

CONSORCIO DE LAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

- Prof. FABIOLA LATHROP GÓMEZ - Universidad de Chile
Prof. CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO - Pontificia Universidad Católica de Chile
Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA - Universidad de Concepción
Prof. JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN - Universidad Austral
Prof. GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA - Universidad de los Andes
Prof. CARLOS PIZARRO WILSON - Universidad Diego Portales
Prof. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS - Universidad Adolfo Ibáñez
Prof. RUPERTO PINOCHET OLAVE - Universidad de Talca
Prof. FRANCISCA LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA - Universidad Católica del Norte
Prof. JUAN RODRIGO BARRÍA DÍAZ - Universidad Alberto Hurtado

**ESTUDIOS DE DERECHO
CIVIL XVI**

**XVIII JORNADAS NACIONALES DE
DERECHO CIVIL. TALCA, 2022**

**RUPERTO PINOCHET OLAVE
DIRECTOR**

**ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ
ALEXIS MONDACA MIRANDA
DANIELA JARUFE CONTRERAS
CAROLINA RIVEROS FERRADA
EDITORES**

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XVI
XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

© RUPERTO PINOCHET OLAVE (DIRECTOR)

2023 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: + 56 224838600 • www.thomsonreuters.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 2023-A-2152 • I.S.B.N. 978 - 956 - 400 - 333 - 7

1ª edición abril 2023 Legal Publishing Chile

Tiraje: 1.500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

Publicado por Thomson Reuters.

Legal Publishing Chile • Santiago, Chile.

La Ley - Abeledo Perrot • Buenos Aires, Argentina.

Dofiscal Editores • Ciudad de México.



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

COMISIÓN ORGANIZADORA
XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

RUPERTO PINOCHET OLAVE
Director Departamento de Derecho Privado

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ
Subdirector Departamento de Derecho Privado

ALEXIS MONDACA MIRANDA
Secretario Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales

DANIELA JARUFE CONTRERAS
Prof. Derecho Civil

CAROLINA RIVEROS FERRADA
Prof. Derecho Civil

JORGE ROJAS DÍAZ
Director Administrativo Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales

PAULINA ARRATIA ROJAS
Coordinadora

DANITZA GONZÁLEZ BARRERA
Coordinadora

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL 1989-2023

I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Termas de Jahuel, 1989, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Barros Bourie, Enrique (coord.), Familia y personas (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991); Barros Bourie, Enrique (coord.), Contratos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991).

II Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 1997, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 19 (1998).

III Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil I (Santiago, LexisNexis, 2005).

IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coords.), Estudios de Derecho Civil II (Santiago, LexisNexis, 2007).

V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Guzmán Brito, Alejandro (ed. científico), Estudios de Derecho Civil III (Santiago, LegalPublishing, 2008).

VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Pizarro Wilson, Carlos (coord.), Estudios de Derecho Civil IV (Santiago, LegalPublishing, 2009).

VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), Estudios de Derecho Civil V (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2010).

VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2010, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Figueroa Yáñez, Gonzalo; Barros Bourie, Enrique y Tapia Rodríguez, Mauricio (coords.), Estudios de Derecho Civil VI (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2011).

IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas: Elorriaga De Bonis, Fabián, Estudios de Derecho Civil VII (Santiago, Abeledoperrot/Thomson Reuters, 2012).

X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actas: Domínguez Hidalgo, Carmen; González Castillo, Joel; Barrientos Zamorano, Marcelo; Goldenberg Serrano, Juan Luis (coords.), Estudios de Derecho Civil VIII (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013).

XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2013, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil IX (Santiago, Thomson Reuters, 2014).

XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Vidal Olivares, Álvaro; Severin Fuster, Gonzalo y Mejías Alonzo, Claudia (eds.), Estudios de Derecho Civil X (Santiago, Thomson Reuters, 2015).

XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2015, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (ed.), Barría Paredes, Manuel (coord.), Estudios de Derecho Civil XI (Santiago, Thomson Reuters, 2016).

XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Maitencillo, 2016, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Manterola Domínguez, Pablo (eds.), Estudios de Derecho Civil XII (Santiago, Thomson Reuters, 2017).

XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pucón, 2017, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Bahamondes Oyarzún, Claudia; Etcheberry Court, Leonor y Pizarro Wilson, Carlos (coords.), Estudios de Derecho Civil XIII (Santiago, Thomson Reuters, 2018).

XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo, 2018, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz; Hernández Paulsen, Gabriel; Lathrop Gómez, Fabiola y Tapia Rodríguez, Mauricio (eds.), Estudios de Derecho Civil XIV (Santiago, Thomson Reuters, 2019).

XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2019, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas. Fabián Elorriaga De Bonis (coordinador), Estudios de Derecho Civil XV (Santiago, Thomson Reuters, 2020).

XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Talca, 2022, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Actas: Pinochet Olave, Ruperto (dir.), Ravetllat Ballesté, Isaac; Mondaca Miranda, Alexis; Jarufe Contreras, Daniela y Riveros Ferrada, Carolina (eds.), Estudios de Derecho Civil XVI (Santiago, Thomson Reuters, 2023).

ÍNDICE

	Página
Presentación	1

CONFERENCIA INAUGURAL

Retos de la regulación de la responsabilidad extracontractual por daños causados por sistemas de inteligencia artificial (IA)..... <i>Miquel Martín-Casals</i>	7
---	---

PRIMERA PARTE

FAMILIA Y PERSONA

¿Es posible pensar un derecho civil no binario?..... <i>Laura Albornoz Pollmann</i>	45
Nuevo régimen de apellidos en la legislación chilena. Observaciones preliminares en perspectiva de los derechos de la niñez y la adolescencia	65
<i>Rommy Álvarez Escudero</i>	
La prescripción de la acción alimenticia. Antecedentes para una discusión.....	83
<i>Manuel Barriá Paredes</i>	

	Página
La compensación económica y la terminación del matrimonio por la rectificación del sexo registral: problemas derivados de la asimilación en las excepciones a su demanda.....	91
<i>Emilio José Bécar Labraña</i>	
Deudas alimenticias y responsabilidad solidaria (art. 18 Ley N° 14.908). El caso especial de las Administradoras de Fondos de Pensiones.....	109
<i>Eduardo Court Murasso</i>	
El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad intelectual	123
<i>Yerko Cubillos Román</i>	
Cambio de paradigma en la filiación	141
<i>Maricruz Gómez de la Torre Vargas</i>	
Disciplina de la reunificación familiar en la Ley de Migración y Extranjería ¿Un avance en la tutela de la familia inmigrante?....	159
<i>Alexis Mondaca Miranda</i>	
Transacción sobre alimentos forzosos, enriquecimiento injustificado y acción de reembolso	175
<i>Mario Opazo González</i>	
Las voluntades anticipadas: algunos desafíos para una regulación integral	195
<i>María Agnes Salah Abusleme</i>	
Coexistencia del régimen jurisprudencial sobre uniones de hecho no matrimoniales con el estatuto legal del AUC	217
<i>Susan Turner Saelzer</i>	

SEGUNDA PARTE

BIENES

Una revisión del concepto de Posesión.....	231
<i>Rodrigo Barcia Lehmann</i>	
Art. 703 inciso segundo del Código Civil. La influencia de Bentham en los títulos constitutivos de dominio. Nueva publicación de Bello.....	249
<i>Patricio I. Carvajal Ramírez</i>	

	Página
Consolidación <i>e iura in re propria</i>	263
<i>Hernán Corral Talciani</i>	
El dominio: suma de facultades o un señorío monolítico. Efectos prácticos de abordar una u otra concepción frente a la constitución de derechos reales que lo limitan	279
<i>Andrés Kuncar Oneto</i>	
La accesión de las cosas muebles a inmuebles. Una aproxi- mación a un análisis esquemático del artículo 669 del Código Civil chileno.....	291
<i>Patricia Leal Barros</i>	
¿Cuál es el papel de las inscripciones de papel? La tesis del desprendimiento	305
<i>Esteban Pereira Fredes</i>	
Fusión de personas jurídicas: efectos sobre el derecho real de usufructo. Reflexiones sobre un “Rehusamiento” a la solicitud de inscripción en favor de la absorbente.....	323
<i>Gian Franco Rosso Elorriaga</i>	

TERCERA PARTE
SUCESIONES

Los defectos en el domicilio de los testigos y la validez del testamento	347
<i>Fabián Elorriaga De Bonis</i>	
El abandono de las personas de edad avanzada y la indignidad por falta de socorro en estado de demencia	367
<i>Susana Espada Mallorquín</i>	

CUARTA PARTE
OBLIGACIONES

Notas sobre el artículo 1678 del Código Civil.....	385
<i>Jaime Alcalde Silva</i>	

	Página
Desigualdad y vulnerabilidad: Desde las leyes especiales al derecho común.....	413
<i>Íñigo de la Maza Gazmuri</i>	
La necesidad de cesión de bienes o de apertura del concurso para el ejercicio de la acción pauliana prevista en el artículo 2468 CC	433
<i>Juan Luis Goldenberg Serrano</i>	
La interrupción natural por servicio de posventa en la construcción. Una tesis errada.....	453
<i>Carlos Pizarro Wilson</i>	
¿Se puede alegar la nulidad absoluta cuando ambas partes celebraron un contrato sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba? Antecedentes históricos y principios de Derecho en el Código de Bello.....	467
<i>Álex Zúñiga Tejos</i>	

QUINTA PARTE
CONTRATOS

La buena fe en la etapa postcontractual. Algunas reflexiones sobre su función y consecuencias	487
<i>María Graciela Brantt Zumarán</i>	
La teoría de los riesgos y la frustración del contrato	505
<i>Sebastián Nicolás Campos Micin</i>	
¿Resulta útil la distinción entre inmuebles urbanos y rústicos para los efectos del contrato de arrendamiento?	523
<i>Juan Ignacio Contardo González</i>	
La conexión entre el momento inicial del contrato de arrendamiento y su terminación, en torno a la carga de la prueba. Apuntes sobre el artículo 1947 del Código Civil.....	535
<i>Andrés Erbetta Mattig</i>	
No deje el camino por coger la vereda: la pérdida de <i>affectio societatis</i> como causa grave de disolución de la sociedad colectiva de duración limitada	555
<i>Pablo Manterola Domínguez</i>	

	Página
El espejo roto. La formación del contrato en los contratos de larga duración.....	575
<i>Rodrigo Momberg Uribe</i>	
Contra el dogma de la “desnaturalización” en la interpretación contractual.....	585
<i>Francisco Rubio Varas</i>	
La terminación unilateral en el arrendamiento de servicios inmateriales: Notas preliminares al artículo 2009 del Código Civil.....	597
<i>Gonzalo Severin Fuster</i>	
La disciplina de la imposibilidad en el arrendamiento de cosas. Un supuesto de incumplimiento del arrendador	613
<i>Álvaro Vidal Olivares</i>	

SEXTA PARTE

PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

¿La “garantía de automóviles” del artículo 12 C adscribe a la fisonomía de las garantías reguladas en la LPDC? Análisis de sus deberes informativos.....	633
<i>Francisca María Barrientos Camus</i>	
Sanciones de derecho privado de cláusulas sorprendentes en contratos por adhesión	651
<i>Gabriel Hernández Paulsen</i>	
Plazo de garantía y plazo de durabilidad de los productos, luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.398.....	667
<i>Erika Isler Soto</i>	
El deber de profesionalidad y la responsabilidad por las declaraciones publicitarias: una aproximación desde el derecho chileno.....	683
<i>Patricia Verónica López Díaz</i>	
La transacción en el Procedimiento Voluntario Colectivo. Análisis de sus efectos.....	703
<i>María Elisa Morales Ortiz</i>	

	Página
Interpretación legal y contractual en favor del consumidor. Reforma de la Ley N° 21.398 y el <i>principio proconsumidor</i>	713
<i>Mauricio Tapia Rodríguez</i>	

SÉPTIMA PARTE

RESPONSABILIDAD CIVIL

El deber de información del médico ¿contenido de obligación o criterio de responsabilidad? Especial referencia al consentimiento hipotético	741
<i>Cristian Aedo Barrena</i>	
Imputación subjetiva y causalidad. Notas para contribuir a su distinción en la responsabilidad civil extracontractual, a partir de fallos recientes de nuestra E. Corte Suprema.....	769
<i>Jorge Baraona González</i>	
¿El enriquecimiento injustificado es una forma especial de responsabilidad civil? Ideas acerca de una anomalía del derecho civil chileno.....	789
<i>Rodrigo Barría Díaz</i>	
Notas críticas a la construcción de la responsabilidad contractual sobre la base del artículo 1547 del Código Civil	807
<i>Enrique Barros Bourie</i>	
La pérdida de la chance de lucro cesante ante la exclusión de oferentes en licitaciones públicas.....	829
<i>Hugo Cárdenas Villarreal</i>	
Explorando criterios de distinción entre obligaciones restitutorias e indemnizatorias en situaciones extracontractuales de intromisión en derecho ajeno	851
<i>Carlos Céspedes Muñoz</i>	
Responsabilidad civil, restituciones y accesión por infracción a la propiedad intelectual. Notas de derecho continental y <i>Common Law</i>	865
<i>Ricardo Concha Machuca</i>	

	Página
Avances, retrocesos y desafíos pendientes de la reparación por daño moral	883
<i>Carmen Domínguez Hidalgo</i>	
El límite entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad estricta: problemas en el derecho nacional	899
<i>María Paz Gatica Rodríguez</i>	
Concepto moderno de daño en la responsabilidad civil y algunas reflexiones sobre su aplicación en el contexto del uso de entornos virtuales por niños y adolescentes.....	913
<i>Nicolás Ibáñez Meza</i>	
Capacidad y responsabilidad civil de las personas con discapacidad intelectual. La experiencia de España a partir de las recientes modificaciones al Código Civil	933
<i>Daniela Jarufe Contreras</i>	
El reconocimiento de la etapa postcontractual y el surgimiento de una eventual responsabilidad. Cuestiones a partir de los supuestos mencionados por la doctrina actual	945
<i>Claudia Carolina Mejías Alonzo</i>	
Omisión, culpa y causalidad en la responsabilidad civil	961
<i>Renzo Munita Marambio</i>	
La acción por daño contingente y el daño lícito	983
<i>Ruperto Pinochet Olave</i>	
¿Función punitiva de la responsabilidad civil del empleador por lesiones a derechos fundamentales? Una mirada desde el procedimiento de tutela laboral.....	1001
<i>Pamela Prado López</i>	
Hacia la construcción de un modelo de conducta para el abogado litigante a partir del Código de Ética profesional. Configuración de una <i>lex artis</i>	1019
<i>Jaime Ramírez Cifuentes</i>	
Responsabilidad del contratista experto en los contratos de construcción de obra	1035
<i>Nicolás Rojas Covarrubias</i>	

	Página
Nuevas (des)orientaciones de la responsabilidad civil. Entre ‘función asistencial’ y ‘culpa eventual’	1051
<i>Lilian C. San Martín Neira</i>	
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	1073

PRESENTACIÓN

El presente volumen recoge la edición de las ponencias presentadas en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

El más importante evento académico en el ámbito del derecho nacional, fue celebrado los días 21, 22 y 23 de abril de 2022, reanudándose la tradición que anualmente reúne a los más destacados académicos en la disciplina del Derecho civil, tras dos años en las que su realización se vio suspendida a causa de las restricciones sanitarias impuestas, a nivel mundial y nacional, para evitar la propagación de la pandemia Covid-19.

Con todo, y llenos de incertidumbre, los miembros del consorcio organizador de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, decidieron su realización en la fecha antes indicada, de forma presencial, al menos en cuanto a la presentación de ponencias se trataba, lo que produjo algunas dificultades por el justo temor que sentían profesores y profesoras, frente a las gravísimas secuelas que dejó la pandemia a su paso.

Superados esos temores, empezaron a llegar después de casi tres años, al Campus Talca, de la Universidad de Talca, los ponentes seleccionados (tras un proceso de doble arbitraje ciego), comenzando las exposiciones, así como las (a veces) acaloradas discusiones que se producían entre los ponentes y el público especializado que las escuchaba. A pesar de lo severo de la regla de la presencia física impuesta a los expositores, esta vez se permitió (dado el contexto de fin de pandemia) la participación vía telemática a la comunidad jurídica nacional, contando con cientos de asistentes bajo esta modalidad. Para lo anterior, se transmitió vía *streaming*, la mayor de las veces con tres exposiciones que se desarrollaron en forma paralela, las cincuenta y ocho ponencias presentadas, así como la conferencia in-

augural y los actos de inauguración y de clausura de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Volvió, sin lugar a duda, el principal espacio de reflexión y difusión, a nivel nacional, de las temáticas del Derecho Civil, convocando a académicas y académicos de las más diversas universidades del país, para continuar con la labor y el legado dejado por las XVII Jornadas Nacionales anteriores, así como por las Universidades que estuvieron a cargo de su organización.

Los cincuenta y nueve trabajos unidos bajo esta obra, se distribuyen, según temática abordada, en siete secciones: Familia y Persona; Bienes; Sucesiones; Obligaciones; Contratos; Protección de los consumidores; y Responsabilidad Civil. Escapa a la referida distribución, el trabajo de autoría del Dr. Miquel Martin Casals, destacado catedrático de la Universitat de Girona, al que se ha dedicado una sección especial en esta obra, por recoger la magnífica conferencia con la que se inaugurara este evento.

Como no recordar en estas breves palabras, el homenaje que rendimos al querido amigo, colaborador incansable de las Jornadas y destacadísimo académico en el plano nacional e internacional, Alejandro Guzmán Brito, quien partiera de este mundo el año 2021, dejando un legado invaluable a través de su obra y un ejemplo a seguir, de rigor científico, honestidad intelectual, así como de un conjunto de cualidades humanas, que hará muy difícil, para los que en vida nos consideramos sus amigos, aceptar que tan insigne jurista y ser humano ya no se encuentra con nosotros.

Agradecemos a todos quienes colaboraron a que la celebración de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil fuese posible, a los amigos y amigas miembros del consorcio organizador de las mismas, a la Universidad de Talca, en la persona del decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca Dr. Rodrigo Palomo Vélez y en la persona de su Director Administrativo don Jorge Rojas Opazo.

Especiales gracias a la empresa privada de la Región del Maule, que apoyó generosamente la realización de las Jornadas, entre ellas, Alimentos PF, Constructora Galilea, Tax Planing Group, By Barcelona, Madeex, Viña El Aromo. Mención aparte merece el compromiso mostrado con el éxito de las actividades sociales de las Jornadas por los empresarios y ex alumnos de nuestra Facultad Juan Tapia Pezoa y María Elena di Marco Zamora.

Merecido reconocimiento a todo el equipo que participó en la organización de las Jornadas, especialmente a las coordinadoras de las mismas, Pau Arratia y Dani González, quienes, junto a un gran y motivado equipo de voluntarios, integrado entre otros, por Kathy Valenzuela, Lucila Aravena,

Ángel Fontt, María Paz Sims y Javiera Cáceres, hicieron posible el éxito de esta actividad académica de gran envergadura.

En cuanto a los trabajos de edición de las actas que ahora presento, reconocer el trabajo de los profesores Isaac Ravetllat, Carolina Riveros, Alexis Mondaca y Daniela Jarufe, así como también la tenaz labor realizada, ahora por nuestras asistentes de edición, Pau Arratia y Dani González.

Finalmente, agradecemos a la Editorial Thomson Reuters por el apoyo continuo que ha entregado a este proyecto, dándole un soporte material a los ya miles de trabajos que han sido presentados en las Jornadas, ofreciendo a la comunidad jurídica nacional, quizá la obra colectiva de mayor importancia e influencia en el desarrollo del derecho nacional.

Esperamos que este nuevo volumen de *Estudios de Derecho Civil*, correspondiente a su XVI entrega, continúe sirviendo al desarrollo y progreso de esta disciplina jurídica, en sus diversos estratos –profesional, judicial y académico– tal y como lo ha venido haciendo desde su primera versión.

RUPERTO PINOCHET OLAVE
Presidente
Consortio Organizador
XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil
Talca-Chile

¿ES POSIBLE PENSAR UN DERECHO CIVIL NO BINARIO?

LAURA ALBORNOZ POLLMANN*

La histórica separación de la población del mundo en dos géneros, femenino y masculino, debe ser puesta en revisión, especialmente desde la mirada que el derecho civil hace de ella, no sólo para efectos de identidad registral, sino también para omitir o modificar la clasificación impuesta a miles de personas que no se sienten identificadas con el binomio hombre/mujer con el que históricamente hemos clasificado en la raza humana.

Resulta inspirador releer en la cita de Suazo¹, la historia del halcón al que Nasrudin le cortó las garras, recortó las plumas y enjauló, afirmando “¡Así es como un pájaro debe ser!”, cuando afirma, “Se trata de algo tan necio, como pretender que el propio género y la propia orientación sexual deban ser entendidas como medida incuestionable e irrefutable de la condición existencial de la totalidad de los seres humanos”. Es de eso que se quiere hablar en este artículo, aunque para evidenciar la necesaria adecuación jurídica se deba transitar por muchas consideraciones socio-lógicas y antropológicas que durante siglos han orientado a las diferentes ciencias que intentan comprender y explicar la diversidad del ser humano.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos define el modelo binario de sexo/género como “el modelo social y cultural dominante en la cultura occidental, que considera que el género y el sexo abarcan dos –y sólo dos– categorías rígidas, a saber, masculino/hombre y femenino/

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, Doctora en Derecho Civil por la Universidad de Sevilla. Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. Correo electrónico: lalbornoz@derecho.uchile.cl.

¹ SUAZO (2020), p. 11.

mujer. Tal sistema o modelo, excluye a quienes no se enmarcan en estas dos categorías (como las personas trans o intersexo)".²

1. LO QUE AFIRMA EL DERECHO, LO QUE CUESTIONA LA DOCTRINA

Como sabemos, hay una relación entre el derecho y la realidad que viven las personas, marcada por la cultura dominante y que permanentemente está sujeta a las “expresiones de poder propias de los discursos imperantes en un momento determinado”.³ Esta misma idea plantea Berlant al afirmar que “La sociedad y el Estado han construido gran parte de sus procesos a partir de la *heteronormatividad*.”⁴ Esto significa, por un lado, que la asignación de roles sociales, la distribución de actividades laborales y el diseño de políticas públicas se determinan a partir de la distinción binaria entre *hombre y mujer*”.

Coincidimos con la pregunta que Judith Butler se formula cuando señala: “¿Es la disolución de los binarios de género, tan monstruosa o tan temible que por definición se afirme que es imposible, y heurísticamente quede descartada de cualquier intento por pensar el género?”⁵ Modestamente queremos añadir: ¿No debiera el derecho resistirse a perseverar en encajillamientos del ser humano que dificulten su pleno y más feliz desarrollo intelectual, físico y moral posible?

La mirada predeterminada de las cosas y las personas, es lo que a mi juicio debe ser revisado, para evitar como señala Suazo que sea suprimido todo lo que cuestione los parámetros impuestos o “se resista a coincidir con las pautas del propio imaginario”.⁶

Volviendo con Butler, es interesante recordar su afirmación relativa a que si el género es construido culturalmente, entonces no se puede decir que un género sea únicamente determinado por un sexo, dando por sentado que el

² CIDH, solicitud de Opinión Consultiva N° 24 de 14 de febrero de 2017. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/1_cidh.pdf, p. 5 [visitado el 22.10.2022].

³ HERRERA y SALITURI (2018), p. 44.

⁴ BERLANT (2018), pp. 548-554.

⁵ BUTLER (2007), p. 9.

⁶ SUAZO (2020), p. 10.

binomio sexual hombre/mujer es una idea incuestionable, “no hay ningún motivo para creer que también los géneros seguirán siendo sólo dos”.⁷

Dado que esta única mirada del orden de las cosas ha provocado dolorosas y no subsanadas historias de horror, coincidimos con Luciana Guerra, cuando afirma que “la heteronormatividad del patriarcado ha conducido a la discriminación e inferiorización tanto de toda orientación sexual disidente, como de cualquier identidad genérica que no respete la dicotomía varón/mujer –léase: travestis, transexuales, intersexuales, transgéneros, lesbianas, bisexuales, gays”.⁸

Teniendo en consideración que la adecuación de la identidad de género tiene su fundamento en el derecho al libre desarrollo de todas las personas, y eso significa proteger su derecho fundamental a la dignidad y al bienestar, resulta necesario garantizar su desenvolvimiento en todas las esferas, especialmente en la sanitaria (condición indispensable para el desarrollo de los seres humanos), pero también y especialmente la jurídica, ya que el derecho es el medio para alcanzar el bienestar individual y colectivo, o como afirma el Tribunal Constitucional español en su Sentencia Nº 53/1985, de 11 de abril, como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.⁹

Lo anterior implica según Palomares y Rozo “un reto para el Estado, en la medida en que debe buscar nuevos mecanismos para permitir que la persona determine cómo se identifica ante éste”,¹⁰ ya que si bien en el ámbito legal, la Ley Nº 20.609 de 2012, establece medidas contra la discriminación, instaurando un mecanismo judicial que ha permitido restablecer paulatinamente el imperio del derecho, cada vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria y obligando, además, a todos los órganos de la Administración del Estado a elaborar e implementar políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política, las

⁷ BUTLER (2007), p. 54.

⁸ GUERRA (2019), p. 2.

⁹ BOE-T-1985-9096.

¹⁰ PALOMARES Y ROZO (2019), p. 114.

leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes,¹¹ lo que intentaremos justificar en este artículo es la necesidad más exigente aún, cual sería la de reconocer en el Ordenamiento Jurídico chileno una tercera categoría de género, comenzando por el reconocimiento registral de las personas no identificadas con el binario hombre/mujer o también llamadas *genderqueer*¹² o *agénero*,¹³ con la intención de avanzar en la preeminencia de los derechos humanos de las personas, y luego provocar todas las transformaciones culturales, sanitarias y educativas necesarias que aseguren el goce efectivo de los derechos de dichas personas, cuya identidad de género no está incluida o trasciende el binario hombre y mujer.

2. INTENTANDO PRECISAR EL OBJETO DE ESTE ANÁLISIS

Para avanzar en lo anunciado en el párrafo anterior, debemos comenzar señalando que el derecho a la identidad de género consiste en la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos. Este fenómeno, no de manera infrecuente, ha estado ocurriendo en muchos países del continente, lo que ha sido un logro al considerar legalmente la existencia de un tercer género, y desarrollando fórmulas para permitir que sean las personas las que se identifiquen con el género al que pertenecen, y no sea una imposición médica en unos casos, biológica en otros y finalmente judicial la que predomine. Como ha señalado Valdés, el concepto de identidad de género se ha introducido de manera paulatina en diversas normas, circulares e incluso sentencias judiciales con particular énfasis en materia de no discriminación y el reconocimiento del nombre social.¹⁴

Creemos, al igual que Rozo, que con la existencia de un tercer género, o un género que no responda al modelo binario hombre/mujer, se les permitirá a todas las personas, especialmente las *Genderqueer* o *Agénero*, manifestar su real identidad sin tener que, necesariamente, acoplarse a los roles de

¹¹ Ley N° 20.609, de 2012.

¹² RICHARDS (2017), p. 5.

¹³ ZARATE (2015), p. 47.

¹⁴ VALDÉS (2021), p. 36.

género tradicionales.¹⁵ En efecto, se trata de reconocer como sujetos, a personas que no se identifican dentro del binario, más que sólo autorizar el cambio dentro del esquema dual como lo hace la Ley de Identidad de Género en nuestro país.

En efecto, en Chile la Ley de Identidad de Género reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, y regula el cambio de sexo y nombre registral consagrando una serie de principios entre los cuales están; el principio de no patologización, de no discriminación arbitraria, de confidencialidad, de dignidad de trato, etc., pero manteniendo, sin embargo, la elección o decisión anclada en el binomio tradicional de hombre o mujer sin considerar otras alternativas, y sin ni siquiera avanzar un paso en la eliminación de categorías genéricas.¹⁶ Coincidimos con Valdés al afirmar que el concepto utilizado de identidad de género utilizado por dicha normativa excluye a personas cuyas identidades trascienden el binario masculino/femenino en nuestra sociedad.¹⁷

Así las cosas, adquiere importancia la pregunta de Judith Butler con relación a ¿cómo debemos reformular las limitaciones morfológicas idóneas que recaen sobre los seres humanos para que quienes se alejan de la norma no estén condenados a una muerte en vida?,¹⁸ ya que dicho de una manera clara y también en voz de la autora antes citada “una es mujer en la medida en que funciona como mujer en la estructura heterosexual dominante”,¹⁹ y agregamos nosotras, lo mismo corre para todo el resto. Al igual que la influyente autora, seguimos “albergando la esperanza de que las minorías sexuales formen una coalición que trascienda las categorías simples de la identidad, que rechace el estigma de la bisexualidad, y que combata y suprima la violencia impuesta por las normas corporales restrictivas”.²⁰

¹⁵ ROZO (2018), p. 2.

¹⁶ Ley N° 21.120, de 2018.

¹⁷ VALDÉS (2021), p. 94.

¹⁸ BUTLER (2007), p. 24

¹⁹ BUTLER (2007), p. 12

²⁰ BUTLER (2007), p. 32.

3. LA ADECUACIÓN DEL SEXO O LA DESTRUCCIÓN DE LA CONCEPCIÓN BINARIA DE LAS PERSONAS. ¿QUÉ PASA EN EL DERECHO COMPARADO?

Adentrándonos ya en él, hacemos referencia a un interesante fallo del Tribunal de Gran Instancia de Francia de 20 de agosto de 2015 analizado por Curti y Vittola que resolvió favorablemente un pedido de rectificación de partida de nacimiento, ordenando modificar el sexo de la persona demandante descrito como “masculino” y lo sustituyó por la mención “sexo neutro”. Este pronunciamiento se sustentó, en el reconocimiento de la existencia de un tercer género no contemplado en la ley francesa (como en la mayor parte de nuestras legislaciones) las que, como hemos señalado sólo reconocen un régimen binario en materia de Estado Civil.²¹

Junto con la adhesión que cada persona pueda hacer con un género específico, los autores señalan que en la sentencia quedó en evidencia que a dichos individuos le asistían además anomalías orgánicas (que por eso muchos denominan intersexual, o todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual del sujeto no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino) que hacían imposible una identificación por tres razones fundamentales. Medicamente, quien había accionado presentaba una pérdida de funciones reproductivas, más particularmente de testículos y de ovarios, sumado al desarrollo de genitales con aspectos tanto femeninos como masculinos, y sin producción de hormonas sexuales (testosterona y/o estrógeno) y al hecho de que desde el punto de vista psíquico era imposible definirlo sexualmente, reivindicando una identidad intersexuada.

Lo interesante de este fallo radica justamente en la línea argumentativa que siguió al evidenciar el vacío legal existente en estos asuntos, toda vez que se delega la facultad de determinación en el oficial del Registro u otras personas quienes llevaban adelante la elección (como muchas veces ha sucedido en nuestro país), vulnerando con ello el derecho al respeto de la vida privada que establece el art. 8º inc. 1º de la Convención Europea de Derechos Humanos, y que por cierto también se encuentra reconocida en tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, además de lo establecido en el art. 19 N° 4 de la aún vigente Constitución de la República de Chile que establece “El respeto

²¹ CURTI y VITTOLA (2015), p. 1.

y protección a la vida privada y pública y a la honra de las personas y de su familia”.

4. LA JURISPRUDENCIA

Otro pronunciamiento de instituciones jurisdiccionales, ahora en nuestra región, es la doctrina contenida en el fallo SU-337/99 de la Corte Constitucional de Colombia, institución que tiene una vasta jurisprudencia asociada al “consentimiento informado” en las cirugías de reasignación sexual de menores intersexuales. En efecto, como sabemos, el consentimiento informado es un elemento central para abordar el problema jurídico de la patologización y medicalización de la intersexualidad. Por este motivo, es que daremos cuenta de la Sentencia de Unificación SU-337/99, dictada con fecha 12 de mayo de 1999 por la Corte Constitucional colombiana, que tiene como antecedente una acción de tutela interpuesta por la madre de una menor singularizada como N.N. en contra del Estado colombiano, como consecuencia de que el Instituto de Seguros Sociales de Colombia se negó a practicar a la niña una cirugía de reasignación sexual. La niña (nacida el 14 de octubre de 1990 y que a la fecha del litigio tenía siete años de edad) aunque había sido asignada originalmente al sexo femenino, cuando tenía tres años de edad fue diagnosticada con un “seudohermafroditismo masculino” acompañada de una “ambigüedad genital”, por lo que el médico tratante le recomendó efectuar un tratamiento quirúrgico de readecuación de los genitales, que incluía además la extirpación de las gónadas y una clitoroplastia, la que debía realizarse antes de que la niña llegara a la pubertad,²² y aunque el fallo en análisis está centrado en el problema de consentimiento médico para las intervenciones de readecuación genital, es posible encontrar algunos pasajes que abordan el derecho de las personas intersexuales al reconocimiento legal de su sexo y género.

En efecto, el párrafo cuarto de la parte dispositiva de la sentencia ordena “*proteger el derecho a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la menor*”.²³ El derecho a la identidad de

²² El tratamiento quirúrgico consistía en una “readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la plastia o remodelación del falo (clitoroplastia), de los labios y de la vagina”. (Antecedentes N° 1).

²³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SU-337/1999, de 12 de mayo de 1999 (p. 87).

género, en opinión de la Corte y a la jurisprudencia anteriormente señalada es una extensión de lo que la Constitución colombiana consagra en lo relativo del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en virtud del cual se identifica a la persona humana como un ser que determina autónomamente su vida y su identidad. De este modo, se afirma que “*uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra individuación como una persona singular es precisamente la identidad de género, esto es, el sentimiento de pertenecer a un determinado sexo*” (Fundamento Jurídico N° 39).²⁴

Cabe mencionar además, que este fallo adhiere a la postura de que la postergación de las cirugías de remodelación genital no implica postergar la asignación legal del género de los recién nacidos intersexuales, sino que por el contrario siempre debe asignarse un género que permita al menor tener social y legalmente una identidad sexual clara, siendo la verdadera materia de debate el si es necesario o no que esta asignación legal vaya acompañada de un modificación quirúrgica u hormonal de la genitalidad (Fundamento Jurídico N° 65).²⁵

El tribunal también adopta dos posicionamientos en materia de protección frente a la discriminación. En primer lugar, hace un interesante planteamiento respecto al consentimiento sustituto de los padres a los tratamientos de medicalización de los niños intersexuales, al que considera que puede ser un acto discriminatorio. En segundo término, al finalizar la parte considerativa de la sentencia, la Corte señala que “*Los estados intersexuales interpelan entonces nuestra capacidad de tolerancia y constituyen un desafío a la aceptación de la diferencia. Las autoridades públicas, la comunidad médica y los ciudadanos en general tenemos pues el deber de abrir un espacio a estas personas, hasta ahora silenciadas*”.²⁶ (Aclaración final).

Aunque son solo breves referencias, se puede afirmar que la Corte reconoce que las personas intersexuales son sujetos especialmente vulnerables a sufrir discriminación, tanto dentro de sus familias como en su

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SU-337/1999, de 12 de mayo de 1999 (p. 58).

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SU-337/1999, de 12 de mayo de 1999 (p. 72).

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SU-337/1999, de 12 de mayo de 1999 (aclaración final, p. 85).

vida social, lo cual hace necesario que la sociedad en su conjunto adopte medidas para su integración y protección.

Así las cosas, el propósito de este artículo es analizar cómo las experiencias comparadas de la región y de derechos semejantes al nuestro, pueden nutrir de argumentos razonables para incluir un tercer género en el sistema registral chileno o definitivamente evaluar si resultaría necesario hacerlos desaparecer. Lo anterior implica, según Zárata, un reto para el Estado, en la medida en que “debe buscar nuevos mecanismos para permitir que la persona determine cómo se identifica ante éste. En especial, surge la cuestión de cómo cambiar el sistema registral ordinario, el que se ha caracterizado por *asignar* la identidad de la persona a partir del sexo que ésta tiene al nacer, y por no considerar que existen personas que no se sienten ni como hombres ni como mujeres”.²⁷

La hipótesis de esta investigación considera que el derecho fundamental a la personalidad jurídica reconoce tanto el derecho a ser reconocido socialmente como titular de un género determinado como de serlo de uno no binario, y es deber del Estado reconocer dicha situación; sin embargo, dicho ámbito depende, actualmente, de un proceso de adjudicación constitucional, el cual activa, posteriormente, el aparato legislativo y registral.

En este sentido han procedido por ejemplo los “Principios de Yogyakarta”, sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, presentados el 26 de marzo de 2007 a propuesta de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en el marco de la Cuarta Sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra (Suiza) señalando “Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas”. En esta línea, justamente, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó, en julio de 2011, la resolución que aboga por poner freno a la discriminación de los seres humanos por su orientación sexual o identidad de género (...) abogando por una novedosa perspectiva socio-jurídica que reconoce la libre expresión del género de las personas como un derecho humano fundamental.

²⁷ ZÁRATE (2015), p. 47.

En el contexto regional la centralidad del principio de igualdad y no discriminación en el andamiaje del derecho internacional de los derechos humanos ha sido ratificada en diversas ocasiones por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha señalado que se trata de un elemento que estructura el orden jurídico nacional e internacional, permeando todo el ordenamiento jurídico, e integrando el dominio del *jus cogens*.²⁸

En este sentido coincidimos con la Opinión Consultiva 24/17, de 24 de noviembre de 2017 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que señala: “Las personas de género no binario también tienen derecho a formar una familia, a ser registrados acorde a su identidad de género diversa, a no ser sometidos a cirugías o tratamientos hormonales para modificar su cuerpo y ajustarse al rol femenino o masculino. De lo contrario, no se les brindaría protección legal ni el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones”.

Como afirma Thomas Nagel, existen tres fuentes fundamentales de la desigualdad, vinculadas a hechos ajenos a la voluntad individual (de raza y género, fundamentalmente), la clase y los talentos.²⁹ En este sentido, ni la “lotería natural” de Rawls que si bien autoriza a “que las personas deban pagar el costo de las elecciones por las que se inclina” y no se les deba considerar víctimas (aunque durante muchos siglos sí lo han sido),³⁰ creemos que el Estado debe remirarse para dejar de excluir y concederles en plenitud los derechos de que goza el resto de la humanidad”, aunque ni en esto último podemos ser enfáticas. Como el propio filósofo afirma: “la naturaleza no es justa o injusta con nosotros, lo que es justo o injusto es el modo en que el sistema institucional procesa estos hechos en la naturaleza”.

Especialmente alentador resulta en este contexto la decisión de la Asamblea Nacional Francesa que el día 26 de enero de 2022 aprobó una nueva ley que prohíbe las llamadas “terapias de conversión” y establece sanciones penales para quienes intenten usarlas en personas con orientaciones sexuales o identidades de género disidentes a las expectativas de género tradicionales.³¹

²⁸ Opinión Consultiva OC-18/03. Sentencia de 23 de junio de 2005.

²⁹ NAGEL (1991), Cap. 10.

³⁰ GARGARELLA (1999), p. 41.

³¹ Disponible en: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/interdiction_pratiques_modifiant_orientation_sexuelle. [visitado el 22.10.2022]

5. ¿QUÉ SUCEDE EN CHILE?

El sistema institucional del Estado chileno debe, a nuestro parecer, ajustarse, especialmente en sus normas sustantivas las que, como sabemos, son aquellas que establecen los derechos y obligaciones de los sujetos, que regulan la vida de las personas y se vinculan con el orden público. Un incipiente trabajo, aunque especialmente a través de la jurisprudencia de los tribunales de justicia que ha propiciado el de órganos administrativos, se ha estado llevando a cabo. En este sentido resulta interesante analizar la referencia que al fenómeno de la intersexualidad se han realizado en diferentes fallos, que han logrado avanzar pese al temor de algunos sentenciadores que han sustentado su omisión, a nuestro juicio, en razones de carácter formal. Es el caso del ministro Martínez al votar como único voto disidente, de la revocación de la sentencia de primera instancia de tres de noviembre de 2021, que desestimó la petición de rectificación de partida de nacimiento, por la cual se solicita se modifique la referencia al sexo masculino de la parte recurrente, a fin de que se señale “no binario” y se utilice respecto de tal categoría el marcador “X”, argumentando que dicha solicitud no se formula conforme la normativa específica que señala la Ley N° 17.344, referida a la rectificación de partidas de nacimiento, ni al procedimiento de la Ley N° 21.120 que sólo admite la rectificación de género, limitado a hombre o mujer, ni tampoco del art. 31 de la Ley N° 4.808 que no contempla una acción judicial de rectificación de nombre estableciendo identidad de género no binario. En ese orden de ideas, el voto disidente hace referencia a que una pretensión como la de la parte recurrente, “excede los ámbitos de las leyes antes mencionadas, y que por lo mismo, se trataría de una acción que carecería de sustento normativo expreso, por lo que podría ser catalogada de innominada”,³² continuando con una serie de argumentos referidos al ámbito procesal en el que fue incoada y la necesidad de ajustarlo al órgano jurisdiccional competente para conocer de estas materias que dicen relación con derechos consagrados en la Constitución Política de la República y en tratados internacionales de Derechos Humanos.

No obstante lo anterior, percibimos como alentadora la justificación del voto de la mayoría de los magistrados y magistradas de la sala de la

³² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 10878-21, de 28 de julio de 2022.

Corte, quienes alegando un “mandato de optimización”, no sólo integran al Ordenamiento nacional los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, cumpliendo con lo dispuesto en el art. 5° de la actual CPR, lo hace con un rango jerárquico preferente, imponiendo al Estado chileno el deber de satisfacerlos a través de las instituciones públicas, las que deben adoptar todas las “providencias necesarias a fin de facilitar que toda persona pueda desarrollarse adecuadamente conforme a su expresión de género, removiendo todo obstáculo que impida que dicho desarrollo sea vulnerado y arbitrando las medidas que faciliten el ejercicio libre de su identidad sexual, en cuanto categoría especialmente protegida”.

El pronunciamiento de la Corte de Apelaciones es coincidente con lo señalado por la Corte Suprema que, en el fallo Rol N° 12341-19, ha afirmado la obligación que le asiste al Estado chileno de impedir que la divergencia entre “el sexo formalmente establecido y la identidad de género” puedan constituir una fuente de afectación de garantías fundamentales, lo que sucede cuando el Estado asigna una identidad que no coincide con la que la persona cree que le corresponde. Así las cosas, los órganos administrativos de los Estados no pueden actuar limitando los derechos de las personas. Finalmente, la mencionada resolución acoge la solicitud de cambio registral, y se ordena al Servicio de Registro Civil e Identificación proceder a rectificar la partida de nacimiento de la persona requirente, y en la sección referida al sexo modificar la mención de “masculino”, por “no binario” con el marcador “X”, hecho que se ha materializado recientemente.

Siguiendo la lógica de esta mirada que han abierto, muy acertadamente a mi parecer, los tribunales de justicia chilenos, es que tenemos que avanzar en identificar cuáles son aquellos asuntos asociados al derecho que debemos resolver de manera urgente para evitar la evidente y cruda discriminación que sufren las personas intersexuales.

6. RECONOCIMIENTO LEGAL DE SEXO Y GÉNERO

La primera de ellas es la que dice relación con la conceptualización de las ideas de sexo y género como dos ideas distintas. Así las cosas, a nuestro parecer debería reflexionarse decididamente en torno a la necesidad de modificar los textos legales con miras a dar por concluida la tradicional clasificación binaria que distingue entre hombre y mujer, y hablar de las personas de la especie humana, sin que el elemento sexo sea

un factor determinante. En este mismo sentido, hacer nuestra la noción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de intersexualidad comprendida como “todas aquellas situaciones en que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”,³³ situación que escapa a la generalizada obligación que diferentes Estados imponen de señalar el sexo de cada recién nacido para obtener un certificado oficial de nacimiento y por ende de identidad, pudiendo para ellos escoger entre sólo entre las opciones “masculino” y “femenino”, creencia que como afirma Agius se sustenta en la idea de que el sexo es una de las características esenciales de la identidad de una persona.³⁴

Si bien estamos conscientes de que muchos países han reconocido legalmente el derecho a la identidad de género para todos sus ciudadanos, no existe una única respuesta sobre cómo resolver el problema de la asignación de sexo en las partidas de nacimiento y otros documentos de identidad oficiales basados en el binarismo de género tradicional, especialmente cuando el menor de edad no ha podido manifestar autónomamente su propia identidad de género y los padres han optado por no corregir quirúrgicamente el sexo biológico de sus hijos.³⁵

Por lo anteriormente señalado, la Resolución N° 2191 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa,³⁶ llama a sus Estados miembros a asegurar que las leyes y prácticas que regulan los registros de nacimiento sean lo suficientemente flexibles para abordar la situación de los niños intersexo sin necesidad de forzar a los padres o médicos a revelar tal estatus innecesariamente, sugiriendo evaluar la posibilidad de que el registro del sexo en certificados de nacimiento u otros documentos de identidad sea opcional. También se recomienda simplificar los procedimientos de reconocimiento legal de género y asegurar que éstos sean rápidos, transparentes y accesibles para cualquier persona con base en su autodeterminación, asegurando que las clasificaciones de género que emplean las autoridades

³³ CIDH (2015), p. 1.

³⁴ AGIUS (2017), p. 37.

³⁵ AGIUS (2017), pp. 38-39.

³⁶ PACE (2017).

incluyan a las personas intersexuales que no se identifican como masculinas o femeninas. Del mismo modo, se solicita que a las personas intersexo no se les impida suscribir una unión civil o matrimonio (ni se les obligue a terminar uno preexistente) como consecuencia del reconocimiento legal de su género (párrafo 7.3.).

7. PATOLOGIZACIÓN Y MEDICALIZACIÓN DE LA INTERSEXUALIDAD

Un segundo problema que requiere un urgente pronunciamiento del ordenamiento jurídico es la patologización y medicalización de la intersexualidad, considerándolas un factor de preocupación para distintos organismos internacionales de protección de derechos humanos, que las han re-catalogado como conductas lesivas a los derechos fundamentales de los pacientes y han llamado a los Estados a adoptar medidas concretas para ponerles término. Así, los comités de cumplimiento de tratados del Sistema universal de protección de derechos humanos, tiene opiniones que, aunque dispersas en distintos informes, pueden sintetizarse en torno a tres planteamientos generales:

a) Rechazo a los tratamientos médicos no consentidos y médicamente innecesarios a niños, niñas y adolescentes intersexuales.

b) Necesidad de resguardar el derecho a la integridad corporal de los niños, niñas y adolescentes intersexuales, garantizando el consentimiento informado.

c) Necesidad de educar y concientizar en torno a diversidad sexual, física y biológica.

En el derecho comparado existe un tratamiento incipiente de este problema respecto de dos dimensiones relacionadas entre sí. Por un lado, algunos países han consagrado por vía legislativa un nuevo derecho a la protección de las características sexuales de toda persona, el que supondría un reconocimiento de la existencia de la diversidad corporal (es decir, de sujetos que no calzan en la dicotomía hombre-mujer) y un respaldo jurídico a la despatologización de la intersexualidad. Por otro, tanto legislativa como jurisprudencialmente se ha considerado necesario reforzar el ejercicio del derecho al “consentimiento informado” por parte de los menores de edad intersexuales frente a la posibilidad de que se les realice un tratamiento médico que altere sus características sexuales, para lo que se han establecido criterios generales sobre cuándo dicho consentimiento

debe ser exigido previa y perentoriamente, y cuándo podría ser subrogado por sus progenitores u otras personas que estén a su cargo.³⁷

8. PROTECCIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

El tercer asunto de carácter jurídico que debe ser resuelto es la protección frente a actos de discriminación arbitraria. Sobre el particular, sabemos que la jurisprudencia en materia de Derechos Humanos, tanto universal como a nivel regional, han reconocido y reafirmado que “la identidad de género”, y nosotros agregamos también “la no identidad del mismo”, forman parte (o deberían en el segundo caso) de los criterios prohibidos de cualquier discriminación. En este sentido, en cuanto categorías protegidas, cualquier distinción basada en la identidad de género debe someterse a un escrutinio estricto de las autoridades judiciales. En la aplicación del test de proporcionalidad, es importante reconocer los diferentes test de discriminación a los que son sometidos los distintos grupos, entre ellos los intersexuales y las situaciones donde se produce más de un motivo de discriminación. Así, los tribunales deberán tomar en consideración que las personas intersexuales pueden ser discriminadas tanto en el ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales, como en los sexuales, o en los civiles y políticos.

En efecto, muchas de estas leyes individualizan expresamente los distintos tipos de discriminación (como sexo, raza, religión, orientación sexual, etc.) que se prohíben, con la finalidad de hacer más efectiva la aplicación de estas normas. No obstante, no hay claridad sobre si las distintas situaciones de discriminación a las que están expuestas las personas intersexuales pueden subsumirse en alguna de estas categorías preexistentes o requieren de la consagración legal de una categoría más específica. En opinión del Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, la falta de garantías específicas de no discriminación a las personas intersexuales (junto con la falta de visibilidad y conocimiento al respecto que hay al interior de la sociedad) puede facilitar que éstas sean discriminadas con total impunidad.³⁸

³⁷ AGENCIA UNIÓN EUROPEA (2015), pp. 5-7.

³⁸ AGIUS (2017), p. 43.

En virtud de lo señalado anteriormente, los organismos internacionales han señalado como ejemplos de derechos humanos especialmente vulnerables en personas intersexuales los siguientes:

- i. La prohibición de tortura o tratos inhumanos o degradantes;
- ii. La prohibición de toda forma de discriminación arbitraria;
- iii. El derecho al respeto a la vida privada, que incluye los derechos a la integridad física y psíquica, a la autodeterminación y autonomía personal;
- iv. El derecho a la salud, tanto en su dimensión física como mental, y con especial consideración de la salud sexual y reproductiva, y
- v. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes tales como: la primacía de su interés superior, el derecho a tener un nombre, el derecho a preservar su identidad, el derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que lo conciernen, y el derecho a la libertad de buscar, recibir y emitir información.

En cuarto lugar, estimamos que se debe avanzar en un tratado internacional de DDHH que haga referencia en particular a las personas intersexuales en el Sistema Universal de Derechos Humanos. Lo anterior, ya que -como ha quedado claro de esta lectura- todavía no existe ningún tratado internacional que haga alusión directa a las personas intersexuales, y varios organismos de cumplimiento de los tratados han hecho referencia a esta omisión. Tales entidades corresponden al Comité contra la Tortura (CAT, 2011), el Comité de los Derechos del Niño (CRC Suiza, 2015), el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, 2015), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (HCHR, 2015 A y B), el Relator Especial para el Derecho a la Salud (Grover, 2009) y el Relator Especial contra la Tortura (Méndez, 2013).

Por otro lado, en un nivel más regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (IACHR, 2012), la Asamblea Parlamentaria (PACE, 2017) y el Alto Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (Agius, 2017), también han emitido opiniones jurídicas sobre esta materia, en las que se destaca una visión más integral de los derechos fundamentales involucrados y de las acciones que debieran tomar los Estados para garantizar su protección. Particularmente relevante es la resolución N° 2191 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre “*Promoción de los derechos humanos de las personas intersexuales y eliminación de la discriminación en su contra*” (2017), pues constituye el pronunciamiento jurídico más completo y específico que se haya realizado hasta la fecha por un organismo internacional en torno a las acciones

que deben tomar los Estados para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas intersexuales.

En términos generales, estos documentos dicen relación con recomendaciones a los Estados a objeto de poner término a todo tipo de intervenciones médicas no consentidas en menores de edad cuya finalidad sea la mera “normalización” de las características sexuales de los pacientes, calificando la patologización y medicalización tradicional de las condiciones intersexuales como una forma de trato inhumano, degradante y discriminatorio, que además vulnera el derecho a la salud, a la integridad física y psíquica, y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con lo cual se pretende elevar este ámbito de asuntos a la categoría de problemas de protección de derechos fundamentales.

9. POR ÚLTIMO, UNA REFERENCIA A LA LEY ANTIDISCRIMINACIÓN

A diferencia de la legislación extranjera estudiada al inicio de este análisis, ni la Ley N° 20.609 ni la N° 21.120 hacen mención expresa de las características sexuales o los estados intersexuales como campos específicos de discriminación y escasamente existen fallos judiciales u otras normas legales al respecto.

No obstante lo anterior, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en su informe del año 2017, recoge varios testimonios de niños intersexuales que sufrieron actos de “bullying” y discriminación al interior de las comunidades educativas donde estudiaban, tanto de parte de estudiantes como de profesores. El INDH advierte que *“los espacios educativos –si no se toman las medidas adecuadas– pueden constituirse en espacios en los que esos obstáculos se transformen en malos tratos y acciones arbitrarias en contra de los y las estudiantes intersexuales”*.³⁹

El Instituto también constata *“una gran desventaja que enfrentan las personas intersexuales, y es que –cuando acceden a la educación– terminan desertando o atrasándose respecto de aquellas personas no intersexuales”*, pues *“producto de la seguidilla de tratamientos que deben enfrentar entre su nacimiento y la adolescencia, niños y niñas intersexuales deben pasar largos períodos de internación y recuperación dificultando la asistencia a clases”*.

³⁹ INDH (2017), p. 75.

Las referencias precedentes dejan en evidencia que las personas intersexuales, en cuanto tales, son vulnerables a sufrir discriminación a lo largo de su vida y demuestran cómo el silencio, por ejemplo, de la ley antidiscriminación, podría, eventualmente, perpetuar dicha situación en el tiempo, por tal motivo es que nos parece urgente que sea justamente el Derecho Civil, el primero entre sus pares, el derecho que se haga cargo de la legítima demanda de considerar a todas las personas como tales, independiente del sexo o género con el que se identifican.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2015): The fundamental rights situation of intersex people. FRA Focus. Disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people> [visitado el 22.10.2022].
- AGIUS, Silvan (2017): “Human rights and intersex people”, en: *Issue paper*. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806da5d4>. [visitado el 22.10.2022].
- BERLANT, Lauren y WARNER, Michael (2002): “Sexo en público”, en: Mérida Jiménez, Rafael M., *Sexualidades transgresoras, una antología de estudios queer* (Barcelona, Icaria Editorial S.A.), pp. 229-262.
- _____ (1998): “Sex in Public”, en: *Revista Critical Inquiry* (vol. 24, N° 2), pp. 548-555.
- BUTLER, Judith (2007): *El género en disputa* (Barcelona, Paidós).
- _____ (2006): *Deshacer el género* (Barcelona, Paidós).
- CIDH (2015): “Conceptos básicos”. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html> [visitado el 22.10.2022].
- _____ (2017): “Solicitud de Opinión Consultiva N° 24 de 14 de febrero de 2017”. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/1_cidh.pdf, 34 pp. [visitado el 22.10.2022].
- CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS. Opinión Consultiva OC-18/03: párr. 101 y Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, párr. 184.
- CURTI, Patricio y VITTOLA, Leonardo (2015): “Ni femenino, ni masculino: la crisis del binarismo”, en: *Suplemento DPI Derecho Civil, Bioética*

- y *Derechos Humanos N° 1. Nota a FALLO*. Disponible en: <https://dpi-cuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/11/nota-fallo1.pdf> [visitado el 22.10.2022].
- GARGARELLA, Roberto (1999): *Las teorías de la Justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política* (Buenos Aires, Editorial Paidós).
- GAYLE, Rubin (1986): “El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo”, en: *Revista Nueva Antropología* (vol. VIII, N° 30), pp. 95-145.
- GROVER (2009): Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Salud. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/reports/report-special-rapporteur-right-everyone-enjoyment-highest-attainable-standard-access-medicines> [visitado el 22.10.2022].
- GUERRA, Luciana (2009): “Familia y heteronormatividad”, en: *Revista Argentina de Estudios de Juventud* (N° 1). Disponible en: <https://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/revistadejuventud/article/view/1477> [visitado el 22.10.2022].
- HERDT, Gilbert (1994): *El tercer sexo y el tercer género: Más allá del dimorfismo en la cultura y en la historia* (Traducc. Pastora Rodríguez Aviñoá, New York, Editorial La Ventana).
- HERRERA, Marisa & SALITURI AMEZCUA, Martina (2018): “El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros”, en: *Revista de Derecho* (N° 49), pp. 42-75.
- MÉNDEZ, E. J. (2013): Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/ohchr_home [visitado el 22.10.2022].
- NAGEL, Thomas (1991): *Equality and Partiality* (Oxford, Oxford University Press).
- RICHARDS, Christina; BOUMAN, Pierre y BARKER, Meg-John (2017): *Gender-queer and Non-Binary genders* (Londres, Editorial Palgrave Macmillan).
- ROZO, Camila Alejandra (2018): “Más Allá del Género Binario: Ni Hombre Ni Mujer”. Disponible en: https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/16013/correcciones_escrito_Alejandra.pdf?sequence=1&isAllowed=y [visitado el 22.10.2022].
- SUAZO, Roberto (2020): *¿Macho y hembra los creó? Una historia de la diversidad de género en el mundo antiguo* (Chile, Editorial Planeta).

VALDÉS, Constanza (2021): *¿Un cuerpo equivocado? Identidad de género, derechos y caminos de transición* (Santiago, Editorial La Pollera).

ZÁRATE SÁNCHEZ, Karla (2015): *Cuerpos migrantes: análisis de los procesos transgénero y transexual en los protagonistas de Orlando de Virginia Woolf y de Cuerpo náufrago de Ana Clavel* (México, Editorial Universidad Iberoamericana).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley N° 14/2012, sobre no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Boletín Oficial del Estado, N° 172, jueves 19 de julio de 2012 Sec. I. p. 51731 <https://www.boe.es/boe/dias/2012/07/19/pdfs/BOE-A-2012-9664.pdf>.

Ley N° 21.120, sobre Identidad de Género. Diario Oficial, 10 de diciembre de 2018.

Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Diario Oficial, 24 de julio de 2012.

JURISPRUDENCIA CITADA⁴⁰

NN con NN (2022): Corte de Apelaciones de Santiago 28 julio 2022 (recursos de apelación), Rol N° 10878-21 (Civil).

Colombia: Sentencia de unificación SU-337/99, Expediente T-131547, Corte Constitucional de Colombia, 12 mayo 1999.

España: STC N° 53/1985, 11 abril 1985, en: <https://vlex.es/vid/previo-disconforme-introduce-bis-18115781>.

Assemblée Nationale Interdiction des pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne 26 enero 2022 en: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/interdiction_pratiques_modifiant_orientation_sexuelle.

⁴⁰ Es oportuno recordar que los datos sensibles se han anonimizado conforme lo establecido en el Acta 44-2022, de 15 de febrero de 2022 de la Excma. Corte Suprema sobre publicidad de la sentencia.