

Reconocimiento de la identidad no binaria: un desafío al sistema normativo chileno

Non-Binary Or Non-Conforming Gender Identity: Challenging The Chilean Legal Landscape

Ximena GAUCHÉ MARCHETTI

 <https://orcid.org/0000-0001-9859-4596>

Doctora en derecho, Universidad Autónoma de Madrid; profesora titular, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción (Chile).
Correo electrónico: xgauche@udec.cl

Domingo LOVERA PARMO

 <https://orcid.org/0000-0002-3601-096X>

Ll.M. Columbia University, Ph.D., York University, Canadá; profesor asociado, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales (Chile).

RESUMEN: La realidad de las personas trans ha adquirido mayor visibilidad en los últimos años en diversas partes del mundo. Varias leyes y/o políticas públicas han aportado al reconocimiento legal en diferentes latitudes. En materia de leyes de identidad de género encontramos los casos de Argentina, Uruguay, Portugal, Malta, Bélgica, Irlanda y Reino Unido. En Chile existe desde 2018 la Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

Aunque estas normativas han importado un indudable reconocimiento para la dignidad de las personas trans, algunas de ellas se han desarrollado a partir de un paradigma más bien estrecho de la identidad de género, pues el reconocimiento se realiza mayormente desde la lógica binaria “masculino/femenino”.

Considerando ese paradigma, este trabajo tiene por objetivo reflexionar, desde una metodología comparada, en torno a algunas ideas sobre la actual demanda de visibilización y reconocimiento de identidades trans no asumidas como femeninas o masculinas, con especial énfasis en la identificación del carácter binario de la legislación chilena. A su vez, repasamos estándares internacionales de derechos humanos y modelos jurisprudenciales comparados que se han hecho cargo de la existencia y realidad de personas que se identifican y perciben a sí mismas como no binarias o de género no conforme.

Este trabajo argumenta que el derecho a la identidad de género de tales personas, en cuanto desafío al carácter binario de los sistemas normativos, no puede quedar sin herramientas que les permitan proteger sus derechos.

Palabras clave: identidad no binaria, identidad de género, cisnormatividad.

ABSTRACT: The reality of trans people has gained greater visibility in recent years in various parts of the world. Various laws and/or public policies have contributed to legal recognition in different latitudes. Regarding gender identity laws, we find the cases of Argentina, Uruguay, Portugal, Malta, Belgium, Ireland and the United Kingdom. In Chile, Law 21,120 exists since 2018, which recognizes and protects the Right to Gender Identity.

Although these norms have imported an undoubted recognition for the dignity of trans people, some of them have been developed from a rather narrow paradigm of gender identity, since the recognition is carried out mainly from the binary logic “masculine/ female”.

Considering this paradigm, this work aims to reflect, from a comparative methodological perspective, on some ideas about the current demand for visibility and recognition of trans identities not assumed as feminine or masculine, with special emphasis on the identification of the binary character of Chilean law. In turn, we review International Human Rights standards and comparative jurisprudential models that have taken charge of the existence and reality of people who identify and perceive themselves as non-binary or non-conforming gender.

This work argues that the right to gender identity of such persons, as a challenge to the binary nature of normative systems, cannot be left without legal tools that allow them to protect their rights.

Keywords: non-binary identity, gender identity, cismormativity.

RECEPCIÓN: 14 de febrero de 2023

ACEPTACIÓN: 15 de agosto de 2023

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La diversidad de identidades de género en un modelo normativo de carácter binario. Algunas luces sobre el caso chileno.* III. *Las identidades no binarias o de género no conforme y la tensión al modelo social y normativo de sexo y género.* IV. *Jurisprudencia que traspasa el carácter binario de la identidad de género.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Tras años de ausencia en Chile de una normativa que reconociera los derechos de las personas trans¹ y el uso de las leyes 4.808 (Reforma la Ley sobre

¹ Este artículo considera como referencia el Glosario de Términos desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. La Corte señala que transgénero o persona trans refiere “Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado

el Registro Civil [Ley 4.808], 26/01/2023) y 17.344 (Autoriza el Cambio de Nombres y Apellidos en los Casos que Indica. Modifica Ley 4.808 sobre Registro Civil [Ley 17.344], 26/01/2023), para obtener, al menos, el cambio de nombre legal impuesto a cada persona sobre la base del sexo asignado al nacer cuando no se correspondía con su identidad de género, en 2018 se promulgó la Ley 21.120 (que Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género [Ley 21.120], 26/01/2023) (en adelante LIG).

Estrictamente, esta Ley contiene la regulación de uno de los aspectos vinculados con el derecho a la identidad de género —sin agotarlo, desde luego—. En efecto, de acuerdo con el artículo 2o. de la citada ley, su objeto es: “regular los procedimientos para acceder a la rectificación de la partida de nacimiento de una persona en lo relativo a su sexo y nombre, ante el órgano administrativo o judicial respectivo, cuando dicha partida no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género” (Ley 21.120, 26/01/2023, artículo 2o.).

Así, la LIG establece y regula un procedimiento administrativo para personas mayores de edad en sus artículos 9o. al 11. Este tipo de solicitud se puede presentar ante cualquier oficina del servicio de registro civil, sin importar domicilio o residencia de la persona solicitante, pudiendo la persona mayor de dieciocho años pedirlo hasta por dos veces sin exigencia de requisitos adicionales (Ley 21.120, 26/01/2023, artículos 9-11).

En sus artículos 12 al 17 la LIG establece un procedimiento judicial ante tribunales de familia para personas mayores de catorce años y menores de dieciocho (Ley 21.120, 26/01/2023, artículos 12-17). En su texto original, la misma disposición establecía el procedimiento para personas solicitantes de entre dieciséis y dieciocho años con vínculo matrimonial vigente, lo cual quedó sin efecto con la entrada en vigor de la Ley 21.400 (Modifica Diversos Cuerpos Legales para Regular, en Igualdad de Condiciones, el Matrimonio

al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa’afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual” (opinión consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 32, h).

Cada vez que se use el término trans en este trabajo se hace como comprensivo de todas las identidades no conformes o distintas del sexo asignado a una persona al nacer.

entre Personas del Mismo Sexo [Ley 21.400], 26/01/2023), el 10 de marzo de 2022.

Específicamente, para personas en etapa de la adolescencia se establece que, una vez que alcancen la mayoría de edad, podrán requerir una nueva rectificación en conformidad a los procedimientos que correspondan. En el caso de personas menores de catorce años, la Ley 21.120 sólo contempla lo que llama un Programa de Acompañamiento Profesional que se desarrolla a través de normas reglamentarias como el Decreto 3 de 2019 del Ministerio de Desarrollo Social (Ley 21.120, 26/01/2023, artículo 26), que aprueba el Reglamento del artículo 26, inciso primero, de la LIG (en adelante “el Reglamento” o “el Reglamento del Programa de Acompañamiento Profesional”).

Por razones que ya han sido sostenidas, la exclusión de personas menores de catorce años de un procedimiento para obtener la rectificación es inconstitucional. Es una restricción desproporcionada y arbitraria dirigida contra determinados grupos de personas, a quienes se les priva de la adecuada expresión jurídica de sus derechos constitucionales a la identidad y la autonomía (Ximena Gauché y Domingo Lovera, 2019). Pese a esta constatación, se ha sostenido que las personas menores de catorce años pueden seguir reivindicando sus derechos de conformidad con las normas generales del derecho chileno, que se han visto influenciadas por la expansión de la LIG, sus principios y el enfoque de derechos en que se inspira, así como por estándares internacionales de derechos humanos, como lo ha reconocido alguna jurisprudencia nacional. También, por cuanto existe reconocimiento del carácter fundamental implícito del derecho a la identidad de género en la jurisprudencia interamericana y chilena (Ximena Gauché y Domingo Lovera, 2022).

Ahora bien, lo anterior no significa que se pueda dar por resuelto en el caso chileno el reconocimiento de derechos de las personas trans, tanto de las menores de dieciocho años como de las personas trans de toda edad y en general. Así, el supuesto que persigue este artículo es develar que el carácter binario del sistema normativo chileno y de la propia LIG, como vamos a sostener, plantean una serie de desafíos legales cuando las identidades reclamadas no se ajustan a tal modelo. Este trabajo reflexiona sobre ese vacío de texto normativo, pero en el marco de su visibilización en la jurisprudencia nacional y comparada.²

² Para resguardar los criterios éticos de la reserva debida de las causas y el principio de

Para esto, desde una metodología comparada, se analizan sentencias nacionales e internacionales que abordan y se vinculan con la temática. Así, en el caso de las sentencias nacionales, las incorporadas son aquellas que se han obtenido y trabajado como fuentes primarias a partir del seguimiento a los casos en el marco de labores académicas de quienes escriben, pues se trata de jurisprudencia que tiene carácter reservado. En el caso de las sentencias internacionales se incorporan ejemplos de países a partir de una búsqueda de referencias jurisprudenciales en fuentes secundarias, en las que este mismo reclamo ha recibido un tratamiento jurisprudencial similar y del que es posible extraer algunas conclusiones.

Este trabajo comienza (II) dando cuenta de cómo un modelo de reconocimiento de derechos basado en una estructura binaria, si bien es un avance para el respeto del derecho a la autonomía y libertad de muchas personas trans, no logra abordar la variedad de experiencias no binarias o de género no conforme que otras experimentan. Esto, junto con ser una forma de afección de su reconocimiento, puede tener graves consecuencias en términos de la protección de sus derechos, especialmente en la niñez y adolescencia. En efecto, y como argumentamos a continuación (III), la realidad y los desarrollos científicos desde diversas disciplinas evidencian que hay muchas personas que no se identifican con ninguno de los lados de ese sistema binario, lo que también ha sido recogido por el Sistema Interamericano. Enseguida (IV), identificaremos alguna práctica jurisprudencial nacional y comparada en materia de derecho a la identidad de género no binaria o no conforme, a fin de evidenciar que éste es un tema de alcance normativo. Se trata, como mostraremos, de cuestiones de relevancia jurídica frente a la que varios países han comenzado a ofrecer respuestas consistentes. Terminamos (V) sosteniendo que todas las personas, cualquiera sea su edad, aunque identificadas a sí mismas como no binarias o de género no conforme, deben poder acceder al goce y ejercicio de todos los derechos y al reconocimiento de la identidad como un derecho personalísimo, ya que los costos de no hacerlo son demasiado altos como para no abordar esta realidad.

confidencialidad establecido en la propia LIG, en las sentencias citadas se omiten identificadores personales y se indican solamente en algunos casos los roles y fechas únicamente para los fines académicos de este artículo.

II. LA DIVERSIDAD DE IDENTIDADES DE GÉNERO EN UN MODELO NORMATIVO DE CARÁCTER BINARIO. ALGUNAS LUCES SOBRE EL CASO CHILENO

Antes de la LIG, los tribunales conocieron de solicitudes de cambio de nombre y sexo registral a través de las normas generales ya indicadas, las leyes 4.808 (26/01/2023) sobre Registro Civil y 17.344 (26/01/2023), que autoriza el Cambio de Nombres y Apellidos en Determinados Casos. Las personas trans invocaban ante juzgados civiles la causal de menoscabo moral o material, o la causal de haber sido conocida por más de cinco años con otros nombres y apellidos, quedando a criterio del Tribunal respectivo la decisión (Cristián Lepin, 2021).

Como se ha sostenido, la práctica jurisprudencial civil anterior a la LIG deambuló a su vez por una serie de etapas (Ximena Gauché y Domingo Lovera, 2022). En una etapa las solicitudes fueron rechazadas o acogidas previas diligencias que en algunos casos produjeron un daño a la dignidad y autonomía de las personas trans, tal como las peticiones de readecuación quirúrgica. Con el tiempo, si bien la justicia civil comenzó a aceptar las solicitudes de cambio de nombre (en algunos casos incluso dando lugar al cambio de sexo registral), en algunas de las sentencias de acogida de cambio de nombre y sexo registral se mantuvo un acercamiento *patologizante*, evidenciado en algunos casos, como se ha documentado, en el “examen de pericias invasivas e improcedentes, entre otras varias situaciones discriminatorias durante la tramitación del juicio” (Lorena Lorca, 2020, p. 125).

Una de las lógicas explicativas que encontramos en el tratamiento judicial descrito es la naturaleza binaria de nuestro ordenamiento que, a su vez, se proyecta en una lógica que “corporaliza” las identidades y que se nutre, de un modelo biomédico de las identidades de carácter binario. Así queda en evidencia, por ejemplo, en una sentencia de primera instancia del 22 de febrero de 2016, confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, pero invalidada por recurso de casación acogido por la Excelentísima Corte Suprema en sentencia del 29 de mayo de 2018, que cita al juez civil y su fundamentación de rechazo a una solicitud interpuesta bajo el marco de las leyes 17.344 (26/01/2023) y 4.808 (26/01/2023). Dice el juez de primera instancia: “...no es posible acceder a lo pedido, por cuanto no se ha acreditado en autos antecedentes médicos que le otorguen validez a su petición... y tampoco se han acompañado antecedentes médicos que den cuenta

de la cirugía de reasignación genital o que den fe respecto de las circunstancias psicosociales" (Corte Suprema, rol 70.584-2016, del 29 de mayo de 2018, cons. 2o.).

En palabras simples, para quien se acerca a este trabajo sin familiaridad a esta línea jurisprudencial, se trataba, en buenas cuentas, de asumir que mientras la persona no exhibiera una corporalidad "adecuada" al sexo que corresponde al género cuyo reconocimiento solicita y que estaría determinado por lo que se suele llamar el "sistema binario del sexo/género", comprendido como un modelo social y cultural dominante en la cultura occidental, que considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos categorías rígidas, a saber, masculino/hombre y femenino/mujer (opinión consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 32, letra c), no se le podía dar lugar al cambio aun cuando la persona acreditara una determinada percepción de sí misma, contraria o no conforme a esa corporalidad. Ello sería así porque este sistema excluye a aquellas personas que no se enmarcan dentro de las dos categorías anteriormente mencionadas, tales como las personas trans o intersex (opinión consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 32, letra c).

Con ese contexto, resulta interesante recordar que la LIG tuvo por fundamentos la necesidad de profundizar los avances contra la discriminación de grupos en situación de vulneración, reformando y adecuando las normas legales sobre cambio y registro de nombre y sexo, para que la normativa chilena respondiera a las necesidades de las personas cuyo nombre y sexo está registrado de forma diferente a su identidad de género, además de cumplir también con estándares y obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (Cámara de Diputados y Diputadas, 2013).

Estos fundamentos dieron el marco para que durante el tiempo de tramitación legislativa de la LIG varios fueran los temas en torno a los cuales se promovieron intensos debates entre integrantes del Congreso Nacional, autoridades del Ejecutivo y personas que integran organizaciones de la sociedad civil, promotoras de los derechos de personas LGBTI. Algunos de esos asuntos fueron el propio concepto de identidad de género, la exigencia de certificaciones médicas o psicológicas, la incorporación de un procedimiento para personas menores de dieciocho años, la inclusión de un procedimiento para personas con vínculo matrimonial no disuelto y los efectos de la adecuación registral sobre el matrimonio, entre otros temas (Biblioteca del Congreso Nacional, 2019; Chiletrans, 2019).

Una mirada al derecho chileno, desde el sistema binario sexo género conceptualizado antes, hace ver a la LIG en términos generales como una gran innovación legislativa por el solo hecho de su aprobación y entrada en vigor. Sin embargo, el carácter binario de la definición de identidad de género adoptada en el inciso 2o. del artículo 1o. de la LIG, la hace contradictoria con estándares internacionales y puede ser vista, a su vez y como un contrasentido, como una evidencia del carácter cisnormado que se puede atribuir al derecho chileno.

Los autores de este artículo comprendemos la cisnatividad como “la idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo femenino siempre crecen para ser mujeres” (opinión consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 32, letra t).

Así, las personas cisgénero son, entonces, quienes se identifican con su sexo asignado al nacer. Asimismo, tal concepción legal de la LIG aparece como una respuesta inadecuada a las necesidades de las personas cuyo nombre y sexo registrado es incongruente con su identidad de género de maneras diversas a lo binario. Todo esto, por cierto, al margen de una concepción robusta de los derechos constitucionales a la libertad y autonomía.

La LIG se alejó de esta forma de la definición consensuada internacionalmente a través de los Principios de Yogyakarta (en adelante PY). Tal instrumento internacional, revisado en 2017 en lo que se conoce como Principios de Yogyakarta+10 (en adelante PY+10), indica que por identidad de género se entiende

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 (Principios de Yogyakarta, 2006, p. 8).

Los PY+10 afirman explícitamente que las características sexuales (elemento que estaba ausente en los Principios originales) deben entenderse

como una categoría más protegida por los PY, junto con la orientación sexual y la identidad y expresión de género.³

Por su parte, la LIG establece que “Para efectos de esta Ley, se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento” (Ley 21.120, 26/01/2023, artículo 1).

Esta definición legal puede resultar contradictoria, además, con las garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género que regula el artículo 4o. de la LIG. Se refiere al reconocimiento y protección de la identidad y expresión de género, a ser reconocida e identificada de acuerdo con su identidad y expresión de género en instrumentos de identidad y al libre desarrollo de la persona. En efecto, en concordancia con los citados PY y con la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la LIG define “expresión de género” como “la manifestación externa del género de la persona, la cual puede incluir modos de hablar o vestir, modificaciones corporales, o formas de comportamiento e interacción social, entre otros aspectos” (opinión consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 32, letra g).

De esta manera, podemos sostener que en el sistema de la LIG, vigente al tiempo en que se escribe este artículo, hay un vacío normativo en relación con las personas que expresen su género desde una mirada no binaria o de género no conforme, de todas las edades, lo que permite calificar a esta Ley como parte de una concepción cismotivativa de las identidades de género. Ese vacío se identifica no desde una perspectiva puramente conceptual o abstracta, sino a partir de los diferentes reclamos jurídicos avanzados por personas que ven frustrada la protección de sus derechos a la autonomía y la libertad.

Esta aseveración no es irrelevante, especialmente desde la perspectiva de personas adolescentes, y aún más de personas menores de catorce años. En estos casos, independientemente de la identidad que manifiesten las personas menores de dieciocho años, la falta de reconocimiento de su identidad de género puede afectar el ejercicio de diversos derechos y dar lugar a situaciones de violencia, *bullying* o discriminación, situaciones de extrema gra-

³ PY+10 (2017) añaden, además, nueve principios a los veintinueve principios originales, junto con la adición de nuevas obligaciones para los Estados y nuevas recomendaciones.

vedad para su desarrollo presente y futuro, como han evidenciado diversos estudios y órganos de derechos humanos del Sistema de Naciones Unidas (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2017).

Los estudios empíricos, tanto internacionales como nacionales, han identificado casos en que las personas han manifestado su identidad de género desde edades tempranas, evidenciando diversos contextos privados y públicos de afectación de derechos (Giancarlo Bravo *et al.*; Outright Action International, 2016).

Así, existirían contextos familiares y escolares especialmente adversos para el despliegue de la identidad de género desde la infancia, lo que ha sido también reconocido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en un informe que ha identificado el papel crucial que juegan las familias en la conformación de un entorno seguro y respetuoso. Esto permite develar los problemas y desafíos que enfrentan niños, niñas y adolescentes trans y de género diverso en relación con el reconocimiento legal de su identidad de género, su protección frente al hostigamiento escolar, el resguardo de salud mental, la atención sanitaria y el fin de la impunidad frente a la violación de sus derechos. De allí el llamado a los Estados para fomentar entornos familiares propicios para las personas trans y de género diverso (Comisión Interamericana de Derechos Humanos y REDESCA, 2020, párrafo 100).

En el caso chileno se han realizado diversos estudios sobre la experiencia de niños, niñas y adolescentes LGBTI (Movilh, 2019; Fundación Todo Mejora, 2016), donde se han identificado numerosos casos de discriminación escolar, insultos verbales, ataques físicos, acoso sexual, sentimientos de inseguridad, *bullying*, *ciberbullying* y acoso escolar (Fundación Todo Mejora, 2016, p. 15).

Si se toma en consideración estos antecedentes y desde otra perspectiva de análisis, el derecho chileno vigente aparece no sólo como cisnormado, sino que la actual regulación binaria sobre identidad de género es prueba de que el derecho no es neutro ni objetivo ni racional y que ello tiene consecuencias que pueden ser muy graves en la vida de algunas personas, como se evidenció en los párrafos anteriores. Los autores compartimos la construcción teórica que apunta a que el pensamiento humano se estructura con base en dualismos que dividen las cosas en esferas contrastantes y apunta tres consecuencias para el derecho. Lo explicaremos somera y brevemente pues no es el objeto de este trabajo analizar teorías críticas al derecho. En primer lugar, el marco teórico referido apunta a que los dualismos están sexualizados (masculi-

no/femenino); luego, que tales dualismos están jerarquizados (lo “masculino” de cada dualismo es lo superior), y finalmente, que el derecho se identifica con el lado “masculino” de los dualismos (Frances Olsen, 2009). Aplicado a nuestra comprensión, al derecho le costará avanzar en desmarcarse de los binarios cuando deba regular el reconocimiento y la protección de derechos en torno a la identidad de género percibida por las personas.

III. LAS IDENTIDADES NO BINARIAS O DE GÉNERO NO CONFORME Y LA TENSIÓN AL MODELO SOCIAL Y NORMATIVO DE SEXO Y GÉNERO

El pensamiento binario se consolida en el mundo moderno y da forma al binarismo sexo género, donde se asume y espera una correspondencia del sexo y género que, tal como señala Bodenhofer, “está basada en la corporalidad y fundamentalmente en la genitalidad. Por ello, se concibe sólo dos sexo-género posibles, legitimando a hombres y mujeres cisgénero y limitando la multiplicidad de posibles identidades y cuerpos en el mundo” (2019, p. 101). Es este binarismo sexo-género el que sustenta la cismixatividad, entendida desde un enfoque teórico conceptual como “el régimen de dominación que posiciona a las personas cisgénero en situación de privilegio con relación a las personas no cisgénero” (Canela Bodenhofer, 2019, p. 101).

En el apartado anterior exploramos definiciones de identidad de género. Para comprender las “identidades no binarias” o de “género no conforme”, consideramos relevante comprender primeramente que la identidad es un “concepto dinámico, que tiene que ver con el ser mismo de cada persona, como cada ser humano 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” (Ximena Gauché y Domingo Lovera, 2019, p. 364).

Así, para comprender las identidades no binarias o de género no conforme, es necesario superar la dicotomía sexo-género, puesto que “las identidades no binarias son personas cuya identidad de género no está incluida en el binario hombre-mujer” (Jorge Palomares y Camila Rozo, 2019, p. 118). Desde una matriz binaria, las teorías integradoras del desarrollo del rol de género coinciden en que la infancia y adolescencia van incorporando un aprendizaje

acerca de lo que (socialmente) significa (o se espera de) ser un hombre o una mujer mediante lo que la sociedad les ofrece en la forma de un “currículum de género” (Ministerio de Salud, 2021, p. 47).

El camino de reconocimiento de las identidades de género ha sido fuertemente influido por la cultura imperante en determinados momentos y lugares, pero también por el rol de las ciencias que, desde la *patologización* y la normalización a las que fueron sometidas las personas transgénero por parte de la medicina y el derecho —pero no sólo estas personas (Kenji Yoshino, 2006)— han afectado sus derechos básicos, llevando a que

las demandas del movimiento transgénero centradas en el reconocimiento del derecho a la identidad de género tienen como trasfondo la *patologización* de aquellos cuerpos y conductas distintas de las binariedades hombre/mujer y masculino/femenino que realiza la ciencia médica y que termina siendo receptionada por, y en, las estructuras jurídicas. (Laura Saldivia, 2017, p. 35)

Como señala Ximena Gauché (2022), “quienes desde sus cuerpos o afectos han desafiado la ‘normalidad’ fijada por los binarios sexuales ‘hombre/mujer’ y sus consecuencias, se han visto limitados a vivir una vida no plena y llena de exclusiones y carencias de derechos” (p. 8). Juan Gavilán (2018), en tanto, da clara cuenta de que el modelo biomédico es “un modelo cultural desarrollado durante la segunda mitad del siglo XX, compuesto en torno a los valores y a la ideología de género del sistema clásico de las sociedades orientales” (p. 33).

Es en ese marco en que se produce para cada persona trans el proceso de socialización que interviene en todas las construcciones identitarias desde la infancia. Para estos fines entenderemos como socialización el “proceso por el cual los individuos, en su interacción con otros, desarrollan las maneras de pensar, sentir y actuar que son esenciales para su participación eficaz en la sociedad” (Zanden Vander, 1986, p. 2). Se trata así de cómo las personas aprenden los elementos socioculturales que les rodean y los integran en la formación de su personalidad.

La construcción y determinación de la identidad de una persona es un proceso complejo, dinámico y único que determina que existan tantas identidades como personas existimos; dicho proceso es particular y personal, aunque se comparten experiencias comunes, donde la sexualidad es una parte determinante: cómo cada ser humano se proyecta a sí mismo y espera ser vis-

to por la sociedad desde su cuerpo y su sexo biológico, su vivencia y expresión del género y su orientación sexual, como manifestaciones principales de la sexualidad humana. Se trata de un proceso que “es indefinido en su duración y empieza desde la primera infancia, como intercambio de ideas, conocimientos, normas, valores, formas de sentir y pensar” (Ximena Gauché, 2022, p. 11).

Las propias voces trans han puesto de relieve que deben tenerse especialmente en cuenta la diversidad y características únicas de cada identidad de género, incluso desde la niñez:

...puedo decirles que ninguna transición es igual a otra: las experiencias no son equivalentes sino únicas e irrepetibles, aun cuando existan entre ellas elementos en común. Es importante tener esto en cuenta al escuchar testimonios de personas trans, e incluso al momento de leerlas y verlas, porque ninguna persona nace en un cuerpo equivocado y las historias en relación con él siempre serán diferentes... así como hay niñas trans que cuando pequeñas juegan muñecas, vestidos y maquillaje, hay otras que no pasamos por algo similar. Hacer la conexión entre los juegos y la identidad de la persona es un error conceptual que involucra también los roles y estereotipos de género, y por esto, cada vez que me entrevistan hago el siguiente hincapié: que durante mi infancia no haya jugado con muñecas ni mostrado diferencias respecto a mi corporalidad, no le quita validez a mi identidad de género ni tampoco a la de otras personas trans que pudiesen identificarse con mi relato. (Constanza Valdés, 2021, p. 8)

Con el devenir de los tiempos, las interacciones que se dan en los procesos de socialización han comenzado a ser permeadas por la perspectiva de los derechos humanos, generando movimientos cuyo sentido es reivindicar las diferencias y la autopercepción en la construcción identitaria y asumiendo que reconocer la forma en que una persona se ve a sí misma y cómo decide proyectarse hacia los demás, sin hacer valoraciones de identidades que puedan ser diferentes a lo que se ha entendido como el estándar aceptado, el binario en el caso que nos ocupa, es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad.

No obstante esta aseveración, la historia de la humanidad muestra que no todas las identidades de género han recibido igual valoración ni han podido participar de manera igualitaria en relaciones de poder, principalmente por el

desarrollo de construcciones deterministas binarias sobre lo que es “normal” en temas de la sexualidad, la identidad y los cuerpos, y sobre lo que deben representar y cumplir los seres humanos en sus roles de vida como “hombres” o “mujeres”. A ello se puede adicionar para el caso de la niñez y la adolescencia, lo que Saldivia llama “el complejo tutela” con que ha estado gobernada la infancia históricamente y que se traduce en que no se les definía por sus carencias y como objeto de protección y control por parte del Estado, la familia y la sociedad, mirada que ha ido quedando en todo caso desplazada por la comprensión desde los derechos de la niñez (Laura Saldivia, 2016).

Estimamos que no es necesaria evidencia en cifras para sostener que el mundo se ha pensado y construido asumiendo que las personas estamos mayoritariamente conformes con el sexo que se nos asigna médicaamente al nacer, que somos “hombres” o “mujeres” y que los distintos agentes de socialización (la familia, la escuela, las amistades, como principales) hacen su trabajo a través de distintas interacciones que nos van definiendo. Como refuerza Juan Gavilán (2018) sobre el tema, en el marco de las sociedades occidentales “durante las últimas décadas, se ha mantenido bajo el dominio del discurso biomédico, en el seno de una cultura con un modelo de ordenación de la sexualidad dualista y binario” (p. 27).

Por esto resulta relevante identificar que el modelo de socialización que venimos describiendo tiene, a su vez, algunos problemas que, desde el enfoque de este trabajo y la posición de sus autores, justamente deben ser relevados para aportar a la necesidad de deconstruir el modelo binario de sexo y género que entorpece la visibilidad y reclamos por reconocimiento de personas trans no binarias y de género no conforme.

Es más, Raewyn Connell y Rebecca Pearse (2018) señalan que si bien se pueden rescatar elementos del relato sobre el modo en que se adquiere el género, hay también “importantes problemas con él, tan graves, de hecho, que el modelo de socialización debe ser abandonado” (p. 179). En concreto, apuntan a cuatro de estos problemas. Primero, que el relato de género suele ser monolítico, apelando con ello a la gran variedad de patrones de masculinidad y femineidad que complejizan los aprendizajes de género en el marco, a su vez, de la destrucción, fragmentación y recomposición de las culturas a través de los procesos de conquista, colonización, migración y globalización contemporáneos. En segundo lugar, apuntan a que el modelo de socialización supone que el aprendizaje de género consiste en adquirir rasgos regulares en el comportamiento de hombres y mujeres. En tercer lugar, revelan

que el modelo le entrega un rol pasivo a quien hace de “alumna” del mismo y un papel activo a quienes intervienen como agentes de socialización, lo cual no ocurre en la realidad, dando cuenta de que los niños y niñas no esperan las normas de género de forma tranquila, sino que son siempre activos. Finalmente, las autoras citadas señalan que el modelo de socialización reconoce sólo una dimensión del aprendizaje: en favor o en contra de las normas de roles sexuales, lo cual dificulta la comprensión de los cambios característicos de la vida de las personas jóvenes, “que parece que vienen de ninguna parte” (Raewyn Connell y Rebecca Pearse, 2018, pp. 179-181). Frente a estas críticas y a partir de ellas, estos autores proponen como un relato más ajustado el que llaman del “aprendizaje corporalizado”, que describen como una buena explicación cuando reconoce:

Tanto las contradicciones del proceso como la posición activa y no pasiva de quienes están aprendiendo. Debe reconocer la agencia de los cuerpos en el mundo social, puesto que la alumna activa está corporalizada. Ha de percatarse del poder y la complejidad de las instituciones que ocupan el mundo de la alumna. Tiene que dar cuenta de las competencias de género que se aprenden y de los diferentes proyectos de vida en los que se ponen en práctica. Y debe asimilar el cambio histórico en todas esas cuestiones. (Raewyn Connell y Rebecca Pearse, 2018, p. 181)

Situados desde estos enfoques sobre la socialización y la interesante propuesta crítica de las autoras citadas, los autores de este artículo creemos que una buena estrategia es avanzar en precisiones conceptuales que, sin llegar a la categorización rígida tan propia del modelo binario, aporten a visibilizar identidades de género excluidas que, a su vez, favorezcan identificar los problemas sociales y jurídicos que son consecuencia de ello. Así, se puede favorecer, por ejemplo, una mirada abierta a acompañar a una persona desde su temprana edad cuando va manifestando su identidad, más allá de pretender la categorización binaria como el objetivo que se debe alcanzar antes de la mayoría de edad.

En ese sentido, se pueden dar cuenta de buenas iniciativas desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a partir de asumir la importancia de no categorizar. En la opinión consultiva 24/17, ya citada, la Corte IDH asume que en este tema

suelen utilizarse conceptos y definiciones acerca de los que no existe acuerdo entre los organismos nacionales, internacionales, organizaciones y grupos que defienden sus respectivos derechos así como en ámbitos académicos en que se debaten. Además, responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente. (Opinión consultiva OC-24/17, 2017, párrafo 31)

La Comisión Interamericana, en tanto, en su informe de 2020 sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas trans da cuenta de tener información sobre personas que

no se identifican con el género que les fue asignado al nacer, pero que tampoco se identifican a sí mismas como “trans”, ni con ninguna de las categorías identitarias que suelen incluirse bajo ese término paraguas. Asimismo, hay quienes se identifican como “trans”—o bajo alguna de las categorías identitarias incluidas bajo ese término paraguas— que se identifican específicamente por fuera de cualquier categoría que refleje elementos del binario mujer/hombre. Entre este universo de identidades y expresiones de género, se encuentran las personas que se identifican como “personas no binarias”, o bien “personas de género no binario” (o *genderqueer*, sobre todo en contextos anglófonos) entre muchas otras posibilidades. Cualquiera sea su configuración física de nacimiento, existen personas no binarias que se identifican con una única posición fija de género distinta de hombre o mujer. Otras personas no binarias no se identifican con ningún género en particular, en ocasiones denominándose personas “agénero”. En ocasiones, estas personas se consideran a sí mismas personas sin género, o bien disienten con la idea misma de género. Por su parte, las personas de “género fluido” vivencian el género de manera fluctuante, sin un género fijo y permanente. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos y REDESCA, 2020, párrafos 86 y 87)

Estos reconocimientos han sido seguidos de una jurisprudencia conteniosa en situaciones de vulneraciones a derechos de personas trans en los casos *Azul Marín vs. Perú* y *Vicky Hernández vs. Honduras*, fallados en 2020 (*Caso Azul Rojas Marín y otras vs. Perú*, 2020) y 2021 (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021), respectivamente, que reforzaron los estándares interamerica-

nos sobre los deberes estatales en relación con la igualdad y no discriminación a la comunidad LGBTI y también la importancia del principio de autopercepción en las identidades (Ximena Gauché, 2022).

Ello, empero, contrasta la concepción binaria y restringida de la identidad de género en los votos parcialmente disidentes de la jueza Elizabeth Odio Benito y del juez Eduardo Vio Grossi en el caso de Vicky Hernández. Si bien la víctima no se identificaba a sí misma como persona no binaria o de género no conforme, sino como mujer trans, las argumentaciones de ambos jueces para sostener que no era aplicable la protección que brinda la Convención de Belém do Pará (1994) a una mujer trans, vuelven a la argumentación binaria y a la *corporalización* de las personas como determinante en las identidades de género. En el primer caso, la jueza Odio Benito parte con una afirmación de suyo controversial y opuesta al sentido de la opinión consultiva 24/17, aun cuando tiende a matizarla. Dice la jueza que, para los efectos de su voto disidente,

resulta fundamental asentar desde el inicio que, en mi opinión, la llamada “identidad de género” es una expresión difusa que hoy busca erróneamente sustituir “sexo” por esa “identidad”. Y a partir de esa sustitución, borrar al sexo femenino con todas sus propiedades biológicas y mezclarlo todo en un sola categoría subjetiva y auto designada. (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párrafos 5 y 7)

Los autores entendemos que no hay argumento riguroso que permita sostener que la diferencia de identidad de género y de sexo puede ser vista con pretensiones de sustitución o de borrado de quienes se identifican claramente como de sexo mujer y género femenino. Menos cuando ella, la reclamación de la identidad, se efectúa en sede jurídica. Luego señala que

se pretende que “identidad de género”, un sentimiento que incluso puede cambiar de un día al otro, sustituya y borre el sexo con el cual se nació. Ya no se hablará más de mujeres y hombres con sus características propias, sino de “personas”. En neutro, en indefinido. Parece que “género”—construcción cultural—también desaparece. Todo se vuelve a que sólo exista la “identidad de género”, vivencia individual y personal de cada uno de nosotros y nosotras. (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párrafo 12)

Lo anterior, da cuenta de una posición argumental que tensa toda acogida a las identidades no binarias.

En su caso, el juez Vio Grossi fundamenta su disidencia parcial en que la Convención de Belém do Pará proscribe la

“acción o conducta” contra la “mujer”, que le cause “muerte, daño o sufrimiento” “y que se lleve a cabo en razón de su género, es decir, en mérito a su “identidad, funciones y atributos construidos socialmente (en lo tocante a ella) … y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas” con el hombre, condición ésta que, lógicamente, no puede, entonces, corresponder a la de “mujer trans”. (*Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 2021, párrafo 31)

IV. JURISPRUDENCIA QUE TRASPASA EL CARÁCTER BINARIO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO

En las secciones anteriores hemos sostenido que hay buenas razones para desafiar la comprensión normativa estrecha de la identidad de género; esto es, como hemos reiterado, la reducción de la identidad de género al binomio “masculino/femenino”. Parte de estas razones están siendo ya acogidas de manera incipiente en Chile en alguna jurisprudencia de instancia.

Un juzgado de familia de Santiago debió resolver la solicitud presentada por el padre y la madre de su hija, de diecisiete años, conforme a la que demandaban el cambio de su nombre a uno que pudiera ser utilizado tanto para hombres como para mujeres. Su hija, señalaban sus progenitores, se identificaba como una persona de género fluido. Para resolver el reclamo, el Tribunal invocó una serie de disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, así como diversos derechos fundamentales. Enseguida, añadió que

las identidades no binarias son aquellas que no se identifican con uno de los dos géneros reconocidos en la mayoría de culturas occidentales: la de hombre o la de mujer. La etiqueta de no binario puede encapsular una multitud de significados, ya que uno puede o identificarse como hombre y mujer, o dentro del espectro masculino-femenino, o puede no identificarse como ninguno. (Tercer Juzgado de Familia de Santiago, rol R-X-2022, 25 de abril de 2022, cons. 7o.)

Con base en los principios de la LIG, en particular el interés superior de niños, niñas y adolescentes y la autonomía progresiva, el Tribunal concluye razonando que los y las adolescentes son titulares de derechos fundamentales y que deben adoptarse todas “las medidas por las autoridades administrativas para hacer efectivo este reconocimiento [de su derecho a la identidad de género], conforme como se ha razonado” (Tercer Juzgado de Familia de Santiago, rol R-X-2022, 25 de abril de 2022, cons. 13). Esto incluye, cierra el Tribunal, disponer en el servicio de registro civil como sexo registral no binario. En similar sentido falló un Tribunal de Familia en la ciudad de Puerto Montt también ante la petición de dos progenitores de que se reconociera un nombre y sexo no binario, con base en los principios de la LIG (Juzgado de Familia de Puerto Montt, rol desconocido, 25 de julio de 2022, cons. 9o. y 10).

En otro caso, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de apelación presentado por una persona en contra de la sentencia de un tribunal de instancia que había rechazado su solicitud de cambio de nombre y sexo registral. En ella solicitaba el cambio de nombre y su calificación de sexo registral como no binario. Sobre la base de parecidas referencias, incluidas las referencias a la LIG y al derecho internacional de los derechos humanos, revocó la sentencia ordenando la modificación de la inscripción, reemplazando “la mención de ‘masculino’, por ‘no binario’ con el marcador ‘x’” (Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, rol X-2022, 28 de julio de 2022).

En sede de justicia civil, en tanto, y en el marco de una gestión voluntaria bajo las leyes 17.344 (26/01/2023) y 4.808 (26/01/2023) que, huelga decir, no quedaron derogadas por la sola entrada en vigor de la LIG, el Tribunal se enfrentó a tener que determinar qué se entiende por género no binario para resolver la procedencia de reconocer a la parte peticionaria su propia identidad sin más clasificación ni estereotipos que su propia auto-determinación. Con vista de prueba documental aportada por la persona solicitante, e interpretando expansivamente los principios de la LIG a través de reglas de interpretación, de atribución de competencia y principio de inexcusabilidad, llega hasta hacer control de convencionalidad para dar lugar a lo solicitado, y además ordenar la rectificación de la partida de nacimiento en el rubro alusivo al sexo, en el sentido de cambiar la mención “femenino” por “x” (Primer Juzgado Civil de Santiago, rol V-297-2021, 25 de mayo de 2022, cons. 6o., 7o., 8o., 10 y 11).

A nivel de experiencia comparada, en esta sección ofrecemos también una mirada a jurisdicciones extranjeras en las que los embates a la visión estrecha han recibido sustento incluso constitucional.

En las decisiones que revisaremos a continuación repasaremos los principales criterios que se han observado en cortes de constitucionalidad alrededor del mundo en las que se ha abordado la discusión relativa a si ocurre que el no reconocimiento de identidad de género de personas no binarias afecta o no derechos fundamentales. Tal como lo señala la Corte Suprema de Nepal.⁴ Esta revisión comparada tiene por objetivo revisar una problemática jurídica que no sólo es propia de Chile, sino que se ha venido enfrentando en diversas comunidades políticas alrededor del mundo. Como es propio del derecho, problemas jurídicos similares suelen ser tratados de forma parecida.

En primer lugar, las diferentes sentencias revisadas dan cuenta de un cúmulo más o menos parecido de derechos y libertades fundamentales que se consideran lesionados, allí donde no se dispone el reconocimiento de la identidad de género no binaria. Así, en Bélgica se sostuvo que la exclusión de personas no binarias del registro de su identidad de género de conformidad con su percepción, resulta en una discriminación desproporcionada que no puede ser justificada razonablemente. Afecta su derecho a autodeterminarse en condiciones de igualdad y su privacidad (Corte Constitucional de Bélgica, *Arrêt 99/2019*, 19 de junio de 2019, párrafo B, 6 y 7). La Corte Suprema de Nepal fue de la misma opinión. Además de afectar el reconocimiento de su derecho a la igualdad ante la ley, el desconocimiento de la posibilidad de registrar un tercer género atenta contra la privacidad de las personas, cuando un individuo identifica su identidad de género de acuerdo con sus propios sentimientos. Sostuvo ese Tribunal:

otros individuos, la sociedad, el Estado o la ley no son los apropiados para decidir qué tipo de pareja debe tener, qué tipo de pareja sexual debe elegir y con quién debe mantener relaciones maritales. Se trata más bien de una cuestión que entra de lleno en el ámbito del derecho a la autodeterminación de cada individuo. (National Judicial Academy Law Journal, 2008, p. 283)

⁴ Las referencias a la sentencia de la Corte Suprema de Nepal se toman de National Judicial Academy Law Journal (2008), p. 275.

En el caso alemán, este debate se abordó desde la afectación al derecho a la personalidad y la dignidad. Para el Tribunal Federal alemán, la personalidad y la dignidad incluyen la protección del derecho a la identidad de género, la que ciertamente incluye la protección de las personas que no quieren ser encasilladas como hombre o mujer. Ese derecho se ve afectado inconstitucionalmente cuando las personas que no se identifican ni como hombre ni como mujer, deben optar por encasillarse en uno u otro género, viendo desconocida su identidad, un aspecto clave de la personalidad. De paso, tal medida viola la dignidad, la personalidad y el trato justo en razón del sexo, lo que inevitablemente importa una afectación de la igualdad ante la ley. En concreto, ese Tribunal sostuvo que la ley, al obligar a las personas que no se sienten identificadas con el género masculino o femenino a tener que optar por alguna de esas dos categorías, les impone el deber de tolerar una calificación de su sexo que no corresponde a su identidad de género constitucionalmente resguardada (Corte Federal Constitucional de Alemania, 1 BvR 2019/16, 10 de octubre de 2017, párrafos 36-39).

La Corte Constitucional de Colombia, por su lado, sostuvo que la falta de reconocimiento del derecho a la identidad de género de personas que se autoperciben como no binarias, lesionan los derechos a la dignidad humana, la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia del individuo. Como es tradición ya en el caso de la Corte sudamericana, el análisis de la aceptación del principio de igualdad se realiza, además, a partir de la consideración de las personas que ven afectado su derecho a la identidad de género como un grupo que se encuentra en condiciones especialmente desventajosas, y por lo mismo requieren una especial reafirmación de sus derechos (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-033/22, 4 de febrero de 2022, pp. 55 y 56).

Lo mismo sostuvo la Corte Suprema de la India: “Las personas transgénero, en su conjunto, se enfrentan a múltiples formas de opresión en este país. La discriminación es tan grande y pronunciada, sobre todo en el ámbito de la atención sanitaria, el empleo, la educación, dejando a un lado la exclusión social” (Corte Suprema de India, W.P(C) 604 of 2013, 15 de abril de 2014, párrafo 45). Además, agregó que la imposibilidad de identificar un tercer género afectaba la libertad de expresión (Corte Suprema de India, W.P(C) 604 of 2013, 15 de abril de 2014, párrafos 66 y 67).

Un segundo aspecto relevante de las sentencias revisadas era que varias de ellas identificaban el rol de los sistemas de registros civiles o bancos de da-

tos públicos vinculados a la personalidad de las personas. La High Court de Australia, por ejemplo, sostuvo que el rol del registro público es indexar y registrar la información proporcionada por la ciudadanía, no evaluarla. Este tema es clave en casos como el de la identidad de género en que se ejerce una libertad e igualdad conforme a la cual la persona se identifica del modo en que se autopercibe, mientras la función estatal se limita al reconocimiento de esa identidad (NSW Registrar of Births, HCA 11, 2 de abril de 2014, párrafo 38): “ni la ley ni los reglamentos sugieren que la función del registro se extienda a la formulación de algún juicio moral o social; desde luego, no se extiende a la resolución de cuestiones médicas ni a la formación de una opinión sobre el resultado de un procedimiento de afirmación del sexo” (NSW Registrar of Births, HCA 11, 2 de abril de 2014, párrafo 16).

En el caso alemán, el Tribunal Federal de ese país dispuso que la obligación del sistema de registros del país impone no solamente deberes negativos, a saber, no cuestionar la forma en que la persona se presenta y entrega su información para ser indexada por el Estado, sino que, además, impone deberes positivos, esto es, la obligación de permitir que la persona, junto con poder eliminar una calificación incorrecta, pueda, además, ser inscrita de un modo que sea consistente con su identidad de género, lo que una certificación de “N/A” o simplemente dejar las marcas en blanco no satisfacen (Corte Federal Constitucional de Alemania, 1 BvR 2019/16, 10 de octubre de 2017, párrafos 43 y 44).

Otro tanto se sostuvo en el caso colombiano, en el que la Corte Constitucional distinguió entre las dimensiones internas y externas del derecho fundamental a la identidad de género. La dimensión externa del derecho a la identidad de género, se sostuvo, importa el reconocimiento a través de documentos oficiales de su identidad. Impedir el reconocimiento de la identidad de género de personas no binarias, trunca el ejercicio de derechos fundamentales en cuanto impide la proyección del propio género. Esta última dimensión del derecho a la identidad de género, la externa, como venimos diciendo, se recoge a través de los sistemas de registro e información que el Estado dispone para ser completados a partir de la información que ciudadanos y ciudadanas entreguen. El deber del Estado a este respecto, entonces, consiste sólo en reconocer y no juzgar: “un trámite que depende de la autonomía de la persona” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-033/22, 4 de febrero de 2022, p. 68), como cuando cada una de nosotras se identifica del modo en que quiera hacerlo en los censos.

Por ello, tal como acontece en el caso alemán, la Corte considera inadecuada la solución normativa, ofrecida por el sistema de registro colombiano, de no incluir marcador alguno para las personas que no puedan incluirse dentro de alguna de las categorías binarias. En palabras de la Corte:

Por otra parte, la propuesta sobre que la eliminación del componente opere únicamente para las personas con identidades de género no binarias, de modo que éstas puedan dejar en blanco el ítem correspondiente, es problemática. Conlleva a la idea equivocada de que sus construcciones identitarias, al no insertarse en el sistema binario, no pueden ser reconocidas. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-033/22, 4 de febrero de 2022, p. 90)

En tercer lugar, las sentencias acá revisadas enfrentaban invariablemente una objeción similar a la que se ha dejado sentir en el debate doméstico; a saber, que la posibilidad de las personas de alterar sus registros en materia de identidad de género podría ocasionar confusiones que pueden terminar afectando otros ámbitos jurídicos. En el caso australiano, la Corte sostuvo que para la mayor parte de las regulaciones legales, la indeterminación respecto al sexo de una persona es absolutamente irrelevante (NSW Registrar of Births, HCA 11, 2 de abril de 2014, párrafos 41 y 42). En todo caso, de existir algunos inconvenientes que la sociedad deba soportar, éstos son mínimos en comparación al respeto a la igualdad y a la autonomía (igualdad en la autodeterminación) de las personas que una medida así importa (Corte Constitucional de Bélgica, Arrêt 99/2019, 19 de junio de 2019, párrafo B, 6.6).

En Alemania se razonó en idéntica línea: las confusiones que la inclusión de un tercer género puede acarrear en el sistema legal, sostuvo el Tribunal Federal, son mínimas o inexistentes, y en cualquier caso, los intereses de terceras partes no son de una entidad tal como para permitir una interferencia en el desarrollo de la libre personalidad de un individuo. Puede haber ciertos costos y cargas administrativas de adecuación para el reconocimiento de un tercer género, pero ninguno de éstos son un argumento razonable como para permitir una interferencia en el derecho al desarrollo de la libre personalidad (Corte Federal Constitucional de Alemania, 1 BvR 2019/16, 10 de octubre de 2017, párrafos 51-53).

Por último, las diferentes sentencias optaron por distintos remedios legales. En el caso alemán, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que la Ley Fundamental no requiere que el estado civil de las personas tenga que ser identificado

en términos binarios, ni prohíbe que pueda reconocer un tercer género indeterminado. Por eso la Corte decidió que debía considerarse la posibilidad de que las personas se identifiquen con un tercer género, lo que, dicho sea de paso, confiere más seguridad, y más certeza, como se reclamó, en comparación con dejar esas casillas completamente en blanco o de forma indeterminada (Corte Federal Constitucional de Alemania, 1 BvR 2019/16, 10 de octubre de 2017, párrafo 50). La Corte Constitucional de Colombia se decanta por la denominación “no binario”, pues a diferencia de la X, ésta denominación no trata al otro o a la otra como un sujeto anónimo, sino que se trata de una alternativa más respetuosa de la diversidad de género (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-033/22, 4 de febrero de 2022, p. 109).

V. CONCLUSIONES

Este trabajo plantea un problema jurídico que, aunque se formula desde el entorno normativo chileno, se sitúa —como se ha evidenciado— en un contexto comparado y transnacional. El problema jurídico identificado es que los cuerpos normativos que reconocen el derecho a la identidad de género, allí donde existen, suelen estar anclados en una cierta comprensión del binomio sexo-género que sería uno, inmutable y universal. En efecto, esos sistemas normativos —de los que el chileno es sólo un ejemplo—, reposan en una cierta comprensión del derecho a la identidad de género que acá hemos denominado, siguiendo la literatura, cisnormativa.

Esta comprensión plantea desafíos legales de los cuales los diferentes sistemas legales al rededor del mundo —de un mundo muy variado, como hemos visto al revisar la jurisprudencia comparada— han comenzado a hacerse cargo.

¿Cuál es ese desafío? Las personas trans, cuyos derechos han sido reconocidos a partir de movilizaciones sociales que han incluido el litigio, siempre han debido idearse mecanismos jurídicos para poder reivindicar la protección de su identidad, el resguardo de su autonomía y la promoción de su libertad. En el caso de las personas con identidades no binarias, ello no ha sido la excepción. Así, diversos reclamos presentados ante tribunales de justicia han planteado un (nuevo) desafío al carácter binario de los sistemas normativos, que han puesto en evidencia que esos sistemas ofrecen un vacío cuya falta de tratamiento acarrea perjuicios para las libertades fundamentales de las personas.

En efecto, los sistemas normativos —de los que la LIG chilena es solo un ejemplo— presentan un vacío en relación con las personas que expresen su género desde una mirada no binaria o de género no conforme, lo que devela que estas leyes arrancan de, y se sitúa en, una concepción cismnormativa de las identidades de género, en las que estas personas no encuentran (el vacío) vehículos legales para portear sus demandas de protección. En otras palabras, carecen de herramientas para proteger sus libertades.

Desde luego comprendemos y reconocemos que al derecho le costará avanzar en desmarcarse de los modelos binarios cuando deba regular el reconocimiento y la protección de derechos y libertades en torno a la identidad de género percibida por cada una de las personas. Sin embargo, reconocemos algunas acciones que deberían considerarse estratégicas para superar los desafíos: avanzar en presiones conceptuales que aporten a visibilizar identidades de género excluidas, replicar buenas prácticas o iniciativas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a partir de asumir la importancia de no categorizar jurídicamente a las personas, relevar el modelo de socialización para comprender y justificar la necesidad de deconstruir el binarismo sexogénero, generar capacitaciones y campañas de sensibilización sobre la temática y desafiar la comprensión normativa estrecha de la identidad de género, ampliándola más allá del binomio masculino/femenino. Todo esto, resulta necesario enfatizarlo, no por un afán de revisionismo científico, sino, simplemente pero en forma crítica, por razones de índole jurídica: de protección y resguardo de los derechos de las personas.

En efecto, no debemos perder de vista las situaciones lamentablemente cotidianas que dan cuenta y nos recuerdan la importancia, urgencia y relevancia de avanzar en la superación del binomio sexo-género desde una perspectiva de protección de los derechos de personas de todas las edades. Tal es el caso del adolescente trans José Matías de la Fuente Guevara, quien se suicidó lanzándose desde un piso 11 por el acoso que sufría en el establecimiento en el norte de Chile (Ellos hicieron masacre... El Mostrador, 2022), que había incumplido el mandato de la Circular 768, de 2017, de la Superintendencia de Educación (actualmente reemplazado por la Circular 812, de 2021) (Superintendencia de Educación, 2021), que obliga a los establecimientos en Chile a resguardar los derechos de la niñez y adolescencia trans.⁵

⁵ El impacto de su muerte impulsó la tramitación de un proyecto de ley —conocido como

Es de esperar que la discusión legislativa en Chile, y en otras partes del mundo, se expanda desde una concepción no binaria de la identidad de género —aspecto por el cual la niñez y la adolescencia puede ser vulnerada en sus derechos— e incluya además una mirada a la importancia del acompañamiento en los diversos procesos de socialización por agentes externos, lo que sería consecuente con el marco protector a la no discriminación que consagran los cuerpos normativos en materia de derechos de la infancia —en Chile el artículo 8o. de la Ley 21.430, de marzo de 2022 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (26/01/2023)—.

En lo que toca específicamente al reconocimiento normativo de identidades no binarias o no conformes, las esperanzas pueden cifrarse, asimismo, en uno de los proyectos de ley que buscan reformar la LIG, el cual persigue introducir mejoras en torno a la definición binaria de la Ley 21.120 (Cámara de Diputados y Diputadas, 2020).

Los avances normativos, como decimos, son relevantes, pues parece claro que, si bien la jurisprudencia chilena y la comparada han ido avanzando hacia el reconocimiento de identidades no binarias o de género no conforme, se trata sólo de un primer paso. El acceso a la justicia en general si bien es un derecho en sí mismo, que opera como vehículo para el reconocimiento de otros derechos, funciona *a posteriori*, esto es, cuando ya existe una vulneración, por lo que no siempre logra la reparación que se debe a quienes son declaradas las víctimas.

VI. REFERENCIAS

Biblioteca del Congreso Nacional (2019). *Historia de la Ley 21.120*. Congreso Nacional.<https://www.bcn.cl/historiadaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/7600/>

Bodenhofer, Canela (2019). Estructuras de sexo-género binarias y cisnormadas tensionadas por identidades y cuerpos no binarios: comunidades educativas en reflexión y transformación. *Revista Punto Género*, 12,

Ley José Matías— que busca reforzar la normativa sobre convivencia escolar, apuntando a que se reconozca explícitamente la libertad sexual y la identidad de género de estudiantes.

101-125. <https://revistapuntogenero.uchile.cl/index.php/RPG/article/view/56250/59495>

Bravo, Giancarlo, Sánchez, O. y Yáñez, C. (2015). Identidades trans e inclusión laboral. Perspectivas de adultos transexuales y transgénero residentes en el gran Concepción respecto a su proceso de búsqueda y desarrollo de un empleo (tesis de pregrado), Universidad de Concepción. En Camila Sepúlveda, *Discursos sobre la identidad de género en la configuración de las políticas sociales desde la perspectiva de actores políticos del gobierno nacional regional y sociedad civil organizada* (pp.1-209). Editorial Universidad de Concepción.

Cámara de Diputadas y Diputados (2013). *Proyecto Ley Boletín 8.924-07. Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género.* <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=9331&prmBOLETIN%20=8924-07>

Cámara de Diputadas y Diputados (2020). *Modifica la Ley General de Educación y la Ley sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales, para Reforzar la Normativa sobre Convivencia Escolar, considerando el Respeto de la Identidad Sexual y de Género, y Sancionar toda Forma de Discriminación basada en estas Circunstancias.* <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14452&prmBOLETIN=13893-04>

Cámara de Diputadas y Diputados (2022). *Modifica la Ley 21.120 y otros Cuerpos Normativos, en Materia de Reconocimiento y Protección del Derecho a la Identidad de Género.* <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/autores.aspx?prmID=15498&prmBOLETIN=14985-34>

Caso Azul Marín y otras vs. Perú (2020). Corte IDH. Sentencia del 12 de marzo, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 1-298. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf

Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras. Corte IDH. Sentencia del 26 de marzo, fondo, reparaciones y costas, párr. 1-33. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf

ChileTrans (2019). *Historia de la Ley.* Movilh. <https://www.movilh.cl/trans/historia-de-la-ley/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos y REDESCA (2020). *Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.* Organización de Estados Americanos. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/282.asp>

Connell, Raewyn y Pearse, Rebecca (2018). *Género. Desde una perspectiva global* (trad. Arantxa Grau Muñoz y Almudena A. Navas Saurin). Valencia, Universidad de Valencia.

Convención Belém do Pará, 19 de junio de 1994. 26/01/2023. <https://www.oas.org/es/mesecvi/convencion.asp>

Corte Constitucional de Bélgica (2019), Arrêt 99/2019, 19 de junio de 2019.

Corte Constitucional de Colombia (2022). Acción de tutela instaurada por Dani García Pulgarín contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Novena de Medellín, Sentencia T-033/22.

Corte Federal Constitucional de Alemania (2017). 1 BvR 2019/16, 10 de octubre de 2017.

Corte Suprema de Chile (2018). Recurso de Casación en el fonde en causa sobre rectificación de partida de nacimiento, 29 mayo 2018.

Corte Suprema de India (2014). National Legal Services Authority vs. Union of India and others, W.P(C) NO. 604 of 2013, 15 de abril de 2014.

Ellos hicieron masacre con él: acoso, bullying y violación grupal habrían sido las motivaciones tras el suicidio de un joven trans según denuncia su madre (2022, febrero, 5). *El Mostrador*. <https://www.elmostrador.cl/braga/2020/02/05/ellos-hicieron-masacre-con-el-acoso-bullying-y-violacion-grupal-habrian-sido-las-motivaciones-tras-el-suicidio-de-un-joven-trans-segun-denuncia-su-madre/>

Fundación Todo Mejora (2016). *Encuesta Nacional de Clima Escolar en Chile 2016*. Todo Mejora ORG. <https://www.etsex.cl/wp-content/uploads/2021/05/Todo-Mejora.-2016.-Encuesta-Nacional-de-Clima-Escolar-en-Chile.pdf>

Gauché, Ximena (2022). Protección de la identidad de género. Perspectivas internacional y nacional. *Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial*. Ediciones DER.

Gauché, Ximena y Lovera, Domingo (2019). Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: una cuestión de derechos. *Revista Ius et Praxis*, 25(2), 359-402. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000200359>

Gauché, Ximena y Lovera, Domingo (2022). Derecho a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes, más allá de la Ley 21.120: expansiones desde un enfoque de derechos. *Revista Ius et Praxis*, 28(1), 122-140. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000100122>

Gavilán, Juan (2018). *Infancia y transexualidad*. Ediciones Octaedro.

Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago (2022). Recurso de Apelación, 28 julio 2022.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2017). Realidad y desafío: niños, niñas y adolescentes trans e intersex en contextos de salud y educación. En Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2017: Situación de los derechos humanos en Chile* (pp. 65-78). Ediciones Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Juzgado de Familia de Puerto Montt (2022). Procedimiento Ley 21.120, 25 de julio de 2022.

Lepin, Cristián (2021). Procedimiento de rectificación de partida por identidad de género. En: Cristián Lepin e Issac Ravetllat (coords). *Identidad de género* (pp.123-140). Tirant Lo Blanch.

Ley 17.344, Autoriza el Cambio de Nombres y Apellidos en los Casos que Indica. Modifica Ley 4.808 sobre registro civil. *Diario Oficial*, 22 de septiembre de 1970. 26/01/2023. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28940>

Ley 21.120, Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género. *Diario Oficial*, 10 de diciembre de 2018. 26/01/2023. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1126480>

Ley 21.400, Modifica Diversos Cuerpos Legales para Regular, en Igualdad de Condiciones, el Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo. *Diario Oficial*, 10 de diciembre de 2021. 26/01/2023. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1169572>

Ley 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. *Diario Oficial*, 15 de marzo de 2022. 26/01/2023. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173643>

Ley 4.808, Reforma la Ley sobre el Registro Civil. *Diario Oficial*, 10 de febrero de 1930. 26/01/2023. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=24928&r=5>

Lorca, Lorena (2020). La intervención clínica. Repensando a personas transgénero y el cambio jurisprudencial logrado. En Cristian Lepin (dir.). *Enseñanza clínica del derecho* (pp. 165-167). Tirant Lo Blanch.

Ministerio de Educación (2022). Las alas rotas de José Matías y el proyecto que busca garantizar la vida de las y los estudiantes trans. *Revista de Educación*, 400, (s/p). <http://www.revistadeeducacion.cl/las-alas-rotas-de-jose-matias-y-el-proyecto-que-busca-garantizar-la-vida-de-las-y-los-estudiantes-trans/>

Ministerio de Salud (2021). *Recomendaciones para la implementación del Programa de Acompañamiento para niños, niñas y adolescentes trans y género no conforme*. Di-

prece Minsal. <https://diprece.minsal.cl/wp-content/uploads/2021/05/RECOMENDACIONES-PARA-LA-IMPLEMENTACION-DEL-PROGRAMA-DE-ACOMPAÑAMIENTO-PARA-NINOS-NINAS-Y-ADOLESCENTES-TRANS-Y-GENERO-NO-CONFORME.pdf>

Movilh (2019). *XVIII Informe anual de derechos humanos. Diversidad sexual y género en Chile*. <http://www.movilh.cl/documentacion/Informe-DDHH-Movilh-2019.pdf>

National Judicial Academy Law Journal (2008). Decision of the Supreme Court on the Rights of Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual and Intersex (LGBTI) People. *NJALJ*, Vol.2 (1), 1-306. <http://njanepal.org.np/public/reports/21021143119-NJA%20Law%20Journal%20202008%20.pdf>

NSW Registrar of Births (2014). Deaths and Marriages v Norrie HCA 11, 2 de abril de 2014.

Olsen, Frances (2009). El sexo del derecho. En Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares (coords.). *El género en el derecho. Ensayos críticos* (pp. 1-42). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Opinión Consultiva OC-24/17. Corte IDH, del 24 de noviembre solicitada por la República de Costa Rica.

Outright Action Internacional (2016). *Cartografía de los derechos trans en Chile*. OutRight International.

Palomares, Jorge y Rozo, Camila (2019). El registro civil de las personas y el modelo no binario. *Revista Ius et Praxis*, 25(3), 113-144. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v25n3/0718-0012-iusetp-25-03-113.pdf>

Primer Juzgado Civil de Santiago (2022). Gestión Voluntaria Ley 17.344, 25 mayo 2022.

Principios de Yogyakarta (2006). Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad de género. <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>

Principios de Yogyakarta +10 (2017). Principios y obligaciones estatales adicionales sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales que complementan los Principios de Yogyakarta. <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/los-principios-de-yogyakarta-10/>

Saldivia, Laura (2016). El reconocimiento del derecho a la identidad de género de Luana. En Valeria Pavan (Comp.), *Niñez trans. Experiencia de recono-*

cimiento y derecho a la identidad (pp. 77-87). Ediciones Universidad Nacional de General Sarmiento.

Saldivia, Laura (2017). *Subordinaciones invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*. Ediciones Universidad Nacional de General Sarmiento.

Superintendencia de Educación (2021). Garantiza el derecho a la identidad de género de niñas, niños y estudiantes en el ámbito educacional. Ministerio de Educación.<https://www.supereduc.cl/contenidos-de-interes/circular-n812-garantiza-el-derecho-a-la-identidad-de-genero-de-ninas-ninos-y-estudiantes-en-el-ambito-educacional/#:~:text=Circular%20N%C2%B0812%3A%20Garantiza,%C3%A1mbito%20educacional%20%E2%80%93%20Superintendencia%20de%20Educaci%C3%B3n>

Tercer Juzgado de Familia de Santiago (2022). Procedimiento Ley 21.120, 25 abril 2022.

Valdés, Constanza (2021). *¿Un cuerpo equivocado? Identidad de género, Derechos y caminos de transición*. La Pollera Ediciones.

Vander, Zanden (1986). Manual de psicología social. En Raquel Suriá, *Socialización y desarrollo social* (pp. 1-14). Psicología Social. <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/14285/1/TEMA-2-SOCIALIZACION-Y-DESARROLLO-SOCIAL.pdf>

Yoshino, Kenji (2006). *Covering. The Hidden Assault on Our Civil Rights*. Random House.