

**PRESENTACION**

**XIMENA GAUCHE MARCHETTI**

**Abogada**

**Doctora en Derecho, especialización en Derecho Internacional de los Derechos  
Humanos**

**Profesora de Derecho Internacional y Derechos Fundamentales en la Universidad  
de Concepción**

**A**

**COMISION DE LA FAMILIA Y ADULTO MAYOR**

**Honorable Cámara de Diputados de la República de Chile.**

**Concepción, 17 de agosto de 2016**

**PROYECTO**

**“Sistema de garantías de los derechos de la niñez”,  
Boletín N° 10.315-18**

Honorables Diputados de la República.

Hago llegar a ustedes minuta de comentarios en relación al proyecto de ley que establece un “Sistema de garantías de los derechos de la niñez”, Boletín N° 10.315-18, proyecto que está llamado a mejorar la vida de niños, niñas y adolescentes en Chile y ayudar a que nuestro país cumpla con obligaciones internacionales contraídas en materias de derechos humanos y de la infancia y adolescencia pero, sobre todo, contribuya al avance hacia una sociedad más justa e inclusiva, por medio del reconocimiento de nuestros niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos.

Específicamente, se me ha pedido exponer para ustedes mi opinión académica y profesional sobre la Identidad de Género, materia propuesta incorporar en el artículo 12 del proyecto en estudio, denominado Derecho a la identidad, tanto por indicación del Ejecutivo como por indicaciones parlamentarias.

Para ese fin, desarrollaré las siguientes ideas ejes.

1. Sobre el derecho a la identidad desde el enfoque de derechos, a modo de introducción.
2. Sobre el derecho a la identidad como un derecho fundamental de niños, niñas y adolescentes.
3. Sobre la identidad de género de niños, niñas y adolescentes.

**1. Sobre el derecho a la identidad desde el enfoque de derechos, a modo de introducción.**

El derecho a la identidad tiene una directa relación con las vulneraciones que sufren muchas personas que se reconocen a sí mismas o son percibidas por otros como parte de alguna determinada categoría social expuesta a mayor vulnerabilidad: migrante, apátrida, refugiado, discapacitado, indígena, gay, lesbiana, trans, bisexual o intersex y, por cierto, niños, niñas y adolescentes. En efecto, muchas veces las personas son “castigadas” por lo que ellos consideran su identidad, castigos que toman la forma de discriminación (exclusiones, distinciones o restricciones en el ejercicio de derechos) o de diversas manifestaciones de violencia (física, psicológica, verbal o incluso, institucional) lo cual se agrava en el caso de los niños, niñas y adolescentes quienes, como recuerda el Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño (CDN), por su falta de madurez física y mental necesitan protección y cuidados especiales y que, por cierto, son titulares de los mismos derechos que adultos, con las precisiones que corresponden a su desarrollo y crecimiento.

Para comprender el contenido del derecho a la identidad es previo entender la misma idea de identidad. En relación a ella dice un autor (Nogueira 2010, 298) que se puede señalar que la identidad está compuesta por dos dimensiones: una de ellas es la constitución física de la persona y la otra la constitución psicológica-intelectual. En sentido similar se ha dicho que dado que la identidad es una construcción permanente, que incorpora la trayectoria de la persona y siendo un sentido otorgado por el sujeto a su propia experiencia, no puede ser compartida. Cada actor construye su propia identidad, aunque pueda compartir historias, entornos y experiencias con otros miembros de los colectivos a los cuales pertenece, existiendo entonces tantas identidades como sujetos (Toledo, 2012). A ello podemos agregar que es un concepto dinámico, que tiene que ver con el ser mismo de cada quien, como cada quien se ve y espera ser visto y reconocido por la sociedad, incluyendo todos los aspectos que forman la personalidad individual, sean estos estáticos o cambiantes y teniendo presente las interacciones sociales en que a cada individuo le toca participar.

Ahora bien, para ir dando contenido al derecho a la identidad, un trabajo interesante es el de Fernández, con quien se comparten algunas ideas. Desde una postura que concibe al ser humano como un ser que no es cerrado o acabado como las cosas y que es libre, entiende como identidad personal:

“el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’. Este plexo de características de la personalidad de ‘cada cual’ se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona,...en lo que ella es en cuanto específico ser humano. La identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro. La identidad es fluida, como el ser mismo. No es algo acabado y finito, sino que ella se crea en el transcurso del tiempo, con el tiempo....Los atributos y características que, en su totalidad, definen objetivamente la personalidad que se exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables, salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior....Entre éstos cabe señalar a los signos distintivos, como podrían ser el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que diferencian a una determinada persona de las demás...La identidad que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se desplazan en el mundo de la intersubjetividad...Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior” (Fernández 1992, 113-114).

Desde el punto de vista de las normas, es desde el derecho internacional de los derechos humanos de donde se encuentra el aporte más significativo que se da justamente a propósito de la infancia y la adolescencia. En efecto, el artículo 8º de la Convención de Derechos del Niño señala que los estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Esta disposición hay que ponerla en armonía con el artículo 7º que señala que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Por su parte, la jurisprudencia del sistema interamericano – del cual Chile forma parte - da cuenta de casos significativos por el aporte que han dejado a la conceptualización y descripción de este derecho. Ellos son Gelman con Uruguay (2011)<sup>1</sup>; Contreras y otros con El Salvador (2011)<sup>2</sup>; Fornerón con Argentina (2012)<sup>3</sup>, Atala Riffo y Niñas con Chile (2012)<sup>4</sup>; y Artavia Murillo y otros con Costa Rica (2012)<sup>5</sup>.

Si bien la Constitución Política de 1980 no incluye expresamente el “derecho a la identidad”, las bases del orden constitucional chileno desde lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2°, que complementarí­a nuestro Derecho Nacional con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en cuanto norma de reenvío, sirven de fundamento suficiente para entenderlo así y aceptar que debe ser protegido como derecho fundamental, dando así a este artículo la interpretación más favorable a la persona. En efecto, como se ha dicho el derecho a la identidad está garantizado en la Convención de Derechos del Niño y en otros instrumentos normativos vigentes en Chile; el derecho a la integridad, la vida privada, honra y la intimidad están garantizados en la Convención Americana de Derechos Humanos; y se ha dado su reconocimiento por los tribunales regionales de derechos humanos a partir de una comprensión amplia de la vida privada y la libertad, como puede desprenderse de casos emblemáticos, uno de ellos el ya citado Atala Riffo y Niñas precisamente contra Chile<sup>6</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional y nuestros tribunales superiores de justicia, por su parte, han mostrado también una posición favorable respecto al reconocimiento del derecho a la identidad bajo esta línea argumental que lo liga a los tratados internacionales y basado en su vinculación con el concepto de dignidad humana<sup>7</sup>.

## **2. Sobre el derecho a la identidad como un derecho fundamental de niños, niñas y adolescentes.**

**Entre los derechos reconocidos por la Convención de Derechos del Niño se encuentra el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes.**

Como ya se apuntó, el artículo 8° de la CDN señala que los estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Por su parte, el artículo 7° señala que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a

---

<sup>1</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Gelman vs. Uruguay, Serie C No. 221.

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Contreras y otros vs. El Salvador, Serie C No. 232.

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Fornerón vs. Argentina, Serie C No.242.

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Serie C No. 239.

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, Serie C No.257.

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Atala Riffo y Niñas contra Chile, Serie C No. 239.

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia de 21 de septiembre de 2009, Rol N° 1340-9. Tribunal Constitucional, Sentencia de 13 de mayo de 2008, Rol N° 834. Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 8438-2005, considerando 12. Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 2541-2009, considerando 4°.

un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Esta consagración debe entenderse en directa relación y armonía con los principios rectores de la misma Convención: con el principio de no discriminación (artículo 2º), que es además directriz de todo el sistema internacional de protección de derechos humanos como forma de materializar la igualdad entre las personas; con el principio y derecho a que su interés superior sea la consideración primordial en toda decisión que le concierna (artículo 3º); con el principio y derecho a que pueda expresar su opinión libremente y se tengan en cuenta en las decisiones, en función de su edad y madurez (artículo 12) y con el respeto que el Estado debe dar a quienes ejercen responsabilidad parental o a quienes están legalmente encargados de impartir dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos, en consonancia con la evolución de sus facultades (artículo 5º). Todo lo anterior es consecuencia de la asunción de la idea de que en el caso de los niños el ejercicio de derechos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de tales dichos derechos y garantías<sup>8</sup>.

Antes, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 si bien no definió ni reguló el derecho a la identidad, consagró para niños y niñas ciertos derechos que están directamente relacionados con la identidad, tales como el derecho a ser inscrito al nacer y el derecho a adquirir una nacionalidad<sup>9</sup>. Por otra parte y luego de la adopción del CDN, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, de 1992, sostuvo en el artículo 20 que: “...*La apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales*”. Esta disposición se ve reforzada por la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 25) y por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo 12).

Así las cosas y como puede observarse, a partir de la consagración del derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia éste ha ido fuertemente vinculado al origen familiar, en diferentes circunstancias. Ello parece adecuado si se piensa que tal vez la primera y más evidente manifestación – también la más formal por cierto – de nuestra identidad es la que tiene que ver nuestros documentos formales de identidad, que nos indican quienes somos y nuestros orígenes.

---

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/2002, de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrafo 98.

<sup>9</sup> Artículo 24: 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

**Ahora bien, además de esta manifestación debemos considerar otras - tal vez más complejas - como lo que tiene que ver, por ejemplo, con la apariencia física, las creencias y otros aspectos, dando así al derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes la dimensión particular que tiene desde la comprensión amplia en que se sitúan los estándares contemporáneos de derechos humanos.**

En efecto, conforme a tales estándares, se entiende que el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes que consagra la Convención de Derechos del Niño importa una protección que va más allá del nombre, nacionalidad y origen familiar sino que se extiende también a su historia personal desde el nacimiento, su raza, su cultura, religión, lengua, apariencia física, habilidades, **identidad de género y orientación sexual** (UNICEF 2015). (el destacado es mio)

Este es el enfoque que ha dado contemporáneamente el Comité de Derechos del Niño, órgano de vigilancia de la convención. Ha dicho este Comité, a propósito de la evaluación y determinación del interés superior, que esta es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general y que esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores. Es decir, la determinación del interés superior del niño debe comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único. Ello conlleva la utilización de algunos elementos y no de otros, e influye también en la manera en que se ponderarán entre sí. Para los niños en general, agrega el Comité, la evaluación del interés superior por cualquier responsable de tomas de decisiones abarca los mismos elementos. Entre estos y en una lista no exhaustiva ni jerárquica, con el fin último de garantizar al niño su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico, se encuentra la identidad del niño, junto con su opinión, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, y su derecho a la salud y la educación<sup>10</sup>.

Precisando sobre la identidad de los niños, el Comité remarca que no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad, todo

---

<sup>10</sup> Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/GC/14. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 29 de mayo de 2013, párrafos 48-84.

lo cual queda protegido por el artículo 8º de la Convención. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. Agrega que si bien deben tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosas y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención<sup>11</sup>.

Por su parte, la Corte Interamericana ha reforzado una concepción amplia de la identidad en la niñez a propósito del caso Fornerón con Argentina (2012)<sup>12</sup>, señalando que si bien no es exclusivo de los niños, el derecho a la identidad tiene una importancia especial durante la niñez, recordando que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso y que la identidad personal está íntimamente ligada 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 dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.

**Como queda de manifiesto entonces, el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes es fundamental para su desarrollo integral como sujetos e incide directamente en el ejercicio pleno de sus otros derechos. De ahí que su reconocimiento y su ejercicio pleno, desde la conciliación con el pleno respeto a su autonomía progresiva para ir moldeando su propia y personal identidad, de acuerdo con los principios rectores de la infancia como ya se apuntó, resulta un tema de especial relevancia con particularidades propias de las que la familia, la sociedad y el estado deben hacerse cargo.**

De esta manera, constatado que en los niños se proyecta con vital importancia el derecho a la identidad en su amplio reconocimiento, respeto y garantía, haré algunas reflexiones sobre la identidad de género en la infancia y la adolescencia, partiendo de la premisa que es tal vez en este aspecto donde se proyecta con más evidencia la necesidad de reconocer ampliamente este derecho, en el marco a su vez del ejercicio de la

---

<sup>11</sup> Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/GC/14. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 29 de mayo de 2013, párrafos 55-57.

<sup>12</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Fornerón vs. Argentina, Serie C No.242, párrafo 123.

autonomía progresiva, y la consagración de un adecuado sistema de garantías y una eficaz institucionalidad.

### **3. Sobre la identidad de género de niños, niñas y adolescentes.**

Es una definición conforme a los estándares internacionales y que refleja el acuerdo a nivel internacional aquella de los llamados Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, conocidos simplemente como Principios de Yogyakarta. Esta indica que 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.

Específicamente, se sugiere seguir los llamados Principios de Yogyakarta por referir la definición mundialmente consensuada como lo prueba el trabajo de Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos, el derecho comparado (como es en el caso de la Ley argentina 26.743, del año 2012, que Establece el Derecho a la Identidad de Género de las personas) y por ser la definición ya aprobada en el marco de la tramitación en Chile del proyecto de ley Proyecto de Ley que reconoce y da protección al derecho a la Identidad de Género (Boletín N°8.924-07)<sup>13</sup>.

Además, al adoptar este concepto se viene a cumplir lo que han recomendado a Chile diferentes órganos de derechos humanos. En efecto, en el marco del Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos rendido en 2009 se le ha dicho a Chile que aborde la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en programas y políticas de igualdad utilizando los Principios de Yogyakarta como guía en su formulación.

Ahora bien, desde la óptica de la infancia y adolescencia hay que asumir que la sexualidad de los niños es un tema que parece que no generar mayor interés en los discursos sociales, políticos o normativos por la extendida y errada idea de que la

---

<sup>13</sup> El citado proyecto se inscribe en esa línea en sus fundamentos, aspirando a reconocer el derecho a la identidad de género. Esto significaría para cada persona, adulto o niño, niña o adolescente, el reconocimiento y protección de la identidad de género; el libre desarrollo de su persona, conforme a su identidad de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible; y a ser tratada en conformidad con su identidad de género y, en particular, a ser reconocida e identificada de ese modo en los instrumentos públicos que acreditan su identidad respecto del nombre y sexo. El proyecto parece así inspirarse en la comprensión de que el derecho a la identidad tiene un componente activo y dinámico, que incluye la mirada al pasado y al futuro pero que en este caso – sin borrar la historia con que un ser humano llega a solicitar su cambio de identidad – debe resguardar el respeto por la imagen pasada.

sexualidad de los niños no es un tema de relevancia, casi como si nacióramos y fuéramos asexuados hasta la adultez.

Dice una reconocida especialista en educación sexual infantil “El cuerpo sexual femenino o masculino comienza desde la concepción un proceso evolutivo de construcción de su papel sexual asignado históricamente por la cultura de la sociedad donde se nace” (CARBALLO, 2002, p.34). En el caso del niño y la niña en edad preescolar “necesitan aprender sobre expresión de sexualidad en forma natural. En esta edad los patrones de convivencia familiar orientan la mayoría de sus formas de comportamiento. El hogar se convierte en el primer laboratorio de educación de expresión de la sexualidad, donde el niño y la niña aprenden cómo un hombre y una mujer conviven. Las personas adultas consciente o inconscientemente son ejemplos vivientes con sus actos cotidianos y por lo tanto, les corresponde clarificar y fortalecer sus actitudes, valores y conocimientos de su propia expresión de la sexualidad para sistematizar conscientemente una serie de acciones para la educación de la expresión de sexualidad y la inteligencia emocional de niños y niñas” (CARBALLO, 2008, p.12).

Es claro entonces que cuando se habla de sexualidad hay que tener presente que conjugan en ella lo biológico, lo psicológico y lo social que implica ser persona. Así, si bien la sexualidad tiene su punto de arranque en el sexo, es mucho más que eso y se trata de un aspecto no tan individual como a primera vista podría creerse. Weeks plantea en esta lógica que las prácticas sexuales constituyen un producto histórico y social, más que una consecuencia universal de nuestra biología común. La sociedad opera como el principio indispensable de producción de conductas sexuales y de las significaciones que les están ligadas. La experiencia subjetiva de la vida sexual es un producto de los significados y símbolos intersubjetivos, asociados con la sexualidad en diferentes situaciones sociales y culturales. De este modo, la sexualidad es a la vez una experiencia histórica y personal. La fisiología y la morfología del cuerpo, es decir, la biología, crean las condiciones previas para la sexualidad humana: condicionan y limitan lo que es posible pero no son causa de las formas de vida sexual. Los cuerpos y la sexualidad no tienen significados intrínsecos sino que se debe concebir como un conjunto de creencias, relaciones e identidades históricamente conformadas y socialmente construidas (WEEKS, 1998).

En el caso chileno, el tema entronca con el generalizado desconocimiento que hay sobre la formación de la identidad sexual de una persona, anclado a su vez en la existencia “de una permanente tensión entre la construcción de una sociedad democrática y plural que acepte la diferencia y la tentativa permanente de establecer culturas hegemónicas” (DIDES, en Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos, cit., p. 25) que ha producido falta de una adecuada educación sexual y particularmente invisibilidad de las identidades sexuales diversas – especialmente la infantil y adolescente - cuando esta se presenta, agravando y aumentando los contextos de exclusión y discriminación a que se somete a muchas personas por falta de reconocimiento de la idea de que la sexualidad

es algo que se construye, no se impone, y a partir de lo cual cada ser humano forma su propia y personal identidad, mereciendo todas el reconocimiento social y normativo.

**Si a las reflexiones anteriores adicionamos que el país debe cumplir con la especial protección que se debe dar a la infancia y adolescencia, desde el mandato de protección integral e interés superior del niño, establecido por la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, ratificada y vigente en Chile no parece que sea correcto descartar a la identidad de género - y por cierto a la orientación sexual - en la comprensión del derecho a la identidad que siga el proyecto.**

Socialmente además, esto es evidentemente necesario para el futuro del país: los estigmas también repercuten fuertemente en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes y lo que será su vida como adultos. En este sentido, las discriminaciones odiosas por identidad de género, pueden ser un proceso intensamente lesivo y dañino del que el estado debe hacerse cargo. Los riesgos de no consagrar y no proteger se verán agravados luego en una adultez marcada por un ciclo de violencia y discriminación a partir de los efectos que puede tener la deserción escolar a temprana edad, la falta luego de acceso a fuentes laborales y los impedimentos para el desarrollo libre de la personalidad y su autonomía.

Los casos de discriminación de menores de 18 años en que la identidad de género es una causa de ella son muchos hoy. Sin embargo, como a diferencia de otros grupos sociales en que los niños, niñas y adolescentes son discriminados, esta forma de exclusión carece de visibilización, difusión y expresión en la opinión pública nacional lo que justifica sobradamente tener de este derecho una comprensión ampliada, más allá del origen familiar o biológico. Aunque escasos por falta de una adecuada política pública en la materia a nivel continental, hay datos tristemente ilustradores en relación a la familia o el ámbito escolar.

En efecto, en el caso de los menores de 18 años, como ha afirmado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la violencia contra niños y niñas lesbianas, gays, bisexuales o trans, o aquellos percibidos como tales, se manifiesta comúnmente en las familias y en las escuelas, sean públicas o privadas. Es decir, serían los contextos familiares y escolares los más adversos para el despliegue de la identidad de estos niños, niñas y adolescentes, lo que contrasta profundamente con los mandatos de la Convención de Derechos del Niño para el estado y para la familia, padres o cuidadores.

Este dato continental es coherente con datos locales. Un estudio internacional citado por Todo Mejora (Villarreal y Vallejos, en Erazo, Gauché y Jara 2015, 137) señala que el bullying afecta principalmente a los y las jóvenes lesbianas, gays, bisexuales o transexual, siendo dos veces más propensos que quienes no se reconocen como tales, a indicar que son hostigados y hostigadas verbalmente y que les dicen sobrenombres en la

escuela. La misma Fundación Todo Mejora ha realizado recientemente un informe sobre la Primera Encuesta Nacional de Clima Escolar 2016, que indica que 70,3% de adolescentes gays o transexuales manifiesta sentirse inseguro en la escuela. La cifra es, por decir lo menos, preocupante. (Fuente: <https://todomejora.org/video/todo-mejora-primer-encuesta-nacional-de-clima-escolar/>)

Teniendo esta realidad en vista, la importancia del derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia, incluyendo a la identidad de género es determinante para que el proyecto que se discute sea realmente luego una buena ley.

Finalmente, hay que recordar y tener presente que Chile ha sido llamado en distintas ocasiones por el Comité de Derechos del Niño a cumplir con los imperativos de la Convención al analizar sus informes y formular sus recomendaciones. En marzo de 2015 se le hizo llegar la lista de cuestiones relativas a los informes periódicos 4º. y 5º. combinados de Chile, cuyo punto 8 indicaba que el país debía proporcionar información sobre las medidas tomadas para eliminar la discriminación contra los niños, niñas y adolescentes trans e intersex y para protegerlos de la discriminación y el bullying. Las observaciones del Comité, de octubre de 2015, dieron cuenta de que el país tiene deudas con la infancia que vive desde la diversidad sexual<sup>14</sup>. Por otra parte, hay que indicar que Chile firmó en 2012 y aprobó legislativamente en 2015 el Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño – publicado en el Diario oficial de 14 de diciembre de 2015 - que crea un procedimiento de comunicación para que niños, niñas y adolescentes (o sus representantes) denuncien la vulneración de sus derechos y presenten una queja ante el Comité con lo cual debe ser consecuente con su actuar internacional y acoger la demanda de un grupo especialmente excluido de las normas y políticas chilenas sobre infancia.

#### A modo de ideas finales.

Creo que durante la tramitación de esta ley en la revisión de su articulado, debería el Honorable Congreso de la República tener presente las bases necesarias para que el nuevo marco legal e institucional para la infancia y la adolescencia responda y cumpla estándares internacionales de derechos humanos y además sirva para garantizar de forma debida la igualdad en el respeto y reconocimiento de las diferencias entre todos los niños y niñas.

De esta forma, entender e incorporar la identidad de género de infantes y adolescentes en el derecho a la identidad parece un imperativo que debe ser acorde con el principio de autonomía progresiva para tomar sus decisiones según edad y madurez, la no discriminación y el principio del interés superior, debiendo tenerse presente que este interés debe analizarse en el caso a caso, sin estándares para todos los niños, niñas y

---

<sup>14</sup> Documento CRC/C/CHL/CO/4-5

adolescentes en condiciones similares y dejando de lado los estereotipos y estigmas negativos que vinculan la diversidad en la identidad sexual en la niñez, adolescencia y juventud con el libertinaje, la promiscuidad o la prostitución o, aún peor, con la terrible experiencia de ser abusado sexualmente en la infancia, fenómeno del que Chile por cierto debe hacerse cargo pero que no está vinculado a la diversidad sexual ni es causa o consecuencia directa de la disociación entre sexo y género que puede presentar una persona desde sus primeros años.

#### REFERENCIAS.

CARVALLO, S. "Educación de la expresión de la sexualidad humana", Revista Educación, volumen 26, N° 001, Costa Rica, 2002. CARVALLO, S. "Educación de la expresión de la sexualidad y la inteligencia emocional en niños, niñas y adolescentes con derechos", Revista Actualidades Investigativas en Educación, volumen 6, N° 3, Costa Rica, 2006. CENTRO LATINOAMERICANO DE SEXUALIDAD Y DERECHOS HUMANOS, INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL, UNIVERSIDAD DEL ESTADO DE RÍO DE JANEIRO. Panorama de sexualidad y derechos humanos: Chile / Claudia Dides C: Arturo Márquez G.; Alejandro Guajardo A.; Lidia Casas B. Santiago de Chile, Río de Janeiro, Brasil: CLAM, 2007. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015, Violencia contra personas LGBTI, DOC. OAS/Ser.L/V/II.rev.1 ERAZO, X., GAUCHÉ X., JARA, J., 2015, Derechos Humanos, diversidad sexual y políticas públicas en América Latina, Ediciones LOM, Santiago. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Astrea, 1992. GAUCHE, X., Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, Diciembre 2011. Nogueira, P., 2010, El derecho a la propia imagen. Naturaleza jurídica y sus aspectos protegidos, Editorial Librotecnia, Primera edición, Santiago. UNICEF, 2015, Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite No. 3. Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un sistema de garantías reforzadas. Autor: Domingo Lovera. Santiago. TOLEDO, M. I., 2012, "Sobre la construcción identitaria", Revista Atenea, N° 506, Concepción. WEEKS, J., El malestar de la sexualidad. Significados, mitos y sexualidades modernas, Traducción de Alberto Magnet, Talasa Ediciones S.L., Madrid, 1993. WEEKS, J., Sexualidad, Traducción de Mónica Mansour, 1ª edición, Editorial Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 1998.