

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN 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)*

IDENTIDAD DE GÉNERO

Directores

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ
CRISTIÁN LEPIN MOLINA

Autores

GONZALO ÁGUILAR CAVALLO
ÚRSULA C. BASSET
JINYOLA BLANCO RODRÍGUEZ
VICENTE CABEDO MALLÓL
PABLO CORNEJO AGUILERA
XIMENA GAUCHÉ MARCHETTI
MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
CRISTIÁN LEPIN MOLINA
ÁLEX F. PLÁCIDO VILCACHAGUA
ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ
ANDRÉS IGNACIO RIVERA DUARTE
INMA VIVAS TESÓN

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

tirant lo blanch
Valencia, 2021

Capítulo III

La Ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS¹

1. INTRODUCCIÓN

La ley 21.120 de 10 de diciembre de 2018, vino a regular los procedimientos que permiten rectificar la partida de nacimiento en lo relativo al nombre y sexo a las personas transexuales. Tuvo una larga tramitación en el Parlamento: fue presentada por un grupo de senadores² a través de una moción el 7 de mayo de 2013 y demoró más de 5 años su tramitación.

Cuatro ideas basales tenía el proyecto de ley: el establecimiento del derecho de toda persona al reconocimiento y protección de su identidad de género; la configuración de un procedimiento adecuado, que no fuera vejatorio y que no involucrara intervenciones quirúrgicas ni tratamientos contra la voluntad de él o la solicitante; la regulación de la situación de los niños, niñas y adolescentes en conformidad con los estándares de la infancia a que Chile está obligado; y la garantía del derecho de los terceros para evitar que se aprovechen de este cuerpo normativo.

La tramitación tuvo acaloradas discusiones entre parlamentarios con visiones contrapuestas, lo que dificultó el consenso sobre

¹ Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad Complutense. Profesora Titular de Derecho Civil del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: maricruz@derecho.uchile.cl. Avenida Santa María 076, Providencia. Código postal: 7520405.

² Moción de los Senadores Lily Pérez, Ximena Rincón, Camilo Escalona, Ricardo Lagos y Juan Pablo Letelier.

una ley que viniera a reconocer y proteger los derechos de las personas transexuales.

La transexualidad no es un fenómeno nuevo. Sabemos que ha estado presente en todas las culturas y en las distintas etapas históricas. Su reconocimiento jurídico ha costado mucho y también que se comprenda que no es una patología.

Se entiende por transexuales —*trans*— a las personas que “se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico³ y optan por la intervención médica —hormonal, quirúrgica o ambas— para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social”⁴.

En este artículo voy a analizar la ley propiamente tal, los derechos humanos de los transexuales, las garantías y principios que contiene la ley, la regulación para la rectificación de la partida de nacimiento en lo referente al nombre y sexo, y los efectos patrimoniales y familiares de la rectificación.

2. DOCTRINA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) RESPECTO A LOS TRANSEXUALES

La CIDH ha manifestado su preocupación por la situación de los LGTB y ante consultas de varios Estados, elaboró la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Esta analiza

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017), p. 15. Según la Opinión Consultiva OC-24/17 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”.

⁴ Definición entregada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), p. 18.

como dicho colectivo debe ser respetado y amparado en el ejercicio de sus derechos.

Al respecto, la CIDH ha señalado que el no reconocimiento de los derechos de los LGBTI⁵, dentro de los cuales se encuentran los transexuales, significa una violación de los derechos humanos de estas personas contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. También, ha indicado que los estándares establecidos tanto por el Tribunal Europeo como por los organismos de Naciones Unidas, para la orientación sexual y la identidad de género, son asumidos por la Convención. Por ello, “está proscrito por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas”⁶.

Las personas transexuales padecen múltiples formas de discriminación, tanto a nivel individual como en el plano social. Una de las formas extremas de discriminación en su contra se materializa en situaciones o actos de violencia, encontrándose ellos particularmente expuestos al riesgo de violencia física, psicológica y sexual en el ámbito familiar y social. Se ha señalado, en este sentido, que la violencia basada en prejuicios “suele ser especialmente brutal” y se considera que constituye “una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes consideran que desafían las normas de género”⁷.

Asimismo, las personas *trans* afrontan diversos obstáculos para ejercer derechos en el ámbito laboral, de la salud, de la vivienda, al momento de adquirir obligaciones, de gozar de prestaciones

⁵ La Opinión Consultiva OC-24/17 se refiere a los LGTBI: Lesbianas, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero e Intersex “para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculino y femenino”.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017), p. 35.
⁷ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2015), párr. 21.

estatales o cuando viajan al extranjero, como consecuencia de la falta de reconocimiento legal de su género autopercibido⁸.

La discriminación que sufren es altamente lesiva del derecho a la integridad psíquica de estas personas, en razón de las particularidades de la discriminación por orientación sexual. En un buen número de casos este sentimiento “se le revela a la persona en una etapa psicológicamente evolutiva difícil como es la pubertad, cuando ya ésta ha internalizado los prejuicios incluso dentro de su núcleo familiar”⁹. Esto no se produce en otras formas de discriminación, para las cuales la persona conoce el motivo discriminante desde la infancia y es apoyada por su núcleo familiar con el que incluso a veces la comparte.

En la Opinión Consultiva de la CIDH, se recuerda que la Convención Americana “protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana entendida como ser racional, esto es el reconocimiento de su dignidad”¹⁰. Agrega que la Convención contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se rige tanto por el principio de la autonomía de la persona, como por la idea de que todas las personas deben ser tratadas como iguales. Además, la Convención reconoce la inviolabilidad de la vida privada y familiar, comprendiendo la primera la forma en que la persona se ve a sí misma y cómo decide proyectarse hacia los demás, siendo esto una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad¹¹.

Un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y es-

⁸ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2011), párr. 711.

⁹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2015), párr. 22.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017), párr. 85.

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017), párr. 86 y 87.

coger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones¹².

Por otra parte, la Corte ha interpretado en forma amplia el art. 7.1 de la Convención Americana que se refiere al concepto de libertad. En este sentido, la misma constituye el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones¹³. “La libertad definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana”¹⁴. Por ello, para la Corte, “se desprende del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la protección del derecho a la vida privada, el derecho a la identidad, el cual se encuentra en estrecha relación con la autonomía de la persona y que identifica a la persona como un ser que se autodetermina y se autogobierna, es decir, que es dueño de sí mismo y de sus actos”¹⁵.

Cabe agregarse que esta Corte entiende como derecho a la identidad, “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”¹⁶. Asimismo, la Corte considera que la identidad de género y sexual, se encuentra

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017), párr. 88.

¹³ CIDH, Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez *vs.* Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 52.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Artavia Murillo *vs.* Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 142; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez *vs.* Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2002, párr. 142; y Caso I. V. *vs.* Bolivia, sentencia de 30 de noviembre de 2016, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 151.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017), párr. 89.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gelman *vs.* Uruguay, sentencia de 24 de enero de 2011, párr. 122; y Caso Fornerón e hija *vs.* Argentina, sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 123.

ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse 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 privada.

Así las cosas, la identidad de género ha sido definida como la vivencia interna e individual del género, tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. En esa línea, “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”¹⁷.

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”¹⁸.

En consecuencia, el cumplimiento de la doctrina de derechos humanos contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos es obligatoria para los Estados que han ratificado la Convención. Por consiguiente, el reconocimiento de los derechos de los transexuales debe ser incorporado a la legislación nacional.

¹⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015), párr. 16.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017), párr. 98.

3. LEY 20.120 QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Esta ley, promulgada el 10 de diciembre de 2018, viene a regular la situación jurídica de las personas transexuales. Reconoce la identidad de género y la identidad de los *trans* y tiene por objeto “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. 2°); rectificación para la cual no se exige la reasignación de sexo ni tratamientos médicos.

La ley, en su artículo 1°, define el derecho a la identidad de género, como “la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos”. Respecto a la identidad de género, señala que es “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”. En consecuencia, lo importante ya no es el sexo (dato biológico), sino la identidad registral vinculada con la identidad de género de la persona.

Para que la persona transexual pueda gozar y ejercitar su derecho a la identidad de género, en forma segura y libre, se establecen, además, garantías, tales como la de reconocer y proteger la identidad y expresión de género. En este sentido, se entiende por “expresión de género” la manifestación externa del género de la persona, la cual puede incluir “modos de hablar o vestir, modificaciones corporales, o formas de comportamiento e interacción social, entre otros aspectos” (art. 4°, letra a).

Asimismo, toda persona *trans* tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad y expresión de género, una vez realizada la rectificación en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y del sexo. Así, tanto las imágenes como las fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las

personas figuren en los registros oficiales deberán coincidir con dicha identidad.

También garantiza la ley el libre desarrollo de la persona, conforme a su identidad y expresión de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible. Por ello, ninguna persona natural o jurídica, norma o procedimiento, podrá limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer otros requisitos que los contemplados por esta ley para el ejercicio de este derecho. No será condición para el reconocimiento del derecho a la identidad de género el someterse a algún tipo de intervención o tratamiento modificadorio de la apariencia. Así, cuando se solicite cambio de nombre y sexo, no podrá ni el Servicio de Registro Civil, ni el Tribunal de Familia, para dar curso, acoger o rechazar una rectificación de partida de nacimiento, exigir modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos (art. 4°).

Por su parte, la ley establece principios relativos al derecho a la identidad de género. Reconoce, entre otros, los siguientes:

- a) Principio de la no patologización: se reconoce expresamente que la transexualidad no es una enfermedad y ningún *trans* puede ser tratado como enfermo.
- 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 artículo 2° de la ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación¹⁹.

¹⁹ Ley 20.609, 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

- 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 Privada²⁰.
- d) Principio de la dignidad en el trato: los órganos del Estado deberán respetar la dignidad intrínseca de las personas, 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 el cuidado personal del niño, niña o adoles-

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".

²⁰ Ley 19.628, 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".

cente deberá prestarle orientación y dirección en el ejercicio de los derechos que contempla esta ley.

4. PROCEDIMIENTOS DE RECTIFICACIÓN DE NOMBRE Y SEXO

Con respecto a los procedimientos para rectificar el nombre y el sexo, la ley establece tres procedimientos distintos, según se trate de personas adultas solteras, adultas casadas, adolescentes solteros y adolescentes casados. Todos los procedimientos tendrán carácter de reservado respecto de terceros y toda información vinculada a ellos será considerada como dato sensible, debiendo ceñirse a lo regulado en la ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

4.1. Procedimiento administrativo de rectificación de la inscripción relativa al sexo y nombre solicitada por persona mayor de edad sin vínculo matrimonial vigente

Se establece un procedimiento administrativo rápido y ágil ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. En la tramitación, no se puede solicitar exámenes médicos, psicológico ni siquiátricos, bastando ser mayor de edad y soltero o soltera. El legislador se ha preocupado especialmente de que no haya discriminación y exista un trato amable y respetuoso por parte del Registro Civil. Asimismo, llama la atención la preocupación porque el solicitante sea soltero y no se resuelve la situación del conviviente civil. ¿Se le considera soltero, pese a que la ley que regula el Acuerdo de Unión Civil se preocupó de igualar derechos a los casados y convivientes? Habría sido aconsejable que la ley se hubiera pronunciado al respecto. Como nada dice, el conviviente civil puede rectificar su partida de nacimiento respecto al nombre y sexo ante el Registro Civil sin que se afecte la vigencia de su convivencia civil. De convivencia heterosexual pasa a convivencia de igual género.

Respecto a la tramitación que deben seguir las personas adultas solteras, estas pueden rectificar su sexo y nombre, hasta por dos veces, para que sean coincidentes con su identidad de género, a través de un procedimiento administrativo ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. La solicitud podrá presentarse ante cualquiera de sus oficinas, y en el momento de la presentación, el Oficial del Registro Civil deberá informar al solicitante sobre los efectos jurídicos de aceptarse la solicitud.

Recibida la solicitud, el Oficial del Registro Civil deberá verificar la identidad del solicitante, que sea mayor de edad y que no tenga vínculo matrimonial vigente. Además, se citará en el más breve plazo a una audiencia especial. En ella, el recurrente y dos testigos hábiles declararán, bajo promesa o juramento, que el primero conoce todos los efectos jurídicos que implica el acogimiento de la solicitud de rectificación de su partida de nacimiento en lo relativo al nombre y sexo. (art. 11). El Oficial del Registro Civil e Identificación levantará un acta de lo obrado y de las declaraciones emitidas en la audiencia, y no se podrán requerir antecedentes adicionales para acoger la solicitud a tramitación.

En un plazo máximo de 45 días, contados desde la presentación de la solicitud, el Director del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá dictar una orden de servicio. Al momento de dictarla, confirmará que el recurrente no se encuentra ligado por vínculo matrimonial no disuelto. La orden "*podrá acoger o rechazar fundadamente la solicitud, o declararla inadmisibile*". 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.

Por otra parte, el Director Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación solo podrá declarar inadmisibile la solicitud, cuando él o la solicitante no fuere mayor de edad o tuviere un vínculo matrimonial no disuelto. Ante la inadmisibilidat de la solicitud, el Servicio de Registro Civil e Identificación deberá informar al solicitante de los procedimientos judiciales que establece la ley.

Si se acoge la solicitud de rectificación, los documentos de identificación y cualquier otro instrumento público o privado que se emita deberán reconocer y respetar el nuevo sexo y nombre del solicitante (art. 10).

4.1.1. Solicitud de rectificación realizada por extranjeros

Para rectificar su nombre y sexo, los extranjeros deberán inscribir previamente su nacimiento en la oficina de Santiago del Servicio de Registro Civil e Identificación. Una vez inscrito el nacimiento, podrán rectificar su sexo y nombre solo para efecto de la emisión de documentos chilenos, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley. Además, deberán acreditar su permanencia definitiva en Chile (art. 7).

Sobre ello, cabe interpretar que estos requisitos se deben haber establecido para evitar que extranjeros transexuales vengan a Chile a rectificar su sexo y nombre cuando en sus países no hay ley que lo permita, o si la hay, cuando los requisitos para acceder a ella son más exigentes, como la obligatoriedad de realizarse una reasignación de sexo.

4.2. Procedimiento judicial de rectificación de la inscripción relativa al sexo y nombre solicitada por adolescentes

En la tramitación de la ley hubo una gran discusión respecto a si los niños, niñas o adolescentes (NNA) podrían recurrir a la ley para rectificar su partida de nacimiento en lo relativo al nombre y sexo. Si se aceptaba, surgía la duda ¿a partir de que edad se admitía? y ¿quién tendría legitimidad activa para solicitarlo? Después de una ardua discusión, se consensuó que se restringía a los adolescentes, es decir, a los mayores de 14 años y menores de 18 años, justificándose en que, a partir de esta edad, se estaba maduro para tomar una decisión tan fundamental en su vida.

Sobre este punto, estimo que esta decisión debió basarse en la aplicación de los principios de autonomía progresiva, interés

superior del niño, derecho a la identidad y el derecho del NNA a ser escuchado y tenido en cuenta en sus opiniones.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el interés superior del niño es un concepto triple. En primer lugar, es un derecho sustantivo, por lo que el interés superior del NNA debe ser la consideración primordial, la que debe evaluarse y tener en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y es, asimismo, la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un NNA. El artículo 3º, párrafo 1º, establece en consecuencia, una obligación intrínseca para los Estados, que es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. En segundo lugar, constituye un principio jurídico interpretativo fundamental, vale decir, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Así, los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. Finalmente, es una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de sus posibles repercusiones positivas o negativas. El Comité espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” como un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. (Observación general N° 5, párr. 12)²¹.

Este principio no se determina en abstracto, sino que busca conocer qué es lo que quiere cada NNA en una situación en concreto. Por ello, va de la mano con el derecho de los NNA a ser oídos, a expresar su opinión y que esta se tenga en cuenta en todo lo que les afecte. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño

²¹ Ver Corte de Apelaciones de Santiago, rol 35.639-2016, de 06 de octubre de 2016.

ha señalado que no existe un límite de edad para que los niños sean escuchados, ya que son capaces de tener una opinión desde temprana edad, usando un lenguaje verbal, expresión facial o corporal.

Según padres de niños transexuales, desde temprana edad estos han hecho elecciones que los autodefinen, como pedir ser nombrados bajo ciertos nombres, o decir que son hombres o mujeres según sea el caso. Es por ello que estimo que estos niños tienen una madurez que les permite tomar decisiones, porque tienen clara conciencia de lo que aparentan y de lo que quieren ser.

En la tramitación del proyecto de ley, varios especialistas señalaron que a los niños *trans* les ha tocado vivir algo diferente, que no entienden, que les atemoriza, pero que han decidido enfrentar. Desde pequeños manifiestan ser del otro sexo —“soy niña” o “soy hombre”—, aunque sepan que tienen otro cuerpo. Normalmente experimentan este sentimiento desde que comienzan a tomar conciencia, antes de los 5 años. Desde ese minuto deben enfrentarse a una sociedad que no los comprende y que los obliga a ocultar que son diferentes. El rechazo a su cuerpo los lleva, muchas veces, a intentos de autoagresión cuando se dan los primeros cambios en sus cuerpos y eso ocurre antes de los 14 años. Retardar su inclusión podría ser muy tarde para evitar los intentos de suicidio y autoagresión²². Cabe decir que se trata de un sentimiento y no una confusión, porque es algo permanente y consistente. Por ello, resulta de suma importancia el darles las herramientas para que puedan vivirlo con más libertad, porque sus vidas ya son difíciles.

Considero así que con la exclusión se está vulnerando el principio de la autonomía progresiva, al no permitirse el ejercicio de sus derechos a los niños, de acuerdo a su desarrollo y madurez. La madurez no tiene que ver con límites etarios, sino con la evolución, sentimiento y conciencia. En este caso, no es un capricho

²² Opiniones entregadas por expertos en la Comisión Mixta del Congreso.

infantil, sino una convicción de pertenecer a otro género que no coincide con su sexo biológico.

Si bien la incorporación de los adolescentes en esta ley ha sido un gran avance, se cuestiona la exclusión de los menores de 14 años. Al autorizarse a los adolescentes la rectificación del sexo y nombre se están aplicando varios principios, como se ha dicho: el de la autonomía progresiva, al permitirles ejercer su derecho de cambio de nombre y sexo; también el del interés superior, que se traduce en que el juez debe garantizar al adolescente la máxima satisfacción en el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, debiendo prevalecer lo que le sea más beneficioso; el de identidad personal, que implica la facultad de toda persona a exigir que se respete su propia verdad; y, finalmente, el del derecho a ser oído y a participar en todas las etapas del procedimiento, debiendo el juez considerar sus opiniones, en atención a su edad y grado de madurez.

Una medida muy positiva, que se establece en la ley, es la de los Programas de Acompañamiento Profesional destinados a asesorar a los NNA *trans* y sus familias. Estos Programas consisten en entregar una orientación profesional multidisciplinaria, que incluye acciones de asesoramiento psicológico y biopsicosocial, cuyo objeto es el otorgamiento de herramientas que permitan el desarrollo integral del NNA, de acuerdo a su identidad de género (art. 23).

4.2.1. Procedimiento propiamente tal

Cuando se trata de adolescentes, tienen legitimación activa para presentar la solicitud de rectificación, sus representantes legales o alguno de ellos. Si tuviere más de uno, será elección del adolescente quién lo represente ante el tribunal con competencia en materia de familia (arts. 13 y 14). No obstante, una vez que alcance la mayoría de edad, podrá solicitar una nueva rectificación. Si en cambio, el adolescente es mayor de 16 y menor de 18 años y tiene vínculo matrimonial vigente, podrá efectuar la solicitud personalmente ante el tribunal.

La solicitud 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 al pronunciamiento del tribunal. Además, deben señalarse las razones que a juicio del solicitante son beneficiosas para el adolescente. En la solicitud se podrán acompañar los antecedentes que se estimen pertinentes, especialmente aquellos que den cuenta del contexto psicosocial y familiar. También se podrá acompañar un informe que dé cuenta de que el adolescente y su entorno familiar han recibido acompañamiento profesional, por lo menos un año previo a la solicitud, y un informe psicológico y psicosocial que descarte que hubo influencias determinantes de terceros sobre la voluntad del adolescente de solicitar el cambio de nombre y sexo.

Admitida la solicitud, el juez citará al adolescente, a quien o quienes presentaron la solicitud, y al padre o madre o representante que no haya accedido a ella, a una audiencia preliminar dentro del plazo de 15 días. En dicha audiencia, el juez deberá informar sobre las características de la rectificación y sus consecuencias jurídicas. El adolescente podrá ejercer su derecho de ser oído directamente, ante el juez y un consejero técnico, para manifestar su voluntad de cambiar su sexo y nombre registrales. También se le consultará por el o los nombres de pila con los que quiere reemplazar el que tiene. Tendrá derecho a ser oído en todas las etapas del procedimiento, debiendo el juez considerar sus opiniones, en atención a su edad y grado de madurez.

El tribunal deberá procurar que toda actuación en que esté presente el adolescente *“sea sustanciada en un ambiente adecuado que asegure su salud física y psíquica y en condiciones que garanticen su participación voluntaria, su privacidad y su seguridad”*.

Inmediatamente después de la audiencia preliminar, se celebrará la audiencia preparatoria con las partes que asistan. Si no se hubiesen acompañado a la solicitud informes psicológicos y familiares, el juez podrá ordenar que se acompañe un informe psicológico y psicosocial que dé cuenta de que el adolescente y su

entorno familiar han recibido acompañamiento profesional, por al menos, un año previo a la solicitud y un informe que descarte la influencia determinante de terceros en el adolescente respecto a la voluntad expresada en cuanto a su identidad de género. También podrá el juez ordenar la realización de diligencias que estime necesarias para la resolución de la causa, pero en ningún caso podrá decretar la realización de exámenes físicos al adolescente.

Asimismo, el juez, previo acuerdo de las partes, podrá desarrollar la audiencia de juicio, inmediatamente después de finalizada la preparatoria. En esta audiencia se oír a quienes se haya citado y se rendirá la prueba admitida por el tribunal.

Por último, la sentencia definitiva deberá ser fundada y deben tenerse a la vista los informes que se hayan presentado en el proceso. En ella deberá constar el hecho de haberse oído la opinión del adolescente, así como los motivos que el tribunal ha considerado para decidir conforme a esa opinión o en contra de ella. Esta sentencia podrá ser impugnada de acuerdo con el régimen de recursos aplicables a los asuntos contenciosos en materia de familia.

El juez, en la sentencia definitiva que acoja la solicitud, ordenará al Servicio del Registro Civil e Identificación la rectificación de la partida de nacimiento, oficiando que se proceda al cambio de nombre y sexo, o solo de sexo, según corresponda y se efectúen las correspondientes subinscripciones al margen. Una vez practicadas las subinscripciones, se emitirán los nuevos documentos de identidad (art. 17).

4.2.2. Personas mayores de 16 y menores de 18 años con vínculo matrimonial vigente

Por su parte, las personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años con vínculo matrimonial vigente que quieran solicitar la rectificación de sexo y nombre podrán realizarlo personalmente ante el Tribunal de Familia, de acuerdo al procedimiento establecido para los adultos con matrimonio vigente (art. 12).

4.3. Rectificación de las personas con vínculo matrimonial vigente

A diferencia de lo que ocurre en el caso de los mayores de edad sin vínculo matrimonial, para quienes se establece un procedimiento administrativo ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, las personas *trans* que están unidas con vínculo matrimonial vigente para solicitar la rectificación de la partida de nacimiento referente al sexo y nombre deberán demandar dicha rectificación ante el tribunal de familia. Si se dar lugar a esta solicitud, la sentencia que la acoge pone término al matrimonio. Esto pareciera justificarse desde el punto de vista del transexual, asumiendo que su interés involucra también la intención de no mantener el estado de casado, cuestión que no necesariamente se condice con la realidad. Sin embargo, la ley no reflexiona respecto a los alcances que dicha presunción contempla, vale decir, ¿qué ocurre con el otro cónyuge? ¿Dónde queda la autonomía de este si no se respetan sus derechos, al no consultarle si quiere continuar casado?

La solución podría asimilarse a la de los matrimonios del mismo sexo realizados en el extranjero, a los cuales la ley chilena les otorga la calidad de convivientes civiles (art. 12 regla 6ª, inc. 2º de la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil). ¿Por qué la ley no planteó esta posibilidad de conversión?²³

Se justifica la incorporación de esta nueva causal de término de matrimonio junto a las de muerte, muerte presunta, divorcio y nulidad, señalándose que, si se permitiera continuar casados, se abriría la puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo, pero por una vía indirecta. Sin embargo, el matrimonio que celebre quién ha cambiado de género no debe ser considerado matrimonio homosexual. Ello solo se produciría si la persona tiene orientación homosexual, es decir: a) si habiendo cambiado de sexo masculino a femenino, quisiera casarse con alguien de sexo

²³ Ver CORNEJO (2017), pp. 87-102.

femenino; b) si siendo de sexo femenino, ha pasado a sexo masculino y quisiera casarse con otra persona de sexo masculino²⁴.

También se crítica la posibilidad de que la persona que ha rectificado su nombre y sexo pueda volver a contraer matrimonio. Señalan, en este sentido, que este quedó con el sexo opuesto al que tenía de nacimiento —sexo masculino o femenino—, por lo que va a contraer matrimonio con una persona de su sexo anterior. Pese a lo que se diga, el artículo 102 del CC exige diversidad de sexo y esto se cumple con el nuevo sexo registral.

Discuten además que, al no exigirse reasignación de sexo, contraerían matrimonio dos personas del mismo sexo biológico, olvidando que prevalece el registral. Permitir que la persona que ha rectificado su nombre y sexo contraiga matrimonio, es aplicación del *ius conubii*, que es un derecho esencial inherente a la persona humana y que consiste en la facultad de contraer matrimonio (art. 2º Ley de Matrimonio Civil). Tanto este derecho como el de fundar una familia son derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. Además, la interpretación que se ha hecho a nivel internacional es que toda discriminación fundada en la orientación sexual o en la identidad de género es arbitraria, lo que coincide con la interpretación de la Corte Interamericana de DDHH a propósito del caso de Karen Atala.

4.3.1. Procedimiento propiamente tal

Tratándose de una solicitud de persona transexual casada, sea o no mayor de edad, se establece un procedimiento especial que, de acogerse, pone término al matrimonio. El requerimiento debe presentarse ante el tribunal con competencia en materias de familia. La solicitud de rectificación “deberá ser fundada exponiendo con

²⁴ ESPEJO y LATHROP (2015), p. 400.

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 citará a los cónyuges a audiencia preparatoria, ordenando que sean notificados. En este proceso, los cónyuges tendrán derecho a demandar compensación económica de acuerdo a la Ley de Matrimonio Civil.

El juez, en la sentencia definitiva, se pronunciará sobre la solicitud de rectificación y, de acogerla, declarará el término del matrimonio en virtud de la causal del numeral 5° del artículo 42 de la Ley de Matrimonio Civil, y regulará los efectos del término de este vínculo matrimonial. A consecuencia de este procedimiento, se entenderá para todos los efectos a los comparecientes como divorciados.

Los efectos personales y matrimoniales derivados del término del matrimonio regulados en la sentencia definitiva podrán ser impugnados, de acuerdo al régimen de recursos aplicables a los asuntos contenciosos en materia de familia.

También 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 subinscripciones, se emitirán los nuevos documentos de identidad (art. 19).

5. LOS EFECTOS DE LA RECTIFICACIÓN DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO RESPECTO DE TERCEROS

El artículo 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, continuará ejerciéndolo; ocurriendo lo mismo con la relación directa y regular y con las obligaciones alimenticias.

No obstante, surge una duda: ¿qué pasará con la filiación? ¿Se continuará siendo padre pese a ser ahora mujer, o se solicitará una inscripción como madre, estableciéndose una doble maternidad? Este resulta ser un problema de difícil solución, porque en nuestro país existe un sistema binario donde solo hay un padre y una madre. Por tanto, se necesita un cambio en profundidad del sistema 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”.

6. CONCLUSIONES

La ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género constituye un avance importante, en cuanto a ampliar y proteger 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. Además, reconoce como principios funcionales la no patologización, la no discriminación arbitraria, la confidencialidad, la dignidad en el trato, el interés superior del niño y la autonomía progresiva. Finalmente, propicia un trato respetuoso, tanto por parte de la administración, como de los tribunales de justicia, cuando las personas soliciten su rectificación de sexo y nombre.

Para la rectificación de la partida de nacimiento referente al nombre y el sexo, la ley establece tres procedimientos distintos, según se trate de personas adultas solteras, adultas casadas, adolescentes solteros y adolescentes casados. Todos los procedimientos tendrán carácter de reservado respecto de terceros y toda información vinculada a ellos será considerada como dato sensible, debiendo tratarse conforme a lo regulado en la ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

Para la rectificación de la partida de nacimiento por persona soltera se establece un procedimiento administrativo rápido y ágil ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. Tratándose de una solicitud de persona transexual casada, sea o no mayor de edad, se establece un procedimiento especial que deberá presentarse ante un tribunal de familia y que, de acogerse la rectificación, pone término al matrimonio. Al respecto, considero que es un error de la ley no tratar la situación de los convivientes civiles y no permitir que siga el transexual casado si él o ella lo desean.

Si bien la ley es un avance en cuanto reconoce la autonomía progresiva y el interés superior del niño, al permitir que los adolescentes con la anuencia de uno o ambos padres puedan rectificar su sexo y nombre, se perdió la oportunidad de aplicar los mismos principios a los niños o niñas menores de catorce años que se perciben, desde temprana edad, como de otro sexo. Darles la posibilidad de rectificar su sexo de manera oportuna, sería una forma de hacerles la vida más fácil y evitar autoagresiones e intentos de suicidio, cuando entran a la pubertad.

En síntesis, considero que es una buena ley, que incorpora la doctrina de los derechos humanos y que resuelve los problemas que tenían los transexuales para la rectificación del acta de nacimiento en lo referente al sexo y nombre. No obstante, mejor sería si hubiera incorporado las mejoras que aquí he planteado.

Bibliografía citada

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015): *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, 12 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf> [visitado el 23/04/2019].
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017): Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf [visitado el 23/04/2019].
- CORNEJO AGUILERA, Pablo (2017): "El Proyecto de ley de Identidad de Género: sus impactos en la regulación Familiar", en: *Revista de Derecho de Familia*, Editorial Thomson Reuters (Volumen II, N° 14), pp. 87-102.
- 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", en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Año 22, N° 2), pp. 393-418.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2015): *Informe Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2011): *Informe Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011.

Normativa citada

- Ley 20.609, que establece Medidas contra la Discriminación.
- Ley 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.
- Ley 19.947, Ley de Matrimonio Civil.

Jurisprudencia citada

- Caso Artavia Murillo *vs.* Costa Rica (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez *vs.* Ecuador (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 21 de noviembre de 2007.

Caso Forneron e hija *vs.* Argentina (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 27 de abril de 2012.

Caso Gelman *vs.* Uruguay (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de enero de 2011.

Caso I. V. *vs.* Bolivia (2016): Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 30 de noviembre de 2016.

Caso Lapo Iñiguez *vs.* Ecuador (2017): Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 21 de noviembre de 2017.

Recurso de Protección (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol 35.639-2016 de 06 de octubre de 2016.

Capítulo IV

Procedimiento de rectificación de partida por identidad de género

CRISTIÁN LEPIN MOLINA¹

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo tiene por objeto analizar los distintos procedimientos creados por la Ley N° 21.120 que Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género, vigente en nuestro país y que pretende resolver la situación de las personas trans cuyo sexo y nombre no coinciden con su identidad de género. Al efecto, se analiza brevemente la situación previa a la nueva legislación, para luego analizar los tres procedimientos que se pueden aplicar para obtener la rectificación de partida de nacimiento en cuanto al sexo y nombre registral. Por último, se hace una breve referencia a los efectos que el cambio de partida de nacimiento genera respecto del solicitante y de terceros.

Seguramente, la aplicación de esta normativa va a generar una serie de problemas prácticos y dejar al descubierto vacíos legales, los que deberán ser resueltos por los propios principios que está ley consagra.

No obstante, al no regular la situación de los niños y niñas menores de 14 años, seguramente se recurrirá a la antigua legislación sobre cambio de nombre, la que lamentablemente no resguarda adecuadamente ni los derechos de los niños ni la necesaria intervención de los padres.

¹ Abogado. Magister en Derecho Privado, Universidad de Chile. Doctor (c) en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Director del Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho y Profesor de la Facultad Derecho Universidades de Chile.