

Identidad de género en la Constitución chilena

Este informe explora el modo en que la Constitución Política de la República trata la cuestión de la identidad de género. Para ello, comienza constatando que la misma no hace una referencia explícita al concepto ni a uno equivalente, aunque sí contiene principios y normas que modelan el tratamiento que debe darse a la cuestión.

En la primera parte se analiza el capítulo sobre bases de la institucionalidad, particularmente la concepción constitucional de persona humana y la finalidad del Estado. Se evidencia ahí que la Constitución se funda en una idea de la dignidad humana que se entronca con la tradición kantiana, y con el subsiguiente constitucionalismo liberal que otorga una importancia fundamental a la autonomía individual. Luego se revisa el modo en que los derechos humanos operan como límite al ejercicio de la soberanía del Estado, de acuerdo a la Constitución y la doctrina y jurisprudencia relevante.

En la segunda parte del trabajo, se explora el bloque de derechos constitucionales. Se comienza constatando la existencia de un derecho implícito al libre desarrollo de la personalidad, reconocido por el Tribunal Constitucional chileno. Luego se revisa bajo qué supuestos dicho derecho da pie para el reconocimiento a un derecho a la identidad de género. Se concluye que dada la importancia de la identidad sexual o de género, la misma constituye parte de la personalidad. Ahora bien, hay dos posibles entendimientos de la misma (el que lo ancla en el sexo biológico y aquel que lo entrega a la autodeterminación individual) y se explora en qué medida pueden encuadrarse en la constitución.

Finalmente se revisan los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la integridad psicofísica, a la salud y a la vida privada, y se verifica hasta qué punto éstos protegen la autodeterminación identitaria de género.

Tabla de contenido

Introducción.....	3
I. La identidad de género en la Constitución chilena.....	3

Introducción

La Constitución Política de 1980 (Constitución) carece de una mención explícita a la identidad de género. Su principal consagración normativa a nivel legal está en la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación,¹ la cual establece como categoría sospechosa de discriminación arbitraria, las distinción, exclusión o restricción de derechos fundada en la identidad de género.² El mismo cuerpo legal incluye en el Código Penal la identidad de género de la víctima como una de las motivaciones que agravan la responsabilidad criminal.³

Por otra parte, hasta ahora la doctrina se ha centrado principalmente en la identidad personal como un derecho que incluye la investigación de la filiación, sin prestar mayor atención a la cuestión del género⁴.

Ahora bien, esta aparente omisión del constituyente no necesariamente implica que la Constitución no consagre valores, principios e incluso derechos que inspiran, orientan y/o limitan la actividad del poder constituido en materia de identidad de género. A continuación revisaremos los elementos que configuran un marco para tratar la cuestión.

Cabe tener presente que la cuestión de la identidad de género es un asunto de alto contenido axiológico. Por lo mismo, la respuesta a la pregunta sobre su tratamiento constitucional no tiene una respuesta legal técnica que permita resolver la cuestión sin apelar a opciones valorativas. Sin perjuicio de ello, este informe busca mantenerse fiel al texto constitucional y a la interpretación que de sus disposiciones han hecho los organismos competentes y la doctrina nacional.

I. La identidad de género en la Constitución chilena

1. Identidad de género y bases de la institucionalidad

a. El concepto de persona en la Constitución y sus opciones valorativas

La Constitución comienza su articulado afirmando que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.⁵ Más adelante, la norma en comento establece que la finalidad del Estado es estar al servicio de la persona humana y promover el bien común. Para esto, se le ordena contribuir a crear las condiciones para que todos los habitantes puedan alcanzar su mayor realización espiritual y material posible, dentro del marco de los derechos y garantías establecidos por la Constitución.

¹También la Ley N° 20.750 de 2014 sobre televisión digital incorpora la identidad de género en su definición de pluralismo y la Ley N° 20.255 de 2008.

²Artículo 2, Ley 20.609. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042092> (Junio, 2014).

³Artículo 17, Ley 20.609, que modifica artículo 12 N° 21° del Código Penal.

⁴ Palavecino, A. 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 – Universidad de Chile: pp. 90-112.

⁵ Artículo 1° inciso primero de la Constitución.

Finalmente, la norma establece como deberes del Estado, entre otros, la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Como puede apreciarse, este artículo tiene un contenido dogmático y valorativo más o menos preciso, el cual cumple una doble función. Por una parte es fuente de derechos (protección de la dignidad, afirmación de la autonomía individual) y por otra, constituye una herramienta de interpretación del texto constitucional.⁶

La idea de dignidad humana es de larga data en el pensamiento occidental. Sus orígenes se remontan a la idea griega del hombre como animal racional, la que luego es profundizada en el cristianismo, y universalizada en la filosofía de Kant⁷. De ahí influye en el liberalismo, alcanzando su mayor expresión práctica en el constitucionalismo y el derecho internacional contemporáneo. De hecho, las referencias a la igualdad, libertad y dignidad humana vienen desde los orígenes del constitucionalismo moderno la Declaración de Independencia de Estados Unidos de América de 1776, la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre de 1789. También pueden encontrarse en los principales textos normativos de derechos humanos⁸.

Esta importancia fundamental que la Constitución otorga a la dignidad humana, que obliga a considerar a la persona siempre como un fin en sí misma y nunca como un medio, explica por qué la misma Constitución pone al Estado está al servicio de aquella, y que la promoción del bien común esté limitada por los derechos que consagra la propia Constitución, eminentemente individuales.

Estrechamente ligada a la idea de dignidad, están las ideas de libertad e igualdad. Esto por cuanto, sólo a través de acciones libres los sujetos pueden tomar decisiones morales, acordes con su dignidad de personas. De ahí que, para la plena realización de la dignidad humana, sea indispensable garantizar el libre desarrollo de la personalidad⁹. Sobre este punto volveremos más adelante.

b. Los derechos fundamentales como límites al ejercicio de la soberanía del Estado

El artículo 5° inciso segundo de la Constitución dice:

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

⁶ Palavecino, A. Op. cit. 2012. En un sentido similar, Silva Bascuñán, A. Tratado de Derecho Constitucional. 1997. 2a edición. Tomo IV.

⁷ Cofré, J. O. 2004. Los Términos "Dignidad" y "Persona". Su Uso Moral y Jurídico. Enfoque Filosófico. Revista de derecho (Valdivia), 17: pp. 9-40. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200001&lng=es&tlng=pt.10.4067/S0718-09502004000200001 (Junio, 2014).

⁸ Cfr. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombres, de 1948 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948).

⁹ Cofré, J.O. 2004. Op. cit. Verdugo y otros hablan de tres elementos que componen la libertad constitucionalmente reconocida: libertad inicial (libertad de elección y creación de formas de vida); libertad política (participar en los asuntos públicos); y libertad exaltación (libertad para alcanzar el máximo desarrollo como ser humano) (Verdugo, M., Pfeffer, E., y Nogueira, H. 1997, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira Humberto, Derecho Constitucional, Tomo I, 2a edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.)

A partir de esta norma, la doctrina constitucional ha construido la teoría del bloque de constitucionalidad o bloque de derechos constitucionales¹⁰. Conforme a ésta, el catálogo de derecho y garantías constitucionales del artículo 19 constitucional se ve ampliado y enriquecido a través de los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile. Ampliado, por cuanto si se reconocen nuevos derechos, estos se agregan al catálogo de derechos que limitan el ejercicio de la soberanía¹¹, y enriquecido, desde que se incorpora la interpretación y aplicación que de estos derechos hacen los organismos internacionales competentes¹². Cabe consignar que algunos autores sostienen que la referencia a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana restringe el alcance de la disposición sólo a aquellos derechos que son independientes de todo contexto social o cultural, como serían los llamados derechos de primera generación¹³, o a aquellos que protegen las facultades humanas fundamentales que definen lo propiamente humano,¹⁴ o a las que prescriba el derecho natural¹⁵. Ahora bien, Verdugo y otros, asocian la noción de derechos emanados de la naturaleza humana a la de derechos humanos, “los cuales son aquellos que la humanidad ha ido considerando como tales a través del derecho consuetudinario internacional y del derecho convencional internacional de los derechos humanos”¹⁶.

El texto constitucional concibe estas normas internacionales de derechos humanos como límites al ejercicio de la soberanía del Estado, lo que conduce a pensar que éstas se incorporan al ordenamiento jurídico como constitución material¹⁷, sin embargo la doctrina como la jurisprudencia tiende a abordar el problema como una cuestión de determinación de la jerarquía legal de los tratados (en rigor, de la jerarquía de las normas en ellos contenidas). En este punto, la Corte Suprema ha reconocido el carácter constitucional, y en algunos casos, *supraconstitucional*, de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados¹⁸. Por su parte, el Tribunal Constitucional tiene jurisprudencia contradictoria, pues ha llegado a afirmar que dichos tratados tienen sólo el rango de ley¹⁹, aunque la tendencia en los últimos años ha sido la de incorporar estas normas en el control de constitucionalidad²⁰.

¹⁰ Esta doctrina tiene su origen en el constitucionalismo francés y su principal expositor en Chile es Humberto Nogueira (cfr. Nogueira, H. 2002. Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile, en Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, 6(2) pp.: 229-279.)

¹¹ Fernández propone como ejemplo el derecho de acceso a la información, considerado como tal por el Tribunal Constitucional, sentencia 634-06 (Fernández, M.A. 2010. La aplicación por los tribunales chilenos del derecho internacional de los derechos humanos. Estudios constitucionales, 8(1), 425-442. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100016&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-52002010000100016 (Junio, 2014).

¹² Verdugo, M., Pfeffer, E., y Nogueira, H. 1997, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, Derecho Constitucional, Tomo I, 2a edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. En el mismo sentido: Fuenzalida, S. 2008. La fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígena. En: Bello, A. y Aylwin, J. Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Temuco: ODPI/IWGIA.

¹³ Correa, R. 2002. Informe de constitucionalidad Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT. Documento de Trabajo. Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Subcomisión de Legislación.

¹⁴ Bertelsen, R. 1996. Rango jurídico de los tratados internacionales. En: Revista Chilena de Derecho, 23(2).

¹⁵ Verdugo, M. y otros. 1997. Op. cit.

¹⁶ Idem, p. 122.

¹⁷ Los autores que defienden esta postura, conciben la ratificación de tratados de derechos humanos como un mecanismo de modificación de la Constitución. (Cfr. Medina, C. 1994. El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno. En: Constitución, tratados y derechos esenciales. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.)

¹⁸ Nogueira, H. 2012. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. En: Revista Chilena de Derecho, 39(1): pp. 149 – 187.

¹⁹ Cfr. Tribunal Constitucional. Control de Constitucionalidad con motivo de la aprobación del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional. Sentencia de 8 de abril de 2002, Rol 346 y Control de Constitucionalidad Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sentencia del 25 de agosto del 2009, Rol 1288. (Nash, C. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago: Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile.)

²⁰ Nogueira, H. 2012. Op. cit.

2. Identidad de género y derechos fundamentales

A continuación, se revisará el bloque de derechos constitucionales para verificar el modo en que abordan (o no) la cuestión de la identidad de género.

a. El derecho (implícito) al libre desarrollo de la personalidad y sus consecuencias para la autodeterminación identitaria de género

El capítulo III de la Constitución se refiere a los derechos y deberes constitucionales, constituyéndose los primeros como límite al ejercicio de la soberanía del Estado, tal como hemos visto en el apartado anterior. Como ya se ha sugerido, este catálogo no contempla explícitamente un derecho a la identidad de género. Sin embargo, a partir de lo establecido en las bases de la institucionalidad, parece existir un derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se trata de lo que la doctrina llama un derecho implícito, esto es, un derecho que no está expresamente consagrados en el ordenamiento, pero que pueden ser inferido de “valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional”²¹.

En este sentido, el reconocimiento de la dignidad humana como valor constitucional implica el reconocimiento del carácter racional del ser humano, su capacidad para autodeterminarse y su condición de fin en sí mismo. En conformidad con esto, la Constitución establece el deber estatal de promover las condiciones para la mayor realización material y espiritual posible de los miembros de la comunidad política. En el mismo sentido, el artículo 19 N° 10 de la Constitución establece que la educación “tiene por objeto el pleno desarrollo de las personas en las distintas etapas de su vida”. Por su parte, autores como Teodoro Rivera sostienen que el derecho a la libertad consagrado en el artículo 19 N° 7 no se limita a los aspectos penales y procesales que desarrolla, sino que es una garantía de carácter general, que sustenta un derecho (implícito) al libre desarrollo de la personalidad.²² Es más, desde esta perspectiva, el derecho a la privacidad, consagrado en el numeral 4 del mismo artículo aparece como una garantía contra interferencias externas ilegítimas en este amplio ámbito de auto-determinación²³.

Este derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido ampliamente reconocido en el derecho comparado²⁴ y por el propio Tribunal Constitucional chileno. Éste, al revisar la constitucionalidad del artículo 365 del Código Penal (que castiga el sexo consentido entre y con menores de edad mayores de catorce años del mismo sexo) dio por establecida la íntima

²¹Nogueira, H. 2003. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis*, 9(1): pp. 403-466. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-00122003000100020 (Junio, 2014).

²²Ribera Neuman, T. 2009. El derecho al desarrollo libre de la personalidad en la Constitución”. En: Asociación Chilena de Derechos Constitucional. Temáticas actuales de derecho constitucional libro homenaje a Mario Verdugo Marinkovic. Santiago: Editorial jurídica de Chile. Cabe señalar que el Tribunal Constitucional chileno ha descartado esta interpretación *pro libertate* del artículo 19 N° 7, fundándose en una interpretación originalista de la misma, que confirma que los miembros de la Comisión Artizar descartó una propuesta en tal sentido del comisionado Silva Bascuñán (Tribunal Constitucional. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad artículo 365 del Código Penal. Sentencia del 4 de enero de 2011. Rol 1683). Tanto el voto de minoría (ministros, Vodanovic, Carmona y Viera-Gallo) como el concurrente razonado (Ministro Navarro), estuvieron por acoger la tesis de Ribera.

²³Nogueira, H. 2001. Instituciones políticas y teoría de la Constitución. Vol. II. Santiago: Editorial Universidad de Talca.

²⁴Para una descripción del tratamiento del tema a nivel constitucional en más de quince países, incluyendo Chile, ver: Villalobos, K. 2012. El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 359h. En línea: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31089.pdf>> [Consultado el 1 de julio de 2014].

conexión entre dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. Si bien el Tribunal rechazó el requerimiento por considerar que la norma se justifica en cuanto busca proteger la indemnidad de un menor de edad y su desarrollo psicosocial, señaló:

QUINCUAGESIMOPRIMERO: Que el hecho de que el Constituyente haya adoptado la última alternativa reseñada [concebir la libertad personal del artículo 19 N° 7 como libertad ambulatoria y no como libre desarrollo de la personalidad y menos como autodeterminación sexual] no significa desconocer que el libre desarrollo de la personalidad constituye una expresión de la dignidad de toda persona, que se encuentra afirmada enfáticamente en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental²⁵.

La identidad personal o personalidad –esto es, el derecho personalísimo de cada persona a ser uno mismo, en su carácter único e irrepetible frente al mundo social–²⁶ constituye una condición para la realización de la dignidad humana. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que sólo se puede aspirar a ser reconocido como persona en sociedad sobre la base de su identidad personal, lo cual es indispensable para su dignidad.²⁷

De acuerdo a López-Galiancho, uno de los elementos fundamentales de la identidad personal ha sido la identidad sexual, la cual tiene asociada ciertas expectativas sociales de conducta (rol de género)²⁸. Históricamente, la identidad sexual ha sido determinado exclusivamente por el sexo biológico²⁹, y la inconformidad entre el aquel y la propia percepción sobre la identidad de género ha sido tratada como un trastorno psiquiátrico. De hecho, actualmente es considerada como una enfermedad por la Organización Mundial de Salud (transexualismo)³⁰.

En este punto, hay que tener presente dos cosas. Primero, que hasta 1990 dicha organización internacional calificaba a la homosexualidad como enfermedad mental (desviación o desorden sexual)³¹. Esto es importante, pues evidencia que se trata de un catálogo en permanente revisión³², particularmente en lo que se refiere a los comportamientos calificados como desviados o anormales³³. Segundo, que actualmente, la categorización de las variantes de identidad de género como desórdenes mentales es altamente controversial, no sólo entre las

²⁵Tribunal Constitucional. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad artículo 365 del Código Penal. Sentencia del 4 de enero de 2011. Rol 1683. Énfasis añadido.

²⁶Gómez de la Torre, M. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago: Editorial Jurídica. Citado en Palavecino, A. 2012. Op. cit. En un sentido similar, el Tribunal Constitucional ha señalado que “[e]l derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio– la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otros [...]” (Rol 834-07: considerando decimoquinto. Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=34815 (Junio, 2014).

²⁷ TC. Rol 834.07.

²⁸ La identidad sexual o de género ha sido reconocida como un aspecto fundamental de la personalidad o identidad personal Para los casos de Alemania, España e Italia, ver: López-Galiancho, J. 1998. La problemática jurídica de la transexualidad. Madrid: McGraw-Hill.

²⁹ Corral, H. 2007. Identidad sexual y transexualismo. Desafíos para el derecho de la persona y la familia. En: Revista de Derecho y Ciencias Penales. 9: pp. 79-85.

³⁰ La Organización Mundial de la Salud (OMS) tienen un sistema de clasificación de las enfermedades (ICD, por sus siglas en inglés). Su actual versión (ICD.10) fue adoptada en 1990. Este listado califica el transexualismo (64.0) como un desorden de la identidad de género, el cual a su vez es entendido como un desorden de la personalidad y comportamiento de personas adultas. El mismo ofrece una definición de transexualismo como “un deseo de vivir y ser aceptado como miembro del sexo opuesto, usualmente acompañado por un sentido de disconformidad con, o inadecuación de, el propio sexo anatómico, y un deseo de tener una cirugía o tratamiento hormonal lo más congruente posible con el sexo preferido” (traducción propia). Disponible en: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en#/F64.0> (Junio, 2014). Asimismo, la OMS clasifica como desorden de la identidad sexual el desorden de la identidad sexual inespecífico (F64.9), el cual está definido como desorden de rol de género.

³¹ICD.9, 302.0. Diecisiete años antes, en 1973, la American Psychiatric Association eliminó de su catálogo de enfermedades mentales.

³² De hecho, el listado está actualmente en proceso de revisión, el cual culminará en 2017. Disponible en: <http://www.who.int/classifications/icd/en/> (Junio, 2014).

personas *trans*³⁴, sino también entre académicos y profesionales de la salud.³⁵ De hecho, la *American Psychiatric Association* (APA) ha modificado recientemente su catalogización de lo que ahora llama disforia de género³⁶.

Ahora bien, siendo la identidad sexual parte de la identidad personal, y esta a su vez es parte fundamental de la dignidad humana, la pregunta es si el derecho al libre desarrollo de la personalidad incluye una protección a la autodeterminación identitaria de género, esto es, un derecho a la identidad de género. Aquí caben, al menos, dos posiciones.

i. La concepción biológica del libre desarrollo de la personalidad

Una concepción limitada (biológicamente) del derecho al libre desarrollo de la personalidad es aquella para la cual cada persona es libre para desarrollar la personalidad que actualmente se tiene, la cual incluye el sexo biológico, que no sería disponible³⁷. Esta postura se funda en cierto entendimiento de la persona humana, ligado al cristianismo, que la concibe como una unidad sustantiva entre cuerpo y espíritu. Como señala Corral,

La dicotomía entre cuerpo y alma, entre cuerpo y mente, ha sido superada por el personalismo de impronta cristiana, para el cual el cuerpo no es un apéndice mecánico sino un constitutivo inescindible de la identidad personal. [...] Si la psique de un determinado individuo repudia el sexo al que pertenece su corporeidad se está rechazando a sí mismo, y no a una simple vestidura exterior. Este autorrechazo no puede ser signo de determinación del sexo, sino que es muestra de una disfunción patológica.³⁸

³³Meyer-Bahlburg afirma que las cuestiones relativas a las variantes de identidad de género no pueden ser resueltas sobre una base puramente científica, sino que requieren tener en consideración a las personas afectas a esas condiciones (eyer-Bahlburg, H.F.L. 2010. From Mental Disorder to Iatrogenic Hypogonadism: Dilemmas in Conceptualizing Gender Identity Variants as Psychiatric Conditions. En: Archives of Sexual Behavior. 39: pp. 461-476.)

³⁴ Usamos el término *trans*, para referirnos tanto a las personas transgénero, esto es, aquellas que están disconformes con su sexo biológico y construyen su identidad de género en el sexo opuesto, o sin referencia a la categorización binaria masculino-femenino (*trans-trans*), como a las personas transexuales, esto es, aquellas que siendo *trans* optan por una intervención médica para ajustar su anatomía a su identidad sexual auto-percibida.

³⁵Idem. A este respecto es interesante la discusión que se dio al respecto en torno a la revisión del catálogo de la American Psychiatric Association (APA). La Asociación Mundial para la Salud Transgénero (WAPTH, por sus siglas en inglés) condujo un proceso para alcanzar un consenso en la materia. El resultado fue una recomendación de mantener la condición como diagnóstico, pero sustituir su concepción como desorden de identidad sexual, por el de disforia de género, el cual resulta menos patologizante y más apropiado, pues pone el acento en la angustia y no en la identidad de género. Por lo mismo, se recomendó trasladar el diagnóstico desde la categoría de trastornos sexuales a la de trastornos psiquiátricos relacionados a una condición médica. Asimismo, se recomendó que los criterios para su diagnóstico fuera, (a) angustia fuerte y persistente con el sexo biológico o el rol de género socialmente asignado que resulta incongruente con su identidad de género; y (b) que dicha angustia sea clínicamente significativa o constituya impedimento para su desenvolvimiento social, y no sea únicamente originada por el prejuicio o la discriminación. (Lin Fräsera, Karasich, D.H; Meyer Illic, W.J. y Wylled, K. 2010. Recommendations for Revision of the DSM Diagnosis of Gender Identity Disorder in Adults. En: International Journal of Transgenderism. 12(2): pp. 80-85; G. Knudson; De Cuypere, G. y Bockting, W. 2010. Recommendations for Revision of the DSM Diagnoses of Gender Identity Disorders: Consensus Statement of the World Professional Association for Transgender Health. En: International Journal of Transgenderism. 12(2): pp. 115-118.) Estos criterios fueron finalmente adoptados por la APA en su DMS-5 de 2013. La guía incluye una recomendación de apoyo profesional para la transición de género (tratamiento hormonal, cirugía o psicoterapia). Disponible en: <http://www.dsm5.org/Documents/Gender%20Dysphoria%20Fact%20Sheet.pdf> (Junio, 2014)

³⁶Ver nota anterior.

³⁷Albaladejo García. M. 1983. Derecho Civil. Tomo I, vol. I. 9a edición. Barcelona: Bosch. Citado en López- Galiacho, J. 1998. Op. Cit.

³⁸Corral, H. 2007. op. cit.: p. 83. Énfasis original omitido.

Conforme a esta visión, ante la disforia sexual sería necesario adaptar la psiquis al cuerpo, para restablecer la integridad del sujeto, siendo la intervención quirúrgica una acentuación del desequilibrio.³⁹ Sustentando esta visión está la idea de la primacía (absoluta) del sexo biológico para la determinación identitaria⁴⁰, y la necesidad de correspondencia entre aquel y la identidad de género.⁴¹

Esta postura, exige adscribir a una antropología filosófica que no parece tener correlato constitucional. Como se ha visto, aquella entendería a la persona humana como esencialmente libre e igual en dignidad y derechos, poniendo especial énfasis en su autonomía individual, sin hacer mención a su composición sustantiva, lo que parece ser producto de la adscripción que la propia constitución hace a la tradición democrático-republicana, que le exige prescindir de este tipo de valoraciones.

Por otra parte, esta postura deja sin solución la afectación permanente de la dignidad que significa para las personas *trans* el no reconocimiento de su identidad de género⁴².

De esta manera, anclar constitucionalmente la identidad de género al sexo biológico sólo podría hacerse en la medida en que aquello esté justificado por el bien común en el sentido esbozado en el acápite sobre las bases de la institucionalidad⁴³.

ii. La concepción que valida el concepto de identidad de género

La concepción alternativa es la que valida el concepto de identidad de género (en vez de identidad sexual), para referirse a la auto-percepción que el sujeto tiene respecto de su pertenencia al género, la que eventualmente puede ser distinta a la que socialmente corresponde a su sexo biológico⁴⁴.

Conforme a ésta, el sexo sólo constituye un elemento de la identidad de género, el cual si bien es altamente predictivo, no lo sobredetermina⁴⁵. Por lo mismo, parte de la libertad individual, que emana de la dignidad humana constitucionalmente reconocida y amparada, consiste en determinar libremente, no sólo la propia orientación sexual, sino también la identidad de género.

³⁹Camps, M. 2007. *Identidad Sexual y Derecho. Estudio Interdisciplinario del Transexualismo*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra. Cabe tener presente que, si bien la psiquiatría ha considerado como elementos de la diagnosis del transexualismo el deseo de cambiar de sexo mediante intervención quirúrgica o química, la cuestión de la identidad transgénero va más allá, incorporando a quienes quieren ser tratados como miembros del sexo opuesto, sin alterar su anatomía. Así por ejemplo, en la definición de identidad de género entregada en los Principios de Yogyakarta (2007) se incluye la vivencia personal del cuerpo, la que "podría involucrar" modificaciones anatómicas.

⁴⁰ En este sentido, Joseph Ratzinger ha señalado que "en el fondo [el feminismo], disimula una insurrección del hombre ante la realidad de haber sido creado, y que -como ser biológico- lleva impresa en su ser. Se opone a ser criatura. El hombre tiene que ser su propio creador, versión moderna de aquél 'seréis como dioses'; tiene que ser como Dios." (Ratzinger, J. 2006. *La sal de la tierra: Quién es y cómo piensa Benedicto XVI*. 9ª edición. Madrid: Libros Palabra: p. 142. Disponible en: <http://books.google.cl/books?id=8bMrui44onlC&pg=PA7&dq=la+sal+de+la+tierra&hl=es-419&sa=X&ei=04SsU5KUPILgsATU6YHoDQ&redir_esc=y#v=onepage&q=insurrecci%C3%B3n&f=false> (Junio, 2014).

⁴¹En este sentido: Scala, J. 2007. *La Ideología de Género o el género como herramienta de poder*. 3ª edición: San José: Editorial Promesa.

⁴²Piénsese en los más corrientes actos jurídicos que exigen la identificación del actor (ej. control de identidad, cobro de instrumentos financieros, etc). En todos estos casos, la persona trans está expuesta a la humillación de que su apariencia no coincide con el sexo atribuido en su documento de identidad.

⁴³ Por otra parte, existe evidencia científica incipiente (no concluyente) que descarta que el proceso de diferenciación sexual sea *monofactorial*, incidiendo en él diversos elementos. Por ejemplo, los transexuales masculinos presentan el núcleo del lecho de la estricta terminal del hipotálamo de configuración fremina (Gooren, L.J. *Transexualismo, 20 años de experiencia ¿De pecado a enfermedad, de enfermedad a condición?* Diario El País, 28 de noviembre de 1995. Citado en: López-Galiacho, J. 1998. Op. cit.

⁴⁴Cfr. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta). 2007. Disponible en: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf (Junio, 2014).

⁴⁵López-Galiancho, J. 1998. Op. cit.

Ahora bien, resulta difícil de concebir a nivel constitucional una libertad irrestricta, aun cuando esta sea vista como fundamental. En este sentido, es interesante tener a la vista la distinción entre principios y reglas constitucionales propuesta por el constitucionalista alemán Robert Alexy⁴⁶, de amplia influencia en el derecho constitucional europeo, en el sistema interamericano de derechos humanos y cada vez más en la jurisprudencia constitucional chilena⁴⁷. Conforme a aquella, las primeras son concebidas como mandatos de optimización, esto es, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. Las segundas, son mandatos precisos, que de ser aplicables, deben ser ejecutados tal como precisa la norma.

A primera vista, el reconocimiento de la libertad individual como un valor constitucional, está formulado como un principio y no como una regla. En otras palabras, la Constitución pone al Estado al servicio de la persona humana, libre e igual en dignidad y derechos, con lo que ordena al Estado, no sólo que permita, sino también que promueva toda la libertad posible, en tanto condición para la realización material y espiritual de los miembros de la comunidad política. Cabe preguntarse ahora, ¿cuáles son los límites a esta maximización de la libertad? Estos son los que impone la propia Constitución, sea en forma de principios o reglas. En el propio artículo 1° se vislumbra un elemento que puede funcionar como límite: el bien común. Ahora bien, la propia constitución exige que la promoción de aquel se haga respetando los derechos y garantías constitucionales, lo que alinea este concepto de origen tomista, con la tradición democrático-republicana a la que adscribe la constitución en su artículo 4°.

En esta lógica, podría sostenerse que, implícitamente, la Constitución trata la cuestión de la identidad personal en general, y la de género en particular, como un asunto de la autonomía individual, en el cual el Estado sólo puede intervenir en función de un interés social legítimo en una sociedad democrática (bien común). En cualquier caso, y siguiendo la doctrina de Alexy, dichas limitaciones no sólo deben ser legítimas en una sociedad democrática, sino también necesarias, apropiadas y proporcionales.⁴⁸

A este respecto, hay al menos dos límites que son admisibles: (i) la inalterabilidad de la pertenencia al género humano, esto es, nadie puede renunciar a su condición de miembro de la especie; y (ii) el uso abusivo de la autodeterminación identitaria para fines ilícitos.⁴⁹ El primero, por cuanto aceptar la renuncia a la especie, implicaría una renuncia al estatus de sujeto de derechos, lo cual resulta incompatible con la dignidad humana. El segundo, resulta admisible siempre y cuando las medidas adoptadas cumplan con el test de proporcionalidad, esto es, que no pueda alcanzarse el mismo objetivo con medios menos gravosos, y que el sacrificio que se impone a la autonomía individual sea en función de un bien suficientemente valioso (proporcionalidad en sentido estricto).

En este sentido, el interés social legítimo justifica plenamente las limitaciones de la autonomía individual en materia de identidad personal arriba apuntadas (pertenencia al género humano y restricciones para evitar abusos ilegítimos). Aquí cabe preguntarse si existen otros intereses que puedan cumplir la misma función restrictiva. Un candidato para ello es la protección de la familia. Cabe recordar que el propio artículo 1° constitucional establece que la familia es el núcleo esencial de la sociedad y ordena al Estado darle protección de la familia. Al permitir la autodeterminación identitaria de género sin más restricciones que las apuntadas, se podría

⁴⁶Alexy, R. 1993. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

⁴⁷Arnold, R., Martínez Estay, J.I., y Zúñiga Urbina, F. 2012. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. En *Estudios constitucionales*. 10 (1): pp. 65-116. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003&lng=es&nrm=iso (Junio, 2014).

⁴⁸Alexy, R. 1993. Op. cit.

⁴⁹Palavecino, A. 2012. Op. cit.

estar poniendo en riesgo este núcleo esencial, en cuanto podría darse cabida a familias homoparentales y problemas de filiación (ej. niño nacido de un hombre).

Ahora bien, para que esta limitación sea constitucionalmente sostenible, sería necesario que el constituyente haya optado por un tipo determinado de familia, esto es, la familia tradicional compuesta por un hombre y una mujer, cuestión que no aparece en el texto constitucional⁵⁰. A este respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referirse al alcance del concepto de familia establecido en la Constitución.⁵¹ En el caso se revisaba la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil –por cuanto se alegaba discriminatorio contra las parejas homosexuales–, los diez ministros emitieron sus votos razonados, seis de los cuales abordaron expresamente la cuestión del concepto constitucional de familia. Cinco de ellos consideraron que el concepto de familia establecido en la Constitución era indeterminado o amplio y sólo una optó por una concepción restrictiva.⁵²

En general, en esta tesis parece lícito sostener que los valores que compiten con la autonomía individual tales como la protección a la familia, la estabilidad de las relaciones filioparentales, etc, podrían justificar la imposición de restricciones proporcionales al ejercicio de la autodeterminación identitaria de género, pero no prohibirla por completo.

b. La igualdad ante la ley e identidad de género

El artículo 19 N° 2, la Constitución asegura a todas las personas “la igualdad ante la ley”, establece que “[e]n Chile no hay persona ni grupo privilegiados” y añade que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Existe un consenso doctrinal y jurisprudencial en torno a que la igualdad constitucionalmente garantizada exige al Estado (y a la sociedad en general), abstenerse de toda discriminación carente de racionalidad y justificación legítima. Al mismo tiempo, requiere que se realicen los esfuerzos para superar las diferencias arbitrarias que emanan de la realidad social o natural⁵³, lo cual es plenamente coherente con el mandato constitucional dirigido al Estado en orden a promover las condiciones sociales que permitan la mayor realización de los miembros de la comunidad.

En este sentido, se podría sostener que el principio de igualdad y no discriminación, prohíbe la discriminación arbitraria de las personas trans, fundadas en su identidad de género. Ahora bien, la pregunta es si esto implica un derecho a la identidad de género. A este respecto, también podría plantearse que la ausencia de normas que regulen el cambio del sexo registral podrían implicar una discriminación en relación a quienes están conformes con el sexo registral asignado de acuerdo a su anatomía sexual⁵⁴.

⁵⁰Sin perjuicio del silencio constitucional en la materia, hasta ahora, la opción del legislador ha sido la de dar validez legal sólo al matrimonio entre un hombre y una mujer. Así, el artículo 102 del Código Civil define al matrimonio como un contrato solemne entre un hombre y una mujer y el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil exige para inscribir matrimonios celebrados en el extranjero que sean celebrados entre un hombre y una mujer.

⁵¹Disponible en: www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=37551 (Junio, 2014).

⁵²En el primer grupo están los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo, García y Vodanovic. Sólo la ministra Peña sostuvo en su voto concurrente razonado que “el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución” (considerando 3°). Por su parte, el ministro Bertelsen justificó su rechazo al requerimiento indicando que la discriminación no era arbitraria, pues se fundaba en las diferencias entre hombre y mujer que el legislador a considerando relevantes. Los ministros Venegas, Navarro y Aróstica indicaron que su voto no afirma ni niega la constitucionalidad del matrimonio igualitario. Una descripción resumida de la sentencia puede encontrarse en Corral, H. Para entender sentencia del Tribunal Constitucional sobre matrimonio homosexual. Disponible en: <http://corraltalciani.wordpress.com/2011/11/07/para-entender-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-matrimonio-homosexual/> (Junio, 2014).

⁵³Verdugo y otros. 1997. Op. cit.

⁵⁴El argumento requiere mayor elaboración. Parte de la doctrina ha descartado que la igualdad ante la ley constituya una base para el reconocimiento de la identidad sexual, argumentando que éste no protege dicha aspiración personal de reconocimiento. Por el contrario, la norma establecería la irrelevancia constitucional del sexo, por lo que también le

c. **Derecho a la integridad sicofísica y a la salud**

El artículo 19 N° 1 de la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la integridad física y síquica y el numeral 9 del mismo artículo garantiza y reconoce el derecho a la protección de la salud.

Como vimos anteriormente, la condición trans es considerada por la comunidad médica como una patología, aunque actualmente se considera más un trastorno psiquiátrico relacionado a una condición médica que un desorden de personalidad (APA). En esta línea, en Francia, el transexualismo ya no es considerado una enfermedad⁵⁵. En cualquier caso, de acuerdo con la Organización Mundial de Salud, la salud no se limita a la ausencia de enfermedad, sino que supone un bienestar psíquico mental y social, que permita un pleno desarrollo de la personalidad.⁵⁶ En este sentido, la negación de la identidad de género de las personas trans afecta su (derecho a la) salud, y es más, conforme a cierto entendimiento de su condición, puede ser la principal causa de sus rasgos patológicos. En este sentido, tal privación podría implicar un atentado a su integridad psíquica, pues si la terapia para restablecer la salud implica transitar hacia una anatomía acorde con la identidad sexual autopercebida, y esto no es acompañado de un reconocimiento jurídico, la situación persiste.

d. **Derecho a la vida privada e identidad de género**

La Constitución establece en su artículo 19 número 4 “[e]l respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. En el ámbito europeo, ha sido el equivalente a esta disposición la que ha dado pie para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconozca un derecho a la integridad de género⁵⁷.

En el caso *Lyne Botella contra Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin abandonar la doctrina de *Rees y Cossey contra Reino Unido* que estableció amplio margen de discrecionalidad para los Estados en la materia, indicó que el Estado denunciado había violado el derecho a la privacidad del peticionario, consagrado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁸.

El centro de la argumentación es que al impedirse la adecuación de la identidad registral a la identidad autopercebida, en un país como Francia donde un alto número de documentos oficiales reproducen el sexo registral, se expone a la persona trans a una permanente invasión de su privacidad, pues debe revelar constantemente los detalles de su condición cada vez que se evidencia dicha contradicción. Además, el tribunal tuvo presente que el derecho francés no permitía a los transexuales cambiarse de nombre.

sería irrelevante la decisión de pertenecer a uno u otro sexo (Carrasco Perera, A. 1991. El principio de no discriminación por razón de sexo. En *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*. 11. Citado en López-Galiancho, J. 1998. La problemática jurídica de la transexualidad. Madrid: McGraw-Hill). Este argumento es confuso, ya que lo que hace la disposición constitucional española no es establecer el sexo como irrelevante, sino que la concibe como una de aquellas categorías sospechosas, esto es, aquellas que permiten presumir el carácter discriminatorio de la medida o restricción.

⁵⁵ Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7193268> (Junio, 2014).

⁵⁶ López-Galiancho, J. 1998. Op. cit.

⁵⁷ Si bien dicha tribunal internacional no tiene competencia en Chile, su jurisprudencia es relevante, tanto por su influencia en la doctrina, como en la jurisprudencia de la CtdH y del propio Tribunal Constitucional chileno.

⁵⁸ Texto del CEDH, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (Junio, 2014).