



ANT.: D.S. N° 3 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que aprueba reglamento del artículo 26 inciso primero de la ley n° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

MAT: I. Téngase presente; II. Acompaña documentos.

FECHA: martes, 30 de julio de 2019

A: JORGE BERMÚDEZ SOTO
Contralor General de la República

CAMILO MIROSEVIC VERDUGO
Jefe de la División Jurídica de la CGR
Teatinos 56, Santiago, Santiago

FRANCO FUICA FUICA, cédula de identidad número 13.735.760-7, en representación de la **ASOCIACIÓN OTD CHILE**, rol único tributario 65.100.705-4, ambos con domicilio en Dominica 14, comuna de Recoleta, ciudad de Santiago, y considerando que el artículo 4° de los estatutos de la mencionada Asociación señala que *“la Asociación tendrá por finalidad u objeto impulsar, desarrollar, patrocinar, financiar, coordinar y promover acciones encaminadas hacia el bienestar y los derechos humanos de las personas transexuales, transgéneras, travestís e intersex”*, a usted respetuosamente digo:

I. Téngase presente

Que, por este acto, la **Asociación OTD Chile** viene en solicitar al señor Contralor General de la República que **tenga presente** los siguientes antecedentes que se expondrán, durante la tramitación de la toma de razón del Decreto Supremo número 3 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que aprueba el reglamento del artículo 26 inciso primero de la ley n° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género (en adelante, el “reglamento de los programas de acompañamiento”).

Que, por este acto, la **Asociación OTD** viene en solicitar al señor Contralor General Nuestra principal preocupación respecto al reglamento de los programas de acompañamiento dice relación con la incorporación, a nuestro juicio, ilegal, de potestades que tendría el representante legal para, primero, **autorizar al niño trans a acceder a los programas de acompañamiento (artículo 5, inciso 3)** y segundo, para poder **oponerse a la ejecución del programa una vez iniciado éste (artículo 7, inciso 2)**.



Organizando Trans Diversidades

1. SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LOS PROGRAMAS DE ACOMPAÑAMIENTO Y LOS SUJETOS RESPECTO DE QUIENES ESTÁ ESTABLECIDO. El artículo 2 de la ley 21.120 señala que “*el objeto de esta ley 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*”; y, es a propósito del procedimiento de cambio de nombre para mayores de 14 años, que durante la discusión parlamentaria se consideró necesaria la creación de los denominados “programas de acompañamiento profesional”, que este reglamento viene a especificar.

Si bien el artículo 12 de la ley 21.120 señala que **es la solicitud de cambio de nombre y sexo registral, ante tribunales de familia**, la que debe ser presentada junto a un representante legal, nada dice sobre una exigencia idéntica respecto al acceso a los programas de acompañamiento.

Es de nuclear importancia notar que el artículo 23 de la ley 21.120 crea un verdadero **derecho de acceso** a los programas de acompañamiento, el que, por sus características, puede ser caracterizado como un programa social, por consistir en una “*orientación profesional multidisciplinaria que incluirá acciones de asesoramiento psicológico y biopsicosocial*”, cuyas acciones “*deberán ser diseñadas por el Ministerio de Desarrollo Social, en colaboración con el Ministerio de Salud*” y será “*ofrecido por el Estado directamente, o por personas jurídicas sin fines de lucro que cuenten con acreditación vigente otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia*” (artículo 5 del Reglamento). En este sentido, la regulación de un programa social difiere con creces a la regulación de un procedimiento judicial, lo que resulta nuclear para llegar a las conclusiones de nuestro análisis.

Los **sujetos respecto de quienes está establecido** este “derecho de acceso” son, tal y como señala textualmente el artículo 23 de la ley 21.120, “*los niños, niñas o adolescentes cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral y sus familias*”: en efecto, los mismos niños son quienes tienen el derecho de acceder a este programa social: las familias son un sujeto diferente de los niños, y también tienen el mismo derecho, pero el que los miembros de aquella no lo ejerzan, no debe obstar a que el niño sí pueda acudir a los programas, debido a que la ley establece que el acceso a éstos es voluntario, lo que se extrae de la utilización de la expresión “*podrán acceder*” en el inciso 1º, y luego con la frase “*en caso que una persona menor de edad se hubiera sometido...*” en el inciso 2º.

2. SOBRE EL ROL DE LOS PADRES DE ORIENTACIÓN Y DIRECCIÓN EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS. Para reforzar lo anterior, es preciso realzar la condición de los niños en su calidad de sujetos de derechos humanos. El artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, “CDN”) es clara en establecer que el Estado reconocerá “*a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social*”, lo que debe cotejarse con la norma general del artículo 5 que señala que el Estado respetará “*los derechos y deberes de los padres [...] para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*”.



Organizando Trans Diversidades

Precisamente, analizando el proyecto de ley de identidad de género¹, los profesores Fabiola Lathrop y Nicolás Espejo, se han pronunciado sobre el artículo 5 de la CDN y han concluido que éste reconoce “*las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, o de quienes detentan responsabilidad legal sobre los NNA, de impartirles, en consonancia con la evolución de sus facultades, **dirección y orientación apropiadas para que los NNA ejerzan los derechos reconocidos en la CDN***” agregando inmediatamente que “*Esta norma no debe ser entendida como la **concesión de derechos plenos a los padres o representantes legales de los NNA sobre esos mismos NNA***” precisando que este “*es un derecho que los padres o representantes legales de los NNA ejercen **en contra del Estado y no en contra de los propios NNA***”².

Aplicándolo a nuestro análisis, el Estado, a través del Poder Legislativo, ya ha definido que los niños tienen el derecho de acceder a los programas de acompañamiento, por lo que los padres sólo deberían intervenir cuando adviertan que a sus hijos se les ha negado el acceso a los mismos, para que luego exijan al Estado que les garantice el acceso a éstos, tal y como los estamos haciendo a través de esta presentación.

3. SOBRE EL ACCESO AUTÓNOMO DE LOS NIÑOS A PROGRAMAS SOCIALES. Por otro lado, cabe recordar que existe una serie de programas sociales a los que los niños pueden acceder directamente, sin la existencia de requisitos adicionales a los establecidos en la misma ley.

Un ejemplo elocuente en la materia y que se tomó la discusión nacional durante el 2011, es la regulación de la entrega de la llamada “píldora del día después” a menores de 14 años. El reglamento de la ley 20.418, contenido en el Decreto Supremo 49 del Ministerio de Salud, publicado el 28 de marzo de 2013³; señala en su artículo 6 que “*En el caso que se trate de un método anticonceptivo de emergencia, que sea solicitado por una persona menor de 14 años, el facultativo o funcionario que corresponda, tanto en el sector público o privado, **procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar** de este hecho con posterioridad, a su padre, madre o adulto responsable que la menor señale”.*

Como es posible observar, no se condicionó la entrega del método anticonceptivo a la autorización del representante legal, pese a que igualmente se estableció el deber de información. A su vez, también corresponde resaltar la diferencia de que, en el caso de la píldora del día después, este deber de información se estableció sólo respecto de menores de 14 años, pudiendo las personas mayores de 14 años pedirlo de manera

¹ Los profesores Lathrop y Espejo lo analizan a propósito del derecho a la identidad establecido en el artículo 8 de la CDN, confrontándolo con los pronunciamientos del Comité de Derechos del Niño que ha señalado que “*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*”. Véase Comité de Derechos del Niño (2013): *Observación general N° 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”* (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, Párrafo 55. Disponible en: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=CRC%2FC%2FGC%2F14&Lang=S [Consulta: 29-julio-2019].

² Espejo Yaksic, Nicolás, & Lathrop Gómez, Fabiola (2015): *Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes: comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género*. Revista de derecho (Coquimbo), 22(2), 393-418. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200013>. [Consulta: 29-julio-2019].

³ Ministerio de Salud (2011): *Decreto Supremo 49 que aprueba el reglamento para el ejercicio del derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad*. Disponible en: <http://bcn.cl/1vxgt> [Consulta: 26-julio-2019]. Los resaltados son nuestros.



Organizando Trans Diversidades

autónoma, sin requisitos adicionales. En tanto, la ley 21.120 permite el cambio de nombre y sexo registrales sólo desde los 14 años, por lo que es oportuno destacar que el principio de autonomía progresiva de los niños, nos permite concluir que el grado de desarrollo y control de las consecuencias de acciones y decisiones, está mejor asentado en un mayor de 14 años, quien podrá acudir legítima y autónomamente a los programas que pone a su disposición el Estado, cuando éste mismo advierta que es necesario o pertinente para sí.

Otro tipo de actuaciones que pueden realizar menores de edad sin la intervención de sus representantes legales son, por ejemplo, la posibilidad de denunciar delitos⁴, lo que resulta aún más necesario en aquellos casos cuando estos han sido cometidos por esos mismos representantes legales. Al respecto, es menester mencionar los altos índices de discriminación que sufren niños trans desde sus mismas familias⁵.

4. SOBRE LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL Y LA COMPRESIÓN ERRÓNEA DE LOS PROGRAMAS DE ACOMPAÑAMIENTO COMO UN TRÁMITE PREJUDICIAL. En general, las actuaciones de los representantes legales de niños se encuentran circunscritas dentro de la institución civil de la patria potestad, tal y como quedó expresado en la minuta elaborada por Paola Trufello en el contexto de la Asesoría Técnica Parlamentaria prestada en julio 2018, por el equipo de la Biblioteca del Congreso Nacional durante la tramitación de la ley 21.120 en la Comisión Mixta: al respecto, señala que “*La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que les corresponden al padre o a la madre **sobre los bienes** de los hijos no emancipados*”, y más adelante agrega que “*el padre y/o madre que ejerce la patria potestad tiene la representación legal del hijo/a. La representación judicial de los hijos se establece en los artículos 260 y siguientes del CC, y **se refiere concretamente a la actuación del hijo/a en juicios** civiles (como demandante y demandado) y penales*”⁶.

Como es posible observar, **los programas de acompañamiento no dicen relación ni con bienes del niño trans, ni con la actuación del niño ante tribunales:** en efecto, el artículo 23 que los crea, señala que su objetivo “*será el otorgamiento de herramientas que permitan su desarrollo integral, de acuerdo a su identidad de género*”. Con todo, la única posible relación que se pudiera establecer entre los programas de acompañamiento, por un lado, y la regulación del procedimiento judicial de cambio de nombre y sexo registral para mayores de 14, por el otro; se encuentra en el artículo 17 de la ley 21.120, que señala que “*el tribunal, en la audiencia preparatoria, **podrá** ordenar que se acompañen los siguientes informes*”, y entre ellos menciona el informe sobre el programa de acompañamiento.

Así las cosas, resultaría impropio considerar que la autorización del representante legal del niño trans es indispensable para acceder a los programas de acompañamiento, **porque eso significaría entender erróneamente que este trámite previo tendría**

⁴ Véase el portal web de la Fiscalía, dirigido a menores de edad. http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/victimas/soy_menor_de_edad.jsp [Consulta: 26-julio-2019].

⁵ Véanse los resultados del primer catastro acerca de las personas trans en Chile, en www.encuesta-t.cl.

⁶ Trufello Paola (2018): *Representación legal de los adolescentes. Solicitud de rectificación de sexo y nombre*. Julio. Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria. P. 4. Disponible en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25838/2/Informe_representacion_VF.pdf [Consulta: 26-julio-2019]. Los resultados son nuestros.



Organizando Trans Diversidades

un carácter judicial, similar, por ejemplo, a las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva en los juicios ejecutivos en sede civil. En efecto, de los artículos 434 y siguientes del Código Procedimiento Civil, se concluye que no es posible iniciar un juicio ejecutivo sin contar con un título. En cambio, el acceso a los programas de acompañamiento de la ley 21.120 es voluntario, por lo que queda claro que no se trata de una gestión prejudicial ni de un requisito que la ley disponga para rectificar la partida de nacimiento: si lo fuera, entonces sería un requisito obligatorio acompañar el informe junto a la presentación de la solicitud en los tribunales de familia, en circunstancias en que éste puede ser presentado en la audiencia preparatoria, o incluso podría no ser solicitado por el juez, lo que se desprende de la expresión “podrá ordenar” del artículo 17: en definitiva, solicitar el señalado informe es facultativo para el juez, y, por lo tanto, no es un requisito del procedimiento de rectificación de partida de nacimiento.

5. SOBRE LOS LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE EJECUCIÓN. Así las cosas, a la hora de dictar este reglamento, el Presidente debía tener presente las limitaciones constitucionales y legales que recaen sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución concedida en el artículo 32, número 6 de la Constitución, que señala que sólo podrá ejercerse “*en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal*”. A su vez, las materias de ley están establecidas tanto en el artículo 63 de la Constitución, como en otras disposiciones específicas, como por ejemplo, el artículo 77 que señala que “*Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales*”.

Respecto de este punto, el Tribunal Constitucional ha distinguido entre dos niveles de reserva legal: el primero se encuentra “*previsto en los artículos 32 n° 8 [actual 6°] y 60 [actual 63] de la Constitución, siendo de alcance general y de común aplicación en todos los casos en que ella ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia*”; por su parte, el segundo se encuentra “*contemplado en **disposiciones constitucionales específicas**, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, **la reserva es más absoluta que en otras***”⁷.

En ese fallo, el Tribunal realizó estas distinciones a propósito del derecho de propiedad, respecto de la que concluyó que existía una reserva legal absoluta, dado que ésta se manifestaba en la Constitución “*en el sentido dual o copulativo que ha sido explicado, es decir, tanto en sus disposiciones comunes o generales, previstas en los artículos 32 N° 8, 60 y 19 N° 26 de la Constitución, como en sus preceptos específicos. Así sucede, por ejemplo, a propósito del establecimiento de las limitaciones y obligaciones del dominio, derivadas de la función social que le es intrínseca, de acuerdo a lo mandado en el artículo 19 N° 24 inciso segundo de ella*”⁸.

Luego agrega que “*donde la Carta Fundamental ha previsto el doble principio de reserva y dominio legal descrito, lo ha hecho con la deliberada voluntad de fortalecer o reforzar la exigencia que conlleva*

⁷ Tribunal Constitucional, rol 370-03 del 28 de febrero de 2013. Considerando 15°. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=29461 [Consulta: 29-julio-2019]. El destacado y el texto entre corchetes son nuestros.

⁸ Ibídem, considerando 21°.



Organizando Trans Diversidades

ese principio, excluyendo o restringiendo, cualquier injerencia de la potestad reglamentaria en la materia”⁹.

En virtud de eso, precisa en el considerando 23° que *“la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales [...] puede ser convocada por el legislador [como en el caso de la ley 21.120] o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para **reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes**, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica”¹⁰⁻¹¹.*

Ahora bien, respecto del presente caso, cabe recordar que el artículo 2 de la ley 21.120 señala que *“el objeto de esta ley 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”*, y como hemos dicho, el artículo 77 establece en una norma constitucional específica, que sólo una ley orgánica constitucional puede crear procedimientos nuevos que deberán conocer los tribunales. Esto se suma a lo preceptuado en el artículo 32, n° 1 de la Constitución y las variadas normas que regulan las atribuciones y organización de los Tribunales de Justicia, con lo cual no queda más que concluir que se trata también de un caso de reserva legal absoluta.

De hecho, la votación de la ley 21.120 consiguió las cuatro séptimas partes de voto conforme del Congreso Nacional, según lo exigido en el artículo 66, inciso 2° de la Constitución, lo que da cuenta del resguardo que tiene esta materia incluso respecto de las mismas mayorías necesarias para la aprobación de modificaciones en el área¹².

Así las cosas, y según el razonamiento expuesto en los subtítulos anteriores, cabe concluir que el establecimiento, a través de potestad reglamentaria de ejecución, de la exigencia de autorización de al menos uno de los representantes legales del niño para acceder a los programas de acompañamiento importa la extensión indebida de los requisitos para acceder al procedimiento judicial de cambio de nombre, hacia un programa social al que el niño tiene un derecho de acceso autónomo, establecido por la ley 21.120.

Es decir, este reglamento, con su actual redacción, está homogeneizando, por una parte, los requisitos para acceder a los programas de acompañamiento, con los

⁹ Ibídem, considerando 22°.

¹⁰ Ibídem, considerando 23°. El destacado y el texto entre corchetes son nuestros.

¹¹ Para más información sobre la distinción entre reserva legal y absoluta, véase Pantoja Bauzá, Rolando (2008): “La relación entre ley y reglamento en el derecho chileno. ¿Un Gobierno de actuación jurídica o de políticas públicas?”. Revista de Derecho n° 20: 13-53. Consejo de Defensa del Estado. Diciembre 2008. Disponible en: <http://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/20-REVISTA-DE-DERECHO.pdf> [Consulta: 29-julio-2019]. También el comentario de jurisprudencia en Humberto Nogueira, Alcalá (2003): “El principio de reserva legal en la doctrina emanada del Tribunal Constitucional”. *Ius et Praxis*, 9(1), 541-544. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100025>. [Consulta: 29-julio-2019].

¹² Véase Biblioteca del Congreso Nacional (2019): *Historia de la ley n° 21.120. Trámite Comisión Mixta. Informe Comisión Mixta*. 29 de enero. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7600/HLD_7600_49accb077fdc38cec83b2989e61522a0.pdf [Consulta: 26-julio-2019].



Organizando Trans Diversidades

requisitos para alzar la solicitud ante el tribunal de familia, por la otra: con esto, el programa de acompañamiento se convertiría de facto en una etapa prejudicial que, como sabemos, sólo puede ser establecida a través de una ley orgánica constitucional, por ser materia de reserva legal absoluta.

Dicho de otro modo, **no existe forma en que, exigiendo la autorización de un representante legal, no se conviertan los programas de acompañamiento en una fase prejudicial**, precisamente por la naturaleza misma de la representación legal, que consiste en la única vía que tiene el niño para comparecer ante tribunales: cualquier requisito adicional a lo establecido en el artículo 23 de la ley 21.120, implicaría una infracción al derecho de acceso del niño trans a este programa social, lo que a su vez importaría vulnerar su derecho a la seguridad social, establecido en la Convención de Derechos del Niño.

POR TANTO,

SOLICITAMOS al señor Contralor General de la República, **tener presente estos antecedentes** durante la tramitación de la toma de razón del Decreto Supremo número 3 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que aprueba el reglamento del artículo 26 inciso primero de la ley n° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

II. Acompaña documentos

La personería de Franco Aníbal Fuica Fuica para representar a la Asociación OTD consta en el **certificado de directorio de Persona Jurídica sin fines de lucro**, número de inscripción 193682, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, con fecha 29 de julio de 2019, el que se solicita tener por acompañado. Así mismo, solicitamos tener por acompañado el **certificado de vigencia de Persona Jurídica sin fines de lucro**, de la misma Asociación.

POR TANTO, SOLICITAMOS al señor Contralor General de la República, **tenerlos por acompañados.**

FRANCO FUICA FUICA

Representante legal

OTD Chile