En relación al siguiente caso, Claudia Díaz era una mujer trans que ejercía el oficio de peluquera y fue asesinada el año 2022 en Cartagena por un individuo que ingresó a su lugar de trabajo. El año 2023 el Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, RIT 238 – 2023, condenó al autor del crimen de Claudia por el delito de homicidio simple, sin considerar la agravante sobre su identidad de género ni tampoco la identidad de género femenina de la víctima. En este contexto, el considerando undécimo aborda

esta situación de una manera similar a la Corte de Apelaciones de Iquique, aun cuando se hayan dictado en momentos distintos:

“UNDÉCIMO: Desestimación de la calificación jurídica propuesta por los acusadores. Que se ha desestimado la calificación jurídica propuesta por la fiscalía y los querellantes, consistente en configurar el hecho como un delito de femicidio del artículo 390 ter N°4 del Código Penal, principalmente porque la víctima no tenía, a pesar de su condición de mujer trans, la calidad de sujeto pasivo prevista por esta disposición.

En efecto, si bien se estableció la calidad de mujer transexual de la víctima, estimamos que el tipo penal invocado, instaurado incluso con posterioridad a la ley 21.120, debe ser interpretado a la luz de esta disposición legal que consagra el derecho a la identidad de género, entre otros aspectos, como aquella opción que incluye la posibilidad de cambio registral, la que aquí no aconteció. Así, si bien la hipótesis N°4 del artículo señalado hace alusión a los escenarios que hacen posible la aplicación del tipo penal, por “haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima”, dicha hipótesis siempre discurre sobre un sujeto pasivo de sexo femenino y un sujeto activo de sexo masculino, donde la identidad de género solo surge como hipótesis comisiva, pero no dentro de la calificación de los sujetos (activo o pasivo), lo que concuerda con una referencia que contiene la historia de la ley 21.212, en cuya discusión se dijo por doña Lidia Casas (segundo trámite constitucional, Informe de la Comisión de Mujeres y equidad de Género, pág 21), que un concepto amplio de mujer contenido en esa disposición está acorde con la ley de identidad de género recientemente dictada a esa época (cita literal: “Por lo anterior, expuso que la modificación propuesta se adecuaba a la ley de identidad de género, y, por ello, el perpetrador habría sido condenado por femicidio”); y que, entonces, si bien el concepto de mujer no excluye a las mujeres transexuales, esto es en relación con el ejercicio de derechos que entrega la ley 21.120 que equipara las categorías, vale decir, luego del cambio de sexo registral.

Dicha interpretación, por lo demás, se condice con el principio de legalidad propio del derecho penal, en su vertiente de lex certa y stricta, que nos indica que los conceptos usados por el legislador penal, deben ser interpretados de forma de garantizar que el sujeto activo tenga claridad de las categorías penales con las que se enfrenta, máxime si ellas han sido objeto de pronunciamiento legislativo. Y en esto, no está demás decir que con lo anterior no se niega la calidad de mujer transexual de la víctima, sino que simplemente implica que el legislador estableció, más allá de lo que guste al tribunal o a los intervinientes, determinadas formas de ejercicio a partir de trámites específicos como lo señala el artículo 3° de la citada Ley, y si ello es así para el ejercicio de los derechos ordinarios que una persona tiene sea en relación a su sexo o en relación a su identidad de género, también lo es para que terceros tengan certeza de ello. De ahí la importancia del cambio registral porque ni siquiera exige un cambio físico, lo que da cuenta que no es la apariencia la determinante sino la convicción interna de ser hombre o mujer, pero cuya exigencia de respeto frente a terceros, surge con dicho trámite,

desprovisto por lo demás, de cualquier exigencia extraordinaria, misma exigencia que se haría para la categoría del sujeto activo del delito, si fuera el caso.

Esta circunstancia fue motivo de preocupación por el legislador que en el proyecto de ley de identidad de género, introdujo el artículo 8, que establecía desde cuando era oponible a terceros el cambio registral y por ende, el ejercicio de los derechos derivados de dicha rectificación. Dicha disposición, finalmente terminó plasmándose en el artículo 22. Sin embargo, decidor es el comentario de la profesora Ximena Gauché, quien expuso, en su comentario específico al proyecto, en la discusión en general, específicamente en el informe de la Comisión de Derechos Humanos, que “[d]esde el punto de vista de los efectos ante terceros, la ley debe estar en concordancia tanto desde el punto de vista penal como civil sobre tales efectos, a fin de garantizar la seguridad jurídica de la comunidad nacional, dejando claro el momento en qué comienza a surtir los efectos y regulando la oponibilidad respecto a terceros, lo cual será desde la “nueva inscripción”, es decir, desde la rectificación, trámite que será gratuito y esperando que se proceda con celeridad y sin dilaciones innecesarias en el Servicio de Registro Civil e Identificación para la rectificación indicada.” Fue una preocupación, incluso de especialistas en la materia, cautelar los efectos penales del reconocimiento de la identidad de género a partir del cambio registral, lo que es natural conociendo los principios que inspiran el derecho penal, especialmente, reiteramos, cuando la identidad de género no se basa en el aspecto físico de la persona, sino en la convicción íntima de sentirse hombre o mujer, aspecto que no tiene por qué ser conocida por el tercero, quien incluso (o dicho de otro modo, más aún) en ámbitos penales, tiene derecho a la certeza jurídica del tipo penal al que se arriesga.

En definitiva, el legislador, desde diferentes puntos de vista protege la identidad de género de las personas, lo que se hace en virtud, incluso, de instrumentos internacionales, sin embargo, cuando se trata de consecuencias penales, la identidad de género requiere del cambio registral que ha establecido la ley con el fin de otorgar seguridad jurídica a terceros, especialmente si consideramos las exigencias penales de interpretación restrictiva de los tipos penales, para evitar su aplicación a supuestos no contemplados en la norma.”

En este punto, vemos argumentos similares a los utilizados por la Corte de Apelaciones de Iquique en el caso de Yuridia al asimilar el concepto mujer al sexo registral de la víctima, aunque por suerte no utiliza la expresión biológicamente mujer. Si bien, el TOP utiliza una argumentación coherente, no tiene en consideración que el concepto de identidad de género se define como la vivencia interna e individual del género y de acuerdo a esto, no necesariamente se extiende al cambio registral como la única manifestación. De hecho, el tribunal asevera que para efectos del derecho penal se requiere el cambio registral para efectos de la certeza jurídica e interpretación restrictiva de los tipos penales, sin embargo no argumenta por qué el considerar a una mujer trans, en el caso concreto, sin cambio registral

como una mujer traería efectos perjudiciales para efectos de atenerse a un tipo penal determinado. En este sentido, resulta claro que Claudia Díaz, quien vivió mucho tiempo como una mujer trans, puede considerarse como una mujer y en este sentido el autor del delito conocer las consecuencias de lo que implicaría un crimen en su contra.

Lo que argumenta el tribunal es peligroso de cierta forma, al abrir la posibilidad de que los autores de asesinatos en contra de mujeres trans señalen que jamás conocían la identidad de género de la víctima y que por ende no podían tener conocimiento del tipo penal, que podría ser eventualmente femicidio, que se estaban arriesgando. En este contexto, la supuesta certeza jurídica se estaría utilizando como una excusa para no reconocer la condición de mujer a las víctimas. Es en esta sentencia donde vemos otra arista de lo que ha sido la aplicación del concepto mujer y como este puede ser controvertido, e incluso interpretado de forma peligrosa para no sancionar adecuadamente los delitos en contra de las víctimas.

Esta sentencia posteriormente fue anulada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa Rol 2963-2023, ordenando un nuevo juicio por haberse descartado por parte del TOP de San Antonio la motivación de la orientación sexual, identidad o expresión de género de la víctima. En junio de 2024, el TOP de San Antonio dictó nuevamente sentencia considerando la agravante por identidad de género, condenando así al autor a cadena perpetua. Tanto en el recurso de nulidad por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, como el nuevo juicio por parte del TOP de San Antonio, la identidad de género no fue un argumento analizado para efectos de configurar el femicidio, sino que solo se tomó en consideración como una agravante de acuerdo al artículo 12 número 21 del Código Penal.

Si bien en ambos casos difieren las argumentaciones en relación al concepto de mujer, ambas incorporan en su análisis la ley de identidad de género y los efectos de la rectificación, es decir, la oponibilidad respecto de terceros y su impacto en el ámbito del derecho penal. De esta forma, tanto la sentencia de Corte de Apelaciones de Iquique, que define a la mujer aquella que es biológicamente como tal, y la del TOP de San Antonio, que se remite a la certeza jurídica del cambio registral para considerar la condición de mujer, son preocupantes por las consecuencias jurídicas y argumentativas que traen. En ambos casos y sentencias resulta preocupante el poco análisis respecto a la tipicidad del femicidio no intimo y las implicancias del numeral 4 del artículo 390 Ter.

En este sentido, *“el tratamiento conjunto de sexo, identidad de género o expresión de género y orientación sexual no echa por la borda las distinciones establecidas en la legislación vigente. Simplemente se ha de atender a la descripción dentro de la “razón de género”, entendida con relación a un constructo social y cultural con independencia del sexo, con sus características propias. Esta razón puede representar una poderosa precisión respecto del ataque a la víctima mujer por lo que ella representa (Vargas, 2021, p.218)”*.

Ambas sentencias abren peligrosos espacios de impunidad para la sanción efectiva de los femicidios en contra de mujeres trans, además de no incorporar de forma adecuada, y podríamos señalar, casi de ninguna forma, los estándares de derechos humanos en la materia. Creemos firmemente que un derecho penal democrático y garantista es compatible con una adecuada aplicación directa de las normas internacionales de derechos humanos.

5. Conclusiones

La incorporación del concepto de mujer, niña y adolescente que realiza la ley 21.675 implica un reconocimiento importante de las distintas etapas de la vida presentes en una mujer, desplazando también en cierta medida la lógica del artículo 25 del Código Civil que utiliza el vocablo hombre para usarse principalmente como genérico. Así, la ley incorpora de forma efectiva la perspectiva de género en su cuerpo normativo, creando una legislación más protectora en relación a la violencia de género.

Si bien el concepto de mujer no es definido por la ley, éste puede ser interpretado negativamente con el propósito de excluir de su concepción a las mujeres trans, ya sea aquellas que hayan realizado su rectificación de partida como aquellas que no. Por lo mismo, haciendo un análisis de la legislación actual y en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos, no hay razones que consideremos suficientes para no considerar a las mujeres, niñas y adolescentes trans como mujeres respectivamente. Es más, seguir dicha interpretación es cumplir con las obligaciones internacionales que recaen sobre el Estado de Chile en materia de derechos humanos e identidad de género. Lo anterior se extiende también a las mujeres trans que no hayan obtenido su rectificación de su partida.

Ante aquello, el ordenamiento jurídico tiene un desafío para entregar certeza jurídica y además extender el reconocimiento de la identidad de género de las personas. Por lo mismo, tanto el principio favor persona y el control de convencionalidad se pueden erigir como herramientas hermenéuticas por parte de los órganos del Estado al momento de resolver estas problemáticas. Si bien, aquí nos encontramos

con dificultades de hacer valer el principio de juridicidad en conjunto con normas de derechos fundamentales, es deber del Estado entregar soluciones coherentes con el ordenamiento jurídico.

Lo anterior en ningún caso implica la ausencia de certeza o que la subjetividad se transforme en un elemento por sobre la legalidad, o que incluso pueda ser utilizado para engañar o defraudar. Al contrario, una correcta interpretación del derecho a la identidad de género permite conciliar dichas observaciones.

Tal como habíamos señalado y advertido, la sanción del delito de femicidio en el caso de las mujeres trans resulta un desafío y una problemática importante que requiere una solución uniforme para efectos de sancionar adecuadamente un delito de tal naturaleza. Las interpretaciones que han dado los tribunales no han sido convincentes para excluir a las mujeres trans que no han realizado su cambio registral. Si bien el derecho penal y las garantías modernas son claras, no creemos que existan transgresiones a dichos principios para excluir a las mujeres trans en las aplicaciones del delito de femicidio, tanto íntimo como por razones de género. No es baladí que el concepto de identidad de género se haya incorporado a propósito del nuevo delito de femicidio en el artículo 390 Ter número 4 en el Código Penal.

Ante estos análisis y además el avance de la protección de la identidad de género, los derechos de las mujeres y la incorporación de la interseccionalidad en este ámbito, creemos que no podría llegarse a la interpretación antojadiza que ha realizado la Corte Suprema de Reino Unido al excluir abiertamente a las mujeres trans de la aplicación de legislación sobre igualdad de género. En efecto, una interpretación de esta naturaleza contradeciría abiertamente las garantías constitucionales, en especial del artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República. Quizás ante esta situación, el Tribunal Constitucional tiene una oportunidad importante para pronunciarse en algún caso concreto sobre el análisis del concepto de mujer de forma amplia y de acuerdo a estándares internacionales, lo que sin duda sería una resolución importante para estas interrogantes que hemos planteado en este artículo.

Bibliografía

Aguilar Cavallo, G., & Nogueira Alcalá, H. (2016). El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista De Derecho Público*, (84), 13–43. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2016.43057>

Bustos, Rodrigo y Rada, Patricia (2021), Derecho a la identidad, en Contreras, Pablo y Salgado, Constanza, Curso de Derechos Fundamentales, Editorial Tirant Lo Blanch.

Espejo, Nicolás y Lathrop, Fabiola (2015), “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Volumen 22, Número 2, pp. 393-418. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200013>.

Estrada, Francisco y Valenzuela, Ester (2024), Ley N.º 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, Santiago, Der Ediciones.

Forstenzer, Nicole (2022), Políticas de género y feminismo en el Chile de la Postdictadura, Santiago, Ediciones Lom.

Gauché, Ximena (2012), Una mirada a la no discriminación por identidad de género y orientación sexual desde los desarrollos internacionales de soft law, en varios autores, Justicia, Género y Sexualidad: primer encuentro académico, Santiago de Chile, 2009.

Gauché, Ximena (2021), Identidad de género e igualdad: Aportes desde la necesidad de reconocimiento a las identidades trans, en Lepín, Cristián y Ravetllat, Isaac, Identidad de género, Santiago, Editorial Tirant Lo Blanch.

Missé, Miquel (2013) Transexualidades. Otras Miradas Posibles. Barcelona. Editorial Egales.

Nash, Claudio (2013), Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, pp. 489-509.

Ravetllat, Isaac (2018) , “Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile”, en Revista Ius Et Práxis, Año 24, N°1, pp. 397-436, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200013>.

Saldivia, Laura (2017), Subordinaciones Invertidas, sobre el derecho a la identidad de género, Buenos Aires, Ediciones UNGS.

Spade, Dean (2015), Una vida “normal”. La Violencia administrativa, la política trans crítica y los límites del derecho, Barcelona, Editorial Bellatera.

Valdés Contreras, Constanza (2019), ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género: aspectos generales, ausencias y desafíos en su implementación, en Anuario de Derecho Público, Ediciones Universidad Diego Portales.

Valdés Contreras, Constanza (2022), ¿un cuerpo equivocado? Identidad de género, derechos y caminos de transición , Santiago, Editorial La Pollera, Segunda edición.

Vargas, Tatiana (2021) “Femicidio no íntimo” y las razones de género, en Scheechler, Christian y Gutiérrez, Paulina, El Delito de Femicidio en la legislación Chilena, Santiago, Der Ediciones.

Observaciones e informes internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales del año 2020

Comité de Recomendación la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observación general número 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general número 19.

Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género.

Tercer Informe hemisférico sobre la implementación de la Convención Bélem Do Pará. Prevención de la Violencia contra las Mujeres en las Américas. Caminos por Recorrer. Mecanismo de seguimiento de la convención Belém Do Pará.

Tercer Informe hemisférico sobre la implementación de la Convención Bélem Do Pará. Acceso a la Justicia, la verdad y Reparación. Desafíos Estructurales y Progresos Institucionales.

Normativa Nacional.

Código Civil.

Ley 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género.

Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

Jurisprudencia nacional.

Corte de Apelaciones de Iquique, Rol 321-2023.

4° Juzgado Civil de Santiago, V-30-2016.

7° Juzgado Civil de Santiago, V-67-2017.

Juzgado de letras de Castro, V-31-2017.

Tribunal Oral En lo Penal de Iquique, Rol 187-2023.

Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, Rol 238-2023

Jurisprudencia internacional.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Forneron e hija vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N 242, de 27 de abril de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de fecha 24 de noviembre de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422