

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ ANÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho, Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos, Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho
Mercantil de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional
en la Universidad de Colonia (Alemania).
Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad
del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto
Ibero-Americano de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA V

Quintas Jornadas Nacionales - 2019
Facultad de Derecho de la Pontificia
Universidad Católica de Valparaíso

Directores y editores científicos
ALEJANDRA ILLANES VALDÉS
ÁLVARO VIDAL OLIVARES

Coordinador
NATANAEL PEÑA CALDERÓN

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

tirant lo blanch
Valencia, 2021

¿Qué ocurre cuando una persona casada se cambia de sexo?

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS¹

I. ANTECEDENTES

Desde tiempos inmemoriales, la humanidad se ha dado un orden social que determina quiénes se encuentran dentro y fuera de él. Opera con base en un sistema binario, que clasifica a las personas en hombres y mujeres. Dentro, están todos aquellos que cumplen o calzan con los parámetros establecidos, por responder a cualquiera de los dos sexos aceptados: masculino y femenino. Los que se encuadran en este sistema binario se encuentran protegidos y seguros, porque cumplen con el modelo establecido y esto les permite ejercer todos sus derechos. Aquellos que se encuentran fuera del modelo son sancionados o ignorados. Esta situación ha provocado discriminación y sufrimiento a quienes no se ajustan a las nociones convencionales de los roles de género (masculino y femenino), es el caso de las personas transexuales o *trans*². Hasta hace poco tiempo, la transexualidad se consideraba una enfermedad o una patología y era perseguida.

Como señala Judith Butler, “la justicia no es sólo o exclusivamente una cuestión de cómo se trata a las personas o de cómo se constituyen las sociedades. También atañe a las decisiones y a las consecuencias: qué es una persona y qué normas sociales debe respetar y expresar para que se le asigne tal cualidad, cómo reconocemos o no a los otros seres vivientes como personas, dependiendo de si reconocemos o no la manifestación de una cierta norma en y a través del cuerpo del otro”³. El criterio mismo mediante el cual juzgamos a una persona como un ser con un género, no es solo el que con o sin justicia, rige la reconocibilidad de lo humano, sino también el que contiene las formas por las cuales nos reconocemos o no, en cuanto sentimientos, deseos y cuerpo. Esto es cuando nos vemos en el espejo, cuando nos paramos ante la ventana, cuando acudimos a los psicólogos, psiquiatras, médicos y abogados para negociar lo que bien puede sentirse como la no reconocibilidad del propio género y, por lo tanto, la no reconocibilidad de uno mismo como persona⁴.

¹ Profesora Titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: maricruz@derecho.uchile.cl.

² GÓMEZ DE LA TORRE (2020), en prensa.

³ BUTLER (2018), p.90.

⁴ BUTLER (2018), p.91.

Se entiende que transexuales *-trans-* son las personas que “se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto al que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico”⁵. Nacer con un sexo “erróneo” es uno de los temas más complejos que puede experimentar un ser humano. Es sentirse prisionero de “un cuerpo que no le corresponde”. Por ello, la necesidad de los transexuales de que su situación sea regulada jurídicamente, para que se respete su identidad de género, su libertad para ejercerla y se les permita desarrollar su personalidad real.

El derecho a la identidad es el derecho personalísimo a ser uno mismo, del que goza todo ser humano, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos.⁶ Es, en definitiva, el derecho de todo ser humano a exigir que se respete su verdad existencial.

Desde la perspectiva del género, la identidad sexual es una vivencia interna e individual, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento de nacer. En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Opinión Consultiva N°24, ha señalado que “el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de la construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad”⁷. Además, la Corte entiende “que la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión y de asociación. (...) Por tanto, la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos”⁸.

La Corte considera que la identidad de género y sexual se encuentra ligada al concepto de libertad, es decir, a la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada⁹.

⁵ OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17, p.15. Según la Opinión Consultiva, el sexo “se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres”.

⁶ MOLINA y VIGGIOLA (1992), p. 2.

⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015), párrafo 16.

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017), párrafo 98.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017), párrafo 88.

La interpretación y alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos realizada por la CIDH es obligatoria para los Estados que han ratificado la Convención y, en consecuencia, el reconocimiento de los derechos de los transexuales debe ser incorporado a la legislación nacional.

Siguiendo esta directriz, el 7 de mayo de 2013, un grupo de senadores¹⁰ presentó una moción para regular los procedimientos que permiten rectificar la partida de nacimiento en lo relativo al nombre y sexo de las personas transexuales. Su tramitación demoró más de 5 años y fue solo al final que se aceleró la tramitación.

En ausencia de una regulación legal, hubo que solucionar los problemas de los *trans* en forma individual. Es así como se presentaron varios recursos ante los tribunales de justicia¹¹ para que fallaran a favor del cambio de sexo, en ausencia de ley que lo autorizará¹². Uno de los casos más conocidos se refiere a unos padres que en representación de su hija, acudieron a los tribunales de justicia solicitando cambio de sexo y nombre de un niño *trans*. Los tribunales acogieron la solicitud. Tanto la sentencia del Tribunal de Familia, como el recurso de protección y el fallo de la Corte Suprema, reconocieron el derecho a la identidad de género de la niña de 5 años y ordenaron a una clínica respetarlo y al Servicio de Registro Civil a cambiar la partida de nacimiento por la de sexo femenino, como lo habían solicitado sus padres a nombre de la menor. En este sentido, señala la sentencia de primer grado que se acoge la solicitud de rectificación “a fin de resguardar la integridad y la dignidad de su persona, asegurándole una identidad legal y social acorde a su identidad de género que le permita desarrollarse en armonía y plenitud con ella”¹³. Asimismo, las sentencias indican que de no acogerse el requerimiento “se vulneraría su derecho a la igualdad, a la no discriminación y a la vida privada”¹⁴.

Por su parte, el Ministerio de Salud dictó la Circular N°21 del Ministerio de Salud, que ordena a los establecimientos de salud tratar a las personas *trans* de acuerdo con su identidad¹⁵; y la Circular N°0768, de la Superintendencia de Educación, que garantiza el derecho a la educación de los niños, niñas y

¹⁰ Moción de los senadores Lily Pérez, Ximena Rincón, Camilo Escalona, Ricardo Lagos y Juan Pablo Letelier.

¹¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 07.11.2016, rol 3482-2016; y sentencia de 29.03.2016, rol 13001-2015.

¹² Ver estudio de MUÑOZ LEÓN (2015). Antes de la dictación de la ley, se presentaron 86 solicitudes de cambio de sexo, 69 fueron acogidas, 6 fueron acogidas parcialmente, y 11 fueron rechazadas.

¹³ 7° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, sentencia de 22.08.2016.

¹⁴ Ver CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 16.03.2016, rol 20170-2016 y sentencia de 28.04.2016, rol 32.429-2016 y CORTE SUPREMA, sentencia de 14.11.2016, rol 79.930.

¹⁵ MINISTERIO DE SALUD, Circular N°21 de 14.06.2012

adolescentes *trans*, tanto en su ingreso a los establecimientos educacionales como en su trayectoria educativa. Esta circular se funda en el interés superior del niño, en la dignidad y en evitar la discriminación por la identidad de género.

Durante la tramitación de la ley, hubo visiones totalmente contrapuestas. Para algunos, la transexualidad era una enfermedad de la cual las personas podían curarse, mientras que para otros¹⁶ era una manifestación de la autonomía y de la libertad de las personas para desarrollar su plan de vida, lo que provocó acaloradas discusiones. Pero poco a poco se fue logrando una comprensión de los problemas que enfrenta la transexualidad. Hubo consenso y se obtuvo su legitimación social, quizás por situaciones como las conocidas por los tribunales, los relatos de personas *trans* y de padres de niños transexuales en las Comisiones del Congreso y por películas como “La chica danesa” y “Una mujer fantástica”¹⁷. Así se logró visibilizar y sensibilizar la problemática de la transexualidad en la sociedad, lo que permitió llegar a acuerdos respecto del tema y que se pudiera aprobar la ley, publicada en el Diario Oficial, el 10 de diciembre de 2018. En ella quedó claramente establecido que la transexualidad no es una enfermedad, un trastorno o una anomalía, sino una forma de la diversidad humana.

II. LEY N°21.120 QUE “RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO”

Esta ley regula la situación jurídica de las personas transexuales. Establece el derecho a la identidad de género definiéndolo “*como la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos*” (art.1°).

Este derecho reconoce los siguientes principios:

- a) Principio de la no patologización: se reconoce expresamente que la transexualidad no es un trastorno ni patología y ningún *trans* puede ser tratado como enfermo.

¹⁶ La Organización Mundial de Salud ha señalado que la transexualidad no es una enfermedad.

¹⁷ *La Chica Danesa* (The Danish Girl) (2015). La película cuenta la historia real del pintor danés Einar Wagener -el primer hombre conocido transexual que se sometió a una cirugía de reasignación de sexo- y de su mujer, Gerda, también pintora, quien lo apoyó y acompañó en todo el proceso de transformación, comprendida la operación. *Una mujer fantástica* (2017). Primera película chilena que gana el Oscar como mejor película extranjera. Cuenta la historia de una transexual que debe enfrentar la muerte de su pareja y con ello una serie de hechos discriminatorios y humillantes. Todos los que la rodean creen tener el derecho de juzgarla por lo que es y justificar sus acciones contra ella.

- b) Principio de la no discriminación arbitraria: los órganos del Estado garantizarán que, en el ejercicio del derecho a la identidad de género, ninguna persona sea afectada por distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable, en los términos del art.2° de la ley de no discriminación, que establece medidas contra la discriminación¹⁸.
- c) Principio de la confidencialidad: toda persona tiene derecho a que, en los procedimientos seguidos ante autoridad administrativa o jurisdiccional, se resguarde el carácter reservado de los antecedentes, considerados como datos sensibles en los términos de la ley 19.628, sobre Protección de la Vida Privada¹⁹.
- d) Principio de la dignidad en el trato: los órganos del Estado deberán respetar la dignidad intrínseca de las personas, emanada de la naturaleza humana, como un eje esencial de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile. Asimismo, toda persona tiene derecho a recibir un trato amable y respetuoso por parte de los órganos del Estado en todo momento y circunstancia.
- e) Principio del interés superior del niño: los órganos del Estado garantizarán a todos los niños, niñas y adolescentes la máxima satisfacción en el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, en los términos del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- f) Principio de la autonomía progresiva: todo niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez. El padre, madre, representante legal o quien tenga legalmente su cuidado personal deberá prestarle orientación y dirección en el ejercicio de los derechos que contempla esta ley.

¹⁸ Ley 20.609 que establece Medidas contra la Discriminación, art. 2°: “*Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad*”.

¹⁹ Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, art. 2°: Para efectos de esta ley se entenderán: g) “*Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual*”.

La ley entiende por identidad de género “*la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento*”. Se indica que “*podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos*”. Lo relevante ya no es el sexo (dato biológico), sino la autopercepción que se tenga de uno mismo. La identidad registral va a estar vinculada con la identidad de género de la persona.

El objeto de la 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, ante el órgano administrativo o judicial respectivo, cuando dicha partida no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género*” (art.2º). Se introduce una modificación importante al establecer un mecanismo que permite que la rectificación del nombre y del sexo se haga ante un órgano administrativo como el Servicio del Registro Civil. Toda rectificación de la partida de nacimiento solo podía realizarse ante los tribunales de justicia, hasta la entrada, en vigencia de esta ley.

Hay sectores que tienen dudas sobre los pocos requisitos que exige la ley para solicitar el cambio de nombre y sexo. Al respecto, se señala que “si bien esta orientación puede ser sustentada en una finalidad despatologizadora de la transexualidad, basada en una visión de género construida a partir de una determinada autopercepción de la propia identidad (mi identidad, mi derecho), no puede dejar de advertirse que contrasta con las exigencias contempladas en el derecho comparado”²⁰. En otras partes, para acceder a un cambio de identidad registral se exige intervención de especialistas para acreditar la disforia de género del solicitante, o el hecho de haberse sometido a tratamientos médicos destinados a transitar desde su sexo biológico a aquel que corresponde según su vivencia interna²¹.

De esta manera, la ley, siguiendo la legislación más avanzada en el derecho comparado, señala que no podrán exigirse modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos para dar curso, acoger o rechazar una rectificación de partida de nacimiento tanto en el Registro Civil como el Tribunal de Familia. Está en consonancia con la legislación argentina y española que modifica la Ley de Igualdad de Género eliminando las exigencias que tenía la ley anterior.

²⁰ CORNEJO (2016), p.12.

²¹ CORNEJO (2016), p.12.

III. PROCEDIMIENTO DE RECTIFICACIÓN DEL SEXO Y NOMBRE REGISTRAL

La ley establece tres procedimientos distintos para rectificar el sexo y nombre registral, los que se tramitarán ante el Servicio de Registro Civil o ante los Tribunales de Familia, según se trate de personas adultas, adolescentes, solteras y casadas.

1. Procedimiento administrativo

Las personas adultas solteras pueden rectificar su nombre y género -hasta por dos veces- mediante un procedimiento administrativo rápido y ágil ante el Oficial del Registro Civil.

El procedimiento se inicia con la presentación de una solicitud de cambio de sexo y nombre. Recibida la solicitud, el Oficial del Registro Civil debe verificar la identidad del solicitante, que sea mayor de edad y que no tenga vínculo matrimonial vigente. Si el matrimonio está vigente, debe declararse inadmisibles la solicitud y el Registro Civil informará al solicitante los procedimientos judiciales que establece la ley para los *trans* casados.

Si se cumplen los requisitos antes mencionados, se citará en el más breve plazo a una audiencia especial. A ella concurrirán tanto el solicitante como dos testigos hábiles que declararán que el peticionario conoce todos los efectos jurídicos de aceptarse la solicitud y que no tiene vínculo matrimonial vigente (art.11). En un plazo máximo de 45 días, contados desde la presentación de la solicitud, el director del Servicio de Registro Civil e Identificación (SRC) dictará una orden de servicio “*que podrá acoger o rechazar fundadamente la solicitud, o declararla inadmisibles*”.

El director nacional del SRC solo puede declarar inadmisibles la solicitud cuando él o la solicitante no sea mayor de edad o tuviere un vínculo matrimonial no disuelto. El rechazo de la solicitud solo procederá si el solicitante no acreditó su identidad o por no haberse verificado la declaración del solicitante y de los testigos hábiles en los términos ya señalados.

De esta tramitación surge una duda: ¿qué ocurre con la situación del conviviente civil?, ¿se considera al conviviente civil soltero o soltera? La ley que regula el Acuerdo de Unión Civil se preocupó de igualar los derechos de los convivientes civiles con los de los casados. Por tanto, debería seguirse el mismo procedimiento con los transexuales casados. Sin embargo, la ley nada dice. En consecuencia, el conviviente civil puede rectificar su partida de nacimiento respecto al nombre y sexo ante el Registro Civil y seguir vigente su convivencia civil. No hay obligación de informar al otro conviviente ni al Registro Civil.

2. Situación de la persona transexual casada

Se establece un procedimiento especial para la persona transexual casada, sea o no mayor de edad. Debe presentar una solicitud de cambio de sexo y nombre. De acogerse, se pone término al matrimonio. El requerimiento debe presentarse ante el tribunal con competencia en materias de familia correspondiente al domicilio de cualquiera de los cónyuges. La solicitud de rectificación “deberá ser fundada exponiendo con claridad y precisión los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se apoya, con indicación precisa de las peticiones concretas que se someten a pronunciamiento del tribunal e individualizando al cónyuge no solicitante” (art.19).

Si la solicitud cumple con todos los requisitos, el juez ordenará notificar a los cónyuges a una audiencia preparatoria, para que, si lo desean, puedan demandar compensación económica de acuerdo a la Ley de Matrimonio Civil. La ley no se pone en el caso de que existan hijos en común, al omitir la posibilidad de la celebración de un Acuerdo Completo y Suficiente que regule las materias propias de la responsabilidad parental.

El juez, en la sentencia definitiva, se pronunciará sobre la solicitud de rectificación y, de acogerla, “en el mismo acto declarará el término del matrimonio en virtud de la causal del numeral 5° del artículo 42 de la Ley de Matrimonio Civil y regulará sus efectos. Asimismo, resolverá otra materia que se hubiera ventilado en el procedimiento... Se entenderá para todos los efectos a los comparecientes como divorciados”.

Para hacer efectivo el término del matrimonio, se hace una modificación a la Ley de Matrimonio Civil, incorporando al artículo 42 una nueva causal de término, la N°5, “por sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género”.

Agrega la ley que “Los efectos personales y matrimoniales derivados del término de la terminación del matrimonio regulados en la sentencia definitiva podrán ser impugnados, de acuerdo con el régimen de recursos aplicables a los asuntos contenciosos en materia de familia” (art.19, inc.6°). Por tanto, limita la procedencia del régimen de recursos. Solo procederán respecto de aquella parte de la resolución que regula los efectos personales y patrimoniales derivados del término del matrimonio, y no en contra de aquella parte en que se accede a la solicitud de rectificación²². En consecuencia, no proceden recursos contra aquella parte de la sentencia que dictamina la rectificación de sexo y nombre y el término del matrimonio. No obstante, se puede continuar litigando en otras materias como la compensación económica.

²² ORTUZAR (2019), p.113.

El tribunal, “en la sentencia definitiva que acoja la solicitud, ordenará al Servicio de Registro Civil e Identificación la rectificación de la partida de nacimiento y de matrimonio, oficiando para que se proceda al cambio de sexo y de nombre y se efectúen las respectivas inscripciones al margen de la partida de nacimiento”. Una vez practicadas las rectificaciones y sus inscripciones, se emitirán los nuevos documentos de identidad (art.19).

Esta regulación plantea una serie de interrogantes y críticas. Hay una cierta invisibilidad del “otro cónyuge”, como si este no tuviera derechos, sentimientos e intereses. Se hace prevalecer solo el interés de uno de los cónyuges provocando situaciones a lo mejor no deseada por ellos. Pareciera que “nuestro legislador estima que el vínculo matrimonial no disuelto es un obstáculo para que el solicitante pueda obtener una rectificación de su partida de nacimiento razón por la cual regula un procedimiento de carácter concentrado destinado a poner término al matrimonio”²³. Esto implica que al cónyuge se le notifica para que concurra a una audiencia y, de no concurrir, igual se pone fin a su matrimonio. También perderá su oportunidad de demandar compensación económica, puesto que su derecho precluye para demandarla. Ante esto, habría que preguntarse si se respeta su autonomía. Tampoco se plantea el legislador la posibilidad de que existan hijos, porque de haberlos, habría sido aconsejable que se permitiera celebrar un Acuerdo Completo y Suficiente en resguardo de los derechos de los hijos.

Pablo Cornejo plantea que, al establecerse el término del matrimonio obligatoriamente, se impide que el otro cónyuge pueda anularlo por vicio de error en la persona (art. 8° Ley de Matrimonio Civil). Señala este autor que existen ciertos efectos de la sentencia de nulidad que no pueden obtenerse cuando se trata de un término de matrimonio, “como ocurre en particular con la opción que da el inciso 2° del art.50 de la LMC en orden a reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubieran tenido los cónyuges hasta ese momento, o de someterse a las reglas de la comunidad”²⁴.

Asimismo, al no darse la posibilidad de que el juez les pregunte si quieren continuar casados o que su matrimonio se convierta en convivencia civil, se está vulnerando su derecho a la vida familiar y a decidir cómo vivir su vida. Se podría haber establecido un tipo de conversión de matrimonio heterosexual a convivencia civil del mismo género, asimilando la que se otorga a los matrimonios del mismo sexo celebrados en el extranjero en la ley que Crea el Acuerdo de Unión Civil²⁵. Se justifica poner término al matrimonio del *trans* porque,

²³ CORNEJO (2016), p.13

²⁴ CORNEJO (2017), p.97.

²⁵ Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, art.12, inc. 2°: “Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuer-

de permitir que continúen casados, se abriría la puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo por una vía indirecta.

Debe agregarse que es equivocada la aseveración de que el matrimonio celebrado por una persona que ha cambiado de sexo y otro de género distinto es un matrimonio homosexual, porque ello solo se produciría si la persona tiene orientación homosexual. Es decir, si habiendo cambiado de sexo masculino a femenino, se casare con alguien de sexo femenino; o siendo de sexo femenino, ha pasado a sexo masculino y quisiera casarse con otra persona de sexo masculino²⁶. Por tanto, si el *trans* masculino rectificó su sexo a femenino y se casa con un hombre, no hay matrimonio homosexual. No hay que confundir homosexualidad con transexualidad. El transexual, desde muy niño o niña o desde la pubertad, tiene la sensación de que vive encerrado en un cuerpo que no es realmente el suyo. Se siente del sexo contrario a su sexo biológico. En cambio, el homosexual tiene clara su identidad de género: sabe que es hombre o mujer y no quiere dejar de serlo, simplemente se siente atraído físicamente por personas de su mismo sexo. “El transexual es coherente en su actuación y en sus reivindicaciones con el sexo que siente como propio, no con el que sus rasgos físicos de nacimiento le muestran de sí mismo. La mayoría de los transexuales busca ansiosamente el reconocimiento social y la posibilidad de fundar una familia con una persona del sexo contrario a su sexo cerebral, que es aquél que la conciencia le dicta que es el suyo”²⁷.

Otra de las críticas es que no puede el o la *trans* contraer matrimonio, porque no cumple los requisitos establecidos en el art.102 del Código Civil, entre los cuales se encuentra la diversidad de sexo. Sin embargo, la diferencia de sexo se cumple con el nuevo sexo registral. También se dice que, al no exigirse reasignación de sexo, contraerían matrimonio dos personas del mismo sexo biológico, olvidando que prevalece el registral y que no se puede exigir una operación tan dolorosa y riesgosa como la reasignación de sexo, siendo lo fundamental la conciencia de ser de otro sexo. Los rasgos físicos pasan a ser secundarios.

El autorizar que la persona que ha rectificado su nombre y sexo contraiga matrimonio es aplicar el *ius conubii*, derecho esencial que emana directamente de la personalidad inherente a un ser humano. Es la capacidad que se le reconoce a toda persona para contraer matrimonio. Este derecho está recogido en el art.2º de la Ley de Matrimonio Civil, según el cual “La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para

dos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo”.

²⁶ ESPEJO Y LATHROP (2015), p.400.

²⁷ MORENILLA (1993), pp. 289-308.

asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. El juez tomará, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando, por acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente”. Como se puede verificar, se establece una acción popular frente a la restricción del derecho de casarse.

Por su parte, la CIDH especifica que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional”. Al respecto, la Corte reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho, donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio²⁸. Agrega, que toda discriminación fundada en la orientación sexual o en la identidad de género es arbitraria, por lo que no permitir el matrimonio de una persona *trans* constituiría una discriminación arbitraria.

Asimismo, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia es un derecho humano reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.16),²⁹ en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.23)³⁰, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW (art.16.1)³¹ y en el Pacto de San José de Costa Rica (art.17.2)³².

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 24.02.2012, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, p.49.

²⁹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Declaración Universal de Derechos Humanos, art 16: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

³⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.23 1.: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

³¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, art.16.1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento”.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) art. 17. 2.: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento”.

3. *Personas trans mayores de 16 y menores de 18 años con vínculo matrimonial vigente*

El transexual, mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, con vínculo matrimonial vigente, que quiera solicitar la rectificación de sexo y nombre, deberá seguir el mismo procedimiento que los adultos que están en la misma situación. Es decir, deben solicitarlo personalmente ante el Tribunal de Familia del domicilio de cualquiera de los cónyuges (art.12). Esta disposición no constituye una excepción porque se aplica a todos los adolescentes casados mayores de 16 y menores de 18 años (art.58 Ley Matrimonio Civil).

IV. EFECTOS DE LA RECTIFICACIÓN DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO RESPECTO DE TERCEROS

Otro punto importante para analizar es ¿qué ocurre con los derechos y obligaciones patrimoniales y las relaciones personales que tenía el *trans* antes de la rectificación? El art.22 de la Ley 21.120 prescribe que la rectificación en la partida de nacimiento no afectará la titularidad de los derechos y obligaciones patrimoniales que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio, ni afectará las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables. Esto significa que, si la persona que ha rectificado su sexo y nombre tiene hijos, seguirá ejerciendo sus derechos y deberes parentales. Si tiene el cuidado personal del hijo o hija, continuará ejerciéndolo, y lo mismo ocurre con la relación directa y regular y con las obligaciones alimenticias.

Surge una duda: ¿qué pasará con la filiación?, ¿se continuará siendo padre o madre pese a ser ahora mujer u hombre o se solicitará una nueva inscripción como madre o padre, estableciéndose una doble maternidad o paternidad? Nos encontramos ante un problema de difícil solución, porque en nuestro país existe un sistema binario donde solo hay un padre y una sola madre. Por tanto, se necesita un cambio en profundidad del sistema de filiativo, que incorpore una nueva estructura a la filiación y donde el acta y certificado de nacimiento en vez de decir “identidad de los padres” diga, por ejemplo, una palabra neutra como “progenitores”.

En los últimos años, se han presentado varios casos de mujeres lesbianas que viven en convivencia y que han decidido tener hijos. Una de ellas lleva a cabo embarazo y parto, por lo que la ley la considera madre biológica, pero la otra también quiere tener reconocimiento legal³³. Para ello, al momento de la inscripción de nacimiento, solicita ser incorporada como madre en la partida

³³ GÓMEZ DE LA TORRE (2019), p.388.

de nacimiento del hijo o hija. En estos casos, el SRC ha negado la inscripción, alegando que, por aplicación del artículo 183 del Código Civil, solo es madre la mujer que dio a luz a la criatura. En síntesis, la legislación no le reconoce ningún derecho a la segunda mujer.

En Valparaíso, ante la negativa del SRC de inscribir a la otra mujer de la pareja como madre, se presentó un recurso de protección, el cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y confirmado por la Corte Suprema. La Corte de Apelaciones, al resolver el recurso, señaló que el SRC estableció que nuestra legislación no contempla las figuras paternas padre-padre y/o madre-madre, por lo que las inscripciones de nacimiento consignan en el rubro “identidad de los padres” al padre y madre del inscrito; y que, en cuanto a la determinación de la maternidad, debe estarse a lo señalado en el artículo 183 del Código Civil. Por tanto, la inscripción de nacimiento “aparece en regla, pues la madre de la menor es su madre biológica, de acuerdo con el certificado de parto que ha servido de antecedente a esta inscripción”³⁴. En consecuencia, la referida inscripción se ajusta a la ley³⁵.

Agrega la Corte que la situación que se ha planteado no tiene un correlato legal que permita acceder a la petición, por lo que la actuación del SRC no resulta arbitraria. Tampoco es ilegal, pues este Servicio ha aplicado perfectamente la normativa vigente, normas que ya se han indicado y que correspondía que fueran consideradas en el presente caso.

De lo señalado pareciera que, pese a que el transexual obtuvo en su partida de nacimiento la rectificación de su sexo y nombre, no habrá modificación en la partida de nacimiento de su hijo (a) o hijos (as) y seguirá apareciendo la original.

CONCLUSIONES

Sin duda, la Ley 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, constituye un avance en cuanto amplía y protege los derechos de las minorías.

Su regulación incorpora la doctrina de los derechos humanos en el tratamiento de las personas *trans* y garantiza el libre desarrollo de la persona, conforme a su identidad y expresión de género. Señala que no podrán exigirse modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, para dar curso, acoger

³⁴ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. Sentencia de 15.06.2018, rol 3335-2018, considerando 2°.

³⁵ CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. Sentencia de 15.06.2018, rol 3335-2018, considerando 6°.

o rechazar una rectificación de partida de nacimiento, tanto en el Registro Civil como en el Tribunal de Familia.

Todos los procedimientos de rectificación de partida de nacimiento son reservados respecto de terceros y toda información vinculada a ellos será considerada dato sensible, debiendo tratarse conforme a lo regulado en la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

Los procedimientos para tramitar la rectificación de la partida de nacimiento son diferentes según sea el transexual adolescente o mayor de edad. A su vez, se distingue entre solteros y casados. ¿Y qué ocurre con la situación del conviviente civil? ¿Se considera al conviviente civil soltero o soltera o casado? La ley nada dice. En consecuencia, puede rectificar su partida de nacimiento respecto al nombre y sexo ante el Registro Civil y seguir vigente su convivencia civil. No hay obligación de informar al otro conviviente ni al Registro Civil.

Para la persona soltera se establece un procedimiento administrativo rápido y ágil ante el SRC. Tratándose de la solicitud de una persona *trans* casada, sea o no mayor de edad, se rige por un procedimiento especial que deberá presentarse ante un tribunal de familia. Si la solicitud cumple con todos los requisitos, el juez ordena notificar a los cónyuges a una audiencia preparatoria, donde tendrán derecho a demandar compensación económica de acuerdo, a la Ley de Matrimonio Civil. De acogerse la solicitud de rectificación se pone fin al matrimonio.

Con todo lo anterior, de esta ley surgen las siguientes observaciones y críticas:

1. Una cierta invisibilidad del "otro cónyuge", como si este no tuviera derechos, sentimientos e intereses. Se hace prevalecer solo el interés de uno de los cónyuges, provocando situaciones a lo mejor no deseadas por ellos.
2. Pareciera que el legislador estima que el vínculo matrimonial no disuelto es un obstáculo para que el o la *trans* pueda obtener una rectificación de su partida de nacimiento, por lo que regula un procedimiento concentrado para poner término al matrimonio. Por ello al otro cónyuge se le notifica para que concurra a una audiencia y, de no concurrir, igual ponen fin a su matrimonio, perdiendo su oportunidad de demandar compensación económica, pues su derecho precluye. Esto confirma que no se respetan los derechos ni la autonomía del cónyuge no *trans*.
3. Al no darse la posibilidad de que el juez pregunte a los cónyuges si quieren continuar casados o que su matrimonio se convierta en convivencia civil, se está vulnerando su derecho a la vida familiar y a decidir cómo vivir su vida. Se debería haber permitido la conversión de matrimonio heterosexual a convivencia civil.

4. Tampoco se plantea el legislador la posibilidad de que existan hijos, porque de haberlos, debería pedirse un Acuerdo Completo y Suficiente en resguardo de sus derechos.
5. Respecto a la aseveración de que el matrimonio celebrado por una persona que ha cambiado de sexo y otro de género distinto, es un matrimonio homosexual, debemos reiterar que es equivocada. El matrimonio homosexual solo se produciría si la persona tiene orientación homosexual y no hay que confundir homosexualidad con transexualidad. El transexual se siente del sexo contrario a su sexo biológico ya desde su niñez o pubertad; mientras que el homosexual tiene clara su identidad de género: sabe que es hombre o mujer y no quiere dejar de serlo. Simplemente, se siente atraído físicamente por personas de su mismo sexo.
6. Tampoco cabe decir que el o la *trans* no puede contraer matrimonio porque no cumple los requisitos establecidos en el art.102 del Código Civil, en específico, la diversidad de sexo. La diferencia de sexo se cumple con el nuevo sexo registral que prevalece sobre el biológico.
7. El derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia es un derecho humano reconocido en los Instrumentos de Derechos Humanos y constituye una discriminación arbitraria cuando no se permite el matrimonio de una persona *trans*.
8. Cuando se autoriza contraer matrimonio a las personas que han rectificado su nombre y sexo, se está aplicando el *ius conubii*, derecho esencial que emana directamente de la personalidad inherente al ser humano. Es la capacidad que se le reconoce a toda persona para contraer matrimonio (art.2 LMC).
9. La rectificación de la partida de nacimiento no afecta la titularidad de los derechos y obligaciones patrimoniales que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio, ni afectará las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables. Debido a ello, si la persona que ha rectificado su sexo y nombre tiene hijos, seguirá ejerciendo sus derechos y deberes parentales, sea el cuidado personal, relación directa y regular o las obligaciones alimenticias.
10. Sin embargo, respecto a la filiación de los hijos se presenta un problema: ¿se continúa siendo padre o madre pese a que se rectificó el sexo y el nombre? En otras palabras, cabe cuestionarse si la relación filial se queda tal cual, sin modificación, o si se autoriza una rectificación de la inscripción de nacimiento del hijo o hija, estableciéndose una doble maternidad o paternidad. Debido a que en nuestro país existe un sistema binario donde solo hay un padre y una sola madre, se necesita un cambio en profundidad del sistema filiativo, el cual incorpore una nueva

estructura a la filiación y donde el acta y certificado de nacimiento en vez de decir "identidad de los padres" diga, por ejemplo, una palabra neutra como "progenitores".

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BUTLER, Judith (2018): *Deshacer el género*. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- CORNEJO AGUILERA, Pablo (2017): "La ley de identidad de género ¿Qué impactos tiene en el matrimonio?", *Boletín Actualidad Familiar*, N°5.
- CORNEJO AGUILERA, Pablo (2017): "El Proyecto de Ley de Identidad de Género: sus impactos en la regulación familiar. Análisis del Boletín N°8924-07", *Revista de Derecho de Familia*, vol. II, N°14.
- CORNEJO AGUILERA, Pablo (s/a): "Comentario a la Ley N°20.120. El Derecho al Reconocimiento de la Identidad de Género y sus Impactos en el Derecho de Familia", trabajo en vías de publicación.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás y LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2015): "Identidad de género, Relaciones Familiares y derechos de los niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 22, N°2.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (s/a): "La chica danesa", en *AA.VV., Cine y Derecho*, trabajo en vías de publicación.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2019): "La doble maternidad", en *Estudios de Derecho de Familia IV, Cuartas Jornadas Nacionales Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Católica del Norte*. Santiago: Thomson Reuters.
- MOLINA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia (1992): "Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial". Ponencia presentada en el Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI. Buenos Aires: Asociación de Abogados de Buenos Aires.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, José María (1993): "El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2015): "El reconocimiento legal de la transexualidad en Chile mediante el procedimiento judicial de cambio de nombre. Un caso de complementariedad epistemológica entre medicina y derecho". *Revista Médica de Chile*, vol.143, N°8.
- ORTÚZAR PHILIPPS, Verónica (2019): Oportunidad en la que queda ejecutoriada la sentencia de divorcio, cuando existen recursos procesales pendientes respecto de otras materias que se tramitaron conjuntamente con éste. Tesis de Magíster en Derecho de Familia (s), *Derecho de la Infancia y de la Adolescencia*. Santiago: Universidad de Chile.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CITADOS

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 05.01.1991.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, de 12.11.2015.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 23.03.1976.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 09.12.1989.

INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS CITADOS

- MINISTERIO DE SALUD (2012): Circular N°21, de 14.06.2012.
- SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN (2017): Circular N°0768, de 27.04.2017.

JURISPRUDENCIA CITADA

- 7° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, sentencia de 22.08.2016.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 16.03.2016, rol 20170-2016.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 29.03.2016, rol 13001-2015.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 28.04.2016, rol 32.429-2016.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 07.11.2016, rol 3482-2016.
- CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, sentencia de 15.06.2018, rol 3335-2018.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 14.11.2016, rol 79.930.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 24.02.2012, caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.