

Ximena Gauché Marchetti*

El derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia

1. DE LA IDENTIDAD AL DERECHO A LA IDENTIDAD: APORTES PARA SU CONCEPTUALIZACIÓN

Antes de entrar al análisis del derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia –tema eje de este capítulo– parece oportuno poner en evidencia que, en general y tanto respecto de adultos como de niños, niñas y adolescentes (NNA), el derecho a la identidad ha sido un derecho de compleja y escasa conceptualización en la doctrina consultada en el medio nacional, aun pese a la directa relación que tiene con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, al nombre, a la vida privada, a la honra, a la propia imagen y a otros derechos, especialmente aquellos de carácter personalísimo.

Esta cuestión es relevante ya que es en el reconocimiento del derecho a la identidad por donde debería partir la discusión sobre las vulneraciones que sufren muchas personas que se reconocen a sí mismas o son percibidas por otros como parte de alguna determinada categoría social expuesta a mayor vulnerabilidad: migrante, apátrida, refugiado, discapacitado, indígena, o gay, lesbiana, trans, bisexual o intersex, por ejemplo. Muchas veces las personas son “castigadas” por lo que ellas consideran su identidad, castigos que toman la forma de discriminación (exclusiones, distinciones o restricciones en el ejercicio de derechos) o de diversas manifestaciones de violencia (física,

* Abogada, Universidad de Concepción. Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesora Asociada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos y Democracia (GIDHD) y Directora del Programa Interdisciplinario sobre Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia (PIIA), ambos de la Universidad de Concepción.

sicológica, verbal o, incluso, institucional), lo cual se agrava en el caso de los niños, niñas y adolescentes quienes, como recuerda el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), por su falta de madurez física y mental necesitan protección y cuidados especiales y que, por cierto, son titulares de los mismos derechos que adultos, con las precisiones que corresponden a su desarrollo y crecimiento.

Como consecuencia, tampoco la noción de identidad ha sido receptora de mayores reflexiones desde el mundo de lo jurídico, en la óptica que sigue este trabajo.

Así las cosas, para comenzar hay que decir que para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, identidad es el “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracteriza frente a los demás”. En forma adicional, señala que es la “conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”.

En relación a estos conceptos dice Nogueira (2010, p. 298) que la identidad está compuesta por dos dimensiones: una de ellas es la constitución física de la persona y la otra es la constitución sicológica-intelectual. En sentido similar se ha dicho que, dado que la identidad es una construcción permanente, que incorpora la trayectoria de la persona y siendo un sentido otorgado por el sujeto a su propia experiencia, no puede ser compartida. Cada actor construye su propia identidad, aunque pueda compartir historias, entornos y experiencias con otros miembros de los colectivos a los cuales pertenece, existiendo entonces tantas identidades como sujetos (Toledo, 2012). A ello podemos agregar que es un concepto dinámico, que tiene que ver con el ser mismo de cada quien, con cómo cada quien se ve y espera ser visto y reconocido por la sociedad, incluyendo todos los aspectos que forman la personalidad individual, sean estos estáticos o cambiantes y teniendo presente las interacciones sociales en las que a cada individuo le toca participar. En la misma línea, pero incorporando expresamente la importancia del contexto, Benavente (2013) indica que la identidad es el conjunto de rasgos propios de una persona que la caracteriza frente a los demás, así como la propia conciencia que la persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás, en relación con su entorno contiguo o más cercano, político, cultural y jurídico.

Reconociendo estos elementos, de la identidad se puede decir que es una verdadera construcción en que tiene especial importancia el proceso que los expertos denominan de socialización, para referir las maneras en que la sociedad transmite al individuo sus normas o expectativas en cuanto a su comportamiento (Shibley Hide, J. y DeLamater, 2006, pp. 339-341) o que, en otras palabras, puede definirse como el proceso de internalización de valores, creencias y formas de percibir el mundo que son compartidas por un grupo (Martínez, 1999, p. 33). En este proceso tienen fuerte incidencia muchos actores: los padres y la familia, los educadores, los compañeros, los amigos, y hoy también los medios de comunicación y redes sociales, todo lo cual termina en un resultado que jamás es equivalente para cada individuo, aun dentro de una misma sociedad (Strong, DeVault, Sayad y Yarber, 2005, pp. 65-72). Así las cosas, en la construcción de la identidad de cada ser humano resulta básica la dinámica de socialización que cada uno experimenta y que se puede explicar más sencillamente como la forma en que vamos creando o construyendo la idea que tenemos de nosotros mismos –y de los demás– a partir del juego de cinco ideas que, desde el punto de vista sociológico, ayudan a organizar nuestra vida cotidiana: la interacción, el cuerpo, la emoción, la biografía y por cierto, la identidad¹.

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

“(...) el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’. Este plexo de características de la personalidad de ‘cada cual’ se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona... en lo que ella es en cuanto específico ser humano. La identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero, traspasando

¹Giddens (1997) realiza un importante estudio sobre esta cuestión y sugiere cómo están cambiando los procesos de socialización en el mundo moderno.

el presente existencial, se proyecta al futuro. La identidad es fluida, como el ser mismo. No es algo acabado y finito, sino que ella se crea en el transcurso del tiempo, con el tiempo... Los atributos y características que, en su totalidad, definen objetivamente la personalidad que se exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables, salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior... Entre éstos cabe señalar a los signos distintivos, como podrían ser el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que diferencian a una determinada persona de las demás... La identidad que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad... Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior” (Fernández, 1992, pp. 113-114).

A partir de la concepción de identidad que se ha señalado antes es que compartimos estos elementos básicos para conceptualizar el derecho a la identidad, particularmente la conformación dual entre lo estático y lo dinámico de ella².

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

²Disentimos sí de la concepción que el autor muestra en la obra referida sobre la “identidad sexual” pues parece adherir a la consideración de la operación de reasignación de sexo para poder cambiar esta “identidad sexual” —en el caso de las personas en que hay disociación entre su sexo y su género— como exigencia de orden público y requisito elemental, a partir de ciertas categorías que confunde, como género y orientación sexual, usando además en algunos apartados un lenguaje atrasado. En todo caso, ello puede deberse a la fecha en que se ha escrito la obra (Fernández 1992, pp. 316-329).

la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Ya se verá cómo el tenor literal de estas dos disposiciones ha dado pie a que el derecho a la identidad de los niños se vincule preferentemente a su nombre, nacionalidad y filiación u origen familiar, cuestión que ha dado paso con el tiempo a una interpretación más amplia del sentido de la identidad de niños, niñas y adolescentes, posición en la que se sitúa este trabajo, pues en ellos tiene especial relevancia esta comprensión para el ejercicio y evolución de sus capacidades y autonomía progresiva.

Otros tratados internacionales también han recogido este derecho. Por la vinculación directa para Chile por vía del sistema de quejas individuales ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se dirán algunas ideas sobre el sistema interamericano.

Si bien no se contempla expresamente el derecho a la identidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, por la relación interpretativa de sus normas que se puede hacer con fundamento en el artículo 29 del mismo tratado, es posible entender el derecho a la identidad como parte del *corpus iuris* de derechos que protege ese instrumento, encontrando que de manera reciente ha habido un desarrollo notable que apunta en ese claro sentido progresivo y en vinculación con otros derechos. Efectivamente, la jurisprudencia del sistema interamericano da cuenta de casos significativos por el aporte que han dejado a la conceptualización y descripción de este derecho. Ellos son Gelman con Uruguay (2011)³; Contreras y otros con El Salvador (2011)⁴; Fornerón con Argentina (2012)⁵, Atala Riffo y Niñas con Chile (2012)⁶; y Artavia Murillo y otros con Costa Rica (2012)⁷.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Gelman vs. Uruguay*, Serie C No. 221.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Contreras y otros vs. El Salvador*, Serie C No. 232.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Fornerón vs. Argentina*, Serie C No. 242.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Serie C No. 239.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Serie C No. 257.

De ellos, un antecedente especialmente relevante para el tema de este apartado lo proporciona el caso Artavia Murillo. En esta sentencia se liga identidad con derechos como la vida privada, la libertad, el desarrollo personal y la autonomía. Dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso, que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, el desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior⁸; asimismo, que la efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Esta jurisprudencia es emblemática por el avance sustancial que supuso en estas comprensiones y debe ser tenida en cuenta por el ánimo que se viene evidenciando, en general en el sistema interamericano, por ir creando un *corpus iuris commune* a los diferentes Estados partes, lo que se viene haciendo exigible por medio de la doctrina del control de convencionalidad.

También en el ámbito de los desarrollos jurisprudenciales, pero ahora de derecho comparado, y con base entonces en otros ordenamientos locales, un antecedente relevante proviene de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, la cual, en 2008, estableció que el derecho a la identidad personal se conceptualiza “como el derecho que tiene toda persona a ser sí mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros; la forma en que un individuo se visualiza y se proyecta en la sociedad; y por ello, se encuen-

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, Serie C No. 257, párrafo 143.

tra relacionado estrechamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad...”. Se especificó en esta histórica decisión de la justicia mexicana que la identidad personal será a partir de la cual la sociedad identifica a cada individuo y lo distingue de los demás, a través de elementos o datos como el nombre, sexo, filiación, edad, calidades personales, atributos intelectuales o físicos, etcétera, o bien, de la conjunción de todos o algunos de ellos.⁹

En el caso chileno, partiendo de la idea que la discusión doctrinaria sobre el derecho a la identidad no se ha manifestado con fuerza, vamos a distinguir lo normativo del desarrollo jurisprudencial.

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

⁹ Esta sentencia se dictó en un histórico caso sobre transexualidad y derecho a la identidad. En ella, además de conceptualizar el derecho a la identidad, se hace una vinculación entre sexualidad e identidad. “(...) Asimismo... implica el derecho a la identidad sexual, ya que cada individuo también se proyecta desde su perspectiva sexual, pero no sólo en cuanto a su orientación sexual, sino en la manera que él se percibe, de acuerdo a su psique, emociones o sentimientos, esto es, dicha identidad no sólo se integra a partir de su aspecto morfológico, sino de acuerdo a sus sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer y, de acuerdo a ese ajuste personalísimo de cada sujeto, es que proyectará su vida, no sólo en su propia conciencia, sino en todos los ámbitos de la misma, ya que la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique que forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos, siendo, por tanto, la autodeterminación sexual, trascendente en el reconocimiento de la dignidad humana y de su pleno desarrollo; de ahí que la protección constitucional incluya la libre decisión de la sexualidad”. Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Amparo Directo Civil 6/2008, sobre rectificación de acta por cambio de sexo.

como puede desprenderse de casos emblemáticos, uno de ellos el ya citado *Atala Riffo y Niñas* precisamente contra Chile.¹⁰

Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha mostrado una posición favorable respecto al reconocimiento del derecho a la identidad bajo esta línea argumental que lo liga a los tratados internacionales y basado en su vinculación con el concepto de dignidad humana. En sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha dicho que “debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental. La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país”.¹¹ En un pronunciamiento anterior se recoge la misma línea argumental positiva y su relación con la dignidad humana: “El derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio– la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales– pues ésta sólo se afirma

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Atala Riffo y Niñas contra Chile*, Serie C No. 239.

¹¹ Tribunal Constitucional, Sentencia de 21 de septiembre de 2009, Rol N° 1340-9.

cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad”.¹²

A nivel de jurisprudencia de los tribunales superiores, en tanto, también se observa cómo el derecho a la identidad encuentra reconocimiento en la línea conceptual que se ha expuesto antes en este trabajo. En sentencia de 2005, ha dicho la Corte de Apelaciones de Santiago que “...el derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades tanto biológicas como de aquellas referidas a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad”.¹³ El mismo tribunal, unos años más tarde, reforzó el planteamiento al señalar que resulta evidente que el nombre, como atributo de la personalidad y componente esencial de la identidad de una persona, determina su relación con la sociedad y lo distingue frente a los demás.¹⁴

Así las cosas, es ineludible asumir que el derecho a la identidad tiene existencia normativa, con un contenido amplio de atributos para cada persona y que, además, forma parte de los derechos que suelen calificarse de personalísimos para su reconocimiento y exigibilidad.

Vamos ahora a referirnos a la identidad y el derecho a ella en la infancia y la adolescencia. En este punto se deja establecido, desde ya, que la tesis que guía este trabajo es la necesidad de reconocimiento, respeto y protección de este derecho de forma reforzada para niños y niñas pues en ellos la construcción de la identidad tiene directa relación con el ejercicio y evolución de sus capacidades y autonomía progresiva.

2. LA IDENTIDAD INFANTIL: TAMBIÉN UNA CUESTIÓN DE DERECHOS

Al partir, conviene recordar que, si bien la socialización de la infancia como una categoría especial y que requiere de un marco de protección y tratamiento adecuado se viene trabajando hace ya un tiempo, la adopción de la

¹²Tribunal Constitucional, Sentencia de 13 de mayo de 2008, Rol N° 834.

¹³Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 8438-2005, considerando 12.

¹⁴Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 2541-2009, considerando 4°.

CDN en 1989 marca un cambio en el paradigma y el nacimiento de nuevos estándares, poniendo a niños, niñas y adolescentes como sujetos y titulares claros de derechos, cambiando la noción que se tenía de ellos.

En efecto, durante mucho tiempo los niños fueron asimilados en sus asuntos a los adultos, con un paulatino protagonismo tomado por la familia y el Estado en los procesos de educación y formación, marcado esto, a su vez, por procesos como la consolidación del individualismo y el aumento sostenido de la expansión del Estado en el camino por establecer un modelo social en que toma un rol relevante en moldear las conductas y las instituciones (Rojas, 2007). Este modelo estimaba que los niños eran incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones o tomar sus decisiones, generando la intervención proteccionista del Estado que distinguía entre “niños” cuando tenían cubiertas sus necesidades esenciales y “menores” cuando no las tenían y formaban parte entonces de una población en “situación irregular”. La idea, de alguna manera, se recoge en los primeros instrumentos internacionales que van a tratar de dar un marco regulador a la infancia y sus asuntos, a pesar de los intentos que surgieron desde la literatura y la educación, y luego desde otros ámbitos, por introducir una perspectiva de derechos (Rojas, 2007, pp. 129-164). Así por ejemplo, sin cambiar sustancialmente el enfoque sobre cómo tratar las cuestiones de infancia, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba el 20 de noviembre de 1959 la Declaración de los Derechos del Niño, la cual constaba de diez principios orientadores y que centraba su enfoque en la asistencia social, es decir, en proteger a la infancia (UNICEF, 2008, pp. 4-5), haciendo poco énfasis en potenciar su autonomía progresiva o en el respeto de la formación de su propia identidad.

A partir de 1979, con ocasión del Año Internacional del Niño¹⁵ y de la aprobación en ese mismo año de la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer¹⁶, se comienza a discutir decididamente sobre la necesidad de redactar un texto con nuevos principios, lo que desembocó en la elaboración y aprobación de la Convención sobre

¹⁵ Doc. UN A/RES/34/4.

¹⁶ Doc. UN A/RES/34/180.

los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. Este tratado va a cambiar definitivamente el modelo sobre la infancia, desde uno asistencial a otro que considera al niño, niña y adolescente como un pleno sujeto de derechos, bajo el paradigma de la integralidad y la universalidad, y regulando las relaciones del niño con la familia, la sociedad y el Estado, desde su entrada en vigor en el ámbito internacional el 2 de septiembre de 1990.

Este nuevo modelo toma como principios rectores o estructurales la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y la participación y respeto a la opinión del niño, además de la autonomía progresiva. La Convención, de esta forma, declara que los niños son individuos con pleno derecho de desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones, contemplando cuatro categorías de derechos: derechos a la supervivencia; derechos al desarrollo; derechos a la protección; y derechos a la participación. Ellos se enmarcan en los principios antes indicados y especialmente en la idea de su autonomía progresiva para el ejercicio de tales derechos, conforme su edad y madurez.

Entre esos derechos se encuentra el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes que pasa entonces a tener consagración normativa internacional.

Como ya se apuntó, el artículo 8° de la CDN señala que los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Por su parte, el artículo 7° señala que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Esta consagración debe entenderse en directa relación y armonía con los principios rectores de la misma Convención: con el principio de no discriminación (artículo 2°), que es además directriz de todo el sistema internacional de protección de derechos humanos como forma de materializar la igualdad entre las personas; con el principio y derecho a que su interés superior sea la consideración primordial en toda decisión que le concierna (artículo 3°); con el principio y derecho a que pueda expresar su

opinión libremente y se tenga en cuenta en las decisiones, en función de su edad y madurez (artículo 12) y con el respeto que el Estado debe dar a quienes ejercen responsabilidad parental o a quienes están legalmente encargados de impartir dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos, en consonancia con la evolución de sus facultades (artículo 5º). Todo lo anterior es consecuencia de la asunción de la idea de que en el caso de los niños el ejercicio de derechos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.¹⁷

Antes, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, si bien no definió ni reguló el derecho a la identidad, consagró para niños y niñas ciertos derechos que están directamente relacionados con la identidad, tales como el derecho a ser inscrito al nacer y el derecho a adquirir una nacionalidad.¹⁸

Por otra parte y luego de la adopción de la CDN, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, de 1992, sostuvo en el artículo 20 que: “(...) La apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales”. Esta disposición se ve reforzada por la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en vigor desde el año 2010, que indica en su artículo 25 que los Estados Partes deben tomar las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/2002, de 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 98.

¹⁸ “Artículo 24: 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada. Agrega que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para buscar e identificar a tales niños y restituirlos a sus familias de origen conforme a los procedimientos legales y a los acuerdos internacionales aplicables, todo ello teniendo en cuenta la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados y su derecho a resguardar y recuperar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares reconocidas por la ley. Además, que deberán existir en los Estados Partes que reconocen el sistema de adopción u otra forma de colocación o guarda, procedimientos legales encaminados a revisar el procedimiento de adopción o de colocación o guarda de esos niños y, si procede, a anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada, constituyendo en toda circunstancia una consideración primordial el interés superior del niño, así como el derecho a expresar libremente su opinión, en función de su edad y madurez. En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994, indica en su artículo 12 que los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores.

De esta manera, a partir de la consagración del derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia, fenómenos como la desaparición forzada de personas, junto con la ocultación de la identidad de sus hijos e hijas, propios de Estados con quiebres institucionales violentos, fueron vistos desde la afectación grave de esos niños y niñas al no permitir el acceso a su filiación o, tal vez peor, haciéndoles creer que una determinada filiación legal es la verdadera, con lo cual se le priva de rasgos propios en la conformación identitaria y su derecho a la misma, entendiéndose que además puede traer problemas en otras manifestaciones de la identidad, como los aspectos culturales o nacionales, por ejemplo.

Como se aprecia, la consagración del derecho a la identidad para infantes y adolescentes ha ido fuertemente vinculada entonces a su origen familiar, en

diferentes circunstancias. Ello parece adecuado si se piensa que tal vez la primera y más evidente manifestación –también la más formal, por cierto– de nuestra identidad es la que tiene que ver con nuestros documentos formales de identidad, que nos indican quiénes somos y nuestros orígenes.

Ahora bien, además de esta manifestación debemos considerar otras –tal vez más complejas– como lo que tiene que ver, por ejemplo, con la apariencia física, las creencias y otros aspectos, dando así al derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes la dimensión particular que tiene desde la comprensión amplia en que se sitúa como posición este trabajo.

Así, por lo demás, lo viene concibiendo el sistema internacional. En efecto, se entiende que el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes que consagra la Convención importa una protección que va más allá del nombre, nacionalidad y origen familiar –tema este último principalmente tratado cuando la doctrina refiere al derecho a la identidad de los niños¹⁹– sino que se extiende también a su historia personal desde el nacimiento, su raza, su cultura, religión, lengua, apariencia física, habilidades, identidad de género y orientación sexual (UNICEF, 2015).

Este es el enfoque que ha dado contemporáneamente el Comité de los Derechos del Niño, órgano de vigilancia de la Convención. Ha dicho este Comité, a propósito de la evaluación y determinación del interés superior, que esta es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general, y que esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual, y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores. Es decir, la

¹⁹ En ese sentido, véase González (2011, pp. 107-133) y Corral (2010, pp. 57-88).

determinación del interés superior del niño debe comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único. Ello conlleva la utilización de algunos elementos y no de otros, e influye también en la manera en que se ponderarán entre sí. Para los niños en general, agrega el Comité, la evaluación del interés superior por cualquier responsable de toma de decisiones abarca los mismos elementos. Entre estos, y en una lista no exhaustiva ni jerárquica, con el fin último de garantizar al niño su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico, se encuentra la identidad del niño, junto con su opinión, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, y su derecho a la salud y la educación.²⁰

Precisando sobre la identidad de los niños, el Comité remarca que no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad, todo lo cual queda protegido por el artículo 8º de la CDN. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. Agrega que, si bien deben tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosas y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención.²¹

²⁰ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/GC/14. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 29 de mayo de 2013, párr. 48-84.

²¹ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/GC/14. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 29 de mayo de 2013, párr. 55-57.

Por su parte, la Corte Interamericana ha reforzado una concepción amplia de la identidad en la niñez a propósito del caso *Fornerón con Argentina* (2012),²² señalando que si bien no es exclusivo de los niños, el derecho a la identidad tiene una importancia especial durante la infancia, recordando que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Añade la Corte que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.

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

Este derecho ha sido recogido por ordenamientos internos comparados aunque no siempre con el amplio sentido de la identidad que viene defendiendo este trabajo. Por otra parte, en algunos casos ha sido no solo por medio del reconocimiento normativo sino que además acompañado de una garantía reforzada, vinculada a veces a cláusulas de no discriminación, para evitar que esta se produzca por las características que forman la identidad de cada niño o niña y que se cumpla con el imperativo de respeto a que alude la CDN. Además, encontrando en algunos de los casos consultados una clara diferenciación entre la identificación y el origen familiar, como parte de los atributos del derecho a la identidad, respecto de otros aspectos más

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Fornerón vs. Argentina*, Serie C No. 242, párr. 123.

ligados a las características de individuación más subjetivas o a la configuración de otros derechos estrechamente vinculados con la identidad.

Así, por ejemplo, el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay, Ley 17.823 del año 2004, establece en el artículo 9 que la identidad es un derecho esencial de niños, niñas y adolescentes, a la par de la vida, dignidad, libertad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, beneficios de seguridad social y trato igualitario. Esta consagración resulta coherente con la protección a la infancia que se mandata en el Capítulo II de la sección II, “Derechos, deberes y garantías”, de su Constitución Política.

Por su parte, el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano, de 2003, en el Capítulo III sobre los derechos relacionados con el desarrollo, consagra en el artículo 33 el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes y el derecho a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley, siendo obligación del Estado preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho. Luego, en el artículo 34 consagra específicamente el derecho a la identidad cultural, mientras que en el artículo 35 refiere al derecho a la identificación. La Constitución Política de Ecuador de 2008, en tanto, vino a reforzar la importancia de la identidad, además de la protección especial y de la condición de grupo de protección prioritaria de los niños, niñas y adolescentes, en su artículo 35, así como en su artículo 44 y siguientes; específicamente, en el artículo 45 se reconoce el derecho a la identidad.

El Salvador, a su vez, contempla expresamente en el artículo 73 de su Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia de 2009 que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente al nombre, la nacionalidad, a su relación materna y paterna filiales, y a la obtención de documentos públicos de identidad, consagrando en el artículo 74, por su parte, el derecho a la identificación registral. Ello, por cierto, bajo un marco constitucional que optó por considerar persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción (artículo 1º) y que parece privilegiar un modelo de familia basado

en el matrimonio entre un hombre y una mujer como su fundamento legal, como se podría desprender de los artículos constitucionales 32 y siguientes.

La legislación española, en tanto, consagra la preservación de la identidad como un criterio a la hora de evaluar y aplicar en cada caso el interés superior de un menor de 18 años en su Ley 1/1996, Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Mientras, en la Constitución de 1978 establece en su artículo 39 la protección a la familia y a la infancia como un principio rector de la política social y económica del país, y que los niños gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Esto es consecuente entonces con la décima disposición constitucional en su numeral 2, que dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Por su parte, el Código de Niños y Adolescentes peruano, Ley 27.337 de 2000, consagra en el artículo 6 el derecho a la identidad, señalando que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, estableciendo en el mismo inciso que tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Su Constitución Política, en tanto, recoge expresamente una consagración del derecho a la identidad en el artículo 2.1, en el marco de la protección especial que la comunidad y el Estado deben a los niños, conforme el artículo 4.

México a su vez, también da reconocimiento al derecho a la identidad en el artículo 13 de su Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del año 2014. Su Constitución, por su parte, reconoce expresamente este derecho en el artículo 4 y, conforme a la reforma constitucional introducida en el año 2011 por el artículo 1, las personas gozan de los derechos constitucionales y aquellos establecidos en los tratados internacionales de que México es parte; y dispone además que todas las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán no solo de conformidad con el texto constitucional de la Nación sino de acuerdo con los tratados internacionales

de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, lo cual da marco a la incorporación clara de los estándares internacionales en la materia que ocupa este capítulo.

Argentina, en tanto, en la Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de 2005, consagra el derecho a la identidad en el artículo 11 de forma ampliada, lo que ha sido seguido en coherencia con otros cambios legislativos del país, por ejemplo, con un nuevo Código Civil desde 2015.

Chile no cuenta al inicio del año 2016 con una legislación sobre infancia y adolescencia que pudiera dar cabida al derecho a la identidad para niños, niñas y adolescentes de manera expresa, ni lo reconoce expresamente a nivel constitucional. En octubre de 2015 fueron presentados sendos proyectos de ley al Congreso Nacional para adecuar nuestro sistema interno a esta carencia de legislación. En el proyecto que crea un sistema de garantía de derechos de la niñez se consagraría el derecho a la identidad en el artículo 12 con una mirada que parece relativamente acorde con los estándares internacionales como contenidos de mínimo²³. Habrá que ver qué destino tiene la tramitación legislativa de este proyecto y la eventual reforma constitucional propuesta por el segundo gobierno de Michelle Bachelet en lo que toca a los derechos que expresamente se consagren o las fórmulas que se utilicen para articular el ordenamiento nacional con el internacional de derechos humanos.

²³ Proyecto de Boletín No.10315-18, Proyecto de ley de sistema de garantías de los derechos de la niñez. Artículo 12.- Derecho a la identidad. Todo niño tiene derecho, desde su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad y una lengua de origen; a conocer la identidad de sus padres; a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley; a conocer y ejercer la cultura de su lugar de origen y, en general, a preservar y desarrollar su propia identidad e idiosincrasia.

Los niños que pertenezcan a colectivos étnicos, indígenas, religiosos o lingüísticos tienen derecho, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma, y a intervenir en los procedimientos de consulta cuando lo establezca la ley.

El Servicio de Registro Civil e Identificación dispondrá de procedimientos sencillos y rápidos que permitan la inscripción de nacimiento de los recién nacidos y su identificación oportuna, con independencia de su estatus migratorio o del de sus padres. En el caso que se desconozca la identidad de los progenitores del niño, éste deberá ser registrado con nombre y dos apellidos convencionales, dejándose constancia en la partida correspondiente, y sin perjuicio del derecho a reclamar posteriormente la determinación de su identidad.

Así las cosas, constatado que en los niños se proyecta con vital importancia el derecho a la identidad en su reconocimiento, respeto y garantía, parece útil poner esta idea en perspectiva práctica. Ello, porque hay muchos niños para quienes es justamente su identidad la que incide en situaciones específicas de vulneración de derechos. Como se ha destacado (UNICEF, 2015), es el caso de los niños migrantes –o de familias migrantes–, con capacidades diversas, los indígenas y los que pertenecen al grupo conocido como LGTBI (lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex). Sobre este último grupo se harán algunas reflexiones en el apartado siguiente, desde la realidad nacional y a modo de ejemplo, también teniendo en vista la emergencia de este tema como uno que requiere abordaje desde el mundo de los derechos. Además, porque es tal vez en este aspecto –la identidad sexual de niños, niñas y adolescentes– donde se proyecta con más evidencia la necesidad de reconocer este derecho, en el marco a su vez del ejercicio de la autonomía progresiva.

3. IDENTIDAD SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO EJEMPLO DE LA NECESIDAD DE RECONOCER, RESPETAR Y GARANTIZAR EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Vinculando la cuestión de la identidad sexual con los derechos sexuales y reproductivos de las personas, surge la invisibilidad permanente en las etapas de la infancia y la adolescencia. “Al intentar definir los derechos sexuales y reproductivos, se evidencia la falta de una discusión en profundidad sobre los derechos de niñas y niños, pues mientras que desde algunas posturas se reivindica su titularidad... se sigue justificando la limitación para ese mismo grupo etario de algunos otros derechos...” (González, 2010, p. 266). Se postula en cambio que hay que “entender los derechos sexuales de una forma más amplia, que incluya los intereses que dan origen a estos derechos durante la infancia y la adolescencia, en función de que se trata de necesidades básicas que deben ser garantizadas a través de normas jurídicas eficaces, especialmente por tratarse de niñas y niños” (González, 2010, p. 267).

Ahora bien, la complejidad de hablar de identidad sexual infantil y particularmente de diversidad en ella, vendría dada por un generalizado

desconocimiento sobre la formación de la identidad sexual, reconducido a una falta de educación sexual integral y amplia, es decir, más allá de la educación para la salud sexual y la reproducción.

Con ese marco como contexto, frente a cualquier primera aproximación a la identidad sexual hay que hacerlo partiendo de dos premisas. En primer lugar, que la sexualidad, si bien tiene su punto de arranque en el sexo, es mucho más que eso. En segundo lugar, que la sexualidad no es un aspecto solo individual de cada individuo. Weeks (1998) plantea en esta lógica que las prácticas sexuales constituyen un producto histórico y social, más que una consecuencia universal de nuestra biología común. La sociedad opera como el principio indispensable de producción de conductas sexuales y de las significaciones que les están ligadas. La experiencia subjetiva de la vida sexual es un producto de los significados y símbolos intersubjetivos, asociados con la sexualidad en diferentes situaciones sociales y culturales. De este modo, la sexualidad es a la vez una experiencia histórica y personal. La fisiología y la morfología del cuerpo, es decir, la biología, crean las condiciones previas para la sexualidad humana: condicionan y limitan lo que es posible pero no son causa de las formas de vida sexual. Los cuerpos y la sexualidad no tienen significados intrínsecos sino que se deben concebir como un conjunto de creencias, relaciones e identidades históricamente conformadas y socialmente construidas.

Una idea matriz de este trabajo en este apartado es entonces que la sexualidad, como uno de los componentes que va construyendo la identidad de cada quien, involucra más que el sexo: incluye el género de una persona y su orientación sexual, pero también lo erótico, el amor, las formas de reproducción, las formas de manifestar el deseo sexual y muchos otros aspectos que son a la vez contenido y proyección de la condición humana de ser sexuado. Todos estos aspectos toman distintas formas y se expresan de diversos modos en cada ser humano, sea a través de palabras, gestos, sentimientos, valores, fantasías o creencias, las que vamos construyendo a lo largo de la vida, desde la infancia, y que condicionan las relaciones con los demás, puesto que forman una esencial faceta de nuestra personal identidad. En esta faceta van a intervenir factores de todo tipo a la hora de su definición: biológicos, psicológicos, sociales, económicos, culturales, políticos, religiosos, éticos y

se trata, en efecto, de dimensiones que el individuo adquiere en función del medio en que le toca nacer, criarse, desarrollarse y vivir; y también, siguiendo estudios especializados, conforme las relaciones y encuentros que ese medio desarrolla con otros y que van generando influencias recíprocas (Gauché, 2011, pp. 71-73). En este sentido, van los aportes de Weeks (1993 y 1998).

La sexualidad entonces es parte de la construcción identitaria, teniendo gran importancia en ella el proceso de socialización que se apuntó al inicio de este trabajo. La educación es determinante en esta materia como proceso continuo que permite construir y analizar sistemáticamente actitudes, valores, sentimientos, intereses, conocimientos y formas de expresar la sexualidad (Carballo, 2002, p. 30) y que, en verdad, debe empezar tempranamente. “El cuerpo sexual femenino o masculino comienza desde la concepción un proceso evolutivo de construcción de su papel sexual asignado históricamente por la cultura de la sociedad donde se nace” (Carballo, 2002, p. 34). En tal sentido, no parece correcto privar a los adolescentes de su derecho en esta materia (Carballo, 2002, p. 45). Dice Carballo (2006, p. 12) que en el caso del niño y la niña en edad preescolar:

“(...) necesitan aprender sobre expresión de sexualidad en forma natural. En esta edad los patrones de convivencia familiar orientan la mayoría de sus formas de comportamiento... Las personas adultas consciente o inconscientemente son ejemplos vivientes con sus actos cotidianos y por lo tanto, les corresponde clarificar y fortalecer sus actitudes, valores y conocimientos de su propia expresión de la sexualidad para sistematizar conscientemente una serie de acciones para la educación de la expresión de sexualidad y la inteligencia emocional de niños y niñas”.

Esta comprensión ha sido recogida en la institucionalidad internacional en el informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Educación, de julio de 2010 (Doc. NU A/65/162), que se dedica a la cuestión del derecho humano a la educación sexual integral y que introduce la educación sexual desde el contexto del patriarcado y del control de la sexualidad, dando clara cuenta de las múltiples dimensiones de ella. Se reconoce que es una actividad inherente a los seres humanos, que abarca múltiples dimensiones personales y sociales, no obstante lo cual suele permanecer

oculta o exclusivamente ligada a la reproducción, por diferentes motivos, tanto culturales como religiosos o ideológicos, que en su mayoría están relacionados con la persistencia del patriarcalismo (Doc. UN A/65/162, párrafo 5), concibiendo además a la sexualidad como un proceso complejo que todos los seres humanos, sin excepción, construimos a lo largo de la vida y que tiene aspectos bio-psicosociales y culturales que deben contemplarse de manera integral (Doc. NU A/65/162, párrafo 10)²⁴. La falta de educación sexual conspira contra los niños para ejercer derechos como el de ser oídos, puesto que el desconocimiento de una perspectiva integral de la sexualidad facilita a veces un paternalismo jurídico y atenta también contra el rol que deben cumplir los adultos responsables en orientar y dirigir para la autonomía progresiva del ejercicio de derechos, principio que se destaca en alguna doctrina especializada nacional al hablar de infancia (Couso, 2006, pp. 150-153).

En ese contexto, este es un componente de la identidad en la infancia y la adolescencia que justifica sobradamente tener de este derecho una comprensión ampliada, más allá del origen familiar o biológico. Refuerza lo anterior la violencia de que han sido víctimas los niños y niñas lesbianas, gays, bisexuales, o trans y los efectos que produce en el desarrollo de la autonomía.

En efecto, en el caso de los menores de 18 años, como ha afirmado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la violencia contra niños y

²⁴ Se encarga de dar contenido a la educación para la sexualidad (Doc. NU A/65/162, párr. 16), apuntando los siguientes requisitos que debe tener la educación sexual para ser efectivamente integral: debe adaptarse en función de las diferencias etarias y culturales (Doc. NU A/65/162, párr. 12 y 13); debe buscar como una de sus perspectivas el placer y el disfrute de la sexualidad, en el marco del respeto a los demás, desterrando visiones culpabilizadoras del erotismo que restringen la sexualidad a la mera función reproductiva (Doc. NU A/65/162, párr. 16); debe brindar las herramientas necesarias para tomar decisiones en relación con una sexualidad que se corresponda con lo que cada ser humano elige como proyecto de vida en el marco de su realidad (Doc. NU A/65/162, párr. 17); debe tener una sólida perspectiva de género, considerando las normas, roles y relaciones de género, teniendo claramente presente que las cuestiones de género no son exclusivas de las mujeres, sino que abarcan también a los hombres, por lo que debe incluir de manera explícita la dimensión de las masculinidades (Doc. NU A/65/162, párr. 21); y debe prestar particular atención a la diversidad pues todas las personas tienen derecho a vivir su sexualidad sin ser discriminadas en razón de su orientación sexual o de su identidad de género (Doc. NU A/65/162, párr. 23).

niñas lesbianas, gays, bisexuales o trans, o aquellos percibidos como tales, se manifiesta comúnmente en las familias y en las escuelas, sean públicas o privadas²⁵. Es decir, serían los contextos familiares y escolares los más adversos para el despliegue de la identidad de estos niños, niñas y adolescentes, lo que contrasta profundamente con los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño para el Estado y para la familia, padres o cuidadores.

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

Teniendo esta realidad en vista como un ejemplo especialmente relevante de la importancia del derecho a la identidad en la infancia y la adolescencia, y considerando que Chile no reconoce constitucionalmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes ni tiene una legislación integral para abordar los asuntos que vinculen a infancia y adolescencia, es evidente que es necesario reconocer normativamente y garantizar el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes como forma de respetarlo.

Las leyes actualmente en vigor y que podrían ser el marco para esa protección han mostrado ser claramente insuficientes, a la luz de los datos indicados. Tal es el caso de las leyes 20.609 (que establece medidas contra la discriminación); 20.594 (que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales y establece registro de dichas inhabilidades); 20.507 (sobre tráfico de personas); 20.539 (que prohíbe a los menores de 18 años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales); 20.536 (sobre violencia escolar); 20.422 (sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad); o la 20.370 (sobre educación), por ejemplo.

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Violencia contra personas LGBTI, DOC. OAS/Ser.L/V/II.rev.1. 12 de noviembre de 2015, párr. 306.

4. REFLEXIONES FINALES

Con fundamento en el derecho internacional, los niños y las niñas son sujetos de derechos desde una perspectiva de reconocimiento, respeto y garantía universal e integral, que supone una forma de tratamiento de sus derechos que solo diferencia entre los mayores y los menores de 18 años en el sentido de la representación, tutela o autoridad parental, aunque únicamente de manera temporal y desde las premisas de la igualdad de derechos y el tratamiento diferenciado solo en la medida que resulte en un mejor disfrute de derechos.

Bajo esa idea matriz, la importancia de la definición identitaria en la infancia y la adolescencia, desde una perspectiva social, psicológica, pero además desde la óptica jurídica que tienen los derechos humanos, parece un imperativo ineludible para la familia, la sociedad y el Estado.

Así las cosas, la propuesta que ha guiado este trabajo, a modo de su tesis, ha sido fomentar un abordaje integral y amplio de la identidad en la infancia y la adolescencia, asumiéndola por cierto como una cuestión de derechos, enmarcada en el ejercicio de los otros derechos de niños, niñas y adolescentes y con respeto a los principios que deben comandar ese ejercicio. En otras palabras, la propuesta es no olvidar que la identidad y su formación y respeto en sociedad, es un tema complejo y de derechos, no de moral o valoraciones individuales o grupales con pretensión de universalidad. Por ello debe estar presente de esta forma cuando se hable en Chile de reforma constitucional, de ley de garantías a la infancia, o de políticas públicas para niños, niñas y adolescentes.

Esta forma de concebir y reconocer la identidad se enmarca además en los deberes que hemos asumido como Estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño y que debe presentar informes y responder ante el Comité de los Derechos del Niño. Este órgano ya ha dicho claramente, como se anotó antes, que este es el sentido de la identidad en los niños y que ella es clave para lograr una adecuada determinación de su interés superior, principio y fin último a alcanzar en todos los asuntos relacionados a niños, niñas y adolescentes. Además, ha sido claro en dirigir directrices a Chile consecuente con lo que se viene diciendo en este trabajo.

En efecto, en el mes de marzo de 2015, el Comité pidió al Estado chileno que en su informe periódico de ese año (correspondiente al cuarto y quinto informe del país) proporcionara información sobre las medidas tomadas para eliminar la discriminación contra los niños, niñas y adolescentes LGTBI y para protegerlos de prácticas discriminatorias en los colegios y del acoso escolar, así como de las medidas adoptadas para evitar que los niños intersex sean sometidos a intervenciones quirúrgicas innecesarias sin su consentimiento. También que refiriera a las medidas relativas a la preservación de la identidad cultural, el derecho a una educación intercultural y el derecho a ser escuchados en las decisiones que les afectan de los niños, niñas y adolescentes mapuche²⁶.

Tras las respuestas entregadas por Chile, el citado órgano de vigilancia ha manifestado en sus observaciones finales su preocupación por la infancia LGTBI y mapuche. Ha recomendado al Estado redoblar sus esfuerzos para combatir las actitudes negativas y eliminar la discriminación contra los niños sobre la base de sus características reales o percibidas de orientación sexual, identidad de género o características sexuales²⁷, que reconozca el derecho a la identidad de los niños y niñas LGTB²⁸ y, en un hecho inédito en una recomendación directa recibida por nuestro país por parte de organismos internacionales, instando a preocuparnos de los niños intersex por medio de un protocolo de atención, entre otras razones, para proteger la autodeterminación sexual del niño²⁹. En lo que refiere a la identidad de la

²⁶ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/Q/4-5. Lista de cuestiones relativa a los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. 5 de marzo de 2015, párr. 8 y 16.

²⁷ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/4-5. Concluding observations on the fourth periodic report of Chile. Advance Unedited Version 2 de octubre de 2015, párr. 25 (b) “Strengthen its efforts to combat negative attitudes and eliminate discrimination against children on the basis of their actual or perceived sexual orientation, gender identity and sex characteristics”.

²⁸ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/4-5. Concluding observations on the fourth periodic report of Chile. Advance Unedited Version 2 de octubre de 2015, párr. 35 “(b) Recognize the right to identity of LGBTI children, including the gender identity of transgender children”.

²⁹ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/4-5. Concluding observations on the fourth periodic report of Chile. Advance Unedited Version 2 de octubre de 2015, párr. 49. “In the light of its joint general comment No. 18 (2014) and No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women on harmful practices, the Committee recommends that the State party expedite the development and implementation of a rights-based health care protocol for intersex children, setting the procedures and steps to be followed by health teams, ensuring that no

infancia mapuche ha dicho que Chile debe respetar este derecho en relación a la identidad cultural de dicho pueblo³⁰.

Como se observa, Chile está obligado a conjugar los estándares en materia de infancia y adolescencia con el reconocimiento expreso del derecho a la identidad de infantes y adolescentes.

Asimismo, estas recomendaciones internacionales ponen en evidencia que hay efectivamente una serie de otros derechos fundamentales directamente relacionados con la identidad que se integran en la complejidad que tiene la situación de derechos de los niños, niñas y adolescentes cuya identidad no es reconocida ni protegida: la integridad psíquica y física; la libertad de expresión y de conciencia; el respeto a la vida privada y la honra de la persona, el derecho al nombre y la propia imagen o los derechos a la educación y la salud, todos los cuales se pueden ver vulnerados por el no reconocimiento del derecho a la identidad.

Es necesario entonces reconocer normativamente y garantizar el derecho a la identidad. Sin embargo, ello no es suficiente para alcanzar su respeto. Una ley no cambia las concepciones estereotipadas y los prejuicios sociales de un día para otro en una sociedad. El normativo es un camino que hay que recorrer para solucionar problemas sociales pero no el único. Lo que se ha expuesto en este trabajo permite concluir que la falta de reconocimiento de la identidad de los niños, niñas y adolescentes es un problema social que requiere respuesta jurídica pero desde un abordaje integral y que tienda a evitar la judicialización.

En ese sentido es que se necesitan en Chile cambios constitucionales y legales, pero también avances en la forma de vivir en sociedad y relacionarnos con nuestros niños, niñas y adolescentes.

.....
one is subjected to unnecessary surgery or treatment during infancy or childhood, protecting the rights of the children concerned to physical and mental integrity, autonomy and self-determination, providing intersex children and their families with adequate counselling and support, including from peers, and ensuring effective remedy for victims, including redress and compensation”.

³⁰ Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/4-5. Concluding observations on the fourth periodic report of Chile. Advance Unedited Version 2 de octubre de 2015, párr. 35 “(a) Respect the right to identity of indigenous children in accordance with their culture”.

Se trata de asumir realmente la consideración de la autonomía progresiva y la participación en las decisiones de un niño, niña o adolescente en su proceso de formación, afrontando así la demanda de una persona en plena formación psicológica, afectiva y física, pasando por el derecho de los padres, tutores o cuidadores y la determinación de su interés superior con pleno respeto a su autonomía progresiva para tomar sus decisiones según edad y madurez, sin discriminación y conforme el principio de su interés superior, no aplicando estándares pretendidamente aplicables a todos los niños y niñas en condiciones similares.

El trabajo que tiene Chile por delante en este aspecto puede ser más largo que el trabajo legislativo. Necesitamos asumir que las diferentes identidades son legítimas y una expresión viva de la dignidad humana. Mientras se respete el derecho de los demás, cada quien es dueño o dueña de dar a su vida el sentido que mejor le parezca y tiene derecho a exigir el mismo respeto por ello. Sea un adulto o sea un niño.

BIBLIOGRAFÍA

- Benavente, P. (2013). “Identidad y contexto inmediato de la persona (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 17, Madrid.
- Carballo, S. (2002). “Educación de la expresión de la sexualidad humana”, *Revista Educación*, volumen 26, N° 001, Costa Rica.
- Carballo, S. (2006). “Educación de la expresión de la sexualidad y la inteligencia emocional en niños, niñas y adolescentes con derechos”, *Revista Actualidades Investigativas en Educación*, volumen 6, N° 3, Costa Rica.
- Corral, H. (2010). “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Violencia contra personas LGBTI*, DOC. OAS/Ser.L/V/II.rev.1
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión Consultiva 17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

- Couso, J. (2006). “El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído”, *Revista de Derechos del Niño* N° 3 y 4. Santiago: Universidad Diego Portales y UNICEF.
- Erazo, X., Gauché X., Jara, J. (2015). *Derechos Humanos, diversidad sexual y políticas públicas en América Latina*. Santiago: Ediciones LOM.
- Espejo, N. y Leiva, C. (2012). *Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Enero de 1984-Febrero de 2012)*. Santiago: Abeledo Perrot, Thomson Reuters.
- Fernández, C. (1992). *Derecho a la Identidad personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Foucault, M. (2008). *Historia de la Sexualidad. 1. La voluntad de saber*, Traducción de Ulises Guinazú, 2ª Edición argentina, revisada. Argentina: Siglo XXI Editores Argentina S.A.
- Gauché, X. (2011). *Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Saarbrücken, Alemania: Editorial Académica Española.
- Giddens, A. (1997). *Modernidad e identidad del yo. El yo y la sociedad en la época contemporánea*, Traducción de José Luis Gil Aristu, 2ª Edición. Barcelona: Ediciones Península.
- González, M. (2010). “Derechos sexuales. Niños, niñas y adolescentes”, *Derecho y Sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, SELA 2009. Buenos Aires: Librería Ediciones.
- González, M. (2011). “Reflexiones sobre el Derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes en México”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril 2011, pp. 107-133.
- Martínez, R. (1999). *Psicosexualidad y Conducta Humana. Comunalidad y Diversidad*, Proyecto de Docencia 97-155. Concepción: Editorial Facultad Ciencias Biológicas.
- Nogueira, P. (2010). *El derecho a la propia imagen. Naturaleza jurídica y sus aspectos protegidos*, Primera edición. Santiago: Editorial Librotecnia.
- Rojas, J. (2007). “Los derechos del niño en Chile: Una aproximación histórica, 1919- 1930”, *Historia* No 40, Vol. I, enero-junio 2007. Santiago: Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Shibley Hide, J. y DeLamater, J. (2006). *Sexualidad Humana*, 9ª Edición, Traducción de Susana Margarita Olivares Bari y Gloria Estela Padilla Sierra. México: Editorial Mac. Graw Hill.

- Strong, B.; DeVault, C.; Sayad, B.W.; and Yarber, W.L. (2005). *Human Sexuality. Diversity in Contemporary America*, Fifth Edition. New York: Mc. Graw Hill.
- Toledo, M. I. (2012). “Sobre la construcción identitaria”, *Revista Atenea*, N° 506, Concepción.
- UNICEF (2015). “Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un sistema de garantías reforzadas”, Serie *Los derechos de los niños, una orientación y un límite No. 3*. Autor: Domingo Lovera. Santiago
- UNICEF (2008). Estado Mundial de la Infancia, Edición Especial: *Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York.
- Weeks, J. (1993). *El malestar de la sexualidad. Significados, mitos y sexualidades modernas*, Traducción de Alberto Magnet. Madrid: Talasa Ediciones S.L.
- Weeks, J. (1998). *Sexualidad*. Traducción de Mónica Mansour, 1ª edición. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica S.A.