



Artículos



Santiago, 28 de noviembre de 2018

Alberto Plaza, el Tribunal Constitucional y la ley de identidad de género.

Quizás lo más riesgoso del proyecto esté en el principio de no discriminación, ya que cualquier expresión más o menos crítica de las teorías radicales de género podría ser considerada discriminatoria.

Por: Hernán Corral

El cantautor Alberto Plaza ha sido fuertemente criticado por sus opiniones en los medios sobre las personas con disforia de género, denominadas también transgénero o transexuales. Señaló que piensa que estas personas presentan una distorsión en su percepción. Preguntado sobre si es lo que diría respecto a la actriz trans Daniela Vega, apuntó: “Creo que Daniela Vega se percibe a sí misma como mujer, y no me puede obligar a mí a que yo tenga la misma percepción. Yo voy percibir lo que yo veo, y no lo que ve ella. Yo veo un hombre que está haciendo un rol de mujer”. La furia de los activistas de la llamada “diversidad sexual” no se dejó esperar, pero escasearon los argumentos y abundaron las descalificaciones: se le acusó de promover el odio y la discriminación. Lo menos que se le dijo fue que era ignorante.

Curiosamente en estos mismos días el Tribunal Constitucional debió pronunciarse sobre los preceptos de ley orgánica constitucional del proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. La mayoría de sus ministros estuvo por atenerse a la decisión del Congreso sobre cuáles preceptos eran materia de ley orgánica constitucional: los arts. 13 y 18 sobre competencia judicial y declaró que eran constitucionales (Sentencia de 14 de noviembre de 2018, rol N° 5385-18) ([Véase relacionado](#))

Sin embargo, en una prevención, que más bien es un voto disidente, tres ministros: Iván Aróstica, Cristián Letelier y José Ignacio Vásquez, discrepan de la mayoría y sostienen algo parecido a lo alegado por Plaza.

Para entender esta disidencia es necesario aclarar que el proyecto de ley no se limita a permitir a ciertas personas cambiar su sexo en el registro civil y en sus documentos identificatorios, sino que va mucho más allá e impone con la fuerza de una ley el concepto de “identidad de género” como independiente del sexo corporal o biológico, a la vez que eleva esa noción a la categoría de derecho garantizado. Por ello se define dicha identidad como “la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma...” (art.1, inc. 2º). Esta convicción resulta suficiente, sin que se necesite el uso de vestimentas o adminículos propios del género autopercebido ni tampoco que se intervenga el cuerpo con tratamientos quirúrgicos, hormonales o de otro tipo (art.

1º, inc. 3º), insistiéndose en que el Registro Civil, o el juez en el caso de menores, no pueden exigir modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante (art. 2 inc. 2º). Junto a la identidad de género se plasma legalmente la idea de “expresión de género”, que es definida 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” (art. 4, letra a).

Como vemos, se impone la concepción del género como identidad subjetiva que determina cada individuo libremente y sin ninguna relación, o incluso en contradicción, con elementos objetivos y observables por terceros que desde siempre han determinado la pertenencia a uno u otro sexo. No sorprende, en consecuencia, que en general se reconozca a cualquier persona mayor de edad el derecho a acudir a cualquier oficina del Registro Civil para pedir que se sustituya su sexo por el otro y se modifiquen sus nombres, bastando que lleve dos testigos que declaren que el solicitante conoce los efectos jurídicos que implica la rectificación de la partida de nacimiento (arts. 10 y 11). Si la autopercepción se modifica se posibilita un nuevo cambio registral ya que la ley señala que esta posibilidad puede usarse hasta por dos veces (art. 9).

Pero más aún: la ley establece “garantías” para proteger y hacer respetar incluso coactivamente ese derecho. Así se dispone que “toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género...” (art. 3), a que se respete también su expresión de género (art. 4, a), y al libre desarrollo de su persona conforme a esa identidad y expresión de género (art. 4, c). Además, la ley establece un listado de principios que se supone deben aplicarse en el trato con personas con disforia de género: el de no patologización, el de no discriminación arbitraria, el de confidencialidad, el de dignidad en el trato, el principio superior del niño y el de su autonomía progresiva (art. 5). El principio de no patologización se contempla como sigue: “el reconocimiento y la protección de la identidad de género considera como un aspecto primordial, el derecho de toda persona trans a no ser tratada como enferma” (art. 5, a). Curiosamente aquí el texto del proyecto incluye por única vez la mención de “persona trans” que no está definida ni caracterizada en el resto del articulado, y debemos suponer que se trata de quien padece de una disforia de género, pero al que la ley prohibirá considerarlo enfermo.

Quizás lo más riesgoso del proyecto esté en el principio de no discriminación, ya que cualquier expresión más o menos crítica de las teorías radicales de género podría ser considerada discriminatoria. La ley junto con establecer el principio (art. 5, b), dispone una prohibición y una forma de sanción. La prohibición se formula de la siguiente manera: “Ninguna persona natural o jurídica, institución pública o privada, podrá realizar un acto u omisión que importe discriminación arbitraria y que cause privación, perturbación o amenaza a las personas y sus derechos, en razón de su identidad y expresión de género” (art. 25). El afectado puede interponer la acción de la ley N° 20.609, la llamada ley Zamudio o Antidiscriminación, y así lograr el cese de la conducta discriminatoria y que el imputado sea sancionado con multas, pero esta vez se agrega también la responsabilidad civil que pudiere surgir de la contravención (art. 25).

Se entiende que los ministros disidentes señalen que no se trata simplemente de una ley que permita a las personas cambiar su sexo y su nombre, sino de algo mucho más serio y radical: “Lo que se consagra aquí es un nuevo derecho exigible a ser tratado tal como alguien se percibe a sí mismo, vaya esto o no acompañado con un cambio en la apariencia o una alteración corporal” (N° 1). Al consagrarse este derecho, con garantías y principios, la ley establece deberes para el Estado que necesariamente afectarán las leyes orgánica constitucionales relativas a la Administración pública y el Poder Judicial, acorde con los incisos primeros de los arts. 38 y 77 de la Constitución.

Se establece así la competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre estas disposiciones del proyecto que, al implantar un nuevo derecho y por tanto deberes de respeto y promoción por parte del Estado, constituyen normas propias de ley orgánica constitucional.

Establecida la competencia, los disidentes justifican por qué dichas normas son inconstitucionales. Una primera razón se basa en el principio constitucional de dignidad de las personas y de igual trato ante la ley, recordando que el art. 19 N° 2 reconoce la distinción de sexo al disponer que “hombres y

mujeres son iguales ante la ley". Los ministros creen advertir la creación de un grupo privilegiado al basar los derechos que se atribuyen a las personas trans en su mera subjetividad, aunque contraríe su conformación corporal: "El ejercicio de los derechos y, por cierto, el establecimiento de éstos por vía legal -sostienen los Ministros-, no puede emanar ni provenir de las preferencias, orientaciones o prácticas individuales, pues, por esta vía, el ordenamiento pasaría a ser una dispersión de estatutos, privilegios o fueros particulares por obra de un voluntarismo subjetivista que el Estado de Derecho ha venido a superar, a lo largo de muchos siglos de desarrollo..." (Nº 2). El caso conocido en estos días del holandés que pide que se rectifique su edad invocando su autopercepción, abona este planteamiento. ¿Con qué fundamentos se podrá negar a otros grupos o personas que las leyes se adapten a lo que ellas piensan sobre sí mismas?

Eso no es todo. Al tener que implementar todo lo relacionado con este nuevo derecho, el Estado necesariamente deberá asumir oficialmente una posición ideológica incluso respecto de ciudadanos que no concuerden con ella. Los jueces disidentes advierten que "este nuevo derecho a la identidad de género y los indicados mandatos de optimización, tienen -por lógica reversa- su correlato en un nuevo deber del Estado de promocionarlos y optimizarlos. Así, sin ley explícita de por medio, el Estado en su conjunto ha pasado automáticamente a detentar nuevos poderes de imposición unilateral para hacer ejecutar la ley frente a terceros" (nº 3). Al señalar los disidentes que el Estado ha adquirido "sin ley explícita" estos poderes, hemos de entender que hacen alusión a que no se necesitará de leyes que consagren y regulen dichas atribuciones, bastando para ello el reconocimiento legal que hace el proyecto de ley del derecho a la "identidad de género".

Pero no es solo el incremento de la injerencia del Estado en una materia debatible, incluso científicamente, lo que resulta reprochable constitucionalmente, si no sobre todo que ese incremento se hace a costa de la libertad de los ciudadanos para adherir a una concepción diferente sobre la identidad personal y sexual: la ley "lleva en ciernes que la autocomprensión sexual de un individuo pasa a ser algo exigible a los demás, puesto que en todas las relaciones intersubjetivas de contenido jurídico, al titular de este derecho le serán debidas ingentes conductas ajenas, consistentes en abstenciones y prestaciones (obligaciones negativas y positivas), por parte de sujetos individuales, grupos, asociaciones, la entera sociedad, etc." (Nº 3). Siendo así la ley coarta la libertad de pensamiento de los ciudadanos, ya que ella "implica gravar a todas las personas y cuerpos intermedios de la sociedad con deberes de omisión y aún de actuación que, amén de herir su dignidad, al hacerlas simple objeto pasivo de una concepción ideológica, perturba su libre discernimiento, al obligarlas por ley a proceder con prescindencia de la realidad" (Nº 3). Al hacer referencia a la realidad, los disidentes seguramente han querido aludir a la conformación biológica dual, femenina-masculina, de los sexos.

Concluye el voto disidente haciendo ver que la creación de este tipo de derechos se presenta ya no como un reconocimiento de derechos fundamentales de las personas, sino más bien como una manipulación del lenguaje utilizada abusivamente para asegurar la imposición de determinadas concepciones ideológicas: "La implantación de derechos por ley, más allá del reconocimiento constitucional de aquellos que son anteriores a la legislación positiva, en casos como éste, arriesga desvirtuar la idea de que los derechos son conquistas frente al Estado y no excusas para que los poderes públicos puedan imponer determinadas ideas en la comunidad" (Nº 3).

La prevención culmina señalando que, por todos estos motivos, los autores estiman que el art. 5 del proyecto es inconstitucional al vulnerar el inciso primero del art. 1º de la Carta Fundamental, esto es, el que dispone que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Por nuestra parte, pensamos que se trata también de una vulneración al art. 19 Nº 2 en cuanto a la igualdad de derechos y el reconocimiento de la distinción entre hombres y mujeres, y del art. 19 Nº 6 sobre libertad de conciencia y libre manifestación de las creencias. Aunque es cierto que ambos derechos se encuentran implícitos en el art. 1º inciso primero de la Constitución invocado por los Ministros disidentes.

Es efectivo que se trata de una prevención o voto de minoría que no tiene fuerza vinculante. Pero ello no empece a la autoridad que le confiere la sensatez y plausibilidad de su propio razonamiento.

En virtud de esa autoridad, estas consideraciones podrán ser tenidas en cuenta en un futuro requerimiento de inaplicabilidad de estas normas si ellas son aplicadas para amagar derechos fundamentales establecidos en la Constitución y principalmente las libertades de conciencia, de expresión y de enseñanza.

Así, una vez que esta ley sea publicada en el Diario Oficial y entre en vigor, Alberto Plaza y tantas otras personas que no están de acuerdo con que el género autoasumido sustituya al sexo corporal podrán tener cierta protección cuando se pretenda sancionarlos o censurarlos utilizando esta nueva normativa legal, que más que a hacer justicia (dar a cada uno lo suyo) parece estar destinada a imponer coactivamente un pensamiento único e dictatorial, paradójicamente, con el pretexto de reconocer una mayor tolerancia hacia la diversidad. (Santiago, 28 noviembre 2018)
