



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho

**JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES CIVILES DE SANTIAGO SOBRE
SOLICITUDES DE RECTIFICACION DE PARTIDA DE NACIMIENTO EN
CUANTO AL NOMBRE Y EN CUANTO AL SEXO FORMULADAS POR
PERSONAS TRANSEXUALES DURANTE LOS AÑOS 2005-2009**

**Memoria para optar al Grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

**INTEGRANTES:
LUIS CÉSAR BARRIENTOS PAREDES
CLAUDIA LLANQUILEF CANDIA**

PROFESOR GUÍA: LORENA LORCA MUÑOZ

**Santiago, Chile
2012**

INDICE

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I: LA TRANSEXUALIDAD. CONCEPTO. CARACTERES Y ELEMENTOS QUE LA DEFINEN.....	8
1.1. El sexo y su determinación.....	8
<input type="checkbox"/> El sexo cromosómico o genético.....	10
<input type="checkbox"/> El sexo gonadal.....	10
<input type="checkbox"/> El sexo hormonal.....	10
<input type="checkbox"/> El sexo genital.....	10
<input type="checkbox"/> El sexo sociológico.....	12
1.2. La identidad de género.....	15
1.3. Diferencia entre Transexualidad y otros conceptos (homosexualidad, travestismo, transgéneros, intersexualidad.....	19
1.3.1 Sobre el concepto de Transexualidad.....	19
<input type="checkbox"/> El transexualismo primario o core.....	23
<input type="checkbox"/> El transexualismo secundario.....	23
1.3.2 Otras expresiones para designar la transexualidad.....	24
1.3.3 La transexualidad: Un trastorno, una condición o una enfermedad.....	27
1.3.4. Transexualidad, Orientación Sexual y Homosexualidad.....	32
1.3.5 La intersexualidad.....	33
a) Pseudohermafroditismo femenino.....	35
b) Pseudohermafroditismo masculino.....	35
1) Feminización testicular completa o Síndrome de Morris.....	35
2) Feminización testicular incompleta o Síndrome de Reinfenstein.....	35
3) Déficit de 5-alfa-reductasa o Pseudohermafroditismo masculino familiar incompleto.....	36
c) Disgenesias Gonadales: XY.....	36
d) Hermafroditismo verdadero.....	36
1.3.6 El travestismo.....	37
1.3.7 La problemática y repercusiones relativas a la transexualidad.....	38
CAPITULO II: “MARCO JURIDICO”.....	46

1.- Introducción	46
2.- Marco Jurídico: Las fuentes de derecho interno	50
2.1.- Las fuentes directas	50
2.1.1.- La Constitución Política del Estado	50
a) La libertad y la igualdad general en dignidad y derechos de las personas.	50
b) El deber estatal de promover el bien común	57
c) El deber de los órganos del Estado de “someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”.....	59
d) Diversas garantías y derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución	60
2.1.2.- Tratados internacionales que garantizan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.....	68
2.1.2.1.- Aspectos Generales	68
2.1.2.2.- Catálogo de Derechos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados al derecho interno con relevancia para la adecuada solución judicial de la problemática transexual referida al cambio de nombre y sexo registral.	73
2.1.2.3.- Algunos aspectos de la interpretación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.....	77
2.1.3.- Fuentes de derecho interno con rango de ley.....	81
1° La ley N° 4.808, sobre Registro Civil, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el DFL N° 1 publicado en el Diario Oficial el 30 de mayo del año 2000.....	81
2° La ley N° 17.344 publicada en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 1970 que autoriza el cambio de nombre y apellidos en los casos que indica y modifica la ley N° 4.808 sobre Registro Civil	82
3° El Decreto con Fuerza de Ley 2128 publicado el 28 de agosto de 1930, y que aprueba el Reglamento orgánico del Servicio de Registro Civil.....	83
2.2.- Las fuentes Indirectas	84
2.2.1.- Jurisprudencia administrativa de los tribunales nacionales.....	84
2.2.2.- La doctrina de los autores	89

2.2.3.- Los principios generales del Derecho y la equidad natural	91
3.- Marco Jurídico: Las fuentes de derecho externo	93
3.1.- Tratados internacionales que garanticen los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana no ratificados por Chile y que no se encuentren vigentes	93
3.2.- Los principios Generales del Derecho	94
3.3.- La costumbre jurídica internacional	97
3.4.- La jurisprudencia internacional.....	98
3.5.- La doctrina de los autores	103
4.- Las soluciones al problema del cambio de nombre y sexo registral en el derecho comparado	104
4.1 Las dificultades que impone la sistematización de los sistemas adoptados en el derecho comparado para dar solución al cambio de nombre y sexo registral.....	105
1° Exclusión de la discriminación por identidad de género en el ordenamiento jurídico	105
2° La diversidad de los procedimientos	106
A) Vía judicial regulada por legislación especial	108
1.- La situación de Uruguay.....	108
2.- La situación en Alemania	111
3.- La situación italiana.....	113
B) Vía administrativa regulada por legislación especial	115
1.- La situación de Estados Unidos	115
2.- La situación en España.....	117
3.- La situación en Suecia	120
C) Vía Administrativa sin regulación específica	121
1- La situación de Dinamarca.....	121
D) Vía Jurisdiccional sin regulación legal especial	121
1- La situación Argentina.....	121
2.- La situación en Perú	126
3.- La situación en Francia	127
1° En cuanto la rectificación de nombre	129
2° En cuanto a la rectificación del sexo asignado.....	130

5.1.- Algunos aspectos relevantes del procedimiento para la obtención del cambio de nombre y/o sexo en Chile.....	132
5.2.- Los proyectos de ley actualmente en tramitación que persiguen dar solución a la temática transexual por la vía de la adecuación de la legislación interna	136
5.3.- Crítica general a la solución legislativa.....	144
6.- El derecho a la identidad de género.....	150
CAPITULO III: “INVESTIGACIÓN EMPIRICA Y ANALISIS CRITICO DE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES CIVILES DE SANTIAGO EN RELACION CON LAS SOLICITUDES DE CAMBIO DE NOMBRE Y/O SEXO SOMETIDAS A SU DECISION”.....	157
1. DELIMITACIÓN DEL UNIVERSO A ANALIZAR Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	157
2. SISTEMATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN Y OBTENCIÓN DE RESULTADOS .	160
2.1 Caracterización de los solicitantes	161
a) Sexo Registral	161
b) Rectificación que se solicita	161
c) Si el o la solicitante se ha sometido a intervención quirúrgica de reasignación sexual u otra operación.....	162
d) En relación al tipo de intervención quirúrgica de adecuación realizada.....	162
e) En el caso de aquellos solicitantes que no fueron objeto de intervención quirúrgica de reasignación o adecuación sexual:	163
2.2 Antecedentes del fallo	164
a) Tribunal que dictó la resolución.....	164
b) Distribución anual de los fallos.....	165
2.3 Medios de Prueba	165
a) Informes del Servicio de Registro Civil e Identificación	165
b) Informes del Servicio Médico Legal.....	166
c) Información sumaria de testigos.....	166
d) Certificados médicos.....	166
e) Informes de Facultades Mentales	167
f) Informe del Defensor Público	167
g) Otros Informes Médicos.....	167

h) Audiencia de Parientes	168
i) Certificado de nacimiento.....	168
j) Extracto de filiación	168
k) Ecotomografía Ginecológica	168
2.4 En cuanto a la decisión que resuelve la solicitud.....	168
a) Aspecto resolutivo:.....	168
b) Relación entre intervención quirúrgica y resultado favorable	169
c) La Impugnación de los fallos desfavorables	171
d) Resultado de la Impugnación.....	171
3. ANALISIS CRÍTICO DE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES.....	172
3.1 Explicación Previa	172
3.2 Análisis de los fallos emanados de tribunales de primera instancia.....	172
3.2.1 Tabla que recoge los argumentos dados por los tribunales en virtud de los cuáles se acoge la solicitud de rectificación de partida de nacimiento	173
3.2.2 Tabla en donde se recogen los Argumentos dados por los tribunales en virtud de los cuáles se rechaza la solicitud de rectificación de partida de nacimiento:	177
3.3 Análisis crítico de los argumentos contenidos en los fallos en estudio correspondientes a los tribunales de primera instancia.	179
a) En cuanto al Informe del Servicio Médico Legal.....	180
1° Fallos en que se utiliza	180
2° Contenido en general	180
3° Crítica del argumento	180
b) En cuanto al informe del Registro Civil.....	185
1° Fallos en que se utiliza	185
2° Contenido general de los informes.....	186
3° Crítica del informe del Servicio de Registro Civil como argumento del fallo ...	189
c) En cuanto a la Información Sumaria de Testigos	191
1° Fallos en que se utiliza	191
2° Contenido en general	192
3° Crítica del argumento	192
d) En cuanto a la rendición de otras pruebas	193

1° Fallos en que se utiliza	193
2° Contenido en general	196
3° Crítica del argumento:	196
e) En cuanto a Normas Legales como argumentos.....	197
1° Fallos en que se utiliza:	197
2° Contenido en general	197
3° Crítica del argumento:	200
f) En cuanto a los razonamientos hechos por el Tribunal para sustentar su decisión.....	201
3.4 Análisis crítico del fallo de segunda instancia emanado de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago.....	205
3.4.1 Hechos que el fallo de segunda instancia da por acreditado	206
3.4.2 Razonamientos y ponderación de los hechos acreditados por parte del tribunal de segunda instancia.....	206
a) En relación con el cambio de nombre	207
b) En relación con la modificación del sexo registral	209
CONCLUSIONES	223
BIBLIOGRAFIA.....	237
ANEXOS	246

INTRODUCCION

La noción de persona es, sin duda, el tema central del derecho. El derecho está al servicio de las personas, regula su vida en sociedad, les reconoce derechos subjetivos, las hace sujetos pasivos de obligaciones, y sanciona a aquellas personas que quebrantan el ordenamiento jurídico.

Tal como nos señala el profesor Pacheco¹ “Toda convivencia, desde la más elemental, en la familia, hasta la más compleja en la sociedad civil, requiere de una adecuada ordenación de las relaciones de las personas” (...) “El mantenimiento y desarrollo de la vida en común exige que la conducta de los asociados se regule normativamente, en forma ordenada, segura y pacífica”.

Dentro de los órdenes normativos que rigen la sociedad resulta particularmente relevante el Derecho. Por eso continuamente se hace necesario repensar en el concepto de persona y en su vinculación con él. “... no puede pensarse en orden jurídico alguno que no estructure las relaciones jurídicas sobre la base de derechos y deberes. A su vez, no cabe pensar en derechos y deberes sin sujetos en quien residan o sin objetos a que referirse”². Existe una vinculación estrecha y necesaria entre ambos conceptos.

¹ PACHECO G. Máximo. Teoría General del Derecho. Quinta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. Pág. 29.

² LYON PUELMA, Alberto. Personas Naturales. Tercera Edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007. Pág. 17.

“En el fondo, el entramado lógico de los conceptos parece ser éste: el ser humano tiene dignidad y es un fin en sí, a diferencia de las demás criaturas y cosas del universo. Por tanto, todo ser humano es persona.

Si esto es así, toda persona tiene derecho a que el orden jurídico exija a los demás un respeto incondicionado por su existir vital.”³ Pero a las preocupaciones de los juristas habría que agregar, aquella que es propia de otras disciplinas; así la noción de “persona” es también tema central de otras ciencias como lo son la antropología, la teología, la filosofía, la psicología, la sociología, etc.

Cada sujeto, cada persona si se quiere, constituye una individualidad irrepetible, y es precisamente este aspecto el que le da riqueza al concepto. Somos tan diferentes que es fácil para el lector advertir las innumerables diferencias existentes entre las distintas personas; algunas de ellas carentes de toda relevancia objetiva y subjetiva, y por ello, absolutamente tolerables para la comunidad; sin embargo otras de estas diferencias constituyen elementos, que puede llevar a que se establezcan parámetros de “normalidad” que lleven implícitos procesos de discriminación hacia quienes se apartan de estos parámetros. Esa es precisamente la situación de aquellas personas que son transexuales. En efecto, el hecho de ser transexual, no constituye desde el punto de vista objetivo ningún impedimento para que quienes presentan esta condición, puedan desarrollar cualquier actividad con la mira a lograr su máxima plenitud personal; sin embargo, la transexualidad se transforma en causa basal de discriminación en diversos aspectos de la vida en sociedad.

Lo señalado anteriormente no es una conclusión antojadiza, sino que fluye de las diversas constataciones que podemos hacer diariamente. Así por ejemplo, se ha

³ CORREA TALCIANI, HERNAN. El Concepto Jurídico de Persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. *Ius et Praxis* v.11 n.1 Talca 2005. En línea: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122005000100003&lng=es&nrm=iso [consulta: 20 enero 2012]

señalado respecto de las minorías sexuales, entre las que se encuentran las personas transgéneras y transexuales, que la desigualdad en el trato que de que son objeto “proviene desde distintos sectores sociales. Es así que tanto en las relaciones con individuos o grupos aislados como con autoridades públicas de distinta índole es posible identificar un trato diferenciado en perjuicio de sus miembros”⁴.

La población transgénera, expresión que está referida a grupo amplio de personas “que incluyen transexuales (los que sienten que nacieron con el sexo físico equivocado) ya sean preoperados/as, postoperados/as y no operados/as; crossdresseros/as, (anteriormente llamados travestis o travestidos/as), los que usan la ropa del sexo opuesto con el fin de expresar mejor una identidad interior de crossgenero; personas intersexuales (anteriormente llamadas hermafroditas) y muchas otras identidades demasiado numerosas como para enumerarlas aquí”⁵, “...en cuanto subgrupo resulta ser particularmente vulnerable al interior del grupo “minoría sexual”. Durante el año 2006, la población transgénera en Chile experimentó diversas violaciones a sus derechos a la igualdad, juntamente con enfrentar recurrentes hechos de violencia física y psicológica en su contra.⁶

La población transgénera está socialmente marginada en el ingreso al mercado laboral, por sus características físicas, y los prejuicios imperantes en la sociedad, no tienen oportunidades de trabajo, ni de capacitación afectando de manera significativa

⁴ FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2007. Los Derechos Humanos de las minorías sexuales. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos 2006: 289-290

⁵ GIBERTI, Eva, “Transgéneros: síntesis y aperturas” en “Sexualidades migrantes: Género y transgénero”. Buenos Aires, Argentina, Feminaria Editora, 2003 Página 33

⁶ FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2007. Op. Cit. Pág. 309

su calidad de vida. “Como consecuencia de lo anterior, una parte considerable de su población termina dedicándose al comercio sexual.”⁷

Dentro del grupo de los transgéneros, además de los problemas relacionados con el acceso al trabajo, las personas transexuales sufren abusos y discriminaciones en otras áreas. Así por ejemplo se han señalado una serie de actos de violencia física y psicológica que han afectado a este sector de la población que van desde ataques violentos por grupos organizados hasta declaraciones perjudiciales para minorías sexuales realizadas incluso por autoridades públicas⁸; de la misma manera, han sido objeto de discriminación en el ámbito educacional, en el área de la salud, y en general, en mayor o menor grado, en los distintos aspectos de la vida.

Finalmente, pero no por ello menos importante, debemos dejar establecido que todos los informes sobre derechos humanos apuntan a que en el ámbito social existe lo que podríamos denominar un “contexto discriminatorio” que va desde la descalificación habitual mediante el uso del lenguaje, tan arraigado que “resulta imposible realizar un catastro de aquellas manifestaciones verbales que violentan a personas que

⁷ FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. Op. cit. Pág. 310

⁸ El alcalde de la comuna de Vitacura, Raúl Torrealba con fecha 1 de Septiembre de 2006, a consecuencia del posible cierre de algunas calles del barrio El Golf, y en relación con el posible éxodo de prostitución de transgéneros a la rotonda Pérez Zujovich señaló que si dicha situación se configuraba constituiría la solución al problema porque las transgéneros “serían atropelladas”. Por su parte el alcalde de Peñaflor en relación con la posible ocupación de un terreno de la comuna de Peñaflor, como zona de tolerancia para el ejercicio libre del comercio sexual señaló que “es una locura que se vengan a instalar a Peñaflor, no señor, acá somos todo muy machitos. Este alcalde es muy machito también”. Ejemplos citados por el Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos 2006. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Págs. 308-309.

pertenecen a minorías sexuales.”⁹, hasta el otorgar un alcance y contenido vulgar, prejuicioso y humillante a expresiones como “transexual”, “homosexual”, etc.

El contexto social discriminatorio al que hemos hecho alusión, unido a la aparición de fallos de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago respecto de solicitudes de cambio de nombre y de sexo registral planteadas por personas transexuales, nos hizo surgir la pregunta de si en el ámbito estrictamente jurídico, también existe este contexto discriminatorio, o dicho en otras palabras, si los tribunales de nuestro país, y particularmente de Santiago, han discriminado y han dado un trato justo e igualitario a personas transexuales en las solicitudes que les ha correspondido conocer. En el presente trabajo analizaremos precisamente esta cuestión.

De la misma manera, será objeto de análisis el sustrato normativo que permite a las personas transexuales, solicitar a los órganos jurisdiccionales la rectificación de sus partidas de nacimiento en cuanto al nombre y al sexo registral, tema que incluye necesariamente la pretensión de lograr al final de nuestro análisis, un pronunciamiento respecto de la suficiencia normativa que regula esta materia, o si por el contrario, se hacen necesarias modificaciones legislativas que regulen la hipótesis en estudio y las consecuencias jurídicas que derivan de ello.

Igualmente en esta exposición se dará cuenta de la jurisprudencia de los tribunales de primera instancia y de segunda instancia surgida durante los años 2005 a 2010 en relación con las solicitudes de rectificación de partidas de nacimiento realizadas por personas transexuales en relación con el nombre y el sexo, se estudiarán críticamente los argumentos dados por nuestros tribunales y se entregarán las conclusiones estadísticas a que el análisis señalado nos haya llevado.

⁹ FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2007. Op. Cit. Pág. 299.

Para los efectos antes descritos, hemos propuesto una memoria que consta de una introducción y cuatro capítulos.

La **INTRODUCCION**, que es precisamente el apartado que nos ocupa en este momento, en donde exponemos las razones de la elección del tema, sus fundamentos, los objetivos y algunos aspectos de la metodología utilizada.

Un primer capítulo, denominado **LA TRANSEXUALIDAD. CONCEPTO. CARACTERES Y ELEMENTOS QUE LA DEFINEN**, en el cual daremos antecedentes generales en torno a la transexualidad y sus características, de manera que quede definido el elemento subjetivo a que se refiere el presente estudio, de modo que exista el consenso conceptual necesario para el posterior desarrollo de la obra. Igualmente, y como una consecuencia de lo anterior, se establecerán las diferencias entre transexualidad y otros conceptos, respecto de los cuales habitualmente existe confusión; la que es necesario erradicar para dar la claridad necesaria a la exposición.

En el segundo capítulo denominado **MARCO JURÍDICO. PROCEDIMIENTOS PARA LA MODIFICACIÓN DE LAS PARTIDAS DE NACIMIENTO EN RELACIÓN AL CAMBIO DE NOMBRE Y CAMBIO DE SEXO, Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS MISMOS. LOS INTENTOS DE MODIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE** nos avocaremos a describir el conjunto de normas internas y externas, aplicables a la hipótesis en comento, y que regulan la solicitud de cambio de nombre y sexo de personas transexuales; luego daremos algunas nociones sobre el procedimiento judicial a seguir para plantear dicha solicitud a los diversos órganos jurisdiccionales; posteriormente señalaremos las diferentes soluciones que nos entrega el derecho comparado, para finalmente mencionar los proyectos de modificación de ley que se encuentran hoy en el Congreso, y que pretenden establecer un marco normativo específico respecto de estas solicitudes.

El tercer capítulo que hemos denominado **INVESTIGACION EMPIRICA Y**

ANALISIS CRITICO DE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES CIVILES DE SANTIAGO EN RELACION CON LAS SOLICITUDES DE CAMBIO DE NOMBRE Y/O SEXO SOMETIDAS A SU DECISION, da cuenta del trabajo de campo que hemos realizado recolectando los fallos de los tribunales correspondientes a la hipótesis que nos ocupa, comparando todos ellos sobre la base de ciertos criterios previamente fijados como por ejemplo datos del solicitante, tribunal y juez que dictó la resolución, medios de prueba aportados, etc. sistematizando los argumentos dados por los tribunales, y agrupándolos de manera que, permitan hacer un estudio crítico en bloque de los mismos, y que permita además, un análisis estadístico de los citados fallos.

Finalmente, el trabajo termina con un capítulo denominado **CONCLUSIONES**, en el cual se presentarán al lector precisamente las conclusiones a las que arribamos como resultado del análisis normativo y empírico expuesto en los capítulos anteriores.

CAPITULO I: LA TRANSEXUALIDAD. CONCEPTO. CARACTERES Y ELEMENTOS QUE LA DEFINEN.

1.1. El sexo y su determinación.

Tal como lo expresa el Dr. Ricardo Duranti¹⁰, la palabra sexo “Es una palabra que en sus orígenes remitía exclusivamente a la reproducción , pero que luego se fue extendiendo a otras áreas, tales como las prácticas sexuales y algunas formas de vinculación. Por esto, los múltiples contextos en que se la usa y sus derivados (sexual, sexuado, sexos) arrastra tantos significados que la palabra se ha vuelto imprecisa”

Siguiendo a Flores y Vega¹¹, es posible distinguir en doctrina dos posiciones bien marcadas en relación con el tema de la transexualidad. Para un sector de ella, básicamente el sexo se define en función del factor biológico, y permanece inmutable (concepción estática de sexo). Para el segundo enfoque doctrinario (concepción dinámica de sexo), el sexo es una noción compleja, determinado por diversos factores o elementos: cromosómico (o genético), anatómico, hormonal, psicológico y social; de todos ellos, sólo el primero es inmutable.

¹⁰ DURANTI, Ricardo. Nociones Generales sobre sexualidad. En: Atención de la salud de personas travestis y transexuales. [en línea]. Buenos Aires, Argentina. página 10. Equipo de Comunicación Social de la Coordinación Sida. [En línea] <http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/salud/sida/publicaciones/atencion_personas_travestis_y_transexuales.pdf>. [consulta: 06 junio 2010]

¹¹ FLORES MARTINEZ C. y VEGA DIAZ V. Discriminación por orientación sexual. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2004. página 80.

Lo expresado anteriormente, pese a que aparenta cierta claridad, no es más que el punto de partida de una discusión que parece no tener fin. En efecto, la concepción estática del sexo, de carácter eminentemente biológico, cuyo planteamiento parece evidente, permite hacer ciertas distinciones que vienen a poner un manto de incertidumbre respecto a las conclusiones a que tal concepción del sexo permite arribar.

“A pesar de que caracterizar al sexo como biológico puede parecer muy claro, no aislamos una entidad unívoca, ya que este puede dividirse en varios componentes:

- El sexo genético (dado por el número y tipo de cromosomas)
- El sexo cromatínico (dado por la presencia o ausencia del cuerpo de Barr)¹²
- El sexo hormonal (dado por el equilibrio entre andrógenos y estrógenos)
- El sexo gonadal (dado por la presencia de testículos u ovarios)
- El sexo fenotípico (constituido por la morfología de aparato reproductor tanto interno como externo)”¹³

El proceso de diferenciación sexual hombre-mujer (o masculino femenino) es un proceso complejo que se desarrolla paulatinamente; este proceso comienza desde el mismo momento de la fecundación, proceso en el que cada etapa viene determinada por la etapa anterior, y define alguno de los parámetros determinantes del sexo de una persona. Estas etapas, las podemos sintetizar, siguiendo de cerca las expresiones de Esther Gómez Gil e Isabel Esteva de Antonio¹⁴, de la siguiente manera:

¹² Que en términos simples corresponde a un cromosoma X inactivo, por lo que no se manifiesta genéticamente.

¹³ DURANTI, Ricardo. Nociones Generales sobre sexualidad. Óp. Cit. Pág. 11

¹⁴ ESTEVA DE ANTONIO I. Y GOMEZ E. El proceso de diferenciación sexual en el ser humano y sus anomalías: Los Intersexos. Página 38. En: Ser transexual. Editorial Glosa, Barcelona.2006. Pág. 37-54

- **El sexo cromosómico o genético:**

Que se determina a partir de la unión de los gametos femenino y masculino. Los gametos a diferencia de otras células, solo tienen un cromosoma sexual, X o Y. Mientras el óvulo siempre presenta un cromosoma X, el espermatozoide puede tener cromosoma X o Y. La unión de estos gametos provocará un cigoto, XX para femenino o XY para masculino.

- **El sexo gonadal:**

“Durante los primeros 40 días desde la fecundación, las estructuras sexuales son idénticas en ambos sexos. En este momento el embrión ya posee una estructura gónada indiferenciada (ribete urogenadal o urogenital), a partir del cual se desarrollarán las gónadas definitivas (testículos u ovarios)”¹⁵, a partir aproximadamente de la séptima semana de desarrollo embrionario.

- **El sexo hormonal:**

Las gónadas, (testículos u ovarios) determinadas en la forma señalada precedentemente, secretan una serie de hormonas; mientras los ovarios segregarán principalmente estrógenos, los testículos harán lo propio con la testosterona, determinando con ello el denominado sexo hormonal.

- **El sexo genital:**

Los genitales internos se desarrollan a partir de dos estructuras que se encuentran presentes tanto en embriones femeninos como masculinos: los conductos de Wolff y

¹⁵ ESTEVA DE ANTONIO I. Y GOMEZ E. Op. Cit. Pág. 38

los conductos de Müller. Los genitales externos por su parte se desarrollan a partir del seno urogenital y del tubérculo genital. “La presencia de testículos y la acción de sus hormonas determina la diferenciación de los conductos de Wolff, hacia genitales internos masculinos (epidídimo, conducto deferente y vesículas seminales), y la regresión de los conductos Müllerianos” Agregan posteriormente los autores señalados que “En ausencia de testículos y sus hormonas, se diferencian los genitales hacia femeninos...”¹⁶ Así mientras el proceso de diferenciación hacia lo masculino tiene un carácter eminentemente activo, ya que se produce por la acción de la testosterona, el desarrollo de los genitales en sentido femenino es pasivo, ya que se produce “por defecto” en ausencia de esta hormona.

El aspecto biológico del sexo, conforme a lo expresado vendría a representar un conjunto de caracteres del sujeto, que en principio debiera ser coherente, pero que no resultan siempre concordantes.

“El fenotipo sexual biológico más importantes es el gonadal, pero desde el punto de vista médico el más importante es el psicológico, es decir, la orientación sexual. Cuando existe desarmonía entre los distintos niveles de fenotipos sexuales, el prioritario es el sexo psicológico. Por ejemplo una persona con síndrome de feminización testicular tiene un sexo cromosómico, génico y gonadal masculino, pero los genitales externos, los caracteres sexuales secundarios, el sexo de crianza y el sexo psicológico son femeninos. Este es un caso claro de la ausencia de criterios biológicos absolutos en la asignación del sexo.”¹⁷

¹⁶ ESTEVA DE ANTONIO I. Y GOMEZ E. Op. Cit. Pág. 40.

¹⁷ ROVIRA Loscos, Adela. Los Estados Intersexuales. Página 33. En: ANTONIO BECERRA-FERNANDEZ. Transexualidad. La búsqueda de una identidad. Ediciones Díaz de Santos S.A. Madrid. España. 2003

En cuanto al enfoque dinámico del sexo debemos señalar que “incluso para los más “biologicistas”, es incuestionable la importancia de diversos factores psicológicos y socioculturales en la génesis y desarrollo de la identidad sexual y las conductas de género.”¹⁸ En este sentido debemos destacar otros conceptos que vienen a complementar, y a hacer más equivoco aún el concepto de sexo.

Al nacer un nuevo ser humano, estos factores comienzan a ejercer importante influencia en el desarrollo posterior del sujeto. “La determinación sexual está basada en la observación de los que asisten al parto; remite por lo tanto a la morfología externa. Sólo cuando ésta es muy ambigua, se investigan otras variables (cromosomas, cromatina, etc.), A este sexo, que se asigna “en la sala de partos” se le conoce como sexo de asignación, ya que el sexo es atribuido por otros/as, y será la base para establecer cuál será el sexo del o de la futuro/a ciudadano/a dentro de un marco legal. Una vez inscripto/a, el niño o la niña como tal, el sexo de asignación pasa a ser el sexo legal, que constituye un salto cualitativo en el que pasamos de lo biológico (macho o hembra) a las atribuciones culturales de lo masculino y lo femenino.”¹⁹

- **El sexo sociológico:**

El “sexo asignado” será determinante en la conducta del sujeto y de su entorno; “El sexo del hijo determina la generación de expectativas en los padres, expectativas derivadas directamente de los estereotipos de género. Los padres esperarán que éste “vaya a ser” o “vaya a comportarse” de determinada forma en función de su sexo”²⁰ ; estas expectativas de los padres a su vez determina el trato que ellos (y el entorno

¹⁸ CASTILLO Robles C, PRIEGO Cuadra, T. A. FERNANDEZ Jesús. 2003. El Proceso de diferenciación sexual. Página 14. En: Transexualidad. La búsqueda de una identidad. Ediciones Díaz de Santos S.A. Madrid. España. 2003

¹⁹ DURANTI, Ricardo. Op. Cit. Pág. 11

²⁰ CASTILLO Robles C, PRIEGO Cuadra, T. A. FERNANDEZ Jesús. Óp. Cit. Pág. 14

social) darán al niño/a, surgiendo de esta manera el denominado sexo de crianza, “que estará dado por los parámetros culturales -masculinos o femeninos- que los padres y el entorno inculcan a su hijos o hijas, y que dependen de ese sexo que les fue dicho. Como un piloto automático, será celeste para el niño y rosa para la niña, con todas las implicancias culturales que esto conlleva”²¹. Lo señalado constituye y determina el también denominado sexo sociológico o rol sexual que “es todo lo que hace una persona para señalar a otros su estatuto masculino, femenino o ambiguo”²²

Como el lector podrá apreciar, la determinación del sexo de una persona lejos de ser un tema sobre el que se puedan establecer verdades absolutas, parece ser un tema, que por el contrario está sujeto contantemente a análisis, y en continua evolución; a tal punto que no hay claridad ni siquiera al alcance y contenido que debemos dar a la expresión “sexo”, y así , lo que en un principio se nos aparecía como una conclusión obvia a la que era fácil arribar por el sólo examen físico de un sujeto, se torna confuso y de difícil determinación.

“Los diferentes parámetros que definen al sexo habitualmente, pero no siempre, coinciden. Es decir, el varón suele presentar en el núcleo de sus células cromosomas sexuales XY, su gónadas son testículos, sus genitales externos e internos son masculinos, su apariencia externa y de comportamiento es de varón, y se siente varón. A la inversa, la mujer habitualmente presenta cromosomas sexuales XX, tiene ovarios, genitales internos y externos femeninos y se identifica y adopta rol femenino. Pero existen individuos que presentan discordancias entre el sexo cromosómico y/o gonadal y/o genital.”²³

²¹ DURANTI, Ricardo. Op. Cit. Pág. 12

²² MONEY J. Sin sickness or status? Homosexual gender Identity and psychoneuroendocrinology. American Psychologist. 42: 384 y siguientes. Citado por LOPEZ-GALIACHO. 1988. Problemática Jurídica de la Transexualidad. Madrid. McGraw-Hill, 1987. Página 52.

²³ ESTEVA DE ANTONIO I. Y GOMEZ E. 2006. Op. Cit. Pág. 33.

“Lo dicho anteriormente nos lleva a afirmar que el sexo como categoría conceptual debe ser visto como un todo, es decir, el sexo entendido como una unidad biosicosocial, por lo cual de existir alguna contradicción entre esas dimensiones, la biológica o cromosómica, la física, social o la psicológica, es la persona la que elegirá libremente a qué sexo pertenecer”²⁴ Esta decisión es expresión de autoreconocimiento, y manifestación de su derecho de autodeterminación, que la sociedad debe respetar estableciendo los mecanismos para su adecuado ejercicio.

El criterio recién reseñado, en orden a considerar el sexo como una unidad biosicosocial, como un todo, ha encontrado eco en cierta jurisprudencia de nuestro país. Uno de los pocos fallos que existen de segunda instancia, emanado de la II^{ta}. Corte de Apelaciones de La Serena de fecha 26 de octubre de 2006, al acoger el recurso intentado revocando la sentencia de primera instancia que no dio lugar a la rectificación del sexo del solicitante en su partida de nacimiento señala expresamente en sus considerandos tercero, cuarto y quinto lo siguiente: “ TERCERO: Que en estos autos ha quedado meridianamente claro, merced a la prueba suministrada, que el peticionario es un paciente con transexualismo; su fenotipo es masculino; toda su conducta verbal y no verbal y su identidad sexual corresponde a la de un individuo de sexo masculino.

CUARTO: Que, por lo referido precedentemente, el presente caso **no corresponde propiamente a una gestión de cambio de sexo**²⁵, como erróneamente lo ha

²⁴ RODRIGUEZ Campos R. El cambio de nombre como manifestación del derecho a la identidad personal en el caso de los transexuales. Pág. 6 [en línea] <<http://www.justiciayderecho.org/revista5/articulos/33%20El%20cambio%20de%20nobre%20como%20manifestacion%20del%20derecho%20a%20la%20identidad%20personal%20en%20el%20caso%20de%20los%20transexuales%20Rafael%20Rodriguez%20Ca.pdf>>. [consulta: 7 agosto 2010]

²⁵ Lo resaltado es nuestro.

señalado la repartición pública²⁶ referida precedentemente, en su informe de fojas 48 y 49.

QUINTO: Que teniendo presente lo expuesto ut supra y considerando que uno de los principios cardinales que informan la actividad jurisdiccional es la inexcusabilidad, la que tiene reconocimiento y rango constitucional (artículo 76 de la Carta Fundamental), conforme al cual reclamada la intervención de los tribunales establecidos por la ley en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión, esta Corte hará lugar a lo solicitado por el apelante, en cuanto a ordenar al servicio público respectivo se practique la **rectificación de la mención del sexo del solicitante a su verdadera realidad**²⁷, esto es, el sexo masculino, único modo, por lo demás, de proceder al efectivo cumplimiento de la resolución judicial que dispuso la rectificación del cambio de nombre del peticionario.”²⁸

La Corte en este caso, ha estimado que si el fenotipo del solicitante es masculino, y si su conducta e identidad sexual son igualmente masculinas, esto es, considerando el sexo como un todo, y no como algo meramente físico, la petición no se trata de una gestión de “cambio de sexo” sino de una adecuación del sexo registral a la realidad.

1.2. La identidad de género.

“La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente

²⁶ Se refiere al Servicio de Registro Civil.

²⁷ Lo resaltado es nuestro.

²⁸ Rol N° 1252-2006.

escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”²⁹

Tal como nos señala Duranti³⁰ la expresión género, es utilizada para “referirnos a los aspectos de la sexualidad relacionados con el universo sociocultural masculino y femenino, y su intervención en la constitución del psiquismo” , en consecuencia el hecho de ser hembra, señala el mismo autor “ya no es condición para ser mujer o acceder a la feminidad (lo mismo se aplicaría para la masculinidad)”³¹ Podemos decir, en consecuencia, que la identidad de género no es otra cosa que la íntima convicción y certeza que tiene un sujeto de ser hombre o de ser mujer, y “Se considera que esta certeza ya se ha establecido entre los dos o tres años (Stoller), cuando el/la niño/a reconoce el género de sus padres, no sobre la base de diferencias fenotípicas , sino en términos de sus atributos culturales masculinos o femeninos”³².

En el mismo sentido Esther Gómez Gil e Isabel Esteva de Antonio nos señalan “Los niños a los 2 años ya comienzan a categorizar a las personas en dos grupos o sexos: en uno a aquellas personas más corpulentas, con voz más grave, rasgos físicos más angulares y piel más ruda, y en otra categoría las personas más pequeñas, con voz aguda, rasgos más redondeados y piel más fina. Ambos grupos también se diferencian por la manera de andar, el estilo con que gesticulan, y la forma de interaccionar con los niños. A esta misma edad 2-3 años ellos mismos ya se identifican con una de estas

²⁹ PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO. 2007. Página 6. [en línea] http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf [consulta: 7 agosto 2010]

³⁰ DURANTI, Ricardo. Op. Cit. Pág. 14

³¹ DURANTI, Ricardo. Op. Cit. Pág. 14

³² DURANTI, Ricardo. Op. Cit. Pág. 14

dos categorías. Por lo tanto, la caracterización del sexo, comienza a emerger mucho antes que el conocimiento de los genitales, del sexo y de la reproducción”³³

Por lo señalado anteriormente resulta claro, que no hay relación directa ni necesaria entre las expresiones “sexo”, e “identidad de género”³⁴. Asumido el hecho que la determinación del sexo de una persona constituye un problema de no fácil solución, puesto que, tal como lo hemos señalado anteriormente en esta exposición, no siempre coincidirán los diferentes alcances que se le pueden atribuir a la expresión “sexo”, y los diversos parámetros para atribuirlo o determinarlo, el tema se complica aún más al asociarlo con la idea de “identidad de género”, dado que en efecto, superadas a lo menos de manera formal los inconvenientes de la determinación del sexo de un individuo, el sexo “atribuido” o “determinado” tampoco necesariamente coincidirá con la identidad de género del mismo. Este es el problema que se encuentra en la base de toda discusión que involucre a las personas transexuales.

“Mientras “sexo” se refiere, básicamente, a las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, “género” incluye también el aspecto social de la diferencia entre los géneros añadiéndolo al elemento biológico.

La noción de “identidad de género” ofrece la oportunidad de entender que el sexo asignado al nacer puede no corresponderse con la identidad de género innata que los/as niños/as desarrollan cuando crecen. Hace referencia a la experiencia de género interna e individual de cada persona, sentida a un nivel profundo, que puede o no

³³ ESTEVA DE ANTONIO I. Y GOMEZ E. Op. Cit. Pág. 30

³⁴ Hemos preferido utilizar esta expresión, sin perjuicio de señalar que muchos autores utilizan la expresión “identidad sexual”, por estimar que pueden llevar a confusiones, debido a que como hemos dejado establecido, la expresión “sexual” resulta absolutamente equivocada, y porque puede estimarse conforme a la concepción tradicional y estática del sexo referida exclusivamente a la “genitalidad”

corresponderse con el sexo asignado al nacer, e incluye el sentido personal del cuerpo y de otras expresiones de género como la forma de vestir, el habla y los gestos.”³⁵

Conviene también en este punto diferenciar el concepto de “identidad de género” del concepto “orientación sexual”. Estos conceptos no son coincidentes, sin embargo es posible notar que en muchas legislaciones un concepto parece involucrar a otro. Thomas Hammarberg³⁶, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, señala al respecto “El marco legal de algunos de los Estados miembros del Consejo de Europa, desafortunadamente, califica la identidad de género como “orientación sexual”, lo que no es exacto ya que la identidad de género y la orientación sexual son dos conceptos diferentes. La orientación sexual debería entenderse como la capacidad que tiene cada persona para sentir atracción emocional, afectiva y sexual, y para mantener relaciones íntimas y sexuales con individuos de diferente género, de igual género o de más de un género (heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad). Sobre este punto profundizaremos más adelante.

Determinado el alcance de la expresión identidad sexual o de género, surge la pregunta de si esta identidad sexual o de género se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Sin ahondar especialmente en el tema, que abordaremos con mayor profundidad en el siguiente capítulo, debemos concluir que efectivamente nuestro ordenamiento reconoce el derecho a la identidad de género; por lo menos así lo ha entendido parte de de la jurisprudencia de nuestros tribunales que tangencialmente ha tocado el punto, al señalar que la Constitución Política en “el artículo 19, n°1 de la Constitución Política de la República, ”.asegura a todas las

³⁵ HAMMARBERG Thomas, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. 2009. Derechos Humanos e Identidad de Género. [en línea]. Estrasburgo. CommDH/IssuePaper(2009)2. Versión original en inglés, pág 4. <<http://www.carlaantonelli.com/derechos-humanos-transexuales-europa.pdf>>[consulta: 7 agosto 2010]

³⁶ HAMMARBERG THOMAS, Óp. Cit. Pág. 4

personas: 1. El derecho (.) a la integridad física y psíquica de la persona" y estos derechos comprenden claramente la identidad sexual."³⁷

1.3. Diferencia entre Transexualidad y otros conceptos (homosexualidad, travestismo, transgéneros, intersexualidad)

Entendiendo que para poder delimitar adecuadamente el alcance de esta investigación se hace necesario establecer una cierta nomenclatura común, y convenir a lo menos, en el alcance que para los efectos de este trabajo daremos a la expresión "transexualidad", hemos considerado oportuno determinar este alcance sobre la base de la doctrina predominante, completaremos la delimitación del concepto mediante el método de la comparación, señalando las características principales de la transexualidad, que permiten precisamente distinguirlas de otros conceptos, que dan cuenta de realidades diversas, pero que en el lenguaje vulgar suelen ser confundidos, y a los que también nos referiremos de manera breve. Finalmente, complementaremos los aspectos señalados en los párrafos siguientes, una vez determinado el sentido y alcance que daremos a la expresión transexualidad, y una vez establecidas las diferencias conceptuales con otras expresiones (homosexualidad, travestismo, transgéneros, intersexualidad), señalando de manera sucinta los aspectos más relevantes de la problemática que viven las personas transexuales, como una forma de contextualizar la investigación.

1.3.1 Sobre el concepto de Transexualidad

Tal como nos señala Yolanda Bustos Moreno³⁸ "Debe anticiparse que los conceptos en torno a la transexualidad no están consensuados en modo alguno, ni incluso por la

³⁷ Rol 85-2009. Fallo de Corte de Apelaciones de Talca de fecha 28 de julio de 2010.

³⁸ BUSTOS Moreno Y. 2008. La transexualidad. Madrid. España. Editorial Dykinson S.L., pág. 26

propia comunidad transexual, quizás –se justifica- porque se trata de una minoría poco atendida y estudiada. Se debaten características para considerar a una persona transexual o la forma más correcta de denominar a la transexualidad, siendo este término el que se considera más extendido...” Como una manifestación de esta dispersión conceptual, si recurrimos a uno de los mecanismos tradicionales en nuestro sistema jurídico para determinar el sentido y alcance de una expresión, como lo es el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra transexual aparece con dos acepciones que no permiten dar total claridad al respecto. En efecto, el citado diccionario expresa: “transexual: 1. adj. Dicho de una persona: Que se siente del otro sexo, y adopta sus atuendos y comportamientos. U. t. c. s.; 2. adj. Dicho de una persona: Que mediante tratamiento hormonal e intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto. U. t. c. s.”³⁹ ⁴⁰. Como se puede apreciar, conforme a lo expuesto, para la R.A.E no hay diferencias entre dos personas una de las cuáles ha adquirido física o químicamente los caracteres del sexo opuesto, de aquella que se siente pertenecer al sexo opuesto, sin realizar cambio alguno.

Según Yolanda Bustos Moreno, el término transexualidad fue utilizado por primera vez en la literatura médica vez en los trabajos de Hirschfeld, en 1923, “pero hablaba sin hacer distinciones entre transvestismo, homosexualidad afeminada, y transexualismo.”⁴¹, esta misma autora señala que la expresión “transexualismo” fue utilizado por primera vez en su sentido más actual por Cauldwell en 1949; sin embargo la primera definición fue acuñada por el endocrinólogo Harry Benjamin en 1953. Este médico “Al igual que su predecesor Hirschfeld, consideraba a la transexualidad como una forma de intersexo”⁴² “Lo define como el deseo irreversible de pertenecer al sexo contrario al genéticamente establecido, y asumir el correspondiente rol y de recurrir, si

³⁹ U.t.c.s. abreviatura de “Usada también como sustantivo”

⁴⁰ Diccionario de La Real Academia Española. 22ª Edición. Año 2001

⁴¹ BUSTOS Moreno y. Op. cit. pág. 40.

⁴² GOMEZ GIL, COBO GÓMEZ Y GASTÓ FERRER. Aspectos históricos de la Transexualidad. Pág. 98. En: Ser transexual. Editorial Glosa, Barcelona. pp. 73-102

es necesario, a un tratamiento hormonal y quirúrgico encaminado a corregir esta discordancia entre la mente y el cuerpo”.⁴³

Con todo, será lo corriente considerar transexual a aquel cuya “identidad sexual o de género es contraria a su sexo biológico, es decir, la identidad sexual está en conflicto con la anatomía sexual”⁴⁴, estimándose que la “transexualidad se manifiesta típicamente, por una identificación intensa y persistente con el otro sexo, con un sentimiento de inadecuación con el sexo asignado, y por un deseo permanente de vestir, vivir y ser tratado como miembro del otro sexo. Las personas transexuales consideran que han nacido en un sexo equivocado.”⁴⁵

En el mismo sentido se ha señalado que el transexualismo es “un síndrome caracterizado por el hecho de que una persona, que desde el punto de vista genotípico y fenotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, tiene conciencia de ser del sexo opuesto. O, mejor dicho, de vivir a la manera en que lo hacen los sujetos del género contrario. El transexual tiene un profundo sentimiento de pertenecer al “otro” sexo”⁴⁶.

Con lo expuesto podemos dejar establecido algunas premisas básicas en relación con el fenómeno de la transexualidad. La transexualidad, se caracteriza por el sentimiento de pertenencia al género contrario al atribuido al nacer, y en consecuencia,

⁴³ BUSTOS MORENO Y. Op. cit. pág. 41.

⁴⁴ BUSTOS MORENO Y. Op. cit. pág. 27.

⁴⁵ GÓMEZ GIL E., ESTEVA DE ANTONIO I, BERGERO MIGUEL T. 2006. La transexualidad, transexualismo o trastorno de la identidad de género en el adulto: Concepto y características básicas. Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace. Año 1978: Pág. 8

⁴⁶ PATTI, S. y WILL, M. R. 1986. Mutamento di sesso e tutela della persona. Cedam Padua. Citados por FERNANDEZ SESSAREGO. 1990. Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas. Lima. Perú. Universidad de Lima. Pág. 12.

esencialmente está referida a la identidad de género, más que a la sexualidad de las personas. Así expuestas las cosas, la persona que se encuentra en la citada condición, tiene la conciencia de pertenecer al sexo opuesto al que se le asignó al momento de su nacimiento. “Son mujeres que se sienten <<atrapadas>> en cuerpos de hombre, y hombres que se sienten <<atrapados>> en cuerpo de mujer, sin trastornos psiquiátricos graves que distorsionen la percepción de la realidad, que necesitan ser aceptados social y legalmente en el género elegido”⁴⁷

Como señala Fernández Sessarego, la persona transexual “desde el punto de vista genotípico y fenotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, tiene conciencia de ser del sexo opuesto, o mejor dicho, de vivir a la manera que lo hacen los sujetos del género contrario”. Agrega Fernández que la persona transexual “está poseída de una incontrolada aspiración a modificar quirúrgicamente su sexo somático – que le resulta intolerable – para el efecto de obtener el reconocimiento jurídico de tal transformación”⁴⁸

Finalmente, solo a modo referencial, es posible distinguir entre transexualidad primaria y transexualidad secundaria. La distinción no reviste importancia para los efectos del presente trabajo, ya que el criterio de distinción no apunta a elementos o diferencias sustantivas, sino que se trata de un criterio temporal o cronológico. Sin perjuicio de que se trata de una clasificación que prácticamente hoy está en desuso, tiene importancia desde la perspectiva del pronóstico del tratamiento de reasignación sexual.

⁴⁷ BECERRA FERNANDEZ Antonio. 2003. Tratamiento hormonal de los Trastornos de identidad de género: efectos beneficiosos y efectos adversos. En: Transexualidad. La búsqueda de una identidad. Ediciones Díaz de Santos S.A. Madrid. España. Página 14

⁴⁸ FERNÁNDEZ Sessarego C., 2001. Persona, Personalidad, Capacidad, Sujeto de Derecho: Un reiterado necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI. Revista Jurídica del Perú. (28):pág. 64.

- **El transexualismo primario o core**

Esta forma de transexualismo “incluye a aquellas personas que presentan alteraciones en la identidad de género desde la infancia. Estas personas explican que se han sentido del otro género “desde siempre”, “desde la niñez”, o “desde que tenían uso de razón”.⁴⁹

Habitualmente tienen una historia infantil de conductas propias del sexo opuesto, aunque debe considerarse según plantea Gómez y Esteva de Antonio⁵⁰ que “con frecuencia en los últimos años de la infancia o al inicio de la adolescencia pueden presentar períodos en los que intentan adecuar su conducta a su sexo biológico, este esfuerzo acaba siendo infructuoso por la imposibilidad de mantenerlo durante largo tiempo”. Sostienen estos mismos autores que esta forma de presentación de la transexualidad “es la más frecuente y tiene muy buen pronóstico tras el tratamiento de reasignación sexual, pues si la identificación con el otro género persiste al final de la adolescencia, el riesgo de remisión es prácticamente nulo”⁵¹

- **El transexualismo secundario**

Que incluye “aquellas personas en las que la identificación con el otro sexo aparece más tardía y de manera más gradual, habitualmente en las primeras etapas o en las etapas intermedias de la vida adulta. Pueden incluirse también aquellos casos que se aproximan pero no cumplen todos los criterios, por ejemplo en algunos pacientes con situación intersexual. Este grupo de inicio más tardío puede fluctuar más en el grado de identificación con el otro sexo, mostrar mayor ambivalencia en cuanto a la cirugía de

⁴⁹ GÓMEZ GIL E., ESTEVA DE ANTONIO I, BERGERO MIGUEL T. Óp. Cit. Pág. 9

⁵⁰ GÓMEZ GIL E., ESTEVA DE ANTONIO I, BERGERO MIGUEL T. Óp. Cit. Pág. 9

⁵¹ GÓMEZ GIL E., ESTEVA DE ANTONIO I, BERGERO MIGUEL T. Óp. Cit. Pág. 9

reasignación, en los casos de hombres biológicos una mayor probabilidad de sentir atracción por las mujeres, y una menor probabilidad de satisfacción después de la cirugía de reasignación”⁵²

1.3.2 Otras expresiones para designar la transexualidad.

En la literatura relativa al tema que nos ocupa, es posible encontrar diversas expresiones para designar la condición que hemos descrito como transexualidad. Así son expresiones sinónimas o equivalentes: “transexualismo”⁵³, “trastorno de identidad de género”⁵⁴, “trastorno de identidad sexual”⁵⁵, “disforia de género” y “síndrome de [Harry Benjamin](#)”⁵⁶. Con todo, debemos advertir al lector que a lo largo de esta exposición, hemos usado y usaremos la expresión “transexualidad”; lo anterior no se debe al mero capricho de los autores, sino que responde a los siguientes criterios:

¹⁰ La expresión “síndrome de [Harry Benjamin](#)”, resulta en nuestro concepto insuficiente, desde que no es representativo de ningún aspecto de la condición transexual. En efecto el Diccionario de la Real Academia Española⁵⁷ nos señala que la expresión “síndrome” se refiere al “Conjunto de síntomas característicos de una

⁵² GÓMEZ GIL E., ESTEVA DE ANTONIO I, BERGERO MIGUEL T. Óp. cit. Pág. 9-10

⁵³ Término que utiliza la CIE-10; Clasificación Internacional de Enfermedades, décima edición, desarrollada por la Organización Mundial de la Salud.

⁵⁴ Término que utiliza el DSM-IV; Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales

⁵⁵ Término que utiliza el DSM-IV; Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales

⁵⁶ Término que utiliza la Asociación Internacional Harry Benjamin de Disforia de Género para sustituir a la palabra transexualidad. Lo definen también como una condición intersexual.

⁵⁷ Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Espasa Calpe. España. 2004

enfermedad”, o bien al “Conjunto de fenómenos que caracterizan una situación determinada”, en consecuencia, solo da cuenta de una serie de consecuencias de la una causa, pero nada dice en relación con la causa misma. Por lo tanto, decir que la transexualidad es un síndrome, nada aporta al conocimiento de la transexualidad, puesto constituye una tautología, toda vez que equivale a señalar que la transexualidad es un conjunto de síntomas de la propia transexualidad.

2º Las expresiones “trastorno de identidad de género” y “trastorno de identidad sexual”, si bien tienen amplia difusión, igualmente presentan algunos inconvenientes, dado que inducen a estimar el transexualismo como una “enfermedad” mental⁵⁸; a ello hay que agregar que tanto el DSM-IV⁵⁹ como la CIE-10⁶⁰, utilizan la expresión no sólo para referirse al transexualismo, sino que también a otros trastornos como por ejemplo el transvestismo no fetichista y “otros trastornos de la identidad de género no especificados que incluyen los cuadros de disforia de género asociados a enfermedades intersexuales, y a otros trastornos muy pocos frecuentes que presentan algunos individuos, como por ejemplo los caracterizados por preocupación persistente por la castración o penectomía sin deseo de adquirir las características sexuales del otro sexo, u otros más atípicos que no encajan en el resto de categorías”⁶¹

3º Finalmente la expresión “disforia de género” tampoco resulta ser, en nuestro concepto, del todo apropiada, ya que la “disforia” en general, es un síntoma, y no un

⁵⁸ Cuestión que desde un tiempo a la fecha está en discusión conforme al avance científico, unido a un fuerte movimiento a favor de la despatologización del transexualismo.

⁵⁹ MANUAL DIAGNÓSTICO Y ESTADÍSTICO DE LOS TRASTORNOS MENTALES de la American Psychiatric Association.

⁶⁰ Clasificación internacional de enfermedades, de la Organización Mundial de la Salud. Décima versión.

⁶¹ GÓMEZ GIL E., ESTEVA DE ANTONIO I, BERGERO MIGUEL T. Óp. Cit. Pág. 11

estado o condición, “que se utiliza para señalar la sensación de malestar que predomina en algunos cuadros afectivos. Es un humor displacentero, común en ciertos estados depresivos y que engloba diferentes emociones, como ansiedad, mal humor, sufrimiento angustioso o irritabilidad por citar algunos de los más frecuentes”⁶².

Por las razones expuestas, nuestro concepto, y a falta de una denominación mejor, la expresión más apropiada para la designar la situación en la que se encuentran las personas que tienen conciencia de pertenecer al género contrario al que se le atribuyó al nacer, es la expresión “transexualidad”:

1° Porque permite, a diferencia de las otras expresiones señaladas, delimitar con una sola expresión, el conjunto de características físicas, psicológicas y sociales que constituyen la transexualidad.

2° Porque históricamente se trata de una expresión bastante difundida, y profusamente utilizada por la comunidad transexual para autoidentificarse.⁶³

En todo caso, y pese a las observaciones hechas, nos parece que igualmente puede resultar aceptable la expresión “disforia de género”, ya que permite dar cuenta del estado de desagrado de la persona transexual con el género atribuido, sin perjuicio de que tal expresión supone tener definido el concepto técnico de “disforia”, lo que implica una dificultad adicional para el común de la sociedad.

⁶² VALLEJO Ruiloba J. 2006. Introducción a la Psicopatología y a la Psiquiatría. Barcelona. España. Ed. Masson. Pág. 207

⁶³ Ello se demuestra porque las diversas organizaciones de la comunidad transexual se autodenominan “transexuales” o “trans”, no encontrándose organizaciones, por lo menos en nuestro país que se denominen en relación con las expresiones “disforia de género” o “síndrome de Harry Benjamin”

1.3.3 La transexualidad: Un trastorno, una condición o una enfermedad

Las dificultades y controversias relacionadas con la transexualidad no se limitan sólo a la falta de uniformidad conceptual que es posible encontrar en la doctrina; esta misma falta de uniformidad se puede apreciar en otros aspectos de la problemática transexual. En efecto, no hay acuerdo si la transexualidad es una enfermedad, un trastorno o una condición.

“En psiquiatría, el concepto de enfermedad o enfermedad mental presenta una dificultad y complejidad que se aparta de las que aparecen en el resto de enfermedades médicas (Becker y Kavoussi, 1996). Por ello, en los sistemas actuales de clasificación de la patología psiquiátrica no se habla de enfermedades sino de trastornos (American Psychiatric Association, 2003). De ésta forma se evita polemizar sobre si las entidades que aborda la psiquiatría son consideradas enfermedades o no. La transexualidad, al igual que la mayoría de entidades abordadas por la psiquiatría tales como la fobia social, el insomnio, los trastornos de la adaptación o los trastornos de la personalidad, aunque pertenecen al ámbito de la psiquiatría no son catalogadas a priori como enfermedades, pero sí como trastornos.”⁶⁴.

Sin embargo, en nuestro concepto, el transexualismo no puede ser considerada una enfermedad a la luz de lo que señalan expresamente la CIE-10 y la DSM-IV. En efecto, tal como señala Valentina Verbal “El DSM-IV, en su Introducción, explicita lo que entiende por trastorno, dando una visión más amplia del mismo: “En este manual cada trastorno mental es conceptualizado como un síndrome o un patrón comportamental o psicológico de significación clínica, que aparece asociado a un malestar (p. ej., el dolor), a una discapacidad (p. ej., deterioro de una o más áreas de funcionamiento) o un riesgo significativamente aumentado de morir o sufrir dolor, discapacidad o pérdida de libertad” Agrega la autora citada que la transexualidad, de acuerdo a lo expresado,

⁶⁴ GÓMEZ GIL E., ESTEVA DE ANTONIO I, BERGERO MIGUEL T. Op. Cit. Pág. 11

encajaría en el primer punto, o sea, “como un malestar que produce dolor, con lo cual no entiende el término trastorno, necesariamente, como sinónimo de pérdida de funcionalidad mental” En ese sentido, con la expresión “trastorno de identidad sexual” o transexualidad, “se quiere indicar que el supuesto trastorno derivaría, no tanto de la condición en sí misma, sino del malestar o dolor que esa condición genera, si no es tratada médicamente.”⁶⁵. La autora concluye, al igual que Gómez y Esteva, que el CIE-10 utiliza la expresión “trastorno” para evitar expresiones más polémicas como “enfermedad” o “padecimiento”.

Como podrá apreciar el lector, en ambos casos no se estima a la transexualidad como una enfermedad de manera directa, sino que se considera “trastorno” no a la transexualidad, sino a las consecuencias que ella genera en el sujeto.

En este sentido, y sin perjuicio que con la explicación previa en principio podría aceptarse que la transexualidad misma no constituye un trastorno, sino las consecuencias que ella genera, el gran inconveniente de utilizar el término trastorno para referirse a la transexualidad, radica en tres aspectos:

- a) En primer lugar obliga a explicar previamente la noción de “trastorno” para determinar su alcance y hacer este aplicable a la transexualidad.
- b) En segundo lugar, la expresión trastorno lleva consigo una fuerte connotación negativa, sobre todo si se le agrega el calificativo de “mental”.
- c) En tercer lugar porque se trata de un tema polémico precisamente porque en el último tiempo han surgido potentes reclamos de parte de la comunidad transexual en orden a obtener la despatologización de la transexualidad, reclamando: La retirada del TIG (Trastorno de identidad de género) de los manuales internacionales de diagnóstico (sus próximas versiones DSM-V y CIE-11), la abolición de los tratamientos de normalización binaria a

⁶⁵ VERBAL, Valentina. La transexualidad ¿un trastorno mental? [en línea]. Incide poder ciudadano.<<http://www.incide.cl/03/11/2010/la-transexualidad-%C2%BFun-trastorno-mental>> [consulta 10 Noviembre 2010]

personas intersex, el libre acceso a los tratamientos hormonales y a las cirugías sin tutela psiquiátrica, la cobertura sanitaria pública del proceso de reasignación de género, La lucha contra la transfobia: el trabajo para la formación educativa y la inserción social y laboral de las personas trans.⁶⁶

Descartando que la transexualidad sea una enfermedad, o un trastorno mental sin la prevención que hemos apuntado, Louis Gooren⁶⁷, uno de los más importantes estudiosos del tema nos señala lo siguiente “El transexualismo siempre ha tropezado con una gran dosis de escepticismo y ambigüedad en el campo de la medicina. Su diagnóstico y tratamiento resultan poco ortodoxos en la práctica médica. La información de que un transexual no se encuentra satisfecho o satisfecha con la diferenciación sexual de su cuerpo hace sentir cierta incredulidad tanto al profesional de la medicina como al profano; no se trata de una categoría reconocible o identificable que se pueda comprender de forma inmediata.”⁶⁸

Prosigue el mismo autor señalando que “el transexualismo no es una afección reversible, a juzgar por las técnicas terapéuticas actuales. Tampoco es una afección degenerativa progresiva, pero si representa una discapacidad crónica que requiere la rehabilitación de la vida del paciente. El cambio de sexo –social, hormonal, quirúrgico y legal- es un tratamiento de mejora y rehabilitación aplicable al transexualismo. No

⁶⁶ Para mayores antecedentes véase: <http://stp2012.wordpress.com/objetivos/>

⁶⁷ Louis Gooren, médico [endocrinólogo](#) de los [Países Bajos](#). Estudió en la Facultad de Medicina de la [Universidad Católica de Nijmegen](#) entre los años [1962-1970](#), y posteriormente en [1975](#) fundó la clínica de género en el Hospital de la Vrije Universiteit. En [1988](#) se convirtió en Profesor de Endocrinología en la cátedra especial de [Transexología](#) de la [Universidad Libre de Amsterdam](#)

⁶⁸ GOOREN Louis. 1988. El transexualismo: veinte años de experiencia. ¿De un pecado a una enfermedad, de una enfermedad a una condición? En: BOTELLA LLUSÍA J y FERNANDEZ DE MOLINA A. La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales. Madrid – España. Ediciones Díaz de Santos S.A. pág. 256.

existe cura para dicha afección, en ausencia de una etiología claramente definida que, hasta la fecha aún no se ha descubierto.

Como Money observa, la cura real es una situación relativamente rara en medicina; la rehabilitación es el tipo de ayuda más corriente del que puede disponerse. A modo de comparación, a un hombre joven, paralizado y tullido como consecuencia de un accidente de tráfico, puede ayudársele enormemente por medio de una trasposición quirúrgica de los tendones, inspirada en conceptos ortopédicos (aunque <<poco naturales>>), con el objeto de mejorar su movilidad y, gracias a ello, disminuir su grado de dependencia con respecto a otras personas. Tales intervenciones, de todo punto indefendibles en el caso de una persona sana, pueden resultar del máximo interés para una persona situada en tan desgraciadas circunstancias. No se trata de una cura, se trata de un intento de rehabilitar a una persona afectada por una situación particular. Demuestra que la restauración de la salud del organismo considerado como un todo puede prevalecer sobre la salud de una parte determinada del organismo. De hecho, la situación del transexual no es esencialmente diferente.”⁶⁹

El transexualismo, según Gooren, puede ser considerado como un trastorno del proceso de diferenciación sexual en el cual la diferenciación sexual del cerebro no sigue el curso esperable y establecido por los cromosomas, las gónadas y los genitales, sino que se entrecruza con el curso del desarrollo del otro sexo.

Para este autor el transexualismo corresponde a una irregularidad en el proceso de diferenciación sexual por el cual un ser humano se transforma en hombre o en mujer; señala que, “Al igual que Money, soy de la opinión de que la realidad de la identidad o papel sexual resulta tan sólida y significativa, y es tan inmutable en la vida de una persona, como lo es la realidad de los marcadores <<biológicos>> tradicionales del sexo. Con el reciente descubrimiento realizado por el Instituto Holandés de Investigación del Cerebro, de que el núcleo derecho de la estría terminal se encuentra

⁶⁹ GOOREN Louis. Óp. Cit. pág. 258.

diferenciado en sentido femenino en el caso del cerebro de los transexuales varones que se sienten hembras, la <<prueba>> de que el transexualismo no es una farsa caprichosa sino que posee una base <<biológica sólida>> y debe concebirse como un trastorno del proceso de diferenciación sexual, resulta difícil del rebatir.”^{70 71}

En nuestro concepto, y por las razones expuestas, hoy no puede considerarse la transexualidad como una enfermedad, ni como un trastorno.⁷² En general, todos los conceptos que habitualmente se utilizan para describir la transexualidad resultan errados, insuficientes o estigmatizantes, sin embargo, creemos que cualquiera sea la posición que se asuma frente a la transexualidad, necesariamente debe existir acuerdo en que se trata de una “condición”, entendida como el “Estado, situación especial en que se halla alguien o algo”⁷³; expresión que consideramos más acertada, ya que se trata de un concepto neutro, sin cargas ni connotaciones negativas que estigmaticen a las personas transexuales.

⁷⁰ GOOREN Louis. Óp. Cit. pág. 263.

⁷¹ El autor se refiere a la Investigación llevada a cabo por J.N.Zhou y su equipo en 1995, que corresponde al estudio del hipotálamo de seis transexuales de hombre a mujer, que demostraron que el volumen del núcleo basal de la estría terminal de los hombres heterosexuales era de 2,49 mm cúbicos, siendo un 44% mayor al de las mujeres heterosexuales, el que alcanzaba a 1,73 mm cúbicos. El estudio mostró que este mismo volumen en hombres homosexuales alcanzaba los 2,81 mm cúbicos, lo que estadísticamente no difería del volumen de los hombres heterosexuales. Sin embargo, tratándose de transexuales de hombre a mujer, este volumen era pequeño, alcanzando sólo a los 1,30 mm cúbicos, lo que representa apenas un 52 % del volumen de los hombres heterosexuales de control, no representando diferencias significativas con el volumen medido en el caso de mujeres.

⁷² Salvo que se le atribuya el alcance que hemos señalado latamente y que lo podría hacer aceptable.

⁷³ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Espasa Calpe. 2004

En ese sentido compartimos el sentir del profesor Gooren, quien señala “Probablemente es con el espíritu de Marañón con el que digo que saludaré el día en que el transexualismo se convierta en una condición, y deje de ser un pecado o una desviación moral. Y deje también de ser considerado como una enfermedad, con sus connotaciones de defecto, desarrollo imperfecto y desviación lamentable. Me gustaría que los transexuales pudiesen contar con el respeto y comprensión que requiere la difícil situación en la que se encuentran, que puedan contar con la neutralidad profesional, y la comprensión de la medicina, que puedan contar con una actitud correcta por parte de las autoridades seculares”⁷⁴

1.3.4. Transexualidad, Orientación Sexual y Homosexualidad

“La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”⁷⁵

La condición de la orientación sexual de una persona establece **el género del objeto de su atracción o experiencias sexuales**. La orientación sexual de una persona se clasifica a menudo en términos de a) **homosexual**, que describe la atracción por el mismo sexo, b) **heterosexual**, que describe la atracción por el sexo

⁷⁴ GOOREN Louis. Óp. Cit. pág. 264

⁷⁵ PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO. 2007. Página 6. [en línea] http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf

opuesto, y c) **bisexual**, que describe la atracción hacia personas del mismo sexo o del sexo opuesto.

Mientras, como hemos señalado en los párrafos anteriores, la transexualidad se relaciona con la identidad de género, las hipótesis de homosexualidad se relacionan precisamente con la orientación sexual de las personas. Las personas homosexuales, en principio, no tienen conflictos con los distintos elementos que definen su sexo, comportándose de manera acorde con su sexo registral, de la misma manera no manifiestan rechazo por sus órganos genitales, sino que lo determinante para catalogar a una persona como homosexual es que demuestre atracción sexual, afectiva y emocional hacia personas de su mismo sexo.

Los conceptos de “transexual” y “homosexual” no son bajo ningún aspecto sinónimos; constituyen expresiones que designan realidades diversas, y por lo mismo, absolutamente distinguibles la una de la otra. Precisamente por referirse a hipótesis diferentes, es posible pensar que existan personas trans que a la vez sean homosexuales, ello ocurrirá por ejemplo, cuando una persona transexual FTM, es decir, una persona con sexo atribuido femenino, y que tiene la íntima convicción de ser hombre y se comporta como tal, a su vez se sienta atraído por personas de género masculino. En consecuencia es pensable encontrar transexuales heterosexuales, homosexuales y bisexuales.

1.3.5 La intersexualidad

El proceso de diferenciación sexual hombre-mujer (o masculino femenino) es un proceso complejo que se desarrolla paulatinamente. Este proceso comienza desde el mismo momento de la fecundación, proceso en el que cada etapa viene determinada por la etapa anterior, y define alguno de los parámetros determinantes del sexo de una persona, a los que nos hemos referido al tratar de los alcances de la expresión “sexo”.

Los distintos parámetros que definen el sexo habitualmente van a coincidir de manera que, tratándose de un varón, tendrá cromosomas XY, sus gónadas serán testículos, sus genitales serán masculinos, su apariencia externa y su comportamiento será el de un varón, y se sentirá cómodo con dicho rol; por otra parte, tratándose de una mujer, esta tendrá cromosomas XX, sus gónadas serán ovarios, sus genitales serán femeninos, se comportará como hembra y se sentirá cómoda con este rol. Cuando el proceso, entendiendo por proceso el “conjunto de fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial”⁷⁶, se altera en algún aspecto, estos parámetros no coincidirán totalmente, y se producirán diferencias entre el sexo cromosómico, y/o gonadal y/o genital. En estas hipótesis nos encontramos en presencia de lo que se denomina habitualmente “estados intersexuales”.

Tabla 1. Clasificación de los estados intersexuales.

Pseudohermafroditismo Femenino	Pseudohermafroditismo Masculino	Disgenesias Gonadales Puras o mixtas	Hermafroditismo verdadero
Sexo cromosómico 46XX	Sexo cromosómico 46XY	Sexo cromosómico 46XY ó Mosaicos 45XO/46XY	Sexo cromosómico 46XY ó 46XX
Sexo gonadal Ovarios	Sexo gonadal Testículos	Sexo gonadal Teste o gónada fibrosa	Sexo gonadal Testículos y ovarios
Genitales externos ambiguos	Genitales externos ambiguos	Genitales externos ambiguos	Genitales externos ambiguos
Fenotipo (apariencia) Femenino masculinizado	Fenotipo (apariencia) Masculino, femenino o ambiguo	Fenotipo (apariencia) Femenino o ambiguo	Fenotipo Variable

Fuente: Gómez Gil y Esteva de Antonio; “Ser transexual” pág. 43. Editorial Glosa, Barcelona 2006

⁷⁶ Diccionario de la Lengua Española, Vigésimo segunda Edición. Espasa Calpe. España 2004

a) Pseudohermafroditismo femenino:

En esta hipótesis, el sexo cromosómico y gonadal es normal (femenino), es decir, presenta 46 cromosomas XX, y ovarios, sin embargo, la presencia excesiva de hormonas masculinas durante el período fetal, derivada ya sea de una producción excesiva de andrógenos, o de un tratamiento hormonal inadecuado a una mujer embarazada, ocasiona que sus genitales externos se masculinicen en cierto grado, junto a su apariencia.

b) Pseudohermafroditismo masculino:

En estas personas el sexo cromosómico y gonadal es masculino, es decir, presenta 46 cromosomas XY, y testículos, pero los genitales externos y su apariencia se encuentra feminizada en diversos grados:

1) Feminización testicular completa o Síndrome de Morris:

Se caracteriza por una apariencia externa femenina, con desarrollo mamario, elevada estatura, vagina corta y ciega y testículos intraabdominales.

2) Feminización testicular incompleta o Síndrome de Reifenstein:

En este caso se trata de varones (presentan sexo cromosómico XY y testículos) pero con escasa virilización, por resistencia de las células a la acción de los andrógenos; dependiendo de este grado de resistencia su apariencia será femenina o masculina.

3) Déficit de 5-alfa-reductasa o Pseudohermafroditismo masculino familiar incompleto:

Lo que caracteriza esta condición, es que estamos en presencia de un varón (tienen sexo cromosómico, gonadal, sexo hormonal y genitales internos masculinos, sin embargo, los genitales externos presentan forma ambigua, ya que el déficit de la enzima 5-alfa-reductasa, impidió que se desarrollara adecuadamente el pene, el escroto y la próstata.

c) Disgenesias Gonadales: XY:

Se pueden presentar bajo la forma pura, denominada “Síndrome de Swyer”, en el que existe fenotipo femenino, pero con presencia de testículos en el abdomen, con sexo cromosómico 46 XY y con identidad femenina en la mayor parte de los casos. Existen formas mixtas, cuyo fenotipo es muy variado. Es el resultado de una mutación genética. Debemos señalar en todo caso, que existen otras disgenesias gonadales (“Síndrome de Turner”, “Síndrome de Klinefelter”) que no producen estados intersexuales, sino otro tipo de consecuencias, por lo que no resultan relevantes para nuestros efectos.

d) Hermafroditismo verdadero:

En este caso nos encontramos frente a un trastorno de extraña ocurrencia. Se caracteriza por el hecho de que en una misma persona coexisten ovarios y testículos; el sexo cromosómico puede ser 46 XX ó 46 XY, el aspecto externo es muy variado, y los genitales externos ambiguos.

1.3.6 El travestismo

“El término travestismo deriva del prefijo trans, al otro lado, y del sustantivo vestis, vestido. Se aplica al acto consistente en vestirse con ropas propias del sexo contrario. Los travestistas se encuentran en todas las culturas, y son predominantemente varones.”⁷⁷ “Se refiere a la necesidad de algunos individuos, que desde el punto de vista genotípico y fenotípico, pertenecen a un sexo, de adoptar vestidos, arreglos y características de conducta del sexo opuesto.”⁷⁸

Como se puede apreciar, el travestista no tiene ningún conflicto con su identidad sexual, ni desea cambiar de sexo. No tiene inconvenientes en aceptar su sexo y al igual que ocurre con ellos, en principio tampoco existe vínculo necesario entre travestismo y homosexualidad.

Es importante determinar el alcance de la expresión travesti, ya que socialmente se suele aplicar tanto a travestis como transexuales que ejercen la prostitución, confusión que se agudiza si se considera que en muchas ocasiones los transexuales se autocalifican erradamente como travestis.

En el plano científico, no hay consenso científico para determinar la categoría a la que pertenece el travestismo, ya que mientras la Asociación Americana de Psiquiatría (en el DSM- IV) lo considera una especie de fetichismo (“fetichismo travestista”); la Organización Mundial de la Salud hace la distinción entre “travestismo fetichista” y “travestismo no fetichista” (CIE-10).

⁷⁷ SAINSBURY M.J. 1978. Introducción a la Psiquiatría. Madrid .España. Ed. Morata. Pág. 271.

⁷⁸ GALIMBERTI U. 2002. Diccionario de Psicología. Buenos Aires. Argentina. Siglo XXI editores. Pág. 1081.

1.3.7 La problemática y repercusiones relativas a la transexualidad.

Nos parece obvio que el lector, sin mayor esfuerzo, y situándose en el lugar que dentro del colectivo ocupa una persona transexual, podrá imaginar las diversas dificultades que cotidianamente un transexual debe enfrentar.

Desde luego, ya concebir la vida cotidiana “encerrado” en un cuerpo que no le corresponde parece ser una consecuencia negativa, con la que la persona transexual debe aprender lidiar desde muy temprano. “La transexualidad es una condición que habitualmente genera sufrimiento en prácticamente todos los ámbitos de la vida. Este sufrimiento es consecuencia tanto del profundo malestar con el propio cuerpo o sexo anatómico y la necesidad de realizar el cambio de reasignación sexual, como del frecuente rechazo familiar y social, principalmente en las primeras fases del proceso de cambio.”⁷⁹. Sin pretender asentar un catálogo de estas dificultades, enunciaremos aquellos aspectos que nos parecen relevantes:

1º Existen repercusiones a nivel individual y emocional: ya que tal como hemos apuntado en el párrafo anterior, el malestar con su propio cuerpo, genera sentimientos de rabia y frustración, disminuyendo la autoestima de la persona transexual.

2º Existen repercusiones a nivel familiar: Siendo la familia el núcleo más cercano, se producen dentro de él las primeras consecuencias de la condición transexual de uno de sus miembros. Por lo pronto, “desde la infancia en muchas ocasiones los padres desaprueban las conductas propias del otro sexo que su hijo presenta, en un intento por corregirlas”⁸⁰, en lugar de aceptarlas.

Pasada la infancia, y cuando la persona transexual comunica a su grupo familiar su identificación con el sexo contrario y/o su deseo de cambiar de sexo, la respuesta

⁷⁹ GOMEZ GIL, ESTEVA DE ANTONIO Y TRINIDAD BERGUERO M. Óp. Cit. Pág. 63.

⁸⁰ GOMEZ GIL, ESTEVA DE ANTONIO Y TRINIDAD BERGUERO M. Óp. Cit. Pág. 63

familiar tampoco resulta alentadora; siendo reacciones comunes la negación, el rechazo al miembro transexual de la familia, y la búsqueda de “soluciones al problema” que van desde tratamientos hormonales hasta terapias psicológicas o psiquiátricas que le hagan cambiar. Estas situaciones generan sentimientos de culpa tanto en la persona transexual, como en la familia que busca alguna explicación a lo sucedido.

3º Existen repercusiones a nivel de amistades: “Muchas de las personas con trastornos de la identidad de género, principalmente si sus rasgos de personalidad son de timidez o introversión, con frecuencia pasan antes del cambio periodos de su vida socialmente aislados o con escasos amigos. El aislamiento y el ostracismo conducen al malestar y a una notable disminución de la autoestima. El rechazo y las burlas de los compañeros en la adolescencia, producen secuelas emocionales que modulan su comportamiento de una manera negativa, presentando conductas de irritabilidad, mal humor y hostilidad hacia ese entorno no favorable”⁸¹

4º Existen repercusiones y dificultades en el ámbito académico: este aspecto también resulta relevante; no sólo queremos apuntar a las situaciones de acoso y burla de que pueden ser objetos personas transexuales durante sus años de estudio; sino al específico problemas del acceso a estudio y capacitaciones que en efecto les permitan mejorar sus condiciones económicas.

En efecto, el ser individualizado en los documentos oficiales con nombres que no resultan ser acordes con la conducta y con la apariencia física, provoca muchas dificultades: al momento de matricularse, de rendir exámenes, etc.

El no lograr obtener reconocimiento legal de su identidad, y ser sindicados por nombres que habitualmente no utilizan provoca una carga emocional que no siempre

⁸¹ GOMEZ GIL, ESTEVA DE ANTONIO Y TRINIDAD BERGUERO M. Óp. Cit. Pág. 64.

es resistida, generando un alto grado de deserción, con lo que en la práctica se afecta su derecho a la educación y a la capacitación.

5º Existen repercusiones y dificultades en el acceso al mercado laboral: En nuestro país no existen estudios al respecto, pero extrapolando los resultados obtenidos en Europa, la situación no resulta satisfactoria. “El desempleo supone una gran preocupación para las personas transgénero. El estudio Engendered Penalties puso de manifiesto que sólo el 31% de los/as encuestados/as tenían un empleo a tiempo completo. La cifra exacta en el caso de mujeres transgénero era el 40% y en el de los hombres transgénero el 36%, mientras que entre la población no transgénero estas cifras alcanzaban el 57% para las mujeres y el 72% para los hombres. Una investigación española sobre el desempleo entre las personas transgénero reflejó que el 54% de los/as participantes estaban desempleados/as. Algunas personas transgénero sin empleo, en particular mujeres transgénero, no pueden encontrar trabajo y se ven abocadas a trabajar en la industria del sexo.”⁸²

El citado estudio Engendered Penalties “reveló que el 23% de los/as encuestados/as habían sentido la necesidad de cambiar de empleo a causa de la discriminación experimentada por motivo de su identidad de género. Sólo alrededor del 30% fueron tratados/as con dignidad por los/as compañeros/as de trabajo; el 10% experimentaron abuso verbal y un 6% fueron agredidos/as físicamente. El 42% de los/as encuestados/as que no vivían en consonancia con su género elegido no lo hacían porque temían perder su empleo. En un estudio escocés, el 37% de los/as encuestados/as recibían la prestación por desempleo. Una investigación de Finlandia arrojaba datos similares: el 77% de los/as empleados/as transgénero no había hablado a sus empleadores sobre su identidad de género y alrededor del 50% de los/as encuestados/as encontraba esta situación estresante.”⁸³.

⁸² HAMMARBERG THOMAS, Óp. Cit. Pág. 14

Claramente nuestro país no se encuentra ajeno a esta realidad. El Informe anual sobre Derechos Humanos del año 2007, sobre hechos ocurridos en durante el año 2006 señala al respecto “El transgénero A.R⁸⁴, fue contratado por la Universidad de Rancagua como docente de Educación de Párvulos, con el objeto de que comenzara sus labores como profesor en marzo del año 2006. Sin perjuicio de que A.R. había señalado en instancias anteriores su condición sexual, y de que le habían asegurado que ésta no era un impedimento para realizar el trabajo, al momento de presentarse a trabajar, la nueva jefa de carrera, H.J.⁸⁵, le señaló que no era bienvenido como parte del equipo, por lo que A.R. no pudo incorporarse como docente”⁸⁶

6º Existen repercusiones y dificultades en el acceso a la atención sanitaria y a la salud: Como primer aspecto nos remitiremos a lo señalado en el apartado 1.3.3. de éste capítulo, en cuanto a la calificación que debe darse a la transexualidad. Ya hemos observado que en los sistemas internacionales más expandidos (DSM y CIE), el transexualismo se considera un transtorno, que algunos califican de mental, pero tal como hemos apuntado en este capítulo admite otras interpretaciones. Sin embargo, es claro que la nomenclatura utilizada ya resulta peyorativa, sobre todo si considerados que “Estas clasificaciones son problemáticas y cada vez más cuestionadas por actores de la sociedad civil y por los profesionales sanitarios. Tales clasificaciones pueden convertirse en un obstáculo para el disfrute pleno de los derechos humanos de las personas transgénero, especialmente cuando se aplican de manera que la capacidad legal o la elección del tratamiento médico quedan restringidas.”⁸⁷

“En materia de salud, existe una percepción al interior de la comunidad transgénera de que no son tratadas con igualdad en el acceso a los servicios de salud. Ejemplo de

⁸⁴ No se incluye el nombre que aparecía en el texto original por razones de privacidad.

⁸⁵ No se incluye el nombre que aparecía en el texto original por razones de privacidad

⁸⁶ FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2007. Óp. Cit. Pág. 296-297

⁸⁷ HAMMARBERG THOMAS. OP. cit. pág. 11-12.

lo anterior es el caso de A.V.⁸⁸ En agosto de 2006 A.V., portador de VIH, concurre al hospital Carlos Van Bühren en Valparaíso seis veces durante una misma semana, debido a que se encontraba mal de salud. En dos de esas oportunidades su estado era tan alicaído que debió ser trasladado en ambulancia al hospital. Según antecedentes de prensa, en el hospital A.V. no habría recibido los mínimos cuidados que debe tener una persona que vive con VIH. Falleció durante la misma semana, de una neumonía no detectada, a pesar de haber asistido al hospital, casi todos los días de la semana”⁸⁹

Un tercer aspecto dice relación con el acceso a las terapias de reasignación de sexo. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido como deber positivo que los estados proporcionen la posibilidad de someterse a cirugía para una completa reasignación de género. Así, según los deseos y necesidades individuales de cada persona transgénero, la persona debe tener acceso al tratamiento hormonal, a la cirugía de reasignación de género o a otras intervenciones médicas, tales como la depilación definitiva o la educación de la voz. Es importante reconocer que para la mayoría de las personas afectadas el tratamiento es una necesidad médica para hacer posible que su vida tenga sentido. El tratamiento debe adaptarse a las necesidades individuales para tener éxito. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige claramente a los estados no sólo que proporcionen la posibilidad de someterse a cirugía para una completa reasignación de género, sino también que los planes de seguros cubran en general los tratamientos “médicamente necesarios”, de los que forma parte la cirugía de reasignación de género. Personas transgénero de varios países, como Lituania y Bélgica, se han remitido con éxito a la sentencia del Tribunal para ampliar la cobertura de sus seguros médicos.”⁹⁰

⁸⁸ No se incluye el nombre que aparecía en la cita por razones de privacidad

⁸⁹ FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2007. Óp. Cit. Pág. 310

⁹⁰ HAMMARBERG THOMAS. Ob. cit. pág. 11-12.

En nuestro país la tendencia es diversa. Nuestra Corte Suprema en fallo de fecha 20 de abril de 2009⁹¹ señala en su considerando tercero “Que al informar esta acción cautelar, los órganos públicos antes aludidos exponen básicamente que la cirugía reclamada no está contemplada en la cartera de servicios del sistema público, como tampoco la cobertura de terapias hormonales con fines transexuales”; agregan los considerandos siguientes: “QUINTO: Que es útil precisar que el planteado en estos autos corresponde precisamente a un problema de salud pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso de autos se pretenden, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello;

SEXTO: Que en lo tocante a la intervención quirúrgica que se exige, ésta no se encuentra incorporada en el Régimen General de Garantías de Salud instituido en la Ley N° 19.966. Así las cosas, no pudiendo exigirse al sistema público dicha prestación, la decisión de los recurridos no puede ser tachada de ilegal o arbitraria, puesto que se ajusta plenamente a nuestro ordenamiento jurídico sanitario;

SEPTIMO: Que, acorde a lo antes expuesto, el recurso de protección no puede prosperar, porque no se dan los presupuestos de existencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales que permitan su acogimiento, como se reflexionó, ya que atañe a las autoridades del ramo llevar a la práctica las políticas de salud diseñadas e implementadas por la Administración del Estado, en armonía con los medios que se

⁹¹ Rol N°1314-2009. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Adalis OyarzPronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún Miranda, Sr. Héctor Carreño Seaman, Sr. Pedro Pierry Arrau, Sr. Haroldo Brito Cruz. Santiago y Abogado Integrante Sr. Guillermo Ruiz Pulido. No firma el Abogado Integrante Sr. Ruiz, no obstante haber estado en la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse ausente

tengan para ello y con otros parámetros que no resulta conducente desentrañar por esta vía;

OCTAVO: Que se debe agregar a todo lo dicho, habiéndose ya arribado a la inexistencia de un acto arbitrario o ilegal, que tampoco ha sido acreditado en este caso particular que la actuación recurrida constituya una afectación al derecho a la integridad física y síquica, toda vez que no se desprende de los antecedentes allegados a los autos que la cirugía pretendida por el recurrente sea la única forma de preservar los referidos derechos invocados;

NOVENO: Que todo lo anterior conduce a desestimar el recurso interpuesto en estos autos.”

De lo anterior parece desprenderse que nuestro más alto tribunal estima que las personas transexuales, no se ven afectadas en su integridad Psíquica, por el hecho de que no exista correspondencia entre su sexo psicológico y físico.

Si una persona transexual no puede exigir al sistema público de salud una intervención del reasignación sexual, parecería lógico que este tipo de intervenciones no fueran exigencias tampoco para acceder a una rectificación de partida de nacimiento en cuanto al nombre y sexo registral.

En el capítulo tercero de esta memoria de prueba, se analizará en detalle este punto, y podremos determinar si existe armonía en las decisiones de los tribunales.

7º Transfobia y violencia contra las personas transexuales: No sólo existe en nuestra sociedad lo que hemos denominado anteriormente “contexto discriminatorio” que, en sí mismo, constituye un acto violento hacia las minorías sexuales en general y hacia las personas transexuales en particular. También es posible encontrar numerosos actos de violencia física en contra de transexuales, que van desde lesiones a homicidios. Casos como el de V.C., transexual asesinada en Valparaíso el año 2006, el de M.D, transexual apuñalada mientras ejercía la prostitución en Viña del Mar, en

marzo de 2007, o de G. C., asesinada a golpes en Santiago en la misma época, son recurrentes en diversas ciudades de nuestro país.⁹²

Con lo expuesto en los párrafos precedentes, creemos haber dejado establecido, más allá del ámbito de las meras opiniones y apreciaciones subjetivas, que la condición transexual, representa una serie de obstáculos al desarrollo pleno como persona de quien se encuentra en la citada condición, pues trae aparejada un conjunto de problemas que afectan los más diversos aspectos de la vida de cada uno de los miembros de la comunidad transexual, impidiendo el pleno goce y ejercicio de los derechos que como persona cada uno de ellos posee.

⁹² Ejemplos citados en el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Pág. 451

CAPITULO II: “MARCO JURIDICO”

1.- Introducción.

En el capítulo anterior nos hemos preocupado de establecer conceptos básicos, con el fin de delimitar adecuadamente la presente investigación. De esta manera nos hemos referido al problema que representa, aún hoy, la asignación del sexo al momento del nacimiento, se ha fijado el concepto de transexualidad y se ha buscado diferenciarla de otras hipótesis con las que habitualmente se confunde; hemos descrito a grandes rasgos la problemática que enfrentan cotidianamente las personas transexuales, y de la misma manera nos hemos referido a la identidad de género, fundamentalmente por considerar que la transexualidad más que estar referida a la sexualidad, se refiere a la identidad de género. Finalmente hemos descrito las diversas expresiones con las que se nombra a la transexualidad, criticando algunas de ellas y señalando cuales de ellas nos parecen más adecuadas, y además se han señalado algunas ideas básicas para responder a la pregunta de si la transexualidad es una enfermedad, un trastorno o una condición.

Corresponde avanzar un poco más en nuestra investigación. Para ello, en los párrafos siguientes nos abocaremos a fijar lo que se denomina “marco jurídico”, que consiste en ese conjunto de normas jurídicas y principios que constituyen el límite normativo en el cual se desarrolla una determinada actividad; representan en consecuencia el derecho aplicable, al cual esa determinada actividad debe ajustarse.

Determinar el marco jurídico, en consecuencia, resulta ser esencial al momento de resolver cualquier problemática jurídica.

El tema que nos ocupa, es decir la determinación de este marco, implica señalar el

conjunto de normas y principios dentro del cual se van a presentar las solicitudes judiciales de cambio de nombre y de sexo registral y dentro del cual, estas solicitudes van a ser resueltas por los tribunales.

Implica, por lo tanto, buscar, identificar y establecer las normas sustantivas en las que tales solicitudes tienen su fundamento y las normas procesales que señalan el procedimiento conforme al cual estas mismas solicitudes deben tramitarse.

Para sistematizar las normas jurídicas que constituyen el marco jurídico de nuestra investigación, recurriremos a la noción de fuente. La expresión “fuente” “es una palabra que remite a procedencia u origen, y en algunas de sus distintas acepciones la expresión “fuentes del derecho”, remite a su vez al origen o procedencia del derecho”⁹³

En doctrina la expresión “fuente” se utiliza en diversos sentidos y con distintos alcances. Se habla así de fuente material, para referirse a aquella “que contribuye a la creación del derecho”⁹⁴, se trata pues de antecedentes de diversa naturaleza que determinan la aparición de una norma jurídica en un momento histórico determinado; tal como apunta el profesor Squella,⁹⁵ se trata de factores de diversa índole que “influyen de manera decisiva o al menos importante en el hecho de la producción de las normas jurídicas”, pero también en su modificación y derogación. Es posible encontrar una segunda acepción de la expresión fuente. Se habla de “fuente orgánica”, para referirse al órgano del cual la norma proviene. En este sentido la fuente orgánica de la ley es el poder ejecutivo y el poder legislativo, ambos como colegisladores. Finalmente, los autores utilizan la expresión fuente, en el sentido de “fuente formal” para referirse “a los distintos procedimientos de creación de normas jurídicas, así como

⁹³ SQUELLA NARDUCCI; Agustín. Introducción al Derecho. Editorial jurídica de Chile. Año 2000, pág. 206

⁹⁴ BAEZA OVALLE, Gonzalo, Tratado de Derecho Comercial, Editorial jurídica Lexis Nexis, p. 176, Santiago, Chile, año 2003

⁹⁵ SQUELLA NARDUCCI; Óp. Cit. pág. 208

los modos de exteriorización de estas, y los continentes normativos donde es posible hallarlas”⁹⁶. En este punto conviene dejar establecido que la mayoría de la doctrina al hablar de fuente formal se refiere a las formas de exteriorización o de materialización de la norma jurídica. En este sentido son fuentes formales del derecho: la ley en sentido amplio, la costumbre, la jurisprudencia de los tribunales, los principios generales del derecho, la equidad y los actos jurídicos.

Las fuentes formales del derecho, es decir, aquellas formas de manifestación o exteriorización de tiene la norma jurídica puede estar o no incorporada al ordenamiento jurídico nacional. Si la fuente está integrada al sistema jurídico nacional, podemos hablar de fuente de derecho interno, por el contrario, si la fuente de que se trata no está integrada al ordenamiento nacional, podemos hablar de fuente de derecho externo.

a) Fuentes formales de derecho interno: Que pueden ser clasificadas en fuentes directas, e indirectas. “La fuente directa o inmediata es aquella que contiene el mandato general, abstracto y coactivo de la norma jurídica...”⁹⁷ En las fuentes directas se incluyen la Constitución Política del Estado, los Tratados Internacionales sobre Derechos Fundamentales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, de acuerdo al artículo 5º de nuestra carta fundamental, y las leyes y decretos relativos a la materia en análisis. Por otra parte existen las fuentes indirectas, que si bien no contienen normas jurídicas directamente, “son actos o hechos de carácter jurídico que constituyen fuente de derecho... sólo en la medida que determinan el contenido, la evolución, la interpretación, la aplicación o la integración de la norma jurídica”⁹⁸. Entre las fuentes indirectas podemos mencionar la jurisprudencia nacional, la doctrina de los autores y los principios generales del derecho.

⁹⁶ SQUELLA NARDUCCI; Agustín. Óp. Cit. pág. 215-216

⁹⁷ MATURANA MIQUEL, Cristian. Derecho Procesal Orgánico. Separata. Facultad de Derecho Universidad de Chile año 2009, página 86

⁹⁸ MATURANA MIQUEL, Cristian. Óp. Cit. página 87

b) Fuentes formales de derecho externo: Que incluyen las Fuentes de Derecho Internacional Público general, y entre las cuales podemos reseñar los Tratados Internacionales sobre derechos esenciales de la naturaleza humana que no hayan sido ratificados por Chile, que independientemente de no formar parte del ordenamiento interno, pueden constituir fuente de derechos, si de la aplicación de ellos se llega a concluir que ha formado opinio juris, constituyendo costumbre jurídica internacional.⁹⁹ También pueden constituir fuente de derecho externo los principios generales del derecho, que tienen en este ámbito un alcance distinto al que se le puede atribuir en el derecho interno, con una aplicación mucho más amplia. Debemos finalmente incluir de como fuentes la jurisprudencia de los tribunales internacionales, de los que fluyen la interpretación, alcance y sentidos de las normas contenidas en los tratados internacionales y en otras fuentes del derecho internacional, y la doctrina de los autores. extranjeros.

En los párrafos siguientes desarrollaremos cada una de estas fuentes, para determinar de qué manera pueden ser el fundamento de las peticiones de modificación de las partidas de nacimiento que puedan formular personas transexuales ante nuestros tribunales.

⁹⁹ Según se explica en el número 3.1 de este capítulo.

2.- Marco Jurídico: Las fuentes de derecho interno

2.1.- Las fuentes directas

2.1.1.- La Constitución Política del Estado

En nuestra carta fundamental es posible distinguir una serie de normas, las que interpretadas sistemáticamente permiten construir el marco jurídico y sustento de rango constitucional de las solicitudes de cambio de sexo registral de las personas transexuales en nuestro país. Tales normas reconocen distintas garantías y derechos; entre estas pueden mencionarse por estar especialmente con el tema que nos convoca las siguientes:

a) La libertad y la igualdad general en dignidad y derechos de las personas.

Establecida en el inciso primero del artículo 1º de la Constitución Política del Estado. Este precepto, no es originario de la Constitución de 1980, ya que:

1º Estaba contenido en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, y también en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.

2º Esta garantía ya estaba establecida con ciertas variaciones en las anteriores constituciones nacionales.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Así la constitución de 1818 establecía en su artículo 1º “Los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil.” La constitución de 1822 establecía esta

Así como ha ocurrido en otros ámbitos jurídicos, “En la fundamentación filosófica de los derechos humanos se ha dado la incesante pugna entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. La primera corriente defiende un fundamento ontológico de los derechos humanos, el cual es la ley natural o derecho natural, mientras que la segunda lo niega, y sólo postula como base de tales derechos la positivación.”¹⁰¹

Conforme a la concepción iusnaturalista los derechos no emanan del Estado, ni de la Constitución, sino que los derechos y garantías fundamentales emanan de la naturaleza humana, o del derecho o la ley natural; por lo tanto, las personas pasan a ser titulares de los derechos, únicamente, por el hecho de ser persona, sin que importe su nacionalidad, raza, sexo, ni ninguna otra condición.

igualdad con un carácter más limitado, pues la refería sólo a los chilenos estableciendo al respecto en el artículo 6° “Todos los chilenos son iguales ante la ley, sin distinción de rango ni privilegio”, por otra parte la constitución de 1823 restringía aún más esta garantía al señalar en su artículo 7° “Todo chileno es igual delante de la ley: puede ser llamado a los empleos con las condiciones que ésta exige: todos contribuyen a las cargas del Estado en proporción de sus haberes: todos son sus defensores.” Por su parte la carta fundamental de 1828 no reconoce esta garantía al expresar en su artículo 10° que “La Nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de Publicar sus opiniones.” La constitución de 1833 nos señala en su artículo 12 N° 1 que la constitución asegura a todos los habitantes de la Republica “La igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilegiada;” en iguales términos aparece esta garantía en la carta fundamental de 1925.

¹⁰¹ BEUCHOT, MAURICIO. La ley natural como fundamentación filosófica de los derechos humanos Hermenéutica analógica y ontología. En <http://www.revistaveritas.cl/wp-content/uploads/2011/09/art02.pdf>.

Visita 10/12/2011

En oposición a esta doctrina, existe una concepción positivista de los derechos. Esta última propugna, que los derechos emanan de la voluntad del Estado, de tal manera, que no hay más derechos, que los que otorga o establece el Estado, a través, de la Constitución, en consecuencia, así como el Estado, otorga los derechos, también, puede privar o restringir a las personas los mismos a su voluntad.

En el caso de nuestro código político, en relación con los derechos y garantías esenciales de las personas, el constituyente ha adherido a la doctrina iusnaturalista¹⁰². Así se ha señalado que “Por ejemplo la referencia a que el fin del Estado es el Bien Común (art. 1° inc. 4°), no encuentra su fundamento en la escuela neoliberal, sino que hunde sus raíces en otra tradición que, en el lenguaje de los integrantes de la Comisión Ortúzar, es la filosofía cristiana”¹⁰³ En este mismo sentido el profesor Cea¹⁰⁴ nos indica que “El poder Constituyente, asume una concepción afín con el Derecho Natural, en toda la gama de corrientes específicas que emana de tal fuente única: Los derechos y deberes del hombre fluyen de la naturaleza intrínseca de la persona”; el propio texto constitucional da cuenta de su filosofía jurídica inspiradora cuando reconoce como límite de la soberanía “el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5° de la Constitución Política de Chile), sin señalar cuáles son estos derechos y garantías

¹⁰² Que en todo caso coexiste con otros postulados inspiradores de la Constitución como el liberalismo

¹⁰³ BASSA MERCADO, Jaime y VIERA ALVAREZ, Christian. “Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado Constitucional: Notas para su reinterpretación. Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XXI, N° 2, diciembre 2008. Pág. 132

¹⁰⁴ CEA EGAÑA, José. “Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno” En “Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales” Colección de Estudios N° 5. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. 199?, Pág. 49

La fundamentación iusnaturalista de los derechos garantizados por nuestra constitución, desde el punto de vista político, tiene múltiples y variadas consecuencias, porque si se parte de la premisa que todos nacemos con la misma dignidad humana y con los mismos derechos, el Estado, al formular políticas públicas, y al implementar las mismas a través de normas jurídicas, no puede establecer diferencias que no tengan una justificación racional, de justicia o de bien común, entre las personas.

Es en este punto en el que radica la importancia práctica esta garantía. Si las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, el Estado, debe respetar esa igualdad y debe respetar esos derechos, no puede pasar a llevar esa igualdad y esos derechos.

Surge necesariamente en este punto, la siguiente pregunta. ¿Cuáles son estos derechos fundamentales que el Estado debe reconocer y proteger? Como respuesta a esta cuestión hay que señalar que nos estamos refiriendo a los derechos que por ser inherentes a la persona, no pueden ser desconocidos sin destruir a la persona, sin destruir su dignidad y su libertad, sin neutralizar sus potencialidades. Son derechos que no pueden dejar de ser reconocidos a riesgo de que, si dejaran de ser reconocidos, se pondría en jaque la dignidad de la persona, su libertad y sus potencialidades. Se trata en consecuencia de derechos inherentes a la persona y que “lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados”¹⁰⁵ El Estado “reconoce dichos derechos y deberes; los declara y asegura, los propugna y fomenta, pero no los crea ni inventa. Lo hace así en resumen, porque parte de la base que son anteriores y superiores a él, dado que el ser

¹⁰⁵ TRUYOL Y SERRA, ANTONIO. Los Derechos Humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales. Editorial Tecnos, Madrid 1984, Pág. 11. Citado por VIVANCO, ANGELA EN “Curso de Derecho Constitucional” Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo I, año 2002, Pág. 406.

humano es cronológica, ontológica y deónticamente precedente a la Sociedad Política”¹⁰⁶

Estos derechos son aquellos que:

- Están contenidos en la Constitución, expresamente en sus diversos preceptos.
- Se encuentran consagrados en los Tratados Internacionales, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5, inciso segundo de la Constitución, al establecer que “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos¹⁰⁷, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”
- Aparezcan reconocidos a nivel de ley, ya que la Constitución, reconoce un mínimo de derechos, pero, en ningún caso, impide que en otras categorías normativas, estos aumenten en su reconocimiento.
- No obstante, y aun cuando no haya sido institucionalizado y aun cuando, no se encuentre en ninguna norma jurídica se considere esencial y que emana de la naturaleza humana.

Según Humberto Nogueira¹⁰⁸, los derechos esenciales de la persona humana, presentan ciertas características que los identifican, y que podemos resumir de la siguiente manera:

1º La irreversibilidad de los derechos humanos: la que consiste en la “imposibilidad de desconocer la condición de un derecho, como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de un tratado internacional”¹⁰⁹, ello, según

¹⁰⁶ CEA EGAÑA, José. “Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno”. Óp. Cit. Pág. 49

¹⁰⁷ Se refiere a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

¹⁰⁸ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Dogmatica Constitucional” Editorial Universidad de Talca, Marzo 1997, pág. 140.

¹⁰⁹ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Óp. Cit. pág. 140.

plantea el autor citado, porque lo lógico es que los derechos inherentes a la persona humana vayan en expansión, es decir, que cada vez sean más los derechos fundamentales reconocidos a las personas por su calidad de tal, y en consecuencia, no parece razonable, por el contrario, que lo que hoy se estima como un derecho inherente a la persona, mañana deje de serlo.

2º La progresividad de los derechos humanos: la que deriva de la constante evolución de estos derechos en dos sentidos:

- a) Ampliando el ámbito del derecho.
- b) Ampliando las garantías del derecho.

Este carácter según Nogueira está referido al hecho que es posible constatar una tendencia manifiesta a otorgar la más amplia protección a los derechos considerados esenciales.

El citado principio de la progresividad “lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, lo que lleva a una interpretación pro-cives o favor libertatis, o sea a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos”¹¹⁰

Es este carácter progresivo que presentan los derechos humanos el que, por una parte hace imposible que se haga en relación con ellos una enumeración taxativa; pero también es ese carácter el que hace posible que se vayan incluyendo dentro de esta particular categoría de derechos nuevas realidades, ya sea reconociendo este carácter a derechos humanos que con anterioridad no eran considerados tales, ya sea, por el

¹¹⁰ NOGUEIRA ALCALA, Humberto Óp. Cit. pág. 140.

desmembramiento de ciertos elementos de derechos esenciales, que al tomar cierta importancia han constituido una fisonomía propia. Cualquier catalogo de derechos esenciales de las personas, sea a nivel constitucional o de tratados internacionales, a la luz de lo expresado, necesariamente consiste en una enumeración abierta de carácter no taxativo, ya que “Se trata de atributos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los cuáles son tantos como esta los revela a nuestra inteligencia o son descubiertos por ella”¹¹¹

3º La posición preferencial de los derechos: los derechos inherentes a la persona humana se encuentran en una posición preferente en relación con otras especies de derechos y en relación al poder público, desde que estos están basados en la dignidad intrínseca de la persona. “En un Estado Constitucional de Derecho, siempre debe aceptarse la posición preferente de los derechos por sobre el poder (“preferred rights position”). La persona es el objetivo y finalidad de toda la actuación estatal, estando el Poder Público al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales. En consecuencia, cada vez que una norma de derechos se encuentra en conflicto con una norma de poder, el juez como operador jurídico debe resolver el caso escogiendo favorablemente la norma protectora de los derechos humanos”¹¹²

4º La eficacia erga omnes de los derechos: Nogueira nos señala que la eficacia erga omnes de los derechos fundamentales, implica que el sistema de derechos inherentes a la persona humana posee fuerza vinculante respecto de todos, y que, en consecuencia, deben ser respetados y reconocidos no sólo en las relaciones en plano de igualdad que se suscitan entre los particulares, o entre los particulares y el poder público, cuando este actúa sin imperio (eficacia horizontal), sino también en las

¹¹¹ CEA EGAÑA, José. “Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno” Óp. Cit. Pág. 32

¹¹² NOGUEIRA ALCALA, Humberto Óp. Cit. pág. 144.

relaciones en plano de subordinación o jerarquía (eficacia vertical), que se produce en las hipótesis en que una de las partes de la relación actúa dotada de poder.

5º La fuerza expansiva de los derechos y el principio favor libertatis: La fuerza expansiva de los derechos humanos deriva del principio “favor libertatis”, que implica que en caso de duda “debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente y jerarquizada a la luz de los valores que los informan”¹¹³

En el contexto reseñado, la condición transexual de una persona no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio de derechos, ni motivo o fundamento de que cualquier persona, ni menos un órgano estatal la discrimine. Por el contrario, los caracteres señalados por Nogueira, nos permiten fortalecer el reconocimiento de la transexualidad como una realidad social, y el reconocimiento efectivo de los derechos que las personas transexuales tienen asegurados a través de la constitución, las leyes y el derecho internacional de los derechos humanos; no por su carácter transexual (lo que implicaría igualmente un proceso discriminatorio), sino por su carácter de derechos esenciales de la persona, de cuya calidad emanan derechos inherentes, que no pueden ser desconocidos por el Estado, ni por sus órganos, ni por los grupos sociales intermedios, ni por las personas en general.

b) El deber estatal de promover el bien común

Que se encuentra establecido en el artículo 1º inciso 4º de nuestra constitución que señala expresamente: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional,

¹¹³ NOGUEIRA ALCALA, Humberto Óp. Cit. pág. 146.

su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece”.

Se trata de un precepto es de extraordinaria importancia, ya que si el Estado es el que está al servicio de la persona, ello supone que la persona, es superior y anterior al Estado.

En este contexto el Estado, no es más que un instrumento jurídico y político, del cual se vale la persona, para la protección de los derechos que emanan de su naturaleza. Tanto es así, que la misma norma agrega que el bien común, como finalidad esencial estatal, no puede conseguirse a cualquier precio, sino que éste tiene que materializarse con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución, establece.

El bien común, consiste “en aquel conjunto de condiciones que permiten a las personas y a la sociedad alcanzar la perfección que les es debida de acuerdo a su naturaleza”¹¹⁴, se trata en consecuencia de un conjunto de condiciones sociales que el Estado debe contribuir a crear junto con los particulares que permitan a las personas, su mayor realización espiritual y material. “En otras palabras, la categoría del bien común dice relación a la búsqueda de la realización de todas las personas que conforman la sociedad, evaluando la priorización de los intereses particulares, según la jerarquización de las necesidades sociales a partir del principio fundante de la dignidad de todo y cada ciudadano. Por consiguiente, el bien de toda la sociedad pasa por dar la prioridad a la satisfacción de las necesidades de los más vulnerables dentro de su

¹¹⁴ VIVANCO, ANGELA EN “Curso de Derecho Constitucional” Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo I, año 2002, Pág. 406.

seno, porque es desde esta inclusión que se mide la igual dignidad de todos y cada uno de los miembros de la sociedad.”¹¹⁵

Ahora bien, llevando estas conclusiones al transexualismo, surge como consecuencia, que es deber del Estado crear este conjunto de condiciones que le permitan a la “comunidad trans” en general, y a cada uno de sus integrantes en particular, su máxima realización espiritual y material, y por lo tanto, si el sexo registral y asignado al momento de nacer, es un obstáculo a este pleno desarrollo, debemos concluir que es deber estatal, remover estos obstáculos de manera que se logre el cumplimiento cabal del mandato constitucional.

En concreto, si el desconocimiento por parte del Estado chileno de la identidad sexual de quienes se encuentran en condición de transexualidad, no permite el desarrollo pleno espiritual y material, el Estado, a través de sus distintos órganos, entre los cuales se encuentran los órganos jurisdiccionales, es el llamado a corregir el error, y reconocer la identidad sexual o de género que les ha sido negada o desconocida.

c) El deber de los órganos del Estado de “someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”.

En virtud de este deber estatal que consagra el artículo 6º inciso 1º de nuestra carta fundamental,¹¹⁶ los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos y

¹¹⁵ Informe Ethos N° 53 “Bien Común sus raíces cristianas” Centro de Ética Universidad Alberto Hurtado en: <http://etica.uahurtado.cl/documentos/ethos/informe%20ethos53.pdf>.

Visita 18-12-2011.

¹¹⁶ Igual deber se establece en el artículo 1º número 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala “Los Estados partes en esta Convención se

garantías establecidas en la constitución, y en otros cuerpos normativos que reconozcan derechos fundamentales, dictados o incorporados a nuestro ordenamiento jurídico en conformidad a las disposiciones que la propia constitución da al respecto.

d) Diversas garantías y derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución. Entre estas debemos necesariamente mencionar:

- I. **El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona**, que consagra el artículo 19 N° 1 de la carta fundamental y que expresa “La constitución asegura a todas las personas: 1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”. El derecho a la integridad psíquica de las personas transexuales se ve afectado si no se les reconoce su identidad sexual, puesto que, sintiéndose pertenecer a un determinado género, son obligados en determinados aspectos de su vida a comportarse y/o a reconocerse como de un género diferente del que les es propio. Sin duda, este comportamiento a que son obligados les causa un claro y evidente menoscabo social y psicológico, que se opone al mandato constitucional establecido en la disposición citada.

- II. **La igualdad ante la ley**, que reconoce el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política del Estado. En efecto esta disposición nos señala “La Constitución asegura a todas la personas: N° 2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos, y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Esta igualdad es

comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

sólo en el plano jurídico, pues la Constitución no garantiza una igualdad material, conclusión que se reafirma en el propio texto constitucional, cuando expresa en su artículo 1° que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, lo que implica que la constitución garantiza la igualdad de las personas en esos ámbitos, dignidad y derechos, con lo que implícitamente se reconocen las diferencias materiales que pueden existir entre ellas. Lo que se garantiza en consecuencia en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado no es otra cosas que la igualdad ante el derecho; ante las normas contenidas en el ordenamiento jurídico, no debiendo existir en éste disposiciones cuya aplicación induzca a discriminaciones arbitrarias.

No se trata de que la Constitución prohíba las discriminaciones en el orden jurídico, sino lo que se prohíbe son las discriminaciones arbitrarias, vale decir, contrarias a la justicia, razón o bien común.

Tradicionalmente se ha pretendido que la igualdad ante la ley se satisface mediante la dictación de normas generales, es decir, normas que se aplican por igual a personas que se encuentran en la misma situación o que se aplican indistintamente a cualquier persona o situación que cuadre dentro de los requisitos que establece la misma norma.

Sin embargo no debe creerse que basta que la norma sea general para que con ella se satisfagan las exigencias de la igualdad ante la ley. Así por ejemplo una norma que estableciera que "todos los mayores serán esclavos" aun siendo general es arbitraria, y en consecuencia, contraria a la disposición constitucional en comento.

En virtud de esta garantía, la autoridad como operador jurídico, al aplicar o ejecutar las normas del ordenamiento, no puede hacer víctimas a las personas sujetas a su autoridad, de una discriminación arbitraria; una norma jurídica, que

en principio puede no establecer discriminaciones injustas o contrarias a la razón, pero que al ser aplicada por la autoridad, por una interpretación errónea, interesada, sesgada, o tendenciosa, deforme la norma la disposición y haga víctimas a los destinatarios de esa norma, o que les dé un tratamiento arbitrario, vulnera la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 2.

En consecuencia, si bien esta garantía se denomina “igualdad ante la ley”, en el fondo y en lo sustancial, se refiere a la “igualdad en la ley” o “igualdad en el ordenamiento jurídico”

Quienes son transexuales, en general se encuentran en condiciones de acceder a que se les modifique en su partida de nacimiento el nombre inscrito, por uno que sea coherente con su identidad de género. La ley 17.344¹¹⁷ señala como requisitos para la obtención de la rectificación del nombre en la partida de nacimiento los siguientes: a) Cuando los nombres o apellidos sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente. b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios.

Las personas transexuales cumplirán el requisito de ser conocidos por más de cinco años por el nombre de reemplazo, y en todo caso, por tratarse el nombre inscrito de uno que no se condice con su identidad sexual, de todas maneras les causa un menoscabo psicológico imposible de desconocer; en el evento de no accederse al cambio del nombre solicitado, efectivamente se les estaría discriminando de manera arbitraria en razón de su condición transexual. Este es un aspecto de vital importancia, dado que la modificación del nombre registral, debe dar lugar, conforme a cierta jurisprudencia¹¹⁸, y como una

¹¹⁷ Artículo 1° del citado cuerpo legal

¹¹⁸ Fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena. Rol 1252-2006. Considerando sexto que señala “SEXTO: Que, por último, no está demás recordar, conforme al

consecuencia necesaria, al cambio en la misma partida de nacimiento del sexo asignado, de manera de que se mantenga la debida correlación entre sexo y nombre, conforme a lo establecido en el artículo 31 de la ley 4.808.

Si los tribunales, no acogen las solicitudes de cambio de nombre y/o de sexo, planteadas por personas transexuales, o establecen requisitos especiales no descritos ni establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales o en las leyes, se vulnera ésta garantía fundamental.

III. **La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos** (igualdad ante la justicia), establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 1° de la Carta Fundamental que dispone “La Constitución asegura a todas las personas: 3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” Esta garantía significa que las personas se encuentran constitucionalmente protegidas al momento de ejercer los derechos que le correspondan, ante cualquier órgano del Estado, de carácter jurisdiccional o administrativo, o de cualquier otra especie, asegurándoseles que se les protegerá de modo igualitario. En este punto parece importante dejar establecido que precisamente, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos establecidos en la constitución, tratados internacionales y en las leyes, supone como premisa básica por una parte, el

artículo 76 del Código Político, que la autoridad requerida por el mandato judicial, debe cumplirlo sin más trámite, no pudiendo calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.

Por lo expuesto, citas constitucionales y legales hechas y artículo 821 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, se revoca la resolución apelada de fecha . . . de dos mil seis, escrita a fojas 60, en cuanto no dio lugar a la rectificación del sexo del solicitante en su partida de nacimiento y en su lugar se declara que se hace lugar a lo impetrado, debiendo el Servicio de Registro Civil e Identificación, al practicar el cambio de nombre del solicitante, W.R.L.P , por el de . . . rectificar, asimismo, la mención del sexo femenino por el masculino.”

acceso al órgano jurisdiccional, y por otra, la existencia de un derecho a la acción que permita acceder a este órgano jurisdiccional. En el evento de que no exista una acción específica para poner en movimiento el órgano jurisdiccional, la constitución por medio de esta garantía suple la deficiencia, ya que se accede al órgano jurisdiccional mediante el ejercicio de un derecho genérico a la acción, establecido implícitamente en esta garantía. La igualdad ante la justicia se ve reforzada fuertemente por otros derechos, garantías y principios como el principio de inexcusabilidad o la garantía del debido proceso.

IV. **El derecho a la honra y a la privacidad** reconocido en el artículo 19 N° 4 de nuestra Constitución que nos señala: “La Constitución asegura a todas las personas: El respeto y protección a la vida privada, y a la honra de la persona y su familia”.

Este derecho-garantía asegura a todas las personas:

- i) El respeto a la vida privada de las personas
- ii) El respeto a la honra, honor o buen nombre de la persona y de su familia.

“El concepto de “vida privada” está directamente vinculado a la “intimidad”, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos, conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la presencia o la intervención de terceros”¹¹⁹. El Estado, los grupos intermedios, y en general todas las personas deben respetar aquel ámbito de la vida de otro sujeto desea mantener al margen del conocimiento de las demás personas. En este sentido, la condición transexual,

¹¹⁹ EVANS ESPÍÑEIRA, Enrique. La Constitución Explicada, Lexis Nexis, 2006, pág. 40

cabe indefectiblemente en este ámbito, al igual que la modificación del nombre y del sexo asignado registralmente al nacer.

Ninguno de estos aspectos debiera ser publicitado, pues pertenece precisamente al ámbito de la intimidad, a “aquella parte o ámbito de la vida de una persona que reviste el carácter de personalísima, y que ésta persona desea mantener de su exclusivo conocimiento, o el de ciertas personas.”¹²⁰

La exposición pública de la transexualidad del solicitante de la rectificación de la partida de nacimiento en cuanto al sexo, afecta la garantía que comentamos, sobre todo porque esta no se condice con la publicación de la solicitud de cambio de nombre que exige la ley, y que en nuestra opinión debe ser revisada. En el mismo sentido debemos entender que se vulnera este derecho si consideramos que en general quienes se encuentran en condición de transexualidad, buscan ocultar esa condición, manteniéndola en el ámbito de su intimidad; sin embargo dadas las frecuentes dificultades que enfrentan cotidianamente, se ven obligados continuamente a develar su identidad registral, y así, lo que en principio debiera ser un derecho, se transforma en cada aspecto de su vida en un desconocimiento del derecho a la intimidad.

En consecuencia, cuando los órganos jurisdiccionales no accedan a la rectificación de la partida de nacimiento en relación con el nombre y el sexo asignado al nacer solicitada por una persona transexual, la negativa vulnera la protección y el respeto de la vida privada. El nombre con el que una persona quiere ser conocida, tal como hemos señalado, puede ser modificado, y no debe condicionarse ésta modificación al sexo que le fue asignado al nacer, ello porque precisamente el nombre si bien tiene un aspecto público, pertenece al ámbito privado. Así como sería absurdo que se obligue a una persona a

¹²⁰ RÍOS LABBÉ, Sebastián. La protección civil del Derecho a la Intimidad. Editorial Lexis Nexis. Chile 2003, pág. 10

cambiar el nombre con el que se siente cómoda y con el que es y ha sido conocida, es absurdo obligar a otra a mantener un nombre que le menoscaba psicológicamente, con el que nadie le conoce, y que no se relaciona con su identidad de género.

En relación a la rectificación del sexo registral, la negativa de un tribunal igualmente vulnera el derecho a la intimidad, ya que condena a la persona transexual, a continuar identificándose en el ámbito social conforme a un género que no le corresponde, y que no se vincula en ningún aspecto con su comportamiento social.

Finalmente debemos puntualizar que la Constitución Política del Estado, también es fuente mediata de los derechos y garantías establecidas en los tratados internacionales, por la remisión que hace el artículo 5° de nuestra carta fundamental. En efecto, el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución señala que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentren vigentes. Con lo cual el catálogo de derechos que el Estado y sus órganos debe promover y respetar no se agotan con las garantías y derechos de la constitución. En este sentido vale recordar la constancia dejada en la sesión N° 203 de la Comisión de Estudio de la nueva constitución en cuanto señala que “la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella (la Constitución) sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana”¹²¹

Sin embargo el carácter mediato de la constitución como fuente de garantías establecidas en los tratados de derechos humanos no debe ser entendida sino desde

¹²¹ VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Derecho Constitucional. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición 1999. Pág. 121-122.

un punto de vista estrictamente formal, ya que, tales instrumentos internacionales por mandato de la propia constitución se encuentran incorporados al sistema jurídico interno; además por el carácter de “autoejecutables” que presentan los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, estos pueden ser invocados directamente por las personas ante los tribunales domésticos una vez que conforme al propio ordenamiento ha incorporado el respectivo tratado, pese a que determinadas normas del tratado no puedan aplicarse por estos tribunales, no porque sean nulas o inválidas, sino porque su formulación no lo permite.

En todo caso “En rigor, el problema no debería presentarse en nuestro país o en la mayor parte de los países de nuestro continente. Todo estado parte, ya sea del Pacto Internacional de Derechos Civiles o Políticos o de la Convención Americana de Derechos Humanos, está obligado a adecuar su derecho interno para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales. Si una norma de un tratado no puede aplicarse directamente por el juez, el Estado debe dictar la legislación correspondiente para que el derecho humano contenido en ella sea gozado de manera plena. En caso de incumplimiento de esta obligación, corresponde al juez considerar la posibilidad de aplicar la norma cuando se enfrente a un caso particular. Él debe examinar la norma del tratado que se invoca o que él pretende aplicar, con el fin de decidir si su formulación se basta a sí misma para aplicarla. Si no tiene otra alternativa que dejar de aplicarla, el problema vuelve en principio al órgano legislativo”¹²²

¹²² MEDINA QUIROGA. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en Derechos Humanos. Selección de Tratados Internacionales y Recomendaciones de Organismos Internacionales a Chile. Corporación Humanas. Santiago 2006. Pág. 47

2.1.2.- Tratados internacionales que garantizan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

2.1.2.1.- Aspectos Generales

“En ciertos momentos históricos, en particular mediados del siglo XX, los sistemas de protección constitucional fueron incapaces de dar una efectiva protección de los derechos individuales consagrados en el ámbito nacional, lo que obligó a desarrollar sistemas por sobre los Estados para garantizar su efectiva vigencia.”¹²³.

Esta necesidad de otorgar protección adecuada a los derechos fundamentales, se ha plasmado a través de diversos tratados internacionales. En nuestro sistema jurídico, los tratados internacionales sobre Derechos Humanos pueden tener dos categorías:

- a) Pueden estar incorporados al derecho interno, si han sido suscritos y ratificados por Chile.
- b) Pueden ser ajenos al derecho interno.

En este título daremos algunas ideas generales respecto del primer grupo de tratados, dejando el análisis de los tratados pertenecientes al segundo grupo, para cuando nos refiramos a las fuentes de derecho externo.

Los principales instrumentos internacionales que se encuentran incorporados al derecho interno aplicables a esta materia son:

- a) La Declaración Universal de derechos humanos,

¹²³ NASH ROJAS, Claudio E. “Acceso a la Justicia Internacional” material preparado para los alumnos y alumnas del Diplomado Internacional “Los Nuevos Desafíos del Estado de Derecho”, julio de 2007, Asunción Paraguay. Pág. 3

- b) La Convención Americana sobre derechos humanos;
- c) El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos
- d) La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

En estos instrumentos se consagran un catálogo de derechos, que se estiman inherentes a la persona por el hecho de ser tal, pero “En la praxis, la sola consagración de derechos en el ámbito internacional no ha sido suficiente, sino que ha sido necesario establecer mecanismos para su control y protección. Los mecanismos internacionales de control están constituidos por órganos y procedimientos supraestatales. Los Estados concurren, en ejercicio de su soberanía, en la creación de estos mecanismos y quedan vinculados a su competencia. En definitiva, el sistema internacional ha desarrollado en la práctica un corpus iure garantista que comprende obligaciones generales, catálogos de derechos y mecanismos de control de la actividad de los Estados en materia de Derechos Humanos. Además, a partir de la actividad de los órganos de control se ha desarrollado una jurisprudencia que ha interpretado los derechos, ha clarificado su contenido y explicado su alcance.”¹²⁴

No profundizaremos en cada uno de los derechos y garantías establecidos en estos instrumentos internacionales que tienen incidencia en esta memoria, porque:

- i) En general coinciden con las garantías establecidas por nuestra constitución política, a las que ya nos hemos referido.
- ii) Un análisis acabado del tema nos alejaría demasiado de lo sustantivo de nuestra investigación.

Sin embargo, se hace necesario dejar establecida la ubicación de estos derechos en los referidos instrumentos; de la misma forma resulta imprescindible referirnos a un aspecto de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales de vital importancia, que los distingue de otros instrumentos internacionales: la interpretación. A estos aspectos nos avocaremos en los siguientes apartados.

¹²⁴ NASH ROJAS Claudio, Óp. Cit. Pág. 3

Como advertencia, cabe puntualizar que si bien es cierto, el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra contenido mayoritariamente en tratados internacionales; tanto la costumbre internacional, como los principios generales del derecho constituyen fuente de derecho internacional obligatoria, y en tal sentido cumplen aún un papel en el campo del sistema internacional de Derechos Humanos.

Finalmente, es posible señalar que “Los sistemas de protección internacional, en tanto sistemas jurídicos, contemplan tres elementos: normativo, orgánico y procedimental.”¹²⁵ En cuanto al elemento normativo, en los instrumentos internacionales “han reconocido los valores involucrados (normalmente en el preámbulo), las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, los derechos y libertades garantizados, ciertos parámetros sobre interpretación y criterios normativos para las restricciones de derechos y resolución de conflictos en caso de choque de derechos.”¹²⁶ En cuanto al elemento orgánico, los tratados internacionales “crean órganos para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán.”¹²⁷ Finalmente en cuanto al elemento procedimental, “se han diseñado diversos sistemas de protección, dentro de los cuales, destacan, por ser los más usados, los informes (ya sea de países o temáticos), observaciones generales (a través de las cuales los órganos entregan una guía a los Estados para interpretar las obligaciones del tratado) y procedimientos para el conocimiento de casos individuales.”¹²⁸

En todo caso, no debe pensarse que el catálogo de derechos que establecen estos instrumentos o tratados internacionales no admite restricción alguna, por el contrario, en general, los mismos instrumentos regulan la posibilidad de los Estados de restringir

¹²⁵ NASH ROJAS Claudio, Óp. Cit. Pág. 3

¹²⁶ NASH ROJAS Claudio, Óp. Cit. Pág. 3

¹²⁷ NASH ROJAS Claudio, Óp. Cit. Pág. 3

¹²⁸ NASH ROJAS Claudio, Óp. Cit. Pág. 3

los derechos garantizados, estableciendo ciertas condiciones que al no ser cumplidas hace que la restricción sea ilegítima. Sin embargo no todos los derechos reconocidos en tratados sobre derechos humanos admiten restricción. Algunos no admiten restricción alguna (tortura, esclavitud, libertad de conciencia, etc.), otros admiten restricciones particulares (asociación, propiedad), y otros permiten restricciones de carácter general.

La restricción de un derecho humano debe, de acuerdo a la doctrina cumplir con los siguientes requisitos:

1° Debe estar establecida por una ley.¹²⁹

El artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala “Las restricciones permitidas de acuerdo a esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-6/86 de fecha 9 de mayo de 1986 ha interpretado la expresión “leyes” entendiendo por tal una “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formulación de las leyes”.

¹²⁹ Ver arts. 6, 9, 12, 19 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y arts. 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

2° Debe estar fundamentada en las causales generalmente reconocidas por el derecho internacional.¹³⁰

En efecto, un derecho esencial no puede ser restringido sino por una potente razón que justifique tal restricción. Generalmente se aceptan como razones: el orden público, la seguridad nacional, la salud pública, los derechos y libertades de los demás, etc. El fundamento puede variar de un derecho a otro, pero siempre aparecen expresamente establecidas en el tratado respectivo.

3° Solo son admisibles restricciones que sean “necesarias en una sociedad democrática”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-5/85 de fecha 13 de noviembre de 1985 interpretando la expresión “necesaria en una sociedad democrática” sostuvo “que en el sistema interamericano la restricción (i) debe responder a la “existencia de una necesidad social imperiosa”, es decir, debe estar orientada a “satisfacer un interés público imperativo”; (ii) entre varias opciones para alcanzar este objetivo “debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”, y (iii) la restricción debe ser “proporcionada al interés que la justifica y ajusta estrechamente al logro de este legítimo objetivo”¹³¹

Esta exigencia puede ser interpretada “como un estándar más restrictivo para las restricciones ya que no sólo deben cumplir con los criterios señalados previamente, sino que además deberán tener en consideración valores propios de una sociedad democrática, como tolerancia, participación, deliberación, respeto por las minorías, entre otros.”¹³²

¹³⁰ Ver, arts. 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹³¹ MEDINA QUIROGA. Óp. Cit. Pág. 14

¹³² NASH ROJAS Claudio, Óp. Cit. Pág. 3

La omisión de las condiciones señaladas para la limitación de los derechos humanos fundamentales hace imposible que la restricción sea legítima.

2.1.2.2.- Catálogo de Derechos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados al derecho interno con relevancia para la adecuada solución judicial de la problemática transexual referida al cambio de nombre y sexo registral.

Del total de derechos y garantías establecidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos es posible distinguir algunos que en mayor medida sirven o pueden servir de fundamento a la pretensión de las personas transexuales de obtener el cambio de nombre y del sexo registral asignado al nacer.

Es posible resumir este catálogo de derechos de la siguiente manera:

a) **La Declaración Universal de Derechos humanos**, consagra los siguientes derechos o garantías:

1° El Derecho a la libertad e igualdad en dignidad y derechos El artículo 1 del tratado dispone: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”

2° El Derecho a la no discriminación. El artículo 2 del tratado expresa: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza , color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”

3° El derecho a la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley. El artículo 7° de la Declaración nos señala: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.”

4° El Derecho a la personalidad jurídica, a la vida privada y a la protección de la misma. El artículo 6 expresa al respecto: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”

Por su parte el artículo 12 del texto de la Declaración nos dice que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada [...] Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

b) **La Convención Americana sobre Derechos Humanos;** consagra los siguientes derechos o garantías:

1° El Derecho a la no discriminación. El artículo 1 de este tratado indica que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social.”

2° El Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 3 nos señala: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, expresión que no debemos entenderla referida a las personas morales. El reconocimiento de la personalidad jurídica implica que toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales. . Este aspecto es importante, pues los diversos documentos de identificación precisamente sirven entre otras finalidades para que

las personas actúen en el ámbito jurídico, posibilidad que se ve limitada si en tales documentos se da cuenta de una situación que no corresponde a la realidad, tal como ocurre en el caso de las personas transexuales.

3° El Derecho a la integridad personal Este derecho está consagrado en el artículo 5 de la convención que expresa lo siguiente: “Derecho a la Integridad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”

4° El Derecho al respeto de la honra y al reconocimiento de su dignidad El artículo 11 de esta fuente, en su numeral 1 señala que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.”

5° El derecho al respeto de la vida privada El mismo artículo 11 N °1 garantiza este derecho al disponer que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada [...]”

6° A la protección de la ley frente a ataques a su vida privada La misma disposición luego se establecer la garantía del respeto a la vida privada, establece esta garantía complementaria de la anterior al indicarnos que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

7° A la igualdad ante la ley, y a la igual protección de la ley Finalmente merece mención este derecho fundamental, el que aparece reconocido en el artículo 24 de la Convención que expresa: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.”

c) **El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos**, consagra los siguientes derechos o garantías:

1° El Derecho a la no discriminación. En efecto en su artículo 2 el pacto dispone: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

2° El Derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. El artículo 16 al respecto indica “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”

3° La Garantía de respeto de su vida privada Se garantiza este derecho en el artículo 17 del Pacto que expresa lo siguiente:

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”

4° El derecho a la igualdad ante la ley, y a la igual protección de la ley y a la no discriminación ante la ley El Pacto establece este derecho en su artículo 26 que nos dice que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica nacimiento o cualquier otra condición social”.

d) **La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre**, consagra los siguientes derechos o garantías:

1° El Derecho a la igualdad ante la ley a la no discriminación Este derecho fundamental está consagrado en el artículo 2º de la Declaración que nos expresa: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”

2° El Derecho al respeto y protección de la vida privada El artículo 5º del tratado indica lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”

2.1.2.3.- Algunos aspectos de la interpretación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

El carácter especialísimo que tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos, obliga a que la interpretación de los mismos no sea idéntica a la que se debe realizar respecto de normas jurídicas internas o de los tratados internacionales con contenido diferente, aunque debemos dejar establecido que tampoco se trata de un sistema interpretativo absolutamente diverso. El comentario más bien apunta, a que existen aspectos de la interpretación de estos tratados que por su propia naturaleza se alejan del sistema tradicional.

En efecto las normas de interpretación de los tratados están contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados. Al respecto, y en lo que a nuestro tema concierne, establece el artículo 31 N° 1 como regla general que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos, y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

La misma Convención en el artículo 31.2 a) y b) nos señala que el contexto del tratado incluye:

- a) El texto, incluyendo el preámbulo, y los anexos.
- b) Todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del mismo.
- c) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado.

La interpretación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos no se aparta de las reglas de derecho internacional generalmente reconocidas sobre la materia; “por el contrario, el propio derecho internacional permite un proceso de interpretación que tenga presente el carácter especial de los tratados de derechos humanos (u otros tratados normativos o “legiferantes”) en la medida que las reglas de interpretación , sobre todo la relativa a la relevancia del objeto y fin de un determinado tratado “permiten las diferenciaciones necesarias”¹³³

La Convención Americana contiene normas especiales de interpretación, estableciendo en su artículo 29 designado como “Normas de interpretación” que:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. permitir a alguno de los Estados partes, grupos o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.
- b. Limitar al goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa del gobierno y

¹³³ CASCADO TRINDADE Antonio. El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI” Editorial Jurídica de Chile. Santiago 2006. Pág. 26

- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”

Un aspecto que destaca y que distingue a los tratados internacionales referidos a derechos y garantías inherentes a la persona, se vincula con el contenido normativo de los mismos. Mientras en los tratados de corte clásico se establecen o reglamentan derechos, obligaciones, concesiones o ventajas subjetivas entre las partes; “Los tratados relativos a derechos humanos, en contrapartida prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivo, que debe ser garantizadas o implementadas colectivamente y enfatizan el predominio de consideraciones de interés general u orden public¹³⁴ que trascienden los intereses individuales de las Partes Contratantes”¹³⁵

Los tratados de derechos humanos, por lo tanto, no tienen como único fin establecer derechos y obligaciones recíprocas entre sus Estados partes, sino que además de señalar un catálogo de derechos busca crear un sistema para proteger la dignidad humana. La Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 02/82 señaló al respecto “La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes” Luego agrega “Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”

Una acertada interpretación estos Tratados sobre Derechos Humanos debe ser realizada en conjunto con las demás fuentes de derecho internacional, particularmente si versan sobre derechos, garantías libertades esenciales del ser humano. “Las

¹³⁴ Orden público

¹³⁵ CANCADO TRINDADE Antonio. Óp. cit. Pág. 24

diversas fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible, pues, intentar aplicar un tratado con desconocimiento de los principios generales de derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o lo complementa, como tampoco es posible ignorar, al interpretar un tratado, las otras fuentes de derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo. Esto, que es propio del derecho internacional, tiene una particular importancia en el derecho internacional de los derechos humanos, que está en perpetuo desarrollo y está contenido en normas formuladas de tal manera que permitan su progreso constante y su adaptación a las circunstancias históricas de tiempo y espacio en que se apliquen.”¹³⁶

Además debemos tener presente al momento de interpretar una norma contenida en un Tratado sobre Derechos Humanos, que estos, a diferencia de lo que ocurre con tratados de internacionales que no versan sobre derechos fundamentales, respecto de los cuales se estima que las obligaciones que emanan de ellos deben interpretarse restrictivamente, puesto que importan, en cierta medida, una renuncia a su soberanía por parte de los Estados partes del tratado, tal conclusión no resulta aplicable a los tratados sobre derechos fundamentales. De manera que, los Estados no pueden invocar su soberanía para abstenerse de cumplir las obligaciones que impone un tratado sobre derechos humanos, sino que debe buscarse la interpretación más apropiada al objeto y propósito del mismo; aparece vinculado íntimamente al principio favor libertatis o pro hominis al que ya nos hemos referido anteriormente.¹³⁷

¹³⁶ Sobre la progresividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ver P. Nikken, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su Desarrollo Progresivo*, IIDH – Editorial Civitas SA, Madrid, 1987. Citado por MEDINA QUIROGA en *Óp. Cit.* pág. 4

¹³⁷ Al tratar de las características de los derechos esenciales de la persona

“Si tenemos en consideración que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin de tratado, no puede sino concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo”¹³⁸ Este es un aspecto relevante, ya que “el juez nacional, al aplicar una norma de un tratado internacional, debe entenderla de acuerdo a las normas de interpretación de los tratados, ya que esta es su fuente directa”¹³⁹, y en consecuencia, tratándose de un tratado que verse sobre derechos humanos debe necesariamente considerar el objeto y propósito del mismo, e interpretar el derecho, libertad o garantía de manera amplia y siempre a favor del individuo.

2.1.3.- Fuentes de derecho interno con rango de ley

Entre las fuentes con rango de ley que permiten fundamentar las solicitudes de rectificación de partida de nacimiento de personas transexuales en lo tocante al sexo y al nombre son fundamentalmente aplicables las disposiciones contenidas en los siguientes cuerpos legales:

1° La ley N° 4.808, sobre Registro Civil, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el DFL N° 1 publicado en el Diario Oficial el 30 de mayo del año 2000

El artículo 31 de este cuerpo normativo señala: “Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes:

1. Hora, día, mes, año y lugar en que ocurrió el nacimiento;
2. El sexo del recién nacido;
3. El nombre y apellido del nacido, que indique la persona que requiere la inscripción; y

¹³⁸ Medina Quiroga. Óp. Cit. Pág. 52

¹³⁹ Medina Quiroga. Óp. Cit. Pág. 48

4. Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, o los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido. Se dejará constancia de los nombres y apellidos de la madre, aunque no haya reconocimiento, cuando la declaración del requirente coincida con el comprobante del médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que lo dio a luz.

No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje.

Si el Oficial del Registro Civil, en cumplimiento de lo que dispone el inciso anterior, se opusiere a la inscripción de un nombre y el que lo solicite insistiere en ello, enviará de inmediato los antecedentes al Juez de Letras o del Departamento, quien resolverá en el menor plazo posible, sin forma de juicio, pero con audiencia de las partes, si el nombre propuesto está comprendido o no en la prohibición. Estas actuaciones estarán exentas de impuestos.”

Por su parte el artículo 33 del mismo cuerpo legal establece expresamente lo siguiente: “Son requisitos esenciales de la inscripción de un nacimiento, la fecha de éste y el nombre, apellido y sexo del recién nacido.”

2° La ley N° 17.344 publicada en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 1970 que autoriza el cambio de nombre y apellidos en los casos que indica y modifica la ley N° 4.808 sobre Registro Civil

El citado cuerpo normativo nos expresa en su artículo 1° en lo que a nosotros nos interesa: “Toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento.

Sin perjuicio de los casos en que las leyes autorizan la rectificación de inscripciones del Registro Civil, o el uso de nombres y apellidos distintos de los originarios a consecuencia de una legitimación, legitimación adoptiva o adopción, cualquiera

persona podrá solicitar, por una sola vez, que se la autorice para cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez, en los casos siguientes:

- a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente.
- b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios...”

3° El Decreto con Fuerza de Ley 2128 publicado el 28 de agosto de 1930, y que aprueba el Reglamento orgánico del Servicio de Registro Civil¹⁴⁰

Este reglamento regula en el título V bajo el epígrafe “Los Nacimientos”, y establece una serie de disposiciones de las cuáles resultan particularmente aplicables al tema que nos ocupa las siguientes

El artículo 123 del Reglamento, que señala las menciones que debe contener la inscripción del nacimiento de una persona y dispone al respecto:

“Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes:

1. Hora, día, mes, año y lugar en que ocurrió el nacimiento;
2. El sexo del recién nacido;
3. El nombre y apellido del nacido, que indique la persona que requiere la inscripción; y
4. Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, si el recién nacido fuese hijo legítimo.”

El artículo 124 del Reglamento que nos indica los requisitos esenciales de la inscripción de nacimiento y que dispone:

“Son requisitos esenciales de la inscripción de un nacimiento: la fecha de éste y el nombre, apellido y sexo del recién nacido.”

¹⁴⁰ Vigente hasta el día de hoy y cuya última modificación data del 1993

2.2.- Las fuentes Indirectas

Entendemos por fuentes indirectas, aquellas que no contienen una norma jurídica de carácter general, sino que la interpretan, sistematizan o explican (como lo hace la doctrina) o bien, interpretan la norma jurídica general, con el fin de resolver un asunto, creando si se quiere una norma jurídica de carácter particular singularizada en la sentencia (como lo hacen las sentencias de los órganos jurisdiccionales).

La determinación del marco jurídico en ese sentido no sería completa si se omiten estas fuentes, pues:

1° En ellas se interpreta la norma jurídica, ya particularmente (por la doctrina) o ya públicamente (por los tribunales) y se determinará el alcance que debe asignarse a cada disposición en un momento histórico dado.

2° Determinado el alcance de la norma, ella será aplicada.

3° De los problemas que resulten de la aplicación conforme a la interpretación dada se formulará la crítica que hace evolucionar la interpretación de la norma, o que sirve de fuente material, para la dictación de una nueva norma que corrija los inconvenientes de la anterior.

Como puede observarse, estas fuentes indirectas actúan de manera interrelacionada, influenciándose recíprocamente.

2.2.1.- Jurisprudencia administrativa de los tribunales nacionales

La jurisprudencia de los tribunales nacionales constituye una fuente del derecho en general, que debe ser considerada en nuestro marco jurídico. La razón se encuentra en que esta jurisprudencia nos permite acercarnos a la interpretación de las normas sustantivas de diverso origen que juegan en torno a la resolución de las solicitudes de

modificación de sexo registral realizadas por personas transexuales.

El procedimiento utilizado es de carácter voluntario, caracterizado por la ausencia de conflicto, en el que se solicitará, la rectificación de partida de nacimiento del peticionario en los aspectos señalados.

Hemos utilizado intencionadamente la expresión “jurisprudencia administrativa” para referirnos al conjunto de pronunciamientos de los tribunales de justicia, que en uso de facultades de carácter no jurisdiccional, sino administrativas, resuelven las solicitudes de cambio o modificación de nombre y/o sexo asignado de las que les corresponde conocer. Lo anterior, por cuanto sostenemos que se trata de actos administrativos, y en consecuencia, técnicamente corresponde hablar de jurisprudencia administrativa, pues en estos, los tribunales no ejercen jurisdicción, sino que actúan por mandato legal, como un órgano público de la administración.¹⁴¹

Siguiendo al profesor Cristián Maturana, en los asuntos judiciales no contenciosos no puede utilizarse ni la expresión jurisdicción voluntaria, ni jurisdicción no contenciosa, ya que en ellos simplemente no existe ejercicio de la jurisdicción, así como tampoco puede ser considerada voluntaria, pues los intervinientes están compelidos a actuar; el solicitante debe concurrir a los tribunales porque existe una disposición legal que así lo establece, y los tribunales deben intervenir en estos casos porque así lo establece la ley. “De ahí que se ha señalado que los actos judiciales no contenciosos no importan más que el ejercicio de una función administrativa, cuyo ejercicio se ha entregado por mandato expreso de la ley a los tribunales.”¹⁴² “La intervención de los jueces en estas actividades no tiene carácter esencial, si no meramente secundario o accidental,

¹⁴¹ Ello sin perjuicio de reconocer que el propio Código de Procedimiento Civil en el artículo 826 cataloga de sentencia definitiva al pronunciamiento del tribunal que pone fin a la instancia en los procedimientos no contenciosos.

¹⁴² MATURANA, Cristian. Derecho Procesal Orgánico. Pág. 147. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2003

pudiendo desaparecer en todo o parte de la esfera de su competencia o transferirse a otros agentes públicos sin inconvenientes”¹⁴³

La falta de datos estadísticos al respecto no permite establecer una relación entre el número de fallos que acogen las solicitudes y aquellos fallos que niegan lugar a la solicitud. De la misma manera resulta imposible establecer con carácter general si los tribunales hacen de la exigencia de la cirugía de adecuación sexual un requisito para acceder a la modificación de la correspondiente partida.

La importancia que tienen para la comunidad transexual los fallos a los que nos hemos referido en el párrafo anterior, ha permitido que los interesados tengan acceso a ellos, sin embargo no es posible cuantificar el número de resoluciones que a lo largo de los años se han dictado rechazando las modificaciones de las actas de nacimiento en cuanto al nombre y en cuanto al sexo, debido a que, por tratarse de actos judiciales no contenciosos, al no producir cosa juzgada en sentido estricto¹⁴⁴, frente a un fallo contrario a sus pretensiones, resulta más fácil para el peticionario cuya solicitud no fue acogida, solicitar el cambio de nombre y de sexo nuevamente ante otro tribunal, que discutir el tema en los tribunales superiores o en los tribunales internacionales, si correspondiese. Por ello pocas veces los tribunales superiores de justicia se han podido pronunciar en relación con estos temas; y es también por ello que se hace necesario citar en este punto, un fallo relativamente reciente de la Il.tra. Corte de Apelaciones de Santiago en el cual, revocando el fallo de primera instancia, no se

¹⁴³ PEREIRA ANABALON, Hugo. Curso de Derecho Procesal Tomo I. Derecho Procesal Orgánico. Páginas 151. Editorial Jurídica Conosur, Santiago. Chile

¹⁴⁴ MATURANA, Cristian. Óp. Cit. Pág. 151 señala al respecto refiriéndose a los caracteres que presentan los asuntos judiciales no contenciosos que “Las sentencias definitivas no producen cosa juzgada, sino que el desasimiento del tribunal para impedir que se modifique la resolución dentro del procedimiento no contencioso, debiendo distinguirse para tal efecto entre las resoluciones negativas o positivas respecto de la petición formulada”

accedió al cambio del sexo registral del solicitante, aunque sí al cambio de nombre requerido.¹⁴⁵ El fallo citado será objeto de análisis posterior y separadamente¹⁴⁶, pues contiene la doctrina que en general los tribunales inferiores están llamados a aplicar, y por las diversas implicancias que posee el mismo.

Es relevante recordar, con el fin de relativizar y dar la debida importancia a la jurisprudencia de los tribunales que en conformidad al artículo 3° del Código Civil, “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”, lo que implica que esta fuente tiene un carácter eminentemente particular, pues no resulta obligatoria para el tribunal que las dictó ni para otros tribunales hacia el futuro. Ello sin perjuicio de reconocer que si existen reiterados fallos de los tribunales superiores de justicia que interpreten y apliquen una norma en un sentido claro y determinado, en el hecho, esta circunstancia actúa sobre los demás tribunales inferiores, quienes tenderán a adecuar sus decisiones a los fallos de sus superiores jerárquicos, con el fin de que sus propias decisiones no sean modificadas por los tribunales superiores vía los respectivos recursos. De la misma manera podemos apreciar que en la práctica, un fallo anterior influye igualmente en las decisiones futuras del mismo tribunal, ya que resuelto un asunto en un sentido, en hipótesis similares el órgano decisor aplicará los mismos principios y criterios con lo que el resultado en general tenderá a repetirse. “Solamente modifica su punto de vista cuando llega a la conclusión que su interpretación ha sido errónea”¹⁴⁷

Entre estos fallos podemos mencionar entre estos pronunciamientos los siguientes:

- 1) La sentencia dictada con fecha 27 de abril de 2007 el Primer Juzgado de Letras de Rancagua, en autos rol V-150-2006, el cual accedió a la petición de

¹⁴⁵ Con fecha 25 de Junio de 2009 la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol Ingreso de Corte N° 2.541-2.009

¹⁴⁶ En el capítulo III de esta tesis.

¹⁴⁷ Pacheco Máximo, Teoría del Derecho, quinta edición. Editorial jurídica de Chile, año 2004, pagina 359

cambio de nombre y sexo, de un transexual hombre, permitiendo que estos aspectos fueran rectificadas en la partida de nacimiento. Este fallo no sólo permitió la rectificación del nombre sino también la del sexo registral, destacando como aspecto relevante de la resolución que se accede a dichas solicitudes no obstante estar inconcluso el proceso de reasignación sexual, puesto que “el solicitante presenta personalidad con identificación del sexo masculino”, lo que daba fundamento a las peticiones efectuadas a su nombre. Además, debe destacarse que el fundamento del fallo se encuentra en el reconocimiento del carácter complejo de la determinación del sexo, toda vez que reconociendo al solicitante un sexo diverso del asignado al momento de nacer, el fallo accede a la solicitud por considerar que la ley 4.808 “exige la concordancia entre el sexo y el nombre de la persona inscrita”¹⁴⁸

- 2) La sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de La Serena de fecha 26 de octubre de 2006, bajo el rol Ingreso Corte N° 1252-2006, la que fallando un recurso de apelación frente al rechazo de un tribunal de primera instancia a la solicitud de rectificación del sexo en la partida de nacimiento, expresó: “Que en estos autos ha quedado meridianamente claro, merced a la prueba suministrada, que el peticionario es un paciente con transexualismo; su fenotipo es masculino; toda su conducta verbal y no verbal y su identidad sexual corresponde a la de un individuo de sexo masculino.¹⁴⁹. Resulta muy relevante la consecuencia que se deriva de ello según la ltma Corte, puesto que expresa más adelante en el considerando Cuarto que “por lo referido precedentemente, el presente caso no corresponde propiamente a una gestión de cambio de sexo, como erróneamente lo ha señalado la repartición pública referida precedentemente, en su informe de fojas 48 y 49.”, y en consecuencia ordena que el servicio público respectivo “practique la rectificación de la mención del

¹⁴⁸ En el mismo sentido deben señalarse los fallos emanados del mismo tribunal bajo los roles V-457-2006 y V-71-2007

¹⁴⁹ Considerando tercero.

sexo del solicitante a su verdadera realidad, esto es, el sexo masculino, único modo, por lo demás, de proceder al efectivo cumplimiento de la resolución judicial que dispuso la rectificación del cambio de nombre del peticionario.”

2.2.2.- La doctrina de los autores

Entendiendo por tal “a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del Derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación”¹⁵⁰; sin perjuicio de lo señalado, debemos tener presente que:

- a) Como ya ha quedado demostrado a lo largo de estas páginas el transexualismo, si bien tiene un aspecto jurídico, que motiva en parte esta tesis, excede con mucho el ámbito jurídico, tocando igualmente otras ciencias como la medicina, la sociología, la psiquiatría, etc.

- b) Los estudios de doctrina jurídica, que específicamente tratan la transexualidad son escasos en nuestro medio, salvo contadas excepciones que no hacen más que confirmar la regla general.¹⁵¹

¹⁵⁰ GARCÍA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho; citado por Máximo Pacheco. Teoría del Derecho, quinta edición. Editorial jurídica de Chile, año 2004, pagina362,

¹⁵¹ Podemos mencionar algunos artículos del profesor Hernán Corral Talciani; algunos aspectos de la obra del profesor Gonzalo Figueroa y algunas tesis de grado que tocan tangencialmente el tema como la Tesis para optar al grado de Magister en Antropología y Desarrollo denominada “Identidad Transgénero” de don José Miguel Labrín, de Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile del año 2006; La Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales denominada “Las Uniones de hecho entre Homosexuales” de don Jorge Oyarzún

Ha sido, en consecuencia, necesario incorporar a este trabajo la doctrina jurídica del derecho comparado, que en muchos aspectos da cuenta de una postura menos tradicional frente al tema que nos ocupada.

Asociado a lo anterior existe una nueva dificultad la literatura de corte científico, elaborado para y por especialistas muchas veces se escapa al entendimiento del lego en las respectivas ciencias de que tratan. Con lo cual, se aleja o se limita la posibilidad de que se acceda a nuevo conocimiento que permita conocer de mejor forma la temática transexual.

Mientras en nuestro país las escasas obras de contenido jurídico que existen, y cuyos autores son nacionales, indefectiblemente dan una visión parcelada de los aspectos jurídicos de los problemas que afectan a la comunidad transexual, la tendencia del derecho comparado es tratar sistemáticamente la transexualidad, y los problemas jurídicos que esta conlleva, pero también dar soluciones a estas dificultades, generando el debate necesario para que los temas señalados sean debidamente discutidos y se produzca la interacción necesaria que haga evolucionar las disposiciones jurídicas.

Con todo, debe considerarse a la doctrina como una fuente indirecta de derecho, y por lo mismo, como parte integrante de nuestro marco jurídico, dado que en efecto, representan los esfuerzos de los autores por explicar, sistematizar y responder a las necesidades jurídicas que tienen las personas transexuales. Será la doctrina de los autores la que está llamada a dar fundamento a las decisiones de los tribunales y a

Valenzuela de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile año 2004; La Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales denominada “El derecho a la no discriminación por motivo de la orientación sexual en la jurisprudencia Internacional de los Derechos Humanos” de la Facultad de derecho de la Universidad de Chile, año 2002; entre otras.

promover las reformas legales en caso que estas se estimen necesarias, de manera que se cautelen de manera adecuada los derechos y garantías de todas las personas, y en particular de la comunidad transexual.

2.2.3.- Los principios generales del Derecho y la equidad natural

Muchas teorías se ha señalado para explicar en qué consisten los principios generales del derecho, nosotros asumiendo una postura positivista se si quiere, entendemos por principios generales del derecho “los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuáles deben deducirse exclusivamente en fuerza de la abstracción.”¹⁵² Derivan pues de las normas positivas del derecho.

En nuestro sistema tienen entre otras funciones la de ayudar a la adecuada interpretación de las diversas normas jurídicas del ordenamiento jurídico nacional, pero fundamentalmente sirven de método de integración de las lagunas legales, debido precisamente al principio de inexcusabilidad, que impide a un juez excusarse de resolver un asunto sometido a su conocimiento, aun a falta de ley que regule la hipótesis que es llamado a decidir. Paralelamente surge como mecanismo de integración de lagunas o vacíos legales la equidad natural, la que tradicionalmente ha sido entendida en nuestro medio como “la justicia del caso concreto”

Esta función integrativa tanto de los principios generales del derecho como de la equidad natural, es primordial para el tema que nos ocupa, ya que, el cambio de sexo registral precisamente constituye un aspecto no reglamentado expresamente en nuestro derecho, y en consecuencia, es lícito al interprete utilizar estos elementos para

¹⁵² COVIELLO Nicolás, citado por PACHECO, Máximo. Óp. Cit. Pág. 425

que en última instancia se logre la resolución adecuada a la solicitud, aun en ausencia de ley o norma jurídica que regule el asunto.

3.- Marco Jurídico: Las fuentes de derecho externo

3.1.- Tratados internacionales que garanticen los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana no ratificados por Chile y que no se encuentren vigentes

Fuera de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales inherentes a la persona que se han incorporado al ordenamiento jurídico nacional existen otros, que si bien no son derecho interno, resultan o pueden resultar aplicables en cuanto a los principios que fluyen de ellos, y en cuanto a la obligatoriedad jurídica que pueden importar en el ámbito internacional como consecuencia del hecho que pueden llegar a constituir una costumbre internacional.

En consecuencia, por la vía de la aplicación directa de estos principios generales del derecho reconocidos internacionalmente (de los que todos los tratados son en mayor o en menor medida una manifestación), o bien, por la vía de que tales tratados pueden servir de base a la elaboración paulatina de una costumbre internacional, llegan, o pueden llegar, a constituir derecho aplicable a cualquier cuestión jurídica que se requiera solucionar. En el caso que nos ocupa, pueden constituir fuente de derecho para solucionar acertadamente si resulta o no procedente la rectificación de las partidas de nacimiento de las personas transexuales en cuanto al nombre y en cuanto al sexo, y si en el caso de ser procedente, determinar bajo qué condiciones o circunstancias ello resulta permitido.

El profesor Santiago Benadava explica la interacción entre tratados internacionales y costumbre internacional en los siguientes términos: “En efecto, algunos tratados codifican, en gran medida, sectores completos del derecho internacional consuetudinario (...) “Hay tratados que cristalizan normas consuetudinarias que se

estaban elaborando con anterioridad.”(...), y por otra parte las “disposiciones contenidas en un tratado pueden servir de base o punto de partida para la elaboración de una regla consuetudinaria. En este caso, la norma de un tratado, aunque tiene origen convencional, “atrae” a la práctica, y su contenido pasa a incorporarse al derecho consuetudinario. La norma consuetudinaria surgida sobre la base del tratado, se aplica también a los Estados que no son partes en el tratado, pero no como norma convencional sino como regla consuetudinaria”¹⁵³

3.2.- Los principios Generales del Derecho

Al igual que en el derecho interno, los principios generales del derecho, son fuente de derecho internacional, pero con una salvedad; mientras en el derecho interno cumplen un rol secundario, ya que sirven para interpretar e integrar vacíos legales, en el derecho internacional constituyen fuente directa.

La verdad es que se trata de los mismos principios que emanan de la legislación interna de cada país, ello porque se trata solo de aquellos principios “que son comunes a los sistemas jurídicos de los diversos Estados”¹⁵⁴. En el derecho internacional se les denomina “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”

¹⁵⁵ Ejemplos de estos principios son:

- Pacta sunt Servanda, lo pactado obliga
- El daño ilícito debe ser reparado íntegramente
- Nadie puede aprovecharse de su propio dolo
- Nadie puede transferir más derechos de los que tiene
- La buena fe, etc.

¹⁵³ BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público, 8º edición, Lexis Nexis, 2004, Pág. 28-29

¹⁵⁴ BENADAVA, Santiago Óp. Cit. Pág. 28-29

¹⁵⁵ Art. 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional

Aunque pueden coincidir, no deben ser confundidos los principios generales del derecho con los denominados “principios de derecho internacional”, que no obstante su denominación constituyen normas jurídicas de carácter internacional de carácter fundamental y general, como por ejemplo los siguientes:

- La prohibición de la agresión
- Los tratados prevalecen sobre la ley interna
- Un Estado no puede invocar su derecho interno ni aprovecharse de las deficiencias del mismo para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales., etc.

En relación con los principios generales del derecho se ha señalado que “no se encuentran a menudo expresamente formulados en los tratados sobre derechos humanos, ya que derivan del derecho internacional general o de los ordenamientos jurídicos nacionales. Algunos de ellos, sin embargo, son particularmente relevantes para esta rama del derecho, como por ejemplo la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos por parte de los Estados y el principio de pacta sunt servanda. Un principio que es propio del derecho internacional de los derechos humanos es el principio de la no discriminación, que subyace a todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente y que informa todos los aspectos del ejercicio y goce de dichos derechos”¹⁵⁶

En este aspecto resultan especialmente trascendentes los denominados “**Principios de Yogyakarta**”¹⁵⁷ sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género,

¹⁵⁶ MEDINA QUIROGA, Cecilia. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en Derechos Humanos. Selección de Tratados Internacionales y Recomendaciones de Organismos Internacionales a Chile. Corporación Humanas. Santiago 2006. Pág. 9-10

¹⁵⁷ Para ver el contenido de estos principios ver: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf

producto del trabajo de un distinguido grupo de especialistas en derechos humanos, desarrollado, discutido luego de reunirse en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006.

Respecto de estos principios se ha dicho que se trata de “un esfuerzo internacional a gran escala para promover unos estándares internacionales respecto a orientación sexual e identidad de género, un grupo de distinguidos expertos en legislación internacional de derechos humanos, publicó en 2007 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. Aunque no han sido adoptados oficialmente como un estándar internacional, estos principios son citados por los cuerpos de la ONU, tribunales nacionales y muchos gobiernos los han convertido en una guía para definir sus políticas en la materia. El Comisario (sic) de Derechos Humanos aboga por los Principios de Yogyakarta, considerándolos una importante herramienta para identificar la obligación de los estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todas las personas, sea cual sea su identidad de género. De particular relevancia es el tercer Principio de Yogyakarta: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género.”¹⁵⁸

¹⁵⁸ HAMMARBERG Thomas, Op. Cit. pág. 7

3.3.- La costumbre jurídica internacional

La costumbre internacional constituye fuente de derecho internacional, y en consecuencia a obliga a los Estados. La costumbre está constituida por dos elementos:

1° Un elemento material u objetivo: La reiteración de una conducta o práctica uniforme por parte de los Estados

2° Un elemento subjetivo: La denominada “opinio juris”, es decir, la convicción de los Estados de que la conducta o practica uniforme de los Estados es jurídicamente obligatoria. Elemento que permite diferenciar a la costumbre de los simples usos o prácticas internacionales.

Se exige que la práctica sea generalmente aceptada por los Estados como derecho, no requiere en consecuencia de la universalidad de la aceptación, basta la generalidad de la conducta.

Para el tema que nos ocupa, la costumbre internacional reviste importancia desde que permite que otras fuentes, no incluidas en principio en el marco jurídico, logren en determinadas condiciones incorporarse a él, no de manera directa, sino indirectamente al ser fuente de una norma jurídica de derecho internacional.

Dijimos a propósito de los tratados internacionales que no estaban incorporados al derecho interno, que existe una estrecha relación entre tratado internacional y costumbre, ya que, o por medio de un tratado se plasma positivamente una costumbre ya existente, o por la aplicación de un tratado más o menos de alcance general, puede llegar a constituir una costumbre general.

También se vincula, en lo que a nosotros concierne, con los principios generales del derecho generalmente aceptados por las naciones civilizadas, desde que, los principios de Yogyakarta¹⁵⁹ sirven de un importante antecedente para la aplicación de los tratados sobre derechos humanos relativos a la orientación sexual e identidad de género. De ello resulta que si existe una aplicación uniforme de los principios y generalmente aceptada, por lo diversos Estados y por los tribunales internacionales, aunque no constituyan tratado internacional, estos principios pueden resultar obligatorios para los Estados como sujetos de Derecho Internacional.

3.4.- La jurisprudencia internacional

La jurisprudencia representa a un conjunto de fallos o sentencias de tribunales de la más alta jerarquía de las que es posible extraer principios generales y criterios interpretativos de una determinada norma jurídica, que permiten la interpretación y la aplicación de la misma norma, en conformidad con dichos principios. Tal como lo señala Lorena Lorca citando a Anne-Marie Slaughter¹⁶⁰ “El fundamento para analizar jurisprudencia extranjera se grafica en el concepto de SLAUGHTER denominado fertilización-cruzada. Esta idea consiste en usar intensivamente el derecho comparado en la resolución de casos difíciles. En palabras de la autora, se ha formado una comunidad de cortes, la cual: "Está constituida por sobre todo por la auto conciencia de los jueces nacionales que juegan un papel. Están confluyendo de todas las formas posibles. Literalmente, se juntan de forma frecuente en una variedad de eventos, desde seminarios, a sesiones de enseñanza y organizaciones judiciales. En forma

¹⁵⁹ ver nota al pie de página 35

¹⁶⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. “A Global Community of Courts”, Harvard International Law Journal N° 44, pp. 192 y ss. (2003) citada por Lorca Muñoz Lorena en Nota al pie de página N° 3 de la solicitud de modificación de partida de nacimiento del transexual P.R.C.C. patrocinada por la Clínica Jurídica de la Universidad de Chile. Autos rol V-233-2009 tramitada ante el 20° Juzgado Civil de Santiago.

análoga, leen y citan opiniones de otros jueces, las cuales están disponibles en estas reuniones variadas, en internet, por medio de escribanos, y a través de las cortes internacionales que extraen cosas de las leyes domésticas y luego fertilizan en forma cruzada a otras cortes domésticas"¹⁶¹

Resulta posible distinguir dos ámbitos que quedan incluidos en el concepto de jurisprudencia internacional. El primer ámbito se relaciona con los fallos de los tribunales internos de cada país, este conjunto de fallos es desde la perspectiva del ordenamiento jurídico nacional, jurisprudencia internacional. El segundo ámbito, consisten en el conjunto de fallos que sobre un determinado tema se han pronunciado los Tribunales Internacionales de naturaleza supranacional. Ambos aspectos pueden ser incorporados al marco jurídico de nuestra investigación, dado que en ambos casos se pueden extraer principios y criterios interpretativos, que permitan dar una adecuada solución a las solicitudes de modificación de partida de nacimiento hechas por personas transexuales en nuestro país, pero atendida lo extenso que sería un análisis de la jurisprudencia interna de cada país o de al menos un grupo importante de ellos, solo tocaremos tangencialmente los fallos de los tribunales internos, al analizar las soluciones que en el derecho comparado se han dado a la problemática transexual en el apartado correspondiente. En consecuencia, en los siguientes párrafos nos referiremos exclusiva y brevemente algunos fallos de tribunales internacionales de carácter supranacional particularmente relevantes para nuestra investigación, especialmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para resolver los asuntos relacionados con la modificación del sexo registral se ampara en los artículos 8, 12 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que protegen y garantizan “El derecho al respeto de la vida privada y familiar”; “El derecho a contraer matrimonio” y la “Prohibición de discriminación”. Al respecto el artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos señala: “Derecho al respeto de la vida privada y familiar. 1 Toda persona

¹⁶¹ Traducción libre de Lorena Lorca Muñoz.

tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2 No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

Por su parte el artículo 12 del citado convenio expresa: “Derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.”

Finalmente el artículo 14 del convenio dispone: “Prohibición de discriminación El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

Entre los fallos de este tribunal basados en las disposiciones transcritas merecen destacarse:

a) X. v. The Federal Republic of Germany

En el año 1974 la Corte toma conocimiento del primer caso de cambio de nombre y sexo registral asignado al nacer, por parte de una persona transexual, “en que el demandante se somete a una operación de varón a mujer e intenta infructuosamente cambiar su nombre y sexo en el Registro Civil. Finalmente, se llega a un acuerdo amistoso efectuándose una anotación marginal en su partida, y el TEDH

ratifica dicho acuerdo, adoptando un criterio positivista sin entrar en el fondo de la cuestión.”¹⁶²

b) Van Oosterwijck v Bélgica

“Otro criterio asume en el caso Van Oosterwijck v Bélgica (1976), en que a un transexual varón se le niega la rectificación de su nombre por proceder sólo en caso de error. En este caso el TEDH consideró por unanimidad que hubo violación del artículo 8 del Convenio, pues concibe el derecho a la vida privada como aquél que tiene cada uno a vivir como desee y al pleno desarrollo de su personalidad”¹⁶³

c) Botella v. Estado de Francia

El 25 de mayo de 1992, se dicta sentencia condenando al estado de Francia a pagar 100.000.- francos por daño moral y 35.000.- en costas, por negarse a rectificar en la partida de nacimiento de la solicitante la mención de su sexo; la doctrina que impone este fallo señala que al no accederse a la modificación del sexo registral, se ha vulnerando con ello el derecho a la intimidad amparado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, atendido que la actora se vería obligada constantemente a exponer su situación personal e íntima frente a terceros, dificultando además su desarrollo profesional.¹⁶⁴

d) Chistine Goodwin v. The United Kingdom Judgment

¹⁶² PALAVECINO, Adriana, “El derecho a la identidad de las personas transgéneras”, pág.14. Exposición en el Primer Encuentro Académico Latinoamericano de Justicia, Género y Sexualidad, realizado en Santiago de Chile los días 13 y 14 de julio de 2009

¹⁶³ PALAVECINO, Adriana, Op. Cit. pág.14.

¹⁶⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Botella v. Estado de Francia.” (1992)

El 11 de julio de 2002 la Corte Europea de Derechos Humanos dicta una sentencia en que condena al Reino Unido por no acceder a la rectificación de la partida de nacimiento del solicitante respecto al cambio de sexo requerido, por considerar que vulnera el artículo 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos.¹⁶⁵

Hasta el caso Goodwin el criterio de la Corte era considerar que el Estado inglés no estaba obligado a tener una conducta activa con el fin de garantizar el derecho de los transexuales, puesto que no existía un derecho uniforme o común para todos los países, y siguiendo dicho criterio, en relación al cambio de sexo registral, la Corte de Estrasburgo consideraba que se trataba de un ámbito en el cual los Estados tienen libertad de regulación, en ausencia de un acuerdo general sobre el tema y de una legislación común.

Con anterioridad al fallo en comento, la Corte consideraba que existía interés común y general en no modificar las partidas de nacimiento que consignaban el sexo registral asignado al nacer; entendiendo que el derecho a la identidad estaba asegurado sólo con la expedición de nuevos documentos identificatorios, donde figurara el sexo adquirido y el cambio de nombre, sin que fuese necesario modificar el sexo en la correspondiente partida.

Destacamos el apartado 90 que enuncia “En cuanto a otras consecuencias posibles, el Tribunal considera que es razonable que la sociedad pueda tolerar cierta molestia para permitir a individuos vivir con dignidad y conforme a la identidad sexual escogida por ellos, lo que implica un gran costo personal de por sí.” Al igual que en el caso Botella c. Francia, el Tribunal también ha dictaminado que los estados deberían reconocer el cambio de sexo en los documentos de identidad”¹⁶⁶

¹⁶⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Chistine Goodwin v. The United Kingdom Judgment” (2002)

¹⁶⁶ HAMMARBERG Thomas, Op. Cit. pág. 5

e) Van Kück c. Alemania

En este fallo de fecha 12 de junio del año 2003, la Corte Europea de Derechos humanos ha estimado que los estados deberían proporcionar a las personas transgénero la posibilidad de acceder a cirugías que conducen a la reasignación completa de género, y que dichas cirugías deben estar cubiertas por los planes de seguros como tratamientos “médicamente necesarios”, en la medida que “parece desproporcionado exigir de una persona que esta pruebe la necesidad médica de un tratamiento en un dominio que concierne uno de los aspectos más íntimos de la vida privada”¹⁶⁷

3.5.- La doctrina de los autores

A diferencia de lo que ocurre a nivel local, en el ámbito internacional existen numerosos trabajos que abordan el tema de la transexualidad desde el punto de vista jurídico. Resultan relevantes los artículos y la obra del profesor Carlos Fernández Sessarego, de la misma forma merece destacarse la obra de autores españoles como Yolanda Bustos y María Elósegui. Fuera del ámbito jurídico se encuentra la obra del Dr. Louis Gooren. Muchas veces citados en el presente trabajo. Además también resultan relevantes los artículos de Thomas Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Todas estas obras y otras demuestran un importante esfuerzo en orden a fijar la situación jurídica actual de la comunidad transexual, analizarla críticamente y a la luz de una crítica razonada, avanzar en el sentido de obtener un verdadero reconocimiento a los derechos de este grupo.

¹⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Van Kück c. Alemania” (2003)

4.- Las soluciones al problema del cambio de nombre y sexo registral en el derecho comparado

La pregunta que debemos responder en los párrafos siguientes es la siguiente: ¿Cómo han resuelto las diversas legislaciones el problema planteado por la pretensión de las personas transexuales tendiente a obtener la modificación del su sexo asignado al nacer en los correspondientes registros y documentos de identificación? El profesor Hernan Corral Talciani¹⁶⁸ siguiendo a Carbonnier, nos señala al respecto que este autor “hace un buen intento de sistematización, contestando a la pregunta de qué debiera hacer la ley con los transexuales”. Las alternativas que expone son cuatro y pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1º Abrir un tercer sexo el que cubriría también otros casos de anomalías sexuales. Plantea el autor que “esta vía presenta el inconveniente de legalizar una discriminación y crear una nueva suerte de parias (o reafirmar la existente)”

2º Corregir el estado civil al sexo psicológico con todos sus efectos: La objeción que hace Carbonnier a esta solución es que podría luego pretenderse que esta situación se transforme en un derecho subjetivo.

3º Decir que no y reenviar al transexual a su propia libertad. Agrega Corral que Carbonnier, señala como inconveniente de esta posibilidad “la humillación a la que debería someterse el transexual cada vez que exhiba las actas de su estado civil original.”

4º Decir que no pero con paliativos. Paliativos tales como la posibilidad de cambio de nombre o la rectificación del sexo en el Registro Civil.

Expuestas en general las alternativas, cada una de ellas puede revestir diversas formas; nos toca en lo sucesivo sistematizar brevemente los sistemas establecidos en el derecho comparado para abordar esta temática; el trabajo no es menor si se

¹⁶⁸ CORRAL TACIANI Hernán, Revista de Derecho y Ciencias Penales (U. San Sebastián), 9, 2007, pp. 79-85

considera por ejemplo que en Europa, cuyas normas y estructuras jurídicas y sociales se encuentran considerablemente más avanzadas que las nuestras, el tema aún no se encuentra absolutamente zanjado.

4.1 Las dificultades que impone la sistematización de los sistemas adoptados en el derecho comparado para dar solución al cambio de nombre y sexo registral

Siguiendo al Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg¹⁶⁹, cuyas apreciaciones, en general, resultan aplicables a los diversos sistemas y países, podemos exponer estas dificultades, derivadas de la diversidad de tratamiento jurídico del tema, de manera resumida en los siguientes términos:

1° Exclusión de la discriminación por identidad de género en el ordenamiento jurídico:

Al respecto Hammarberg señala que “La discriminación basada en la identidad de género no se recoge explícitamente en el marco legal de la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa. La Agencia de los Derechos Fundamentales (FRA) de la Unión Europea informa que trece Estados Miembros de la UE consideran la discriminación por motivo de identidad de género como una forma de discriminación por razón de sexo, dos Estados miembros la consideran erróneamente como discriminación por orientación sexual, y en once Estados miembros no se considera ni como discriminación por razón de sexo, ni como discriminación por orientación sexual.” (...) “Para los otros veinte Estados miembros del Consejo de Europa esta información todavía no se ha investigado de forma sistemática, aunque puede asumirse, a partir de los informes recibidos por el Comisario, que la identidad de género no se ha definido específicamente como motivo de discriminación en ninguno de esos países.”

¹⁶⁹ HAMMARBERG Thomas, Op. Cit. Pág. 5

En nuestro país la situación no es diferente, no existe norma jurídica que proteja a las personas en general y a los transexuales en particular contra discriminaciones arbitrarias en razón de su identidad sexual.¹⁷⁰

2° La diversidad de los procedimientos

Señala Thomas Hammarberg que “Un rasgo común a la mayoría de procedimientos de reconocimiento del género, cuando existen, es la combinación de requisitos legales y médicos tediosos, cuyos límites a menudo son imprecisos. Largos procesos de tests psicológicos, psiquiátricos y físicos son características típicas de estos procedimientos. Algunos, como el examen de los genitales por parte de psiquiatras, constituyen una falta de respeto hacia la integridad física de la persona. Con frecuencia, las personas transgénero deciden no iniciar ningún procedimiento oficial debido a los procesos médicos discriminatorios y al inadecuado tratamiento o debido a que sólo hay una forma de tratamiento disponible.”¹⁷¹

La realidad de nuestro país, y en general de la mayoría de los demás países no difiere de la que plantea el autor citado. Adelantando algunas ideas, en Chile es corriente que ante la solicitud de rectificación del nombre y del sexo gestionada por una persona transexual, los tribunales dispongan la realización de diversos informes periciales por el Servicio Médico Legal. En esa oportunidad nos pronunciaremos en relación con la conveniencia y legalidad de tales procedimientos.

¹⁷⁰ Sin embargo debemos tener presente que se incorpora en el artículo 2° del Proyecto de Ley que Establece Medidas contra la Discriminación, que se encuentra actualmente en su tercer trámite constitucional como formas de discriminación aquellas fundadas en la orientación sexual y en la identidad de género.

¹⁷¹ HAMMARBERG Thomas, Op. Cit. pág. 5

A lo precedentemente señalado, debemos agregar que al momento de que solicitar el cambio de nombre y de sexo en los diversos documentos la situación jurídica de las personas transgénero no mejora; al decir del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa¹⁷² “Es necesario distinguir entre los procedimientos para el cambio del nombre y los procedimientos para el cambio de sexo. No obstante, en ambos procesos se requiere con frecuencia que, en primer lugar, el equipo médico considere que la persona interesada es apta para el procedimiento.”

En cuanto a los procedimientos para el cambio de sexo registral distingue HAMMARBERG, tres categorías de países:

- a) Aquellos países en que no se prevé disposición alguna para el reconocimiento oficial.
- b) Aquellos países en que no se requiere el sometimiento a tratamientos hormonales o a cirugías para obtener el reconocimiento oficial del género preferido. El solicitante aporta pruebas de la disforia de género ante la autoridad competente, como son los expertos del Ministerio de Salud, situación que ocurre en Hungría, al Equipo de Reasignación de Género, como ocurre en el Reino Unido, o un médico o psicólogo clínico.
- c) Aquellos países, en los cuales el individuo debe demostrar:
 - 1° que ha seguido un proceso de reasignación de género médicamente supervisado
 - 2° que ha pasado a ser irreversiblemente infértil por medios quirúrgicos (esterilización), y/o
 - 3° que se ha sometido a otros procedimientos médicos, como el tratamiento hormonal.

Agrega más adelante el mismo autor que “Estos requisitos son claramente contrarios al respeto de la integridad física de la persona. Exigir la esterilización u otras

¹⁷² HAMMARBERG Thomas, Op. Cit. pág. 9

cirugías como prerrequisito para disfrutar del reconocimiento legal del sexo preferido ignora el hecho de que, si bien es cierto que las personas transgénero a menudo desean tales operaciones, esto no siempre es así. Es más, este tipo de cirugía no siempre es médicamente posible, está disponible o se puede costear sin la financiación de un seguro médico.”¹⁷³

La situación en los otros continentes, tampoco es uniforme; en América por ejemplo, encontramos sistemas de rectificación del sexo registral de carácter administrativo, pero también judicial, en algunos casos existe una regulación especial, en otros no, variando los requisitos legales y jurisprudenciales entre países. Como se podrá apreciar, resulta una labor ardua sistematizar los sistemas de regulación de los diversos países, por la diversidad y complejidad, sin embargo es posible reducir en nuestro concepto estos sistemas a los siguientes:

- A) VÍA JUDICIAL REGULADA POR LEGISLACION ESPECIAL
- B) VIA ADMINISTRATIVA REGULADA POR LEGISLACIÓN ESPECIAL
- C) VIA ADMINISTRATIVA SIN REGULACIÓN ESPECÍFICA
- D) VIA JUDICIAL SIN REGULACION LEGAL ESPECIAL

A) Vía judicial regulada por legislación especial

1.- La situación de Uruguay

Con fecha 17 de noviembre de 2009, se publicó la Ley N° 18620¹⁷⁴, que regula la solicitud de rectificación de los documentos identificatorios, en cuanto al nombre y sexo, del requirente.

¹⁷³ HAMMARBERG Thomas, Op. Cit. pág. 9

¹⁷⁴ Ley N° 18620 sobre “Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios”

La dictación de esta ley constituye un avance y aporte significativo al reconocimiento de la identidad de género de los transexuales uruguayos. El artículo primero de la citada ley señala que “Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro.

Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros.” Este artículo reconoce en términos amplios el derecho a la identidad de género, acorde con las disposiciones contenidas en tratados internacionales y en los principios que contienen, permitiendo a cada individuo desarrollar esta identidad con independencia del sexo atribuido o asignado, y permitiendo en consecuencia, modificar los documentos de identificación de manera que exista la debida armonía y correspondencia entre la identidad de género y tales documentos.

El artículo 2 de la citada ley fija el alcance subjetivo de la disposición, es decir, los destinatarios o sujetos activos que pueden requerir la adecuación entre los documentos de identificación y la identidad de género del requirente, estableciendo al respecto que: “Toda persona podrá solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo, o ambos, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género”.

En cuanto a los requisitos condicionantes del ejercicio de este derecho, el artículo 3 nos indica que: “Se hará lugar a la adecuación registral de la mención del nombre y en su caso del sexo toda vez que la persona solicitante acredite:

- 1) Que el nombre, el sexo –o ambos- consignados en el acta de nacimiento del Registro de Estado Civil son discordantes con su propia identidad de género.

- 2) La estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la presente ley.

En ningún caso **se exigirá cirugía de reasignación sexual** para la concesión de la adecuación registral de la mención del nombre o del sexo que fuere disonante de la identidad de género de la persona a que se hace referencia en dicho documento.

Cuando la persona haya procedido a la cirugía de reasignación sexual, no le será necesario acreditar el extremo previsto en el numeral 2) del presente artículo”

En este es destacable el hecho que la ley uruguaya no exige como condicionante para acceder al cambio de nombre y de sexo registral que el requirente se haya sometido a cirugía de reasignación, pero se le atribuye en todo caso, en la hipótesis de existir, un efecto beneficioso para el solicitante, toda vez que si existe cirugía de reasignación, se reducen los requisitos, bastando al solicitante acreditar “Que el nombre, el sexo –o ambos- consignados en el acta de nacimiento del Registro de Estado Civil son discordantes con su propia identidad de género”

Esta solicitud se tramitará en los Tribunales de Familia (inciso tercero del artículo 4°), debiendo acreditar el peticionario, de acuerdo a lo señalado en el artículo precedente, que se encuentra al menos 2 años sufriendo un trastorno de la identidad de género, a menos, como está dicho, que exista cirugía de reasignación sexual. Se exige al momento de la presentación, que se acompañe un informe técnico emitido por un equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad, entidad que pertenecerá a la Dirección General del Registro de Estado Civil y que se creará para estos efectos, (inciso cuarto del artículo 4°).

La ley finalmente permite retrotraer las cosas al estado anterior, pudiendo volver al nombre original sólo pasados 5 años, en caso de solicitarlo el requirente (inciso segundo del artículo 4°).

“Con respecto a los efectos de la resolución, que autorice la rectificación de la mención registral del nombre, y en su caso del sexo, tendrá efectos constitutivos a partir de la fecha en que se haga efectivo dicho cambio. En ningún caso alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas de la persona, cuyo registro se modifica, ni será oponible a terceros de buena fe. El cambio registral del sexo permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.”¹⁷⁵

2.- La situación en Alemania

El 10 de septiembre de 1980 se dictó en Alemania la ley “Sobre cambio de nombre y sobre la determinación de la pertenencia sexual en casos particulares”¹⁷⁶ En esta normativa se distinguen dos procedimientos judiciales diversos, uno simplificado, que tiene por finalidad solo el cambio el nombre y el otro, más complejo destinado a obtener la modificación del sexo registral asignado en la respectiva partida de nacimiento.

En cuanto al procedimiento para el cambio de nombre, este se tramita a través de un procedimiento simplificado en una audiencia oral, en el que se exige al requirente únicamente que sea mayor de 25 años y que acredite que su condición de transexual de al menos tres años anteriores a su solicitud. La acreditación de este requisito debe

¹⁷⁵ BORRÁS Patricia, “DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y AL CAMBIO DE NOMBRE Y SEXO EN DOCUMENTOS IDENTIFICATORIOS” en :

<http://www.estudionotarialmachado.com/index.php/apoyo/trabajos-sobre-derecho/46-typography>

¹⁷⁶ Ley Act Kleine Losung

realizarse mediante dos peritajes practicados por profesionales independientes entre sí.

Los efectos del cambio de nombre son modificables, ya por vía directa, o ya por vía consecencial. Por vía directa, mediante una nueva solicitud del requirente, en la que manifieste su voluntad de volver al estado anterior. Por vía consecencial en tres hipótesis: a) si durante los trescientos días siguientes a la declaración nace un hijo del requirente del cambio de nombre, b) si posteriormente a haber transcurrido el plazo de trescientos días reconoce a un hijo, c) si contrae matrimonio con una persona del mismo sexo cromosómico. La ley regula una hipótesis especial: que el recurrente haya reconocido filiación o adoptado con anterioridad a que se haya accedido al cambio de nombre y que dicha resolución haya quedado firme o ejecutoriada. En este caso, no se ve alterada la nueva situación jurídica, y los hijos deben declarar los nombres del padre o la madre anteriores al fallo que accede al cambio del nombre.

Con respecto a la solicitud de cambio de sexo registral, además de los requisitos señalados en el procedimiento de cambio de nombre se exige que el solicitante se encuentre sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual, no estar casado y no ser capaz de procrear. “La sentencia que declara el cambio de sexo deja inalterables todos los derechos y obligaciones relativos a los ascendientes y descendientes reconocidos o adoptados previamente a la sentencia de cambio de sexo”¹⁷⁷

¹⁷⁷ FLORES Martinez c. y Vega Diaz V. 2004. Discriminación por orientación sexual. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. página 86.

3.- La situación italiana

Con fecha 14 de abril de 1982 mediante el acta Italiana N° 164¹⁷⁸ denominada "Normas en materia de rectificación de la atribución del sexo" se reguló la posibilidad de cambiar la mención del sexo en la partida de nacimiento y como una consecuencia lógica, la de modificar el nombre del solicitante cuya petición sea acogida.

La ley exige que la persona que pretenda la modificación del sexo registral atribuido al nacer se haya sometido previamente a un tratamiento médico que adecúe sus caracteres sexuales al sexo querido, tratamiento que requiere autorización judicial. Al respecto el art. 3 de dicha Ley permite la rectificación de la mención registral del sexo, en virtud de sentencia que atribuya a una persona "sesso diverso da quello ennuciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali".

En el procedimiento, el juez tiene la facultad de solicitar informes periciales cuando lo estime conveniente, y los efectos de la resolución en que se acceda a la petición de rectificación de la atribución del sexo, solo operan hacia el futuro.

Debemos señalar en todo caso, que tratándose de un peticionario que se encuentre casado, la modificación del registro correspondiente conlleva la disolución del matrimonio y que el matrimonio contraído por el transexual, posteriormente a la sentencia de rectificación, es válido. Sin embargo, es pacífica en la doctrina italiana la tesis, según la cual, si el otro contrayente, al tiempo de prestar el consentimiento, desconocía que su futuro consorte era un transexual, puede solicitar la nulidad del matrimonio por error en una cualidad personal.

¹⁷⁸ Taller de sensibilización dirigido a Diputados del Honorable Congreso Nacional de México. (2007, La Unión, México). "Derechos Humanos y Civiles para Transexuales y Transgéneros", Pág. 29

La ley italiana ha sido objeto de numerosas críticas, refundidas en la opinión del profesor Juan Espinoza Espinoza¹⁷⁹, y que podemos sintetizar de la siguiente manera:

a) La ley no determina a qué tipo de tratamiento debe ser sometido el interesado a los efectos de la autorización de la rectificación registral. Sin embargo, se puede estimar que si la ley no hace distinción, debe interpretarse en términos amplios, conforme a un criterio pro hominis, y en consecuencia, debemos referir la norma a cualquier tipo de tratamiento.

b) Entre los requisitos para la autorización de la rectificación no está prevista la incapacidad perpetua para procrear. Sin embargo, se debe entender que la esterilización estaría implícita en la operación de adecuación de los caracteres sexuales. Discordamos con el autor en cuanto a que este sea un elemento de crítica, muy por el contrario, significa mayor respeto a la dignidad de la persona en condición de transexualidad, a su vida privada, y a su libertad personal.

c) La pericia es facultativa y no obligatoria como en la Ley alemana, que establece que el Tribunal solo puede decidir después de la participación de dos especialistas de comprobado conocimiento en el fenómeno del transexualismo. Al igual que en el caso anterior, discrepamos con el autor, por cuanto el establecimiento de pericias de carácter invasivo, resultan atentatorias contra la dignidad y vida privada del requirente de la rectificación. No se puede visualizar por qué razón, en concepto de Espinoza,

¹⁷⁹ ESPINOZA Espinoza, Juan, "Derecho de las Personas", Gaceta Jurídica, Cuarta Edición, 2004, pág. 282. Citado en nota al pie de página N° 14 por Cieza Mora, Jairo, EL CAMBIO DE SEXO Y EL DERECHO A PROPOSITO DE LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO en:

http://www.derechocambiosocial.com/revista010/transexualidad.htm#_ftnref15

este aspecto es criticable, ya que en última instancia, puede estimarse que queda a criterio del juez requerirlo en caos en que realmente sea justificado.

d) No se regulan los alcances de la rectificación del prenombre como consecuencia de la sentencia que autorice la rectificación del sexo registral. Tampoco en nuestro concepto este aspecto es objeto de críticas, si la ley no estableció diferencias, en cada uno de los demás aspectos, una vez modificados los documentos, se aplicaran las reglas generales. Es más, parece saludable que exista una regulación en cuanto a los efectos mínima, ya que, en caso contrario, por cada aspecto que se quiera normar de manera diferente a las reglas generales, se puede estar discriminando arbitrariamente en razón del género.

e) Se desconoce la tutela que merecen el cónyuge y los hijos del transexual, por cuanto la sentencia de rectificación de atribución del sexo provoca la disolución del matrimonio. Al igual que en la crítica anterior, no vemos razón para establecer una regulación diversa de la de aplicación general. Tanto la cónyuge, como los hijos quedarán protegidos de la misma manera que la ley los protegería en relación a un padre o madre no transexual.

B) Vía administrativa regulada por legislación especial

1.- La situación de Estados Unidos

En los Estados de Illinois en 1961; Arizona en 1967; Louisiana en 1968 y en California en 1977, se contempla un procedimiento jurídico de carácter administrativo en el que se puede solicitar la rectificación de la mención del sexo cumpliendo con los requisitos de estar sometido a una intervención quirúrgica y certificado emitido por un especialista de la medicina. Por vía ejemplar se puede señalar que en el Estado de Illinois, el trámite se efectúa en el Registro Civil, para lo cual deben cumplirse los

siguientes requisitos específicos:¹⁸⁰

- a) El requirente debe tener la intervención quirúrgica de reasignación de sexo completa.
- b) El requirente debe llenar y enviar a la oficina de Registro Civil la “Declaración Jurada del Médico Después de la Reasignación del Sexo” y la “Declaración Jurada para un Acta de Nacimiento Nueva Después de la Intervención Completada de Reasignación de Sexo”
- c) La “Declaración Jurada para un Acta de Nacimiento Nueva Después de la Intervención Completada de Reasignación de Sexo” debe ser llenada por el solicitante si es mayor de edad, o por el padre, la madre o el tutor legal del solicitante si es menor de edad. La declaración jurada debe estar completa en su totalidad y certificada ante un notario.
- d) La “Declaración Jurada del Médico Después de la Reasignación del Sexo” debe ser llenada por el médico que realizó la intervención. La declaración jurada debe estar completa en su totalidad y certificada ante un notario.
- e) Si la intervención quirúrgica es llevada a cabo por un médico con licencia **NO** otorgada por los **Estados Unidos**, la declaración jurada debe estar acompañada por una declaración jurada adicional, “Declaración Jurada del Médico que Verifica la Reasignación del Sexo”. Esta declaración jurada adicional debe ser llenada por un médico con licencia otorgada por los Estados Unidos y confirmar que la intervención quirúrgica de reasignación de sexo fue completada

¹⁸⁰ Obtenidos en http://www.idph.state.il.us/vitalrecords_sp/gender.htm

- f) Si el requirente desea cambiar su nombre en este momento, debe presentar una copia certificada de la orden legal para el cambio de nombre, emitida por un tribunal (Court Order of Legal Name Change en inglés).

- g) Debe pagar el arancel correspondiente.

Sin embargo debe tenerse presente que a partir de junio de 2010 el Departamento de Estado de Estados Unidos anunció “una nueva política en la que no se exigirá a los ciudadanos que se hayan sometido a una cirugía de reasignación de sexo para realizar el **cambio en el pasaporte**” (...) “permite un **cambio de género** con la certificación de un médico en ejercicio.

La certificación debe confirmar sólo que la persona se haya sometido a un tratamiento de **transición sexual**. Para quienes están en proceso de transición de género, también habrá pasaportes de validez limitada disponibles.”¹⁸¹

2.- La situación en España

En España el 15 de marzo de 2007 se dicta la Ley 3/2007, mediante la cual se establecen los requisitos necesarios para acceder al cambio de sexo en el Registro Civil y al del nombre para evitar discordancia con el sexo reclamado.

El artículo 1º del citado cuerpo normativo señala que:

“1. Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.

¹⁸¹ En : <http://mexico.cnn.com/salud/2010/06/11/ya-no-es-necesaria-cirugia-para-pedir-cambio-de-genero-en-el-pasaporte>

La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral.

2. Asimismo, la persona interesada podrá incluir en la solicitud la petición del traslado total del folio registral.”

El artículo 3 de la ley en comento agrega que “La competencia para conocer de las solicitudes de rectificación registral de la mención del sexo corresponderá al Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante”; dicha solicitud se tramita conforme al procedimiento que contempla el artículo 2, esto es “de acuerdo con las normas establecidas en la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, para los expedientes gubernativos” con algunas modificaciones que la misma disposición especifica.

En cuanto a los requisitos se señala que:

- a) “En la solicitud de rectificación registral se deberá incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo cuando la persona quiera conservar el que ostente y éste no sea contrario a los requisitos establecidos en la Ley del Registro Civil.” (Inciso segundo del N°1 del Artículo 2)
- b) Debe cumplirse con los requisitos que establece el artículo 4° y que podemos resumir de la siguiente manera:

I. **El requirente debe acreditar que le ha sido diagnosticada disforia de género.**

La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia:

1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.
2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

II. El requirente debe acreditar que ha sido tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado.

La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.

Debe destacarse, que en todo caso, conforme a lo que dispone el N° 2 del citado artículo 4 de la ley que “No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.”

Finalmente en cuanto a los efectos de la rectificación, estos en términos generales se encuentran señalados en el artículo 5 de la ley, el que dispone:

“1. La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil.

2. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición.

3. El cambio de sexo y nombre acordado no alterará la titularidad de los derechos y

obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.”

3.- La situación en Suecia

Con fecha 21 de abril de 1972 se dictó el acta sueca N° 119¹⁸² que estableció la ley “Sobre la determinación del sexo en casos establecidos” que establece como requisitos para solicitar el cambio de la mención del sexo registral, el ser mayor de 18 años, ser incapaz de procrear, ser soltero y probar que sufre de transexualidad. No se exige intervención quirúrgica de reasignación sexual, sin embargo, para acceder a tal operación se requiere autorización judicial.

“Solamente está permitido este procedimiento administrativo a ciudadanos de nacionalidad sueca. La persona peticionante no puede ser casada, podrá ser soltera, viuda, divorciada. Asimismo la norma contempla el supuesto de personas que presentan malformaciones en sus órganos genitales externos, lo que origina dudas con respecto a su pertenencia a determinado género. La ley en este caso permite que se solicite la comprobación de su sexo o efectuar un proceso correctivo de estas malformaciones para adecuar los órganos al sexo deseado.”¹⁸³

¹⁸² Taller de sensibilización dirigido a Diputados del Honorable Congreso Nacional de México. Op. Cit. Pág. 29

¹⁸³ CIEZA MORA Jairo, “El cambio de sexo y el derecho. A propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Peruano”

EN:<http://www.derechocambiosocial.com/revista010/transexualidad.htm>

C) Vía Administrativa sin regulación específica

1- La situación de Dinamarca

“Este país carece de una legislación específica, sin embargo, por vía de una interpretación analógica de la ley del 11 de mayo de 1935 sobre castración, se permite la adecuación física al sexo psicosocial de la persona. El interesado debe someterse a observación durante dos años por el Servicio de Psiquiatría del Hospital Universitario de Copenhague, al concluir el período indicado, dicho organismo debe emitir un informe a la Dirección de Asuntos Familiares del Ministerio de Justicia, ente que finalmente autoriza la intervención quirúrgica y, una vez concluida ésta, se rectifica la mención de sexo en el acta de nacimiento con íntegras consecuencias jurídicas.”¹⁸⁴

D) Vía Jurisdiccional sin regulación legal especial

1- La situación Argentina

En Argentina, “...el vacío legal para la rectificación registral del sexo y nombre de las personas trans, ha generado abundante jurisprudencia en la materia, siendo auspicioso que en los últimos tiempos sea favorable a la rectificación. Aunque también es cierto que en los casos de transexuales, esta jurisprudencia en su totalidad ha

¹⁸⁴ FLORES MARTINEZ C. y VEGA DIAZ V. 2004. Discriminación por orientación sexual. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. página 87.

concedido la rectificación a personas que ya se habían sometido a cirugía de reasignación sexual”¹⁸⁵. Para realizarse una operación de reasignación sexual, se requiere autorización judicial. Conjuntamente en dicha sentencia, se puede autorizar, una vez realizada la intervención quirúrgica de reasignación sexual, el cambio de nombre y sexo.¹⁸⁶

Atendido el trámite engorroso de la autorización judicial para someterse a la cirugía de cambio de sexo, muchas personas transexuales, viajarían a Chile o a otro país a realizarse tal operación.¹⁸⁷, para luego solicitar la rectificación de su partida de nacimiento (junto a la emisión de un nuevo “documento”) en cuanto al nombre y sexo, en la sede jurisdiccional argentina.

Sobre esta figura, inicialmente, los tribunales argentinos, se negaron a acceder a la solicitud de cambio de nombre y sexo, ya que lo consideraban como fraude a la ley: “En un cambio de sexo que fue realizado fuera de Argentina, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E de la Capital Federal, conformada por los jueces Dupuis, Calatayud y Mirás, en autos “P.F.N. s/ Información Sumaria”, en la sentencia dictada el 31 de marzo de 1989, dictaminaron que “...Las transformaciones artificiales logradas mediante una intervención quirúrgica en fraude a la Ley argentina (conf. Art. 19, inc 4to., y 20, inc. 1ro., de la ley 17.132).- puesto que de haberse efectuado aquí constituirían un delito penal (art. 91 del Código Penal)-, son insuficientes para avalar la

¹⁸⁵ Fundamentos del Proyecto de ley de la H. Cámara de Diputados de la Nación sobre identidad de género. En:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5259-D-2007>

¹⁸⁶ La primera operación de cambio de sexo se realizó, en virtud de una sentencia del año 1994, que autorizó tal intervención.

¹⁸⁷ QUAINI Fabiana Marcela, “El cambio de sexo en el extranjero”, En: <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2008/03/el-cambio-de-sexo-en-el-extranjero.html>

procedencia del “cambio de sexo” que pretende el interesado, más teniendo en cuenta el principio de indisponibilidad del estado de las personas.”¹⁸⁸. Sin embargo, paulatinamente fue cambiando el criterio jurisprudencial, y así lo expresa la sentencia: “C.H.C s/ Cambio de nombre”, dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires de fecha 22 de marzo de 2007. En este fallo, el Dr. Lázzari se refirió a que si bien no existía una norma específica dentro de nuestro orden jurídico positivo que autorizara el solicitado cambio de sexo, de la no existencia de una norma que contemplara la respectiva conducta no podía inferirse la prohibición de la misma o la imposibilidad de su autorización. Apuntó que el hecho de que no existiera norma no impide la reasignación solicitada, lo cual, por supuesto, no implica que no existan otras razones de índole extrajurídica. Del voto de los Dres. Hitters, Soria y Kogan, se soslayó que ningún factor importante de interés público se opone al interés de la demandante de obtener el reconocimiento jurídico de su conversión sexual, por lo que la noción de justo equilibrio hace que la balanza deba decididamente inclinarse a favor de la demandante resaltando de esta manera el derecho de la interesada a su vida privada.”¹⁸⁹

En cuanto al cambio de nombre y sexo sin operación, debemos hacer presente que, existe un fallo histórico en que se accede al cambio de nombre y sexo de una mujer transexual, sin que ésta se encontrara sometida a una operación de reasignación sexual, y dictado por el juez Dr. Pedro Federico Hooft, en la causa N° 771, Mar del

¹⁸⁸ QUAINI Fabiana Marcela, “El cambio de sexo en el extranjero”, En: <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2008/03/el-cambio-de-sexo-en-el-extranjero.html>

¹⁸⁹ QUAINI Fabiana Marcela, “El cambio de sexo en el extranjero”, En: <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2008/03/el-cambio-de-sexo-en-el-extranjero.html>

Plata, de fecha 10 de abril de 2008 al resolver una acción de amparo, el cual señala entre sus fundamentos que:

- La realidad nos indica que hoy la amparista "T." es, y debe ser considerada como perteneciente al género femenino, y el derecho no puede y debe desconocer esa inequívoca realidad social.
- Supeditar la sentencia de reasignación sexual, sustitución de sus "prenombres legales" por el nombre con el cual la solicitante se identifica a la previa realización de una intervención quirúrgica, implicaría una seria incongruencia, ya que “sería nuevamente quedarnos en una visión reduccionista que equipara el sexo como género con sólo una de sus exteriorizaciones”, en desmedro de la identidad personal.
- “...lo que se opera no es un cambio de sexo, pues el cambio ya se ha operado desde el punto de vista psicosocial, sino una asignación del sexo que se vive...”, no siendo la intervención quirúrgica la que determina la condición de persona transexual, sino que tal intervención quirúrgica habitualmente se lleva a cabo a consecuencia de la condición de transexualidad previa.

Finalmente, debemos dejar establecido, que al igual que en nuestro país, existen intentos de establecer una solución a la temática de la transexualidad mediante la vía legislativa. Así se puede mencionar el proyecto de ley de la Diputada María José Lubertino¹⁹⁰, y otros proyectos de ley sobre identidad de género como el proyecto

¹⁹⁰ El que puede verse en texto completo En:

http://www.espacioabierto.org.ar/imageneslubertino/proyectos/trans_salud_proyecto.pdf

5259-D-2007¹⁹¹, y actualmente el proyecto 1879-D-2011¹⁹². En ambos proyectos se establece un procedimiento administrativo que se realizaría ante un ente denominado “Oficina de Identidad de Género”, estableciendo el proyecto que “Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo y cambio de nombre cuando su identidad de género sea contradictoria con dicha inscripción.” (artículo 6°), cuyos requisitos se señalan en el artículo 7 del proyecto que establece:

“Artículo 7°: Son requisitos indispensables para acceder a la rectificación registral del sexo y cambio de nombre, que se constate:

- La existencia de disonancia entre el sexo y el nombre inicialmente inscrito y la identidad de género autopercebida por la persona solicitante.
- La estabilidad y persistencia de esta disonancia.

La persona solicitante podrá aportar, a efectos de dicha constatación, todo medio de prueba fehaciente.

No serán exigidos los requisitos precedentes cuando la persona haya procedido a la cirugía de reasignación sexual.

En ningún caso se exigirá cirugía de reasignación sexual para acceder a la rectificación registral del sexo y cambio de nombre.”

¹⁹¹ Que puede verse para mayor detalle En:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5259-D-2007>

¹⁹² Que puede verse para mayor detalle En:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1879-D-2011>

2.- La situación en Perú

En Perú, al igual que en nuestro país y en Argentina, no se ha regulado la rectificación de las partidas de nacimiento respecto del cambio de nombre y sexo por parte de personas en condición de transexualidad mediante una ley especial. De acuerdo a lo expresado por doña Paula Siverino Bavio,¹⁹³ “no existen aún normas que habiliten el cambio de género en los documentos; únicamente existen sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la relación entre dignidad e identidad y orientación sexual y libre desarrollo de la personalidad que podrían augurar un cambio en este sentido”

En materia jurisprudencial, debemos destacar como un avance en el reconocimiento del derecho a la identidad de género, la sentencia dictada por el juzgado civil de San Martín en la que se acogió el cambio de nombre de un ciudadano peruano de “Jorge Luis” por el de “Pamela Estela”, disponiendo su posterior inscripción en su partida de nacimiento. Esta sentencia conforme a lo expresado por don Rafael Rodríguez Campos¹⁹⁴ “traerá consigo una encendida polémica...” (...) “...ya que “marca un hito en la jurisprudencia nacional sobre el tema, dejando atrás todo tipo de prejuicio moral o religioso, que tantas veces ha servido para limitar arbitrariamente el ejercicio de derechos fundamentales por parte de los ciudadanos”. Calificando, además el fallo como “particularmente progresista y razonado”, aunque debemos tener presente que

¹⁹³ SIVERINO BAVIO, Paula. Abogada, especialista en Bioética. Profesora de Derecho Civil y Bioética de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Identidad de género, un tema de Derechos Humanos. En: <http://www.enfoquederecho.com/?q=node/303/>

¹⁹⁴ RODRIGUEZ CAMPOS, Rafael. “El cambio de nombre como manifestación del derecho a la identidad personal en el caso de los transexuales” En: <http://agoraabierta.blogspot.com/2010/01/el-cambio-de-nombre-como-manifestacion.html>

tales calificativos son relativos al estado actual del desarrollo del tema en Perú.¹⁹⁵ Esta sentencia dictada en el mes de octubre del año 2009 sólo se refiere al cambio de nombre, no hace mención al cambio del respectivo sexo.

3.- La situación en Francia

A partir de la década de 1990 en Francia existe una tendencia por parte de los tribunales franceses para aceptar las solicitudes de cambio de sexo registral.

Inicialmente se rechazaban dichas solicitudes amparándose en “el principio de indisponibilidad del estado de la personas”, con ello “La jurisprudencia francesa incluía al sexo en el estado civil y; además se argüía el carácter inmutable del sexo cromosómico, en el sentido que, a pesar que el sujeto se haya sometido a intervenciones quirúrgicas, y tratamientos hormonales dirigidos a cambiar su sexo, este permanecía inalterable, y solo conseguía adecuar la apariencia externa al sexo querido, pero no había un real cambio de sexo”¹⁹⁶. Por ello, no importaba si el solicitante se hubiera sometido a alguna intervención quirúrgica de reasignación sexual o tratamiento hormonal, lo determinante era el sexo cromosómico, correspondiendo en consecuencia a la concepción estática del sexo, a que nos referimos en el primer capítulo.

El cambio del criterio jurisprudencial se generó a partir de la condena por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al estado de Francia por negarse a rectificar

¹⁹⁵ No hay antecedentes previos de que se haya permitido jurisdiccionalmente el cambio de nombre, ni mucho menos la rectificación del sexo registral.

¹⁹⁶ FLORES MARTINEZ C. y VEGA DIAZ V. 2004. Discriminación por orientación sexual. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. página 87.

la partida de nacimiento, en la mención del sexo, de una ciudadana francesa, pronunciada con fecha 25 de mayo de 1992.¹⁹⁷ Esta condena obligó al estado francés a uniformar el criterio utilizado por la jurisprudencia francesa aceptando las solicitudes de cambio de sexo en virtud del respeto a la vida privada de los transexuales, exigiéndose que el solicitante se encuentre sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual, certificado por un médico especialista nombrado por el juez; su apariencia física sea concordante con el sexo requerido, así como su comportamiento. Sin embargo en este aspecto se ha abierto una nueva ventana en orden a mejorar el reconocimiento del derecho de la identidad de género a las personas transexuales toda vez que “El principio de respeto por la vida privada justifica que el sexo en el DNI de una persona es el reflejo de su apariencia . Son los tribunales que deben apreciar caso por caso las demandas de cambio de sexo, entendiendo el carácter irreversible de este. La operación de cambio de sexo no debe ser exigida sistemáticamente si el demandante aporta la prueba de haber seguido tratamientos hormonales o de cirugía plástica, con el resultado que el cambio de sexo es irreversible y confiriéndole una apariencia física y un comportamiento social acorde con el sexo demandado.”¹⁹⁸

5.- La situación Chilena y los intentos de solución.

Como el lector habrá notado, al fijar el marco jurídico tuvimos la pretensión, de agotar las posibles fuentes que de manera mediata o inmediata pudieran servir de fundamento a las solicitudes de rectificación de partida de nacimiento hechas por personas transexuales y que tengan por objeto obtener el cambio del nombre del solicitante y/o la rectificación del sexo registral asignado al nacer. Este esfuerzo se

¹⁹⁷ Botella v. Estado de Francia, revisado al tratar de la jurisprudencia internacional en este mismo capítulo

¹⁹⁸ ALLIOT-MARIE Michele, Ministra de Justicia de Francia, en respuesta publicada en el boletín oficial del 25/03/2010, a la proposición y recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

justifica atendido el hecho que en general se ha considerado que en nuestro sistema jurídico las normas son insuficientes para dar solución a este tipo de requerimientos.

Para dar una visión más o menos completa de la situación jurídica de estas solicitudes es necesario hacer algunas distinciones:

1° En cuanto la rectificación de nombre

La ley N° 17.344 publicada en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 1970 permite el cambio de nombre y apellidos bajo las siguientes circunstancias:

- a)** Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente.
- b)** Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios...

De acuerdo con ello en nuestro país, un transexual podría obtener la modificación de sus nombres acreditando al tribunal competente, que por el hecho de vestir, comportarse y tener en mayor o menor grado la apariencia de una persona de sexo opuesto al género al que pertenece el nombre que pretende modificar, unido al hecho de no existir la adecuada correspondencia entre su apariencia y toda su documentación, se hace necesaria esta modificación por cuanto su nombre le produce un menoscabo moral, al que puede ponerse fin mediante la rectificación de nombre solicitada.

También se podría fundamentar la rectificación del nombre en la segunda hipótesis que señala la ley, esto es, el haber sido conocida la persona durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios. Ello porque efectivamente, por regla general una persona transexual no ocupará el nombre que consta en su partida de nacimiento y que se corresponde con

el sexo registral, sino que buscará alguno que guarde la debida armonía y correspondencia con su identidad de género, su apariencia y su comportamiento.

Sin embargo, en esta última hipótesis, se ha discutido por parte del Registro Civil la procedencia de hacer el respectivo cambio de nombre, dado que “debe existir concordancia entre el nombre del inscrito y su sexo, según lo ordena el artículo 31 de la Ley de Registro Civil e Identificación”¹⁹⁹. El asunto fue resuelto en los siguientes términos en el considerando 6 del fallo citado indicando que: “se revoca la resolución apelada” (...) “escrita a fojas 60, en cuanto no dio lugar a la rectificación del sexo del solicitante en su partida de nacimiento y en su lugar se declara que se hace lugar a lo impetrado, debiendo el Servicio de Registro Civil e Identificación, al practicar el cambio de nombre del solicitante...”, “...rectificar, asimismo, la mención del sexo femenino por el masculino.”

2° En cuanto a la rectificación del sexo asignado

El tema es un tanto más complejo en relación con la rectificación del sexo registral, ya que no mediando una disposición legal que expresamente regule la situación, la aceptación de la solicitud de modificación del sexo en la partida de nacimiento queda entregada al arbitrio del juzgador. Lo que conlleva el riesgo de arbitrariedad y tratamiento dispar a hipótesis semejantes, derivadas de los diversos criterios que pueden tener los órganos jurisdiccionales.

El proyecto de ley que introduce modificaciones a la ley 4.808, “Permitiendo el cambio de sexo de las personas con disforia de sexo”²⁰⁰, ingresado a tramitación el 3

¹⁹⁹ Fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena de fecha 26 de octubre de 2006 considerando 2°, rol 1252-2006.

²⁰⁰ Proyecto que actualmente y desde su ingreso se encuentra en el Primer Trámite constitucional ante la Cámara de Diputados.

de enero de 2008 mediante moción en la Cámara de Diputados de los parlamentarios Accorsi, Ceroni, Giraldi, Leal, Nuñez, Saa y Soto, durante el gobierno de Michelle Bachelet Jeria, reconoce estas realidades al expresar en sus considerandos 10 y 11 lo siguiente:

“10.- Que, como podemos ver, a partir de las causales establecidas en la ley que autoriza el cambio de nombre no hay referencia alguna al género o al sexo de la persona, como causal de legitimación de la solicitud de cambio de nombre. De tal forma, que no quedan cubiertas por el amparo legal, o la posibilidad normativa para conseguir el cambio de nombre, aquellas personas definidas como transexuales o con disforia de género, salvo que logren acreditar que han sido conocidas por más de cinco años con otro nombre, caso en el cual se encontrarían habilitadas para hacerlo.

11.- Que, sin embargo, y aún en el caso que se logre establecer por la vía jurisdiccional el anterior hecho, y se autorice el cambio de nombre, no existe mecanismo legal alguno para obtener el cambio del sexo asignado en la inscripción de nacimiento efectuada ante el registro civil, de tal forma, que aún cuando la persona pueda haber sido conocida por más de cinco años con un nombre distinto al inscrito, podemos llegar a la situación de que el juez u el oficial del registro civil se nieguen a la inscripción del nuevo nombre, por ser este equivoco respecto del sexo señalado en la partida de nacimiento, y aun cuando se inscriba el nuevo nombre, la persona que ha cambiado su sexo, seguirá siendo individualizada legalmente con el sexo designado en la referida partida.”

Por su parte existe un segundo proyecto de ley, iniciado en Moción del Honorable Senador señor Navarro, relativo a la identidad sexual o de género ingresado a tramitación el 30 de abril de 2010²⁰¹, el que dando cuenta de esta misma realidad expresa: “El ordenamiento jurídico, reconoce la importancia del nombre, así el Artículo

²⁰¹ Que se encuentra actualmente y desde mayo del año 2010 en el Primer Trámite Constitucional ante el Senado. Boletín 6913-2007 En: [www.senado .cl](http://www.senado.cl).

31° de la Ley 4.808 sobre Registro Civil, modificada por el artículo 6° de la Ley 17.344, que autoriza el cambio de nombres y apellidos...” “sólo se pronuncia expresamente respecto de la rectificación del nombre, no habiendo referencia alguna al género o al sexo de la persona, como causal de legitimación de la solicitud de cambio de nombre. De tal forma, no quedan cubiertas por el amparo legal o la posibilidad normativa para conseguir el cambio de nombre, aquellas personas trans, salvo que logren acreditar que han sido conocidas por más de cinco años -en sede judicial- con otro nombre, caso en el cual se encontrarían éstas habilitadas para hacerlo.”

Ambos proyectos serán analizados con más detalle en los párrafos respectivos.²⁰²

Estimamos en todo caso, que no obstante lo expresado en los párrafos anteriores, por aplicación de las normas contenidas en la Constitución, tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, como asimismo en las demás fuentes que hemos identificado como integrantes del marco jurídico de esta investigación, la legislación nacional es suficiente para dar una acertada solución jurídica al tema del cambio de sexo registral solicitado por personas transexuales. En última instancia, concordamos con lo resuelto por la Itma. de La Serena, criterio expuesto en el número anterior, según el cual, la modificación del nombre lleva aparejada la modificación del sexo registral de manera de dar cumplimiento a la ley que efectivamente exige esta concordancia entre el nombre y el sexo.

5.1.- Algunos aspectos relevantes del procedimiento para la obtención del cambio de nombre y/o sexo en Chile

Aunque la ley 17.344 no lo diga, el procedimiento para la obtención de la rectificación del nombre y/o del sexo tiene un carácter voluntario o no contencioso. Lo anterior, por cuanto en este procedimiento la pretensión del solicitante no está referida

²⁰² Apartado 5.2 de este capítulo.

a que el órgano jurisdiccional resuelva un litigio. En consecuencia, y tal como hemos anunciado en páginas anteriores, el tribunal no actúa en este caso en ejercicio de facultades jurisdiccionales, sino más bien como un ente administrativo.²⁰³ Se trata por lo tanto de actos judiciales no contenciosos definidos por el legislador en el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil²⁰⁴

El tribunal competente es “el Juez de Letras de Mayor o Menor Cuantía en lo Civil del domicilio del peticionario.” (Artículo 2° de la ley). Una vez presentada la solicitud a conocimiento del tribunal, este dispondrá su publicación en extracto hecho por el Secretario del Tribunal en el Diario Oficial del día 1° ó 15° del mes. Este extracto contendrá la individualización del solicitante y la indicación de los nombres y apellidos que éste pretende usar en reemplazo de los propios. La publicación de este aviso es gratuita y tiene por objetivo dar la posibilidad a “cualquiera persona que tenga interés” de oponerse a la solicitud. El plazo de quien quiera oponerse al cambio, es de 30 días contados desde la publicación del aviso en el Diario Oficial. En el caso de existir oposición “el oponente allegará, conjuntamente con su oposición, los antecedentes que la justifiquen y el juez procederá sin forma de juicio, apreciando la prueba en conciencia y en mérito de las diligencias que ordene practicar” (artículo 2° inciso 4°).

²⁰³ En ellos no hay conflicto entre partes, y a diferencia de los asuntos contenciosos, requieren de una norma que expresamente dé facultades al tribunal para conocer del asunto. La modificación de la ley que permite la obtención administrativa de las posesiones efectivas demuestra este aspecto, ya que antes de la modificación, las posesiones efectivas eran todas tramitadas judicialmente en un procedimiento no contencioso. Luego de la modificación, la posesión efectiva puede solicitarse, según los casos, ante el Servicio de Registro Civil o ante los Tribunales. En ambos casos estamos en presencia de un acto administrativo, independientemente de cuál sea el órgano que la conceda.

²⁰⁴ El artículo 817 de Código de Procedimiento Civil establece “Son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes”

En el caso de no existir oposición “el tribunal procederá con conocimiento de causa, previa información sumaria”, lo dicho debe ser complementado con lo dispuesto en el artículo 818 del Código de Procedimiento Civil que expresa lo siguiente: “Aunque los tribunales hayan de proceder en algunos de estos actos con conocimiento de causa, no es necesario que se les suministre este conocimiento con las solemnidades ordinarias de las pruebas judiciales.

Así, pueden acreditarse los hechos pertinentes por medio de informaciones sumarias.

Se entiende por información sumaria la prueba de cualquier especie, rendida sin notificación ni intervención de contradictor y sin previo señalamiento de termino probatorio”

Siempre será necesario un informe del Registro Civil, ya que la ley dispone “En todo caso será obligatorio oír a la Dirección General del Registro Civil e Identificación.” Este informe tiene por finalidad indicar al tribunal la opinión del Servicio en relación a la procedencia de la solicitud y agregar el extracto de filiación del solicitante, ya que “No se autorizará el cambio de nombre o apellido o supresión de nombres propios si el respectivo extracto de filiación que como parte de su informe remitirá la Dirección, apareciere que el solicitante se encuentra actualmente procesado o ha sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, a menos que en este último caso hubieren transcurrido más de diez años contados desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de condena y se encuentre cumplida la pena”

La ley no regula otros aspectos relativos al procedimiento, por lo que por aplicación de las reglas generales podemos señalar que:

- a) El tribunal apreciará la prueba prudencialmente (artículo 819 del Código de Procedimiento Civil)
- b) Podrá decretar de oficio todas las diligencias informativas que estimen

convenientes (artículo 820 del Código de Procedimiento Civil) Conforme a esta facultad en muchas ocasiones el tribunal dispone que la persona transexual se someta a un peritaje en el Servicio Médico Legal.

- c) Contra las resoluciones dictadas en este procedimiento proceden los recursos de apelación (que se tramita como una apelación de incidentes) y de casación según las reglas generales (artículo 822 del Código de Procedimiento Civil)
- d) Como ocurre con todas las gestiones no contenciosas, la resolución final produce cosa juzgada formal provisional²⁰⁵, ello en razón de que, tal como hemos señalado anteriormente, no se han ejercido facultades jurisdiccionales, es por esta razón que el artículo 821 del Código de Procedimiento Civil expresa: “Pueden los tribunales, variando las circunstancias, y a solicitud del interesado, revocar o modificar las resoluciones negativas que hayan dictado sin sujeción a los términos y formas establecidos para los asuntos contenciosos.

Podrán también en igual caso revocar o modificar las resoluciones afirmativas, con tal de que aún esté pendiente su ejecución”

Como comentarios finales en relación con el procedimiento, consideramos que ciertos trámites o diligencias del mismo, cuando este sea iniciado por una persona transexual, deben entenderse derogados tácitamente por los tratados internacionales sobre derechos esenciales, por atentar contra la dignidad de la persona y contra el derecho a la intimidad y a la vida privada. En efecto, la publicación de la solicitud de rectificación de nombre y/o sexo a través del Diario Oficial, nos parece que invade un ámbito eminentemente personal, máxime si se realiza a través del medio que utiliza nuestro ordenamiento para la aplicación de la ficción de conocimiento de la ley. Deberíamos concluir que si una ley al ser publicada en el Diario Oficial se entiende conocida de todos, el aviso que incide en el procedimiento de rectificación debería, al

²⁰⁵ Es aquella en que se posibilita la revisión en un procedimiento posterior de la sentencia final ejecutoriada por haber variado las circunstancias que motivaron su dictación.

menos en concepto del legislador y en el plano teórico, producir el mismo efecto, lo que implica dar publicidad absolutamente innecesaria a un aspecto íntimo de la vida del solicitante. Lo mismo debe ocurrir en relación con la facultad del tribunal de pedir informe al Servicio Médico Legal, que somete al requirente a una serie de exámenes que menoscaban su dignidad, y que estimamos, debe constituir una práctica que debe ser desterrada de este tipo de procedimientos. En efecto, no existe razón alguna que justifique ni desde el punto de vista práctico, ni desde el punto de vista jurídico el someter a los peticionarios a este tipo de exámenes. Ello porque no existe norma jurídica alguna que establezca la necesidad de estos procedimientos, con lo que siempre será en última instancia una prerrogativa del tribunal que conozca del asunto. Además se trata de exámenes que resultan atentatorios contra la dignidad de quien es sometido a los mismos, ya que para la persona transexual, constituirá un mecanismo que violenta su derecho a la intimidad. Por otra parte, desde una perspectiva práctica tampoco resulta relevante, ya que si el transexual se sometió a una cirugía de reasignación sexual, este procedimiento lo puede acreditar mediante los certificados médicos respectivos, y si por el contrario, no se ha sometido a intervención alguna, no se justifica la intervención del Servicio Médico Legal para comprobar un hecho que nadie ha rebatido.

5.2.- Los proyectos de ley actualmente en tramitación que persiguen dar solución a la temática transexual por la vía de la adecuación de la legislación interna

Frente a los problemas que plantea la transexualidad desde el punto de vista jurídico, especialmente en lo que se refiere a la modificación de la documentación identificadora y al sexo registral, se ha planteado como solución la vía legislativa. En el derecho comparado, tal como pudimos apreciar en el título 4 de este capítulo, se ha utilizado frecuentemente, aunque con distintos alcances. Nuestro país no ha escapado a esta tendencia y actualmente existen dos proyectos de ley tramitándose en el Congreso Nacional que pretenden dar regulación y solución al problema planteado.

i) **Primer proyecto de ley**

El primer proyecto de ley que “**Modifica la ley N° 4.808, sobre Registro Civil e Identificación, permitiendo el cambio de sexo de las personas con disforia de sexo**”, se inicia por moción en la Cámara de Diputados y es obra de los parlamentarios Accorsi, Ceroni, Giraldi, Leal, Nuñez, Saa y Soto. Se encuentra actualmente y desde el mes de enero de 2008 en el Primer Trámite Constitucional, específicamente en el Primer Informe de la Comisión de Familia. Este proyecto no tiene urgencia alguna.

Se trata de un proyecto relativamente simple, que consta de un artículo único, que agrega a la ley 4.808 sobre Registro Civil e Identificación un artículo 33 bis, cuyo contenido es el siguiente²⁰⁶: “Artículo 33 bis: Toda persona plenamente capaz, podrá solicitar la rectificación del sexo señalado en su respectiva inscripción, una vez que acredite ante el oficial del registro civil competente:

a) que le ha sido diagnosticada disforia de género, mediante informes médico psiquiátricos de al menos dos profesionales del área, que hagan referencia a la disonancia entre el género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante, así como la persistencia de esta disonancia y a la ausencia de trastornos de personalidad que puedan influir determinadamente en la estabilidad y permanencia de la disonancia.

b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, mediante certificado extendido por el 0(sic) los médicos tratantes, lo que no importa que la persona se haya sometido a procedimientos de reasignación sexual.

La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre de pila de la persona, según su voluntad, sin necesidad de resolución judicial.”

²⁰⁶ Obtenido de la página www.senado.cl Boletín N° 5679-18

Como aspectos relevantes del proyecto podemos destacar:

1° Que se **hace cargo del eventual vacío legal** del ordenamiento interno en relación con la modificación del sexo registral.

2° La modificación se hace por **la vía administrativa**, con el fin de que se “omita el trámite jurisdiccional dispuesto en la ley que autoriza el cambio de nombre para estos casos, para así, evitar la exposición de la persona, y simplificar un procedimiento constitutivo de un mero trámite, por cuanto deberá acreditarse ante el oficial del registro civil que efectúe la rectificación de la partida, antecedentes fidedignos del cambio de género e identidad sexual, estableciendo un sistema similar al adoptado por países de la Unión Europea²⁰⁷, y similar al propuesto por la legislación Argentina²⁰⁸, en donde se debate el tema”

3° Establece como **requisitos**:

- a) La plena capacidad del solicitante
- b) Que la transexualidad o disforia de sexo esté diagnosticada mediante dos informes médicos psiquiátricos de profesionales del área.
- c) Que exista tratamiento médico de adecuación al sexo solicitado de por lo menos dos años, dejando en claro el proyecto, en todo caso, que no implica que el solicitante se haya sometido a intervención quirúrgica de reasignación.

Sin perjuicio de que se puede considerar un avance en cuanto al reconocimiento del derecho a la identidad sexual de las personas, el proyecto de ley resulta criticable desde por lo menos dos puntos de vista:

1° No se adecua la demás legislación pertinente, lo que puede traer conflictos normativos en cuanto a la aplicación de este proyecto una vez que resulte eventualmente aprobado. Sin perjuicio de ello, esta crítica en nuestro concepto no es

²⁰⁷ Al respecto puede consultarse la ley española, 3/2007 del IS de marzo de 2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas

²⁰⁸ Nos remitimos a lo señalado en relación con los proyectos de ley señalados al referirnos a la situación en Argentina en este mismo capítulo

tal, sino que por el contrario, constituye una fortaleza del proyecto. En efecto, si en el hecho se producen conflictos normativos con otras disposiciones, serán los tribunales los llamados a resolver estas diferencias. La alternativa, es decir, establecer una normativa que pretenda regular cada uno de los aspectos que pueden verse afectados por la disposición contenida en el proyecto, resulta por una parte una ilusión desde que siempre quedarán aspectos fuera de la normativa, produciéndose nuevos vacíos legales, y por otra parte, la regulación normativa de algún aspecto, implica necesariamente emitir juicios de conveniencia o de valor en un sentido o en otro, lo que trae aparejado abrir en cada uno de los aspectos regulados, un foco de posibles discriminaciones, con lo que el “remedio”, puede en la práctica resultar más nocivo de la propia “enfermedad”. Si en cambio, se parte de una regulación general que se limite simplemente a reconocer la identidad de género de las personas transexuales, consideramos innecesaria la modificación o adecuación de la demás normativa, ya que ésta última, debe aplicarse directamente, y sin limitaciones a las personas transexuales cuyo sexo registral se haya modificado. En ello reside el efectivo reconocimiento de la identidad de género.

2° Mantiene la concepción de la disforia como un trastorno de carácter mental, ya que el informe diagnóstico debe ser emitido por médicos psiquiatras.

ii) Segundo Proyecto de ley

El segundo proyecto de ley “**Relativo a identidad sexual o de género**”, se inicia por moción en el Senado y es obra del Senador Navarro. Se encuentra actualmente y desde el 04 de mayo de 2010 en el Primer Trámite Constitucional, específicamente en el Primer informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Este proyecto no tiene urgencia alguna.

El proyecto de ley, a diferencia del anterior tiene la pretensión no sólo de solucionar específicamente eventual el vacío de la ley en cuanto a dar la posibilidad de obtener el cambio del sexo asignado al nacer, sino que pretende establecer una

regulación más completa en relación con el reconocimiento de la identidad sexual o de género. Consta de 9 artículos cuyo contenido es el siguiente²⁰⁹:

- a) Derecho al reconocimiento de la identidad sexual y proscripción de toda discriminación por dicha identidad.

El artículo 1° del proyecto establece al respecto “Toda persona tiene derecho a tener **reconocimiento pleno de su identidad sexual** y de género, independientemente de cuál sea su sexo biológico o de asignación.

Ninguna persona podrá ser objeto de **discriminación arbitraria, penalización o castigo por motivo de su identidad sexual o de género**”

- b) Requisitos para optar al cambio de sexo asignado.

Este aspecto aparece regulado en el proyecto en el artículo 2° que dispone “Toda persona **plenamente capaz**, podrá solicitar la rectificación del sexo señalado en su respectiva inscripción.

Para obtener la rectificación registral del sexo, el solicitante deberá cumplir, con **alguno** de los siguientes requisitos:

- a) Haber estado en **proceso médico de reasignación sexual durante, a lo menos, 6 meses**, para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe de un médico colegiado del (sic) un centro asistencial;
- b) Demostrar la **adopción continuada, en un período no menor a 2 años, de la identidad social correspondiente al sexo demandado**. Esta circunstancia se acreditará mediante información sumaria de testigos”

²⁰⁹ El destacado en negrita al citar los artículos es nuestro.

Este artículo debe ser complementado con lo dispuesto en el artículo 4 del proyecto que expresa: “Bajo ninguna circunstancia **será obligatoria la realización de la cirugía de reconstrucción genital** como requisito para la concesión de la rectificación registral del sexo de una persona”

c) Efectos de la rectificación

En relación a los efectos que trae aparejada la rectificación del sexo en la partida de nacimiento el proyecto señala que “**todos los documentos oficiales de identidad de la persona, títulos, contratos, y cualquier instrumento en conste el nombre de ella, podrán ser modificados, adaptándose a la nueva identidad creada**, sin que recaiga en la persona demandante un costo por dichos cambios” (artículo 3°). Luego agrega que “**Los funcionarios públicos tratarán a las personas de acuerdo con su identidad sexual asumida**. Se instruirá a los funcionarios de todas las áreas para que conozcan y proporcionen el trato acorde con la identidad sexual de las personas” (artículo 5°).

El artículo 6° regula expresa y específicamente otros efectos de la rectificación, disponiendo que “Practicada la rectificación, permitirá a la persona **ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición**.”

La modificación de la mención sexo y el cambio del prenombre **no alterarán la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral**.

Las referencias a la persona, anteriores o posteriores al cambio legal de prenombre y sexo, en contratos, en derechos, obligaciones, herencias, donaciones y traspasos, **se considerarán ciertas aún cuando la persona estuviera consignada con en el sexo y nombre anterior a la rectificación**.

Aquellas personas que realicen su modificación del nombre y sexo registral **no podrán ser despojadas de sus estudios, básicos, medios, universitarios o técnicos, y tendrán sus títulos reconocidos con sus nuevos datos**”

Finalmente en cuanto a los efectos de la rectificación los artículos 7 y 8 del proyecto nos señalan:

“Artículo 7º.- La **situación de modificación de sexo legal, previo o posterior a la celebración de un contrato de seguro o de salud, no ha de significar ninguna alteración o modificación del mismo**, a menos de que se constate y pruebe formalmente de que dicho cambio de sexo legal, que era ignorado por la compañía aseguradora en el momento de formalizar el contrato, altera significativamente las condiciones del riesgo suscrito.

Asimismo, ninguna persona **podrá ser separada de su trabajo por causa de cambios en su identidad sexual.**”

Artículo 8º.- La situación de modificación de sexo legal **no será considerada a efecto de otorgar la adopción o tuición de un menor**, donde siempre deben prevalecer los criterios que aseguren, el desarrollo y la felicidad del niño”

d) Obligación de reserva de los antecedentes

Dispone el artículo 9 del proyecto que “El **Estado debe proteger el derecho a la intimidad de las personas**, siendo la modificación de sexo registra! (sic) **un dato privado, no divulgable públicamente**, que sólo saldrá a la luz por autorización especial del/la solicitante”

El proyecto de ley del Senador Navarro nos merece los siguientes comentarios:

- 1) Constituye un esfuerzo interesante en pro del reconocimiento de la identidad de género en nuestro país.
- 2) Se trata de un proyecto de ley que aborda de manera más orgánica la

problemática jurídica que plantea la transexualidad.

- 3) No establece un procedimiento ni el órgano encargado de la rectificación, pero de la lectura del proyecto parece deducirse que el procedimiento sería no contencioso seguido ante los tribunales ordinarios de justicia.²¹⁰
- 4) Resulta en algunos aspectos excesivo, ya que una vez establecido que hecha la rectificación, el solicitante puede ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, y que no se alteran los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad a la modificación del sexo registral, parecen innecesarias y conflictivas, las menciones que hace el proyecto al trato que se deben dar los funcionarios públicos al requirente del cambio o modificación, al eventual despojo de los estudios de que pudiera ser objeto la persona cuyo sexo asignado se rectificó en la correspondiente partida de nacimiento, la mención a los contratos de salud y de trabajo, o la mención a la adopción. Innecesarias, puesto que lo que ha sido modificado es sólo el sexo registral, y en consecuencia, nadie podría desconocer los actos y contratos de cualquiera índole en que haya sido parte el transexual, sea como parte acreedora, sea como parte deudora. En cuanto al trato que deben dar los funcionarios públicos al solicitante, aún sin esta disposición, es perfectamente exigible a cualquier funcionario, un trato justo y digno para cualquier persona, transexual, o no, nacional o extranjero, etc. Estas disposiciones resultan asimismo conflictivas normativamente, ya que al regularse sólo algunos aspectos, podría interpretarse que en aquellos aspectos no regulados, el legislador ha demostrado una voluntad en sentido contrario, lo que resulta peligroso, si consideramos que estamos frente a normativa relativa a derechos humanos. En

²¹⁰ Ello no obstante que la presentación y fundamentos del proyecto señale que “se plantea un procedimiento administrativo que omita la etapa jurisdiccional dispuesto en la ley que autoriza el cambio de nombre para estos casos, para así, evitar la exposición de la persona y simplificar un procedimiento constitutivo de un mero trámite.” debido que en la parte normativa nada se dice al respecto, por lo que no cabe más que aplicar las reglas generales.

efecto, el hecho que se establezca, por ejemplo que los funcionarios públicos deben tratar a las personas transexuales de acuerdo a su identidad sexual asumida, ¿significa acaso que aquellas personas que no tienen la calidad de funcionarios públicos no tienen la obligación de hacerlo?

5.3.- Crítica general a la solución legislativa

A la luz de análisis propuesto de las fuentes normativas que resultan aplicables para dar solución al problema que plantea para nuestros tribunales las solicitudes de modificación del sexo en las partidas de nacimiento realizadas por personas transexuales estimamos que la vía legislativa no constituye la mejor alternativa para resolver de manera definitiva el asunto.

1° A diferencia de lo que comúnmente se ha entendido por los diversos actores que intervienen o pueden intervenir en los diversos aspectos jurídicos de la temática transexual, estimamos que no puede considerarse que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico no existan normas que permitan dar un tratamiento y solución adecuada al asunto que nos ocupa.

En efecto, en los diversos tratados internacionales que versan sobre derechos inherentes a la persona, y que cumpliéndose los requisitos constitucionales, debemos entender que se encuentran incorporados al derecho interno, se resguardan una serie de derechos y garantías que interpretados de manera acertada permiten suplir cualquier vacío que al respecto exista en la ley en sentido estricto.

El respecto a la dignidad de la persona, a su intimidad y vida privada, a la libertad individual, al, derecho de igualdad ante la ley y en el tratamiento que deben dar los órganos del Estado a las personas, la proscripción de toda forma de discriminación arbitraria, el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, el ejercicio del derecho de petición, el principio de inexcusabilidad, y los principios generales del

derecho y la equidad natural como mecanismos integradores en última instancia de vacíos legales, permiten la construcción y protección de derechos y garantías más específicas que no se encuentran consideradas expresamente ni en los tratados ni en la legislación interna en sentido estricto.

Unido a lo anterior, debe considerarse que estos derechos y garantías establecidas en tratados internacionales, deben interpretarse de la manera que mejor garantice el derecho o garantía respectiva, en consecuencia no procede limitar por la vía interpretativa el alcance y significado de la garantía, muy por el contrario, una acertada interpretación será aquella que permita ampliar el campo de protección de la correspondiente garantía o derecho.²¹¹

Este aspecto no es menor, si se considera por ejemplo, que los dos proyectos de ley que hoy se encuentran en tramitación en nuestro congreso nacional en las consideraciones del mismo parten de la premisa errada a nuestro entender, de considerar que existe en nuestro ordenamiento un vacío normativo para acceder al cambio de sexo registral.

El proyecto de los diputados Accorsi, Ceroni, Giraldi, Leal, Nuñez, Saa y Soto señala en su considerando 10 lo siguiente “10.- Que, como podemos ver, a partir de las causales establecidas en la ley que autoriza el cambio de nombre no hay referencia alguna al género o al sexo de la persona, como causal de legitimación de la solicitud de cambio de nombre. De tal forma, que no quedan cubiertas por el amparo legal, o la posibilidad normativa para conseguir el cambio de nombre, aquellas personas definidas como transexuales o con disforia de género, salvo que logren acreditar que han sido conocidas por más de cinco años con otro nombre, caso en el cual se encontrarían habilitadas para hacerlo”. Como se puede apreciar, de la sola lectura del considerando referido, los autores del proyecto estiman que no existe norma que permita resolver adecuadamente el problema de cambio de nombre y sexo asignado en la respectiva

²¹¹ Principio pro hominis o favor libertatis

partida de nacimiento. En el mismo sentido el proyecto del senador Navarro en la parte final de la consideración signada con el número 4 del proyecto expresa que “En Chile el cambio de nombre se hace por la vía jurisdiccional que lo (sic), no existe mecanismo legal alguno para obtener el cambio del sexo asignado en la inscripción de nacimiento efectuada ante el Registro Civil, por lo que la persona seguirá siendo individualizada legalmente con el sexo designado en la referida partida. De tal forma, aún cuando la persona pueda haber sido conocida por más de cinco años con un nombre distinto al inscrito, podemos llegar a la situación de que el juez o el oficial del registro civil se niegue a la inscripción del nuevo nombre, por ser este equivoco respecto del sexo señalado en la partida de nacimiento.”

2° Por otra parte, una solución por la vía de la legislación plantea una serie de inconvenientes, que en lugar de constituir una verdadera solución, solo vienen a abrir nuevos focos que constituirán problemas y dificultades nuevos.

Efectivamente, los problemas jurídicos que provoca la condición de transexualidad de una persona no se agotan con la posibilidad de admitir que se modifique el sexo registral asignado al nacer, por el contrario, aun en el evento de que mediante una ley se contemple esta posibilidad, ello abre necesariamente un debate en muchos otros aspectos jurídicos, cuyo efecto necesario es ampliar el eventual “vacío legal” en el ordenamiento.

Es posible señalar de manera no taxativa los siguientes puntos sobre los que se abrirá necesariamente debate:

a) En cuanto al derecho de familia:

El derecho de familia constituye uno de los aspectos más sensibles a una modificación de carácter legal. Ello deriva de los principios que informan el principal cuerpo normativo del derecho de familia, nuestro Código Civil. Si bien es cierto, estos principios se han ido morigerando en el tiempo como producto de las sucesivas

modificaciones, no es menos cierto que sigue teniendo un claro contenido conservador, cuya modificación abriría seguramente fuertes debates en la comunidad jurídica. La ley debería abordar aspectos tan relevantes como los que a continuación se enuncian:

- ¿Qué ocurre con la filiación anterior si es que ella existe?
- ¿Qué ocurre con la filiación nueva? Esta interrogante parte del supuesto que la nueva ley no exigirá la esterilización como requisito para acceder a la modificación del sexo asignado al nacer. Lo que nos lleva a una nueva interrogante; en el evento que se exija este requisito, ¿Qué ocurre con aquellas personas que por problemas de salud no pueden someterse a intervenciones o tratamientos que tengan por objetivo la esterilización? El tema es abordado por el Comisario de Derechos Humanos de Europa en los siguientes términos: “Exigir la esterilización u otras cirugías como prerrequisito para disfrutar del reconocimiento legal del sexo preferido ignora el hecho de que, si bien es cierto que las personas transgénero a menudo desean tales operaciones, esto no siempre es así. Es más, este tipo de cirugía no siempre es médicamente posible, está disponible o se puede costear sin la financiación de un seguro médico. El tratamiento puede no ser conforme a los deseos y necesidades de los/as pacientes o no estar prescrito por su especialista médico. Sin embargo, el reconocimiento legal de la identidad de género elegida por la persona resulta imposible sin estos tratamientos, lo cual sitúa a las personas transgénero en un limbo sin salida aparente. Es motivo de gran preocupación que las personas transgénero puedan ser el único grupo en Europa sujeto a una esterilización legalmente prescrita, impuesta por el estado”.²¹²
- En el mismo ámbito ¿Se permitirá la filiación adoptiva? ; ¿qué ocurrirá con las técnicas de reproducción asistida?

²¹² Hammarberg Thomas, Op. Cit. pág. 9

- Solucionado por medio de la ley el tema de la filiación en un determinado sentido. ¿Qué ocurrirá con las relaciones paternas o maternas filiales?
- Otras tantas interrogantes se plantean en relación con el principal contrato familiar, el matrimonio. ¿Será requisito para acceder al cambio de sexo registral no tener matrimonio anterior?. Si la ley no contempla este requisito ¿Qué ocurre con el matrimonio del solicitante anterior a la solicitud de rectificación de sexo en la partida correspondiente?. Y en la hipótesis de que el requirente de la modificación pretenda con posterioridad a ella contraer matrimonio, se admitirá y reconocerá este derecho sin limitación. Si se le reconoce el derecho a contraer matrimonio ¿Se exigirá que el cónyuge sea de sexo registral contrario o se exigirá que el cónyuge tenga un sexo biológico distinto al del requirente que obtuvo la rectificación?

- b) En cuanto al derecho sucesorio: ¿Se mantendrán estos sin limitación?
- c) En el ámbito deportivo: ¿Qué ocurrirá en las competencias deportivas? ¿Se limitará el acceso a ellas al requirente que obtuvo la modificación de su sexo registral?
- d) En cuanto a la legislación penitenciaria: En este aspecto, ¿prevalecerá el sexo biológico o el sexo registral modificado?
- e) En cuanto a ciertas cargas públicas: ¿Que ocurrirá con el derecho sufragar? Se va a optar por dar preferencia al sexo registral modificado o no. Otro tanto ocurre con la obligación de realizar el Servicio Militar. ¿Prevalecerá la identidad sexual real?
- f) En cuanto al acceso a la educación: Se reconocerá el libre acceso de las personas transexuales a ellas conforme a su sexo reconocido por la rectificación o se le establecerán ciertas limitaciones. En este último caso

¿Cuáles serían estas limitaciones? En este mismo ámbito, ¿se limitará el acceso de las personas transexuales a las escuelas matrices de las Fuerzas Armadas?

Los aspectos señalados previamente son solo algunos ejemplos que dejan en claro, que tal como venimos diciendo, la solución legislativa no representa una verdadera solución. Frente a ello, podrá señalarse por algunos que la nueva ley debería regular todos estos aspectos y otros, y con ello se soluciona la crítica. Ello es efectivo únicamente desde el punto de vista formal, porque lo cierto es que, la falibilidad humana implica, por muy amplia que pretenda ser la regulación al abarcar las más diversas hipótesis, siempre quedarán algunas áreas no reguladas expresamente. Por otra parte, cuanto más exhaustiva sea la regulación, sólo implica que, la condición de transexualidad de la persona será considerada en cada uno de los aspectos que se pretenda normar, y con ello, lo único que se logra es abrir nuevos espacios de discriminación, pero ahora de manera institucionalizada.

3° Es por los argumentos expuestos en los números anteriores que consideramos innecesaria toda modificación legal. Existen fuentes normativas que permiten dar solución a estas y otras cuestiones. Ahora bien, si mediante una ley se quiere dar reconocimiento expreso al derecho a la identidad de género, estableciendo el derecho a modificar el sexo registral, nos parece que en esta hipótesis “lo menos es más”. La ley debería limitarse sólo a señalar la garantía, y el efecto principal, pero no pretender regular en exceso los efectos, ya que, tal como se planteó en el número 2° previo, solo dará pie a nuevas discriminaciones, y por otra parte, al dejar aspectos fuera de regulación.

Enfrentados a aquellos aspectos se no estén regulados de manera especial, se podrá tomar una de estas dos posturas:

1° Se puede estimar que el legislador no juzgó necesario regular este aspecto en

específico, por ser suficiente la aplicación de la reglas generales que normen ese determinado aspecto, (lo que constituiría una interpretación favorable al reconocimiento de la identidad sexual);

2° Pero también podría estimarse que como, el legislador no reguló ciertos aspectos expresamente, aquellos aspectos no regulados corresponden a hipótesis en las que el legislador no quiso reconocer al transexual el derecho respectivo, pues de haber querido haberlo, habría regulado este aspecto tal y como los otros que si regula (lo que implica, por el contrario una interpretación que en nada favorece el derecho a la identidad sexual)

6.- El derecho a la identidad de género

Pretendemos dar los párrafos siguientes ciertas pautas para determinar si puede considerarse que existe un derecho específico a la identidad de género o sexual.

Para abordar acertadamente el tema, parece necesario partir definiendo que es lo que se ha entendido por "identidad". Para Fernández Sessarego la identidad personal es: "El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea "uno mismo" y no otro. Este plexo de características de la personalidad de cada cual se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su mismidad, en lo que ella es en cuanto específico ser humano."²¹³ "La identidad personal responde a la pregunta de ¿quién soy?, a la cual podemos responder que lo que se es, hace que cada individuo sea distinto de otro, por

²¹³ FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, *Derecho civil de la persona, del genoma al nacimiento*, editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2001, p.260.

múltiples factores como por ejemplo por el color de los ojos, la altura, el nombre, etc.”²¹⁴

Creemos que en el estado actual de las cosas no hay discusión en cuanto a que, recurriendo a las diversas fuentes que hemos a lo largo del desarrollo del presente capítulo, la identidad está amparada como un derecho, y que como consecuencia se puede hablar de la existencia de un “derecho a la identidad”; cuya consagración la encontramos en:

a) La Convención de los Derechos del Niño

El artículo 7 N 1º de la Convención señala “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

Por su parte el artículo 8 Nº 1 del tratado nos indica que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Agregando más adelante en su Nº 2. “Cuando un niño sea privado

²¹⁴ OLEA JORQUERA MACARENA, OLIVA MOL PAULA *Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales “DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL Y SUS PROBLEMAS LEGISLATIVAS” Universidad de Chile, pág. 10, 2006*

ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”

b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Que nos indica en su artículo 18 lo siguiente “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”

c) Pacto de Derechos Civiles y Políticos

Este instrumento garantiza a las personas que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 16 N° 2)

d) Convención Americano sobre Derechos Humanos

Que expresa en su artículo 3° que “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”; que “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”. (Artículo 18)

Establecida la existencia de un derecho a la identidad, lo que sí ha generado controversia es el alcance y contenido de dicho derecho.

En muchos casos se considera **el derecho a la identidad como un derecho a la identificación**; esta es la postura de Messineo quien confunde ambos términos, señalando “la persona tiene el derecho a no ser confundida con las demás y que el

derecho a la identidad personal se construía en base al nombre”²¹⁵ esta posición debemos entenderla superada, desde que se pueden señalar caracteres que permiten distinguir claramente ambos conceptos, y desde que constituye una hipótesis en extremo restringida, ya que, si consideramos que la identidad está constituida por un conjunto de caracteres que permiten individualizar a las personas, distinguiendo unas de otras, la identificación está incluida en la identidad, pero no agota el concepto.

En otros casos se ha limitado el contenido la identidad familiar y el acceso conocimiento de sus orígenes, y antecedentes familiares de una persona. Se trataría de **un derecho a conocer su propia identidad personal**. Esta concepción, que se encuentra en el sustrato de la ley 19.585, que estableció en nuestro país un nuevo régimen filiativo, merece los mismos comentarios que la postura anterior, pues siendo una parte importante de la identidad, el derecho a conocer la familia de origen si bien constituye la identidad, fija un contenido menor que el que conceptualmente le corresponde al derecho a la identidad.

En nuestro país, complementando el contenido sustantivo anterior se ha señalado que el derecho a la identidad incluye “El **derecho de toda persona a que nadie se inmiscuya indebidamente para alterar su identidad personal o para discriminarla en razón de ésta**. Para el profesor Gonzalo Figueroa, el derecho a la identidad es un derecho de la personalidad porque se puede hacer valer erga omnes, es un derecho de sujeto pasivo universal”²¹⁶

Se ha señalado que “el reconocimiento jurídico de la identidad personal, trae aparejado el reconocimiento de otros derechos tales como:

²¹⁵ FERNÁNDEZ, SESSAREGO, CARLOS, *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1992., p.108

²¹⁶ OLEA JORQUERA MACARENA, *OLIVA MOL PAULA Op. Cit. pág. 10, 2006*

- El derecho a una identificación
- El derecho a conocer la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar.
- El derecho a una libre y sana formación de la identidad personal
- El Derecho al respeto de las diferencias personales.
- El Derecho la verdad sobre la propia verdad personal
- El Derecho a no ser engañado acerca de la identidad personal ajena
- El Derecho a actuar según las personales convicciones
- El Derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones.”²¹⁷

De los párrafos anteriores es posible dejar establecidas ciertas bases para un análisis posterior:

1° **En relación con la identidad**

Desde cualquier perspectiva que se trate el tema, dinámica o estática²¹⁸, no se puede sino concluir que irremediamente consiste en un conjunto de características que permiten individualizar y distinguir a una persona de otra.

2° **En relación con el derecho a la identidad**

Si bien no está absolutamente establecido doctrinariamente cuál es su contenido exacto, no se puede desconocer que existe como derecho²¹⁹, y que dentro de estos

²¹⁷ MAINE G, SILVIA y MONTALDO INÉS, Identidad identificación, in documentación. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia,(X,1998, Mendoza, Argentina), Mendoza , Argentina, Universidad de Nacional de Cuyo, Mendoza, año 1998, mimeógrafo, pág.4.

²¹⁸ Dado que existirían elementos estáticos y dinámicos que constituyen la identidad.

constituye un derecho fundamental inherente a la persona humana. Ello porque no obstante que las garantías establecidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos parecen estar limitadas a ciertos aspectos de la identidad (la nacionalidad, el nombre, las relaciones familiares, personalidad jurídica), tal como lo señaláramos al referirnos a los caracteres que presentan los derechos humanos ellos y al referirnos a la interpretación de los tratados internacionales que los reconocen, estas garantías encuentran en una posición preferencial en relación con otros derechos y son expansivos precisamente del hecho de emanar de la naturaleza humana, y porque rige respecto de la interpretación de esta clase de tratados el principio *pro hominis* o *favor libertatis*; principios conforme a los cuales estos derechos o garantías deben ser interpretados de la manera que mejor proteja, asegure y garantice el derecho.

Hemos establecido en qué consiste la identidad; también creemos haber expresado con mediana claridad que esta identidad constituye la sustancia de un derecho inherente a la persona, y que como tal debe interpretarse en términos amplios de la manera que se proteja de la mejor manera la garantía.

De la misma manera hemos señalado anteriormente en esta investigación²²⁰ que la identidad de género, no es otra cosa que “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar

²¹⁹ Que en nuestro concepto se encuentra en una situación similar a los denominados “conceptos de contenido jurídico indeterminado”, cuyo alcance debe ser determinado por la jurisprudencia.

²²⁰ En el capítulo I de esta tesis

y los modales.”²²¹ Si todo lo anterior es exacto (como creemos), no cabe otra conclusión que estimar que la identidad sexual o de género también constituye un derecho, dado que no se puede considerar una persona desprovista de este atributo, de la misma forma que no se puede considerar a una persona desprovista de nombre, nacionalidad, y los demás atributos de la personalidad. Es más, en nuestro concepto resulta determinante de la identidad de una persona su identidad sexual o de género, ya que es un elemento condicional su comportamiento, su propia imagen y la imagen que proyecta socialmente, lo que resulta en la percepción que la comunidad tiene de ella, y que por lo tanto, permite al colectivo identificarlo y distinguirlo de los demás miembros de la sociedad.

²²¹ PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO. 2007. Página 6. [en línea] <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf>

CAPITULO III: “INVESTIGACIÓN EMPIRICA Y ANALISIS CRITICO DE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES CIVILES DE SANTIAGO EN RELACION CON LAS SOLICITUDES DE CAMBIO DE NOMBRE Y/O SEXO SOMETIDAS A SU DECISION”

1. DELIMITACIÓN DEL UNIVERSO A ANALIZAR Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Toda investigación de campo, requiere necesaria y previamente de una delimitación del universo que constituirá la muestra destinada a ser analizada. Para efectuar esta delimitación, de entre las diversas alternativas que en su oportunidad barajamos, y dado que en efecto constituye una dificultad hacer un seguimiento, sin tener un punto de partida objetivo, optamos por revisar las publicaciones de las solicitudes de cambio de nombre y de sexo, tramitadas en los tribunales civiles de Santiago, efectuadas en el Diario Oficial entre los años 2005 y 2009. De esta manera logramos un primer grupo de 37 solicitudes de cambio de nombre. En este grupo se incluían algunas que nos merecían dudas respecto al género del nombre que pretendía cambiar el o la solicitante, lo que, nos impuso la tarea de revisar con más detalle la solicitud, de manera de poder eliminar aquellas solicitudes que no correspondieran verdaderamente a peticiones de cambio de nombre y sexo relacionadas con el tema en estudio, ya que ello generaría distorsiones a la muestra. La labor no estuvo exenta de dificultades, ya que en nuestra búsqueda encontramos solicitudes de rectificación de partidas de nacimiento, en la que el nombre solicitado tenía carácter ambiguo, no evidenciando claramente si se trataba de una solicitud que incluía también la rectificación del sexo registral.

Otra de las dificultades encontradas se relaciona con la utilización de nombres

extranjeros, en estos casos la dificultad se encontraba en determinar si efectivamente se estaba solicitando el cambio del sexo registral o no, ya que, en varias oportunidades tanto el nombre original como el solicitado hacían imposible determinar a priori el género al que correspondía tanto el nombre original como el solicitado. Ello nos obligó en estas hipótesis a tener que realizar un análisis exhaustivo de los casos que nos presentaban problemas, para poder determinar en definitiva si deberían ser incorporados a la muestra o no.

Una vez obtenida esta información del Diario Oficial, concurrimos a los Tribunales Civiles de Santiago con los datos de distintas causas, para poder obtener mayores antecedentes y solicitar las copias de las sentencias en aquellos casos en que esta se hubiera dictado.

En el marco de esta investigación nos encontramos con una solicitud que no fue publicada en el Diario Oficial el año 2009 y que, sin embargo, se estaba tramitando, dictándose finalmente sentencia con fecha 31 de agosto de 2010.

Con ella incluida en el grupo, se llegó a un total de 38 solicitudes de rectificación de partida de nacimiento que en principio, nos podrían servir para nuestro estudio.

La mayor dificultad con la que nos encontramos en esta primera parte del estudio en terreno, fue el cambio en el sistema de gestión de causas de los Tribunales Civiles de Santiago, ya que el anterior, fue sustituido por un nuevo sistema de registro de los procesos, dejando aquellas causas terminadas o que no tuvieron movimiento, fuera del nuevo sistema. Esta situación generó un enorme entorpecimiento a nuestro trabajo de investigación. De hecho, de las 38 solicitudes de cambio de nombre, que tal como hemos señalado previamente, formaban el universo inicial a investigar, sólo logramos tener acceso efectivo, después de gestionar el desarchivo de varias de ellas, a 35 de estos procesos, quedando fuera 3 solicitudes respecto de las cuales a la fecha del término de esta investigación, no se ha logrado un resultado positivo en la gestión de

desarchivo de las mismas, y sin que exista registro alguno de tales fallos en los tribunales correspondientes.²²²

²²² Inclusive en una de estas solicitudes, según el sistema de gestión se habría dictado fallo, pero en el libro de registro de sentencias no fue posible encontrarlo en la fecha correspondiente.

2. SISTEMATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN Y OBTENCIÓN DE RESULTADOS

Como hemos señalado en los párrafos anteriores, nuestro universo inicial se encontraba delimitado a 35 expedientes, que en definitiva constituyen la muestra inicial.

De estas 35 solicitudes que corresponden a la muestra inicial, en 32 de ellas se dictó sentencia; la situación de las tres restantes es diversa: una se encuentra actualmente en tramitación, sin fallo y las otras dos, tienen como última actuación, resoluciones de fecha 29 de diciembre de 2008 y 17 de abril de 2009 respectivamente, encontrándose a la fecha sin sentencia y archivadas.

Un primer análisis de las 32 sentencias analizadas, permite establecer que sólo en 19 oportunidades la solicitud fue efectuada por transexuales para cambiarse el nombre y el sexo; las 13 restantes corresponden a otras hipótesis: a) 12 corresponden a rectificación de partidas de nacimiento en relación a nombres ambiguos que inducían a equívoco no efectuados por personas trans; y b) el caso restante corresponde a un error del Registro Civil al momento de efectuar la inscripción registral, que consistió en inscribir a una mujer de nombre "Alicia" con el nombre de "Aliro".²²³

En resumen, la muestra inicial, se reduce a 19 solicitudes falladas, que en definitiva formaron la muestra final que es objeto de análisis en el presente estudio. De este total de 19 solicitudes, 18 casos corresponden a peticiones iniciadas con la finalidad de cambiar el nombre y el sexo registral de los solicitantes transexuales y en la restante, la solicitud se limitó a requerir solamente la rectificación de la partida de nacimiento en cuanto al nombre.

²²³ En nuestro concepto, en este caso debió utilizarse el procedimiento administrativo que contempla la ley precisamente para error material del Registro.

Finalmente es necesario incluir el único fallo de segunda instancia dictado en el periodo, que deriva precisamente de la apelación de una de las resoluciones contenidas en nuestra muestra final. Como resulta evidente, para que los antecedentes de este fallo de segunda instancia no alteren la muestra, dado que ya se han considerado en el análisis de los fallos de primera instancia, su estudio se ha reservado para el final del capítulo.

2.1 Caracterización de los solicitantes:

a) Sexo Registral

En cuanto al sexo registral del solicitante cabe mencionar, que de las 19 sentencias en análisis, 11 solicitantes registraban en su partida de nacimiento sexo masculino (57,89 %) y 8 sexo femenino (42,11%).

b) Rectificación que se solicita

De las 19 sentencias analizadas, 18 corresponden a solicitudes de rectificación de partida de nacimiento en cuanto al nombre y sexo, que equivalen a un 94,74 % del total de las peticiones, y sólo una respecto al cambio de nombre, equivalentes al 5,26 %.

De las 18 solicitudes que requieren la rectificación de nombre y sexo, 11 tienen como finalidad la rectificación de la partida de nacimiento del género masculino al femenino (61,11 %) y 7 de género femenino a masculino (38,89 %).

Finalmente, el cambio de nombre, en donde no se solicitó rectificar sexo, corresponde a una solicitud de cambio de nombre femenino a nombre masculino.

c) Si el o la solicitante se ha sometido a intervención quirúrgica de reasignación sexual u otra operación.

Cuando hablamos de intervención quirúrgica de reasignación sexual, nos referimos a aquellas operaciones que tienen por objeto transformar el cuerpo del solicitante hasta cambiar su genitalidad al sexo deseado.

Este aspecto puede ser sistematizado de la siguiente manera:

- Solicitantes con operación de adecuación o reasignación sexual:

7 solicitantes fueron intervenidos quirúrgicamente, equivalentes al 36,84 % de nuestro universo.

- Sin operación de adecuación o reasignación sexual:

10 solicitantes no presentan intervención quirúrgica de reasignación sexual, que corresponden al 52,63 % de nuestra muestra.

- Sin información:

Conforme al contenido de los fallos, en dos oportunidades no se hace referencia a si el solicitante se practicó algún tipo de intervención (10,53%).

d) En relación al tipo de intervención quirúrgica de adecuación realizada.

Tratándose de aquellos casos (7) en que el solicitante previamente a presentar su solicitud de rectificación de partida de nacimiento se sometió a una intervención de adecuación sexual, en 6 oportunidades estas intervenciones fueron Genitoplastias femenizantes (creación de vulva y vagina), que representan el 87,50 % del total que

abarca este estudio, y sólo en 1 oportunidad se trató de una Genitoplastía masculinizante (incorporación de genitales masculinos), que en consecuencia representa el 12, 5% restante.

e) En el caso de aquellos solicitantes que no fueron objeto de intervención quirúrgica de reasignación o adecuación sexual:

En este aspecto es posible distinguir dos grupos:

- Grupo compuesto por solicitantes sin intervención quirúrgica alguna:

Del total de nuestra muestra, 6 solicitantes que no fueron objeto de intervención alguna (uno de ellos con pseudohermafroditismo), representando el 60% de ella.

- Grupo compuesto por solicitantes con intervenciones quirúrgicas sin llegar a la reasignación o adecuación sexual:

Grupo, compuesto por 3 solicitantes, que se sometieron a diversas operaciones (distintas de la genitoplastía) por las cuales se le extirparon todos los órganos de carácter femenino,²²⁴ que corresponde al 30% de nuestra muestra.

- Grupo compuesto por solicitantes con solo una intervención quirúrgica:

Este grupo está integrado por sólo un solicitante, quien sólo refiere como operación una mastectomía mamaria bilateral, (10%).

²²⁴ En todos estos casos se trataba de personas que solicitaban rectificación de nombre y sexo registral del género femenino al masculino.

2.2 Antecedentes del fallo:

a) Tribunal que dictó la resolución.

En relación con los tribunales de origen de los fallos en análisis, es posible hacer las siguientes precisiones:

1° De la muestra analizada, sólo en 15 de los 30 tribunales civiles con asiento en la comuna de Santiago, se han resuelto solicitudes de rectificación de partida de nacimiento en cuanto al nombre y al sexo registral.

2° En aquellos tribunales que han dictado sentencias, ya sea acogiendo o rechazando las citadas solicitudes, es posible notar una cierta dispersión, dado que el mayor número de resoluciones emanadas de un mismo tribunal al respecto sólo llega a dos.

Es posible distinguir en consecuencia tres situaciones:

i) Tribunales con mayor número de fallos en el período analizado:

De la muestra analizada, los tribunales que han emitido 2 fallos relativos al tema que nos ocupa son: el 2º, el 14º, el 16º y el 22º Juzgado Civil de Santiago.

ii) Tribunales con un fallo en el período analizado:

Este grupo está integrado por los siguientes tribunales: el 4º, el 5º, el 7º, el 10º, el 13º, el 15º, el 17º, el 21º, el 28º, el 29º y el 30º Juzgado Civil de Santiago.

iii) Tribunales sin fallos relativos al tema en el periodo analizado:

Este grupo está integrado por los 15 tribunales civiles con asiento en la comuna de Santiago restantes, y en los que no se encontraron solicitudes con sentencias de rectificación de nombre y sexo registral en partidas de nacimiento.

b) Distribución anual de los fallos.

Es posible encontrar cierta dispersión en relación con el número de fallos dictados durante los años que han sido objeto de este trabajo; así el año 2005 sólo se resolvió una solicitud, equivalentes al 5,26 % de la muestra, al año siguiente, el año 2006 se resolvieron 2 solicitudes, lo mismo ocurrió en el año 2007, equivalentes en ambos casos al 10,53 % del universo objeto de nuestro estudio. El número de fallos aumenta significativamente a 5 en el año 2008, que corresponden al 23,32 % del total de fallos del periodo, para aumentar a 6 en el año 2009, equivalentes a un 31,58 % de la muestra. Esta tendencia al alza se frena en el año 2010, en que el número de sentencias caen a 3, que equivalen a un 15,79%.

2.3 Medios de Prueba:

Al respecto, sólo se consideran para estos efectos los medios probatorios que han sido consignados en las sentencias analizadas.

Podemos distinguir los siguientes medios de prueba:

a) Informes del Servicio de Registro Civil e Identificación

Se señala el informe del Servicio de Registro Civil e Identificación en la totalidad de las sentencias. Cabe recordar que esta es una exigencia expresamente establecida en la ley (inciso sexto, artículo 2 de la Ley 17344).

b) Informes del Servicio Médico Legal

Se observa que su incorporación en las sentencias es el siguiente:

- En 3 fallos se considera sólo informe de carácter ginecológico.
- En 6 fallos se considera informe de carácter Ginecológico y psiquiátrico.
- En 2 fallos se considera informe de carácter Ginecológico y sicológico.
- En 1 fallo se considera informe de carácter Ginecológico, psiquiátrico y sicológico
- En 4 fallos se considera informe médico legal sin especificar la especialidad
- En 3 fallos no se hace alusión alguna al informe del Servicio Médico Legal.

c) Información sumaria de testigos

En 15 sentencias se señala información sumaria de testigos rendida, en los 4 restantes no se hace referencia al respecto.

d) Certificados médicos

En 8 sentencias se indica que el solicitante acompañó a lo menos un certificado médico y de estas 8 sentencias se observa que en 3 casos no se señala la especialidad del doctor que lo emite.

En los 5 restantes se indica la especialidad cuyo resumen es el siguiente:

- En dos sentencias el certificado fue realizado por un psicólogo.
- En una sentencia el certificado fue emitido por un psiquiatra.

- En tres sentencias se señala que el certificado fue emitido por un médico cirujano.
- En una sentencia el certificado fue redactado por una matrona
- En una sentencia la especialidad del facultativo es gineco-obstetra.

e) Informes de Facultades Mentales

En relación con informes de facultades mentales practicados a los solicitantes, y de los que dan cuenta los fallos analizados, en 8 de las 19 solicitudes se acompañaron.

En cuanto a la especialidad del emisor, el resumen es el que sigue:

- En tres oportunidades el informe fue de carácter Psiquiátrico.
- En un caso se trata de un informe Psicológico.
- En cuatro solicitudes se acompañaron informes Psiquiátrico y psicológico.

f) Informe del Defensor Público

Sólo en un fallo se menciona la inclusión de este informe.

g) Otros Informes Médicos:

De las 19 solicitudes de rectificación en comento, en dos de ellas se agregaron informes médicos de otras especialidades diferentes a las ya señaladas. En un caso se agregó un informe ginecológico, y en otro, un informe urológico.

h) Audiencia de Parientes

Sólo en uno de los caso el fallo se refiere a este tipo de actuación.

i) Certificado de nacimiento

Sólo en seis fallos se hace referencia a que el requirente haya acompañado este certificado. En los 13 casos restantes nada se dice al respecto.

j) Extracto de filiación

En 5 sentencias se indica haber sido acompañado.

k) Ecotomografía Ginecológica

En sólo una sentencia se menciona, sin embargo, se trata de la petición en la que el solicitante alega que padece pseudohermafroditismo.

2.4 En cuanto a la decisión que resuelve la solicitud

a) Aspecto resolutivo:

De las 19 sentencias analizadas, en 5 oportunidades se dictó sentencia de primera instancia rechazando las solicitudes. En las 14 restantes se acogen. En 13 de estas 14,

el tribunal accede a ella y acoge la rectificación de nombre y del sexo registral. En el caso restante sólo se acoge la rectificación del nombre, puesto que la petición estaba circunscrita sólo a este aspecto.

b) Relación entre intervención quirúrgica y resultado favorable:

En siete casos los peticionarios fueron sometidos a cirugías de adecuación o reasignación sexual; en cuatro casos el solicitante fue intervenido quirúrgicamente sin llegar a la reasignación sexual; en un caso el solicitante no tenía operación alguna, y en dos casos el fallo no hace referencia a estas intervenciones.

El solicitante que no se ha realizado cirugía presenta pseudohermafroditismo verdadero, esto es, que teniendo sexo registral masculino presenta glándulas mamarias femeninas, órganos genitales externos masculinos y órganos genitales internos femeninos (presenta ovarios normales), situación que fue descrita en el informe médico del Instituto Médico Legal. Pese a ello erróneamente el mismo fallo lo cataloga como transexual.²²⁵ Para los efectos estadísticos de este trabajo será asimilado a una persona que fue intervenida quirúrgicamente, ya que, en la especie, su situación es equivalente a la de aquella persona que mediante la cirugía pretende adecuar su apariencia física externa a su sexo psicológico, y porque, no parece necesario exigir cirugía de adecuación sexual alguna a quien naturalmente no la necesita y porque se busca determinar la real importancia que nuestros tribunales otorgan a las cirugías de reasignación sexual, con lo que considerar al solicitante en este caso como peticionario sin cirugía alguna, altera los resultados objetivos del análisis.

También es necesario señalar que en una de las dos solicitudes en las que el fallo no se refirió a la intervención, la petición sólo estaba limitada al cambio de nombre y no del sexo registral. situación en la que pese a haberse obtenido un resultado favorable,

²²⁵ Lo que demuestra una vez más el grado de desconocimiento en relación al tema.

no será considerada en nuestro análisis debido a que bajo ningún aspecto se ha exigido este tipo de intervenciones para acceder al cambio de nombre.

De esta manera haciendo las correcciones señaladas, para no alterar los resultados estadísticos el resumen es el siguiente:

1° Los 14 fallos favorables se reducen a 13, por haberse descontado el caso del solicitante que sólo requirió la rectificación de la partida de nacimiento en cuanto al nombre.

2° De los 13 fallos favorables, en 8 oportunidades existía cirugía de reasignación sexual (en estricto rigor se trata de siete casos más la situación de la persona pseudohermafrodita), y en otras cuatro oportunidades hubo intervención quirúrgica sin llegar a la reasignación sexual (ya sea porque la parte peticionaria no conservó a raíz de las intervenciones ningún órgano femenino, o porque se sometió sólo a una mastectomía mamaria bilateral), y sólo un fallo no hace referencia ni ha exigido algún tipo de intervención para acceder a la rectificación de las partidas.

Lo anterior significa que en un porcentaje muy alto (61,54%), el resultado favorable se debe precisamente a la existencia de una cirugía de adecuación sexual, dado que en la totalidad de los casos en que existió esta intervención la petición fue acogida.

Ahora si el tema lo abordamos de una manera un poco más general, y no referido exclusivamente a las cirugías de reasignación, el resultado del análisis nos muestra que en 12 de las trece solicitudes se había practicado algún tipo de intervención al solicitante equivalente al 92,31 % de la muestra.

En las 5 solicitudes que fueron rechazadas por los tribunales en relación con las intervenciones quirúrgicas ocurrió que el solicitante no registraba intervención quirúrgica alguna.

En estos fallos desfavorables, ni siquiera se accedió al cambio del nombre, debido a que este debe guardar relación con el sexo registral, de manera que se estimó que al no poder modificarse el registro en cuanto al sexo, tampoco procedía la rectificación del nombre.

c) La Impugnación de los fallos desfavorables

De las 5 causas en que las solicitudes de rectificación de partida de nacimiento fueron rechazadas, en cuatro oportunidades se dedujo apelación, y sólo en una oportunidad el solicitante se conformó con el resultado.

d) Resultado de la Impugnación

De las cuatro apelaciones deducidas en dos casos la Corte confirmó la sentencia de primera instancia, es decir, se mantuvo el rechazo, en otro de los recursos se revocó parcialmente, ya que la ltma. Corte de Apelaciones accedió a la rectificación de la partida de nacimiento del solicitante pero sólo respecto del nombre, manteniéndose, por tanto, el rechazo en relación a la modificación del sexo en la inscripción registral. En la otra apelación deducida, el recurso fue declarado desierto.

3. ANALISIS CRÍTICO DE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

3.1 Explicación Previa:

El análisis detallado de cada sentencia nos obliga a sistematizar los argumentos, favorables o desfavorables, que ha esgrimido cada tribunal al dictarla, agrupando aquellos que tienen un mismo fundamento, de manera que, permita el estudio en bloque de los diversos argumentos, evitando así la reiteración de las observaciones y comentarios que cada argumento nos merezca. Para ello, sintetizaremos dicha información en dos tablas; en una agruparemos los fallos que acogen la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento y en la otra los que la rechazan. Para finalmente concentrarlos y analizarlos críticamente en conjunto.

Además hemos separado aquellos fallos que emanan de tribunales de primera instancia, de aquellos que emanan de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago. Al respecto debemos igualmente señalar que con el fin de mantener la continuidad del análisis, los fallos que han sido impugnados y respecto de los cuales se ha dictado sentencia de segunda instancia, se analizarán conjuntamente con el fallo del tribunal ad quem, en el apartado de estos últimos.

3.2 Análisis de los fallos emanados de tribunales de primera instancia

Para dar mayor unificación a este estudio, cada tabla contendrá resumidamente lo que se ha expresado en los fallos respecto de lo informado por el Servicio Médico Legal, por el Registro Civil, cuando la sentencia se refiera a ello y otras consideraciones, agrupando aquellos antecedentes que por su diversidad carecería de algún aporte mayor si se les clasificara individualmente. Advertimos que en muchos casos sólo se enunciará el medio de prueba, ya que su desarrollo se expondrá al

momento de analizarlos en conjunto.

3.2.1 Tabla que recoge los argumentos dados por los tribunales en virtud de los cuáles se acoge la solicitud de rectificación de partida de nacimiento

De las 19 solicitudes de rectificación de partida de nacimiento, sólo 14 resultaron con sentencia favorable y son las siguientes:

Tabla 2. Solicitudes con sentencia favorable.

T°	Rol	Informe Servicio Médico Legal	Informe Registro Civil	Información Sumaria de Testigos	Otras consideraciones
02°	V-196-2005	Solicitante con Genitoplastía Femenizante	No existe norma legal para regular el cambio de sexo.	Se rindió	- Publicación Diario Oficial. - Art. 817 y ss. del CPC. - Art. 31 Ley 4808 - Art. 1°, inc. 2° letra b) Ley 17.344
02°	V-159-2007	Solicitante presenta genitales exteriores de aspecto femenino tras cirugía plástica	Sólo se menciona, pero no indica lo que contiene.	Se rindió	- Certificado médico: genitoplastía femenizante. - Publicación Diario Oficial - Art. 817 y ss. del CPC - Art. 31 Ley 4808 - Art. 1°, inc. 2° letra b) Ley 17.344
05°	V-156-2008	Solicitante presenta características fenotípicas de varón, encontrándose pendiente la inserción de prótesis testicular	Informa favorablemente para el cambio de nombre haciendo presente la falta de norma que regule el cambio de sexo	Se rindió	- Informe siquiátrico - Certificado médico: no conserva ningún órgano de carácter femenino. -Publicación Diario Oficial - Art. 1° letras a) y b) Ley 17.344 - Art. 817 y ss. del CPC

07°	V-178-2009	No se refiere	Sólo se menciona, pero no indica lo que contiene	Se rindió	<ul style="list-style-type: none"> - Certificado médico: no posee glándulas mamarias, ovarios, trompas y útero. - Art. 31 Ley 4808 - Art 1°, inc. 2° letras a) y b) Ley 17.344 - Art. 817 y ss. Del CPC.
10°	V-74-2009	Solicitante presenta nivel intelectual dentro de la normalidad y una identidad sexual masculina	<p>En cuanto al cambio de nombre: se puede ponderar su procedencia.</p> <p>En cuanto al cambio de sexo: es necesario acreditar intervención quirúrgica de reasignación de sexo</p>	Se rindió	<ul style="list-style-type: none"> - Informe Ginecología Forense: transexual con tratamiento para cambiar su sexo biológico al masculino. - Informe psicológico: presenta identidad con predominio de identificaciones masculinas. - Audiencia de Parientes - Publicación Diario Oficial. - Art. 31 Ley 4808 - Art 1°, inc. 2° letras a) y b) Ley 17.344
13°	V-22-2008	Informe Ginecológico: presenta útero infantil sin ovarios. Informe psicológico: presenta transexualismo y alteración cromosómica determinante.	<p>En cuanto al cambio de nombre: se encuentran acreditadas las causales.</p> <p>En cuanto al cambio de sexo informa favorablemente</p>	Se rindió	<ul style="list-style-type: none"> - Informe de Defensor Público - Certificado psicológico, Informe Psiquiátrico y psicológico: Transexualismo. - Informe Servicio Médico Legal adicional: Transexualismo. - Art 1°, inc. 2° letras a) y b) Ley 17.344 - Sentencia se refiere al fallo del ICA de La Serena Rol 1252-2006.

14°	V-75-2005	Informe Ginecológico: presenta mamas, formaciones labiales y cavidad vaginal (producto de genitoplastía femenizante) que le hace pertenecer al sexo femenino. Informe psicológico: Transexualismo	Se hace necesario conformar partida de nacimiento a la nueva realidad, alterando mención sexo del inscrito y sus nombres propios.	No se menciona	- Informe médico que da cuenta de tratamiento psicológico por transexualismo. - Art. 31 Ley 4808 - Art 1°, inc. 2° letras a) y b) Ley 17.344
14°	V-199-2006	No se refiere	Se hace necesario conformar partida de nacimiento a la nueva realidad, alterando mención sexo del inscrito y sus nombres propios.	Se rindió	- Certificado médico psiquiátrico. - Informe de Atención Urológica del Servicio de Salud Valparaíso. - Publicación Diario Oficial.
15°	V-212-2008	Informe ginecológico: Genitales externos con aspecto femenino secundario a cirugía Genitoplastía femenizante. Informe psicológico: presenta transexualismo ya operado.	Se hace necesario conformar partida de nacimiento a la nueva realidad.	Se rindió	- Certificado de nacimiento - Certificado médico urológico: genitoplastía femenizante. - Art. 31 Ley 4808 - Art 1°, inc. 2° letras a) y b) Ley 17.344 - Principio de Inexcusabilidad - Art. 24 CC. - Publicación Diario Oficial.

17°	V-57-2008	Informe psiquiátrico: su conducta global y su identidad psicológica coinciden sin conflictos con la del sexo femenino. Informe ginecológico: genitoplastía femenizante.	Informa favorablemente al cambio de nombre	Se rindió	- Certificado médico cirujano. - Certificado médico psicológico. - Certificado médico. - Copia de Recurso de Protección -Publicación Diario Oficial. - Garantías Constitucionales: . Derecho a la vida y a la integridad física y síquica. . Garantía de Protección de la vida privada. - La dignidad Humana y el libre albedrío. - Fenómeno de la autodeterminación y de lo que podríamos llamar la creación del individuo y de la personalidad.
21°	V-23-2005	Sólo lo menciona	Sólo lo menciona, pero no indica lo que contiene	Se rindió	- Art. 1° letras a) y b) Ley 17.344 - Art. 817 y 819 del CPC
28°	V-37-2009	No se refiere	Se hace necesario conformar partida de nacimiento a la nueva realidad	Se rindió	- Certificado médico - Certificado psicológico y psiquiátrico - Art. 31 Ley 4808 - Ley 17.344 - Publicación Diario Oficial
29°	V-73-2006	No fue requerido porque en este caso sólo se solicitó la modificación del nombre y no del sexo en la partida de nacimiento	Sólo lo menciona, pero no indica lo que contiene	Se rindió	- Extracto de filiación. - Publicación Diario Oficial - Ley 4808 - Ley 17.344

30°	V-141-2007	Informe psicológico: identidad de género masculino. Informe ginecológico: presenta amputación de ambas mamas	Con motivo de la operación existe una situación que tiene incidencia directa en su partida de nacimiento como es la mención sexo del inscrito.	No se menciona	- Certificado médico que indica que se le extirpó útero, ambos ovarios y vagina.
-----	------------	---	--	----------------	--

3.2.2 Tabla en donde se recogen los Argumentos dados por los tribunales en virtud de los cuáles se rechaza la solicitud de rectificación de partida de nacimiento:

Las sentencias que rechazaron la solicitud de rectificación estudiada en el presente trabajo son 5, cuya enunciación se realizará en la siguiente tabla:

Tabla 3. Solicitudes con sentencia desfavorable.

T°	Rol	Informe Servicio Médico Legal	Informe Registro Civil	Información Sumaria de Testigos	Otras consideraciones
04°	V-91-2007	Solicitante luce aspecto femenino pero presenta genitales externos e internos masculinos.	Sólo procede cambiar el sexo registral a las personas que se han sometido a una intervención quirúrgica para tal efecto	Se rindió	- Art. 31 Ley 4808 - Art. 1° Ley 17.344

16°	V-87-2007	Informe siquiátrico: el solicitante presenta transexualismo que lo hace actuar y sentirse como si fuera mujer. Informe ginecológico: la persona examinada tiene características físicas de varón, correspondiendo sus genitales a dicho género.”	La naturaleza de la función del Registro Civil es estrictamente registral esto es, dejar constancia de un hecho que tiene consecuencias jurídicas, el cual se sostiene en el principio de la buena fe de una declaración emitida por profesionales expertos, en el caso presente, el certificado de la matrona que asistió el parto y constató el sexo del recién nacido como el de un varón.	No se menciona	- Art. 31 Ley 4808 - Ley 17.344
16°	V-9-2009	La persona examinada corresponde a un transexual, que se encuentra en tratamiento para cambiar su sexo biológico a masculino, pero le falta tratamiento	La solicitante no acompañó ningún certificado médico que acredite que haya sido sometida a una operación de cambio de sexo. Respecto del cambio de nombre resultaría procedente sólo si se acogiera al cambio de sexo.	No se menciona	- Art. 31 Ley 4808 - Ley 17.344
22°	V-87-2007	Informe siquiátrico: Sus facultades mentales le permiten comprender el significado y consecuencias de sus actos. Acredita su condición de transexual. Informe ginecológico: la solicitante se niega a mostrar sus genitales.	Se sugiere intervención quirúrgica para acceder al cambio de sexo.	Se rindió	- Certificado de antecedentes. - certificado de nacimiento. - Informe psiquiátrico. - Ley 4808 - Ley 17.344 - Publicación Diario Oficial

22°	V-88-2007	Informe ginecológico: presenta órganos genitales masculinos. Informe Psiquiátrico: Es capaz de distinguir entre conductas socialmente aceptadas y rechazadas. Acredita su condición de transexual. Informe Psicológico: Juicio de realidad se encuentra conservado.	Inscrito es de sexo masculino y no se encuentra acreditada intervención quirúrgica.	Se rindió	- Certificado de antecedentes. - Certificado de nacimiento. - Art. 31 Ley 4808 - Art. 1° Ley 17.344
-----	-----------	---	---	-----------	--

3.3 Análisis crítico de los argumentos contenidos en los fallos en estudio correspondientes a los tribunales de primera instancia.

Luego de estudiar los argumentos señalados en cada uno de los fallos, tanto aquellos utilizados para acoger, como aquellos utilizados para negar lugar a la petición de rectificación de partida de nacimiento en relación con el nombre y el sexo registral, agruparemos críticamente cada uno de estos argumentos, de manera de poder establecer la calidad y peso de ellos al momento de dictar la sentencia.

a) En cuanto al Informe del Servicio Médico Legal

1° Fallos en que se utiliza

De los 19 fallos analizados en 16 de ellos se menciona la evacuación del o los informes del Servicio Médico Legal.

2° Contenido en general

En términos generales, en los informes, tanto psiquiátrico como psicológico, evacuados por el Servicio Médico Legal, el resultado es más o menos similar:

- a) Se señala que el solicitante presenta rasgos de transexualismo,
- b) Que se encuentra con un nivel intelectual normal.
- c) Que el peticionario no presenta trastornos que perturben o afecten su decisión de cambio de sexo.

En los informes ginecológicos, se efectúa una descripción de la genitalidad de la persona del solicitante. Señalando los casos en que éste se encontraba sometido o no a una intervención quirúrgica tanto de reasignación de sexo, como a otras para acercarse al sexo requerido.

3° Crítica del argumento

Para realizar un análisis de este medio de prueba, debemos distinguir entre:

- a) El informe emitido para establecer las características psicológicas y/o psiquiátricas del solicitante y

b) El informe Ginecológico referido a la genitalidad del solicitante.

Como se trata de informes de carácter técnico y referidos a una realidad concreta, no resulta procedente realizar un análisis crítico del fondo de los citados informes, sin embargo, es posible realizar un análisis respecto de aspectos procedimentales, que desarrollaremos en las líneas que siguen.

a) En cuanto al informe psicológico y/o psiquiátrico

En este aspecto es conveniente hacer algunas distinciones. Como punto de partida cabe preguntarse ¿cuál es la finalidad del citado informe? La respuesta a esta cuestión no reviste poca importancia. En efecto, podemos estimar que la finalidad de este informe puede encontrarse en alguno de los siguientes aspectos:

1° Para determinar las facultades mentales del solicitante: Nos parece que en principio indagar si el requirente se encuentra con sus facultades mentales normales parece lógico, ya que, con ello se evita la posibilidad de que la petición responda a los efectos de una enfermedad mental, y en consecuencia, se le confirme la plena capacidad del solicitante.

Ahora bien, la conclusión anterior implica tratar dos aspectos que resultan pertinentes.

En primer lugar, si la finalidad del informe es determinar las facultades mentales, surge la pregunta de si este informe es requerido siempre que se solicita la rectificación de una partida de nacimiento, o si por el contrario, solo es exigido en los casos en que se trata de la rectificación del sexo registral. En el primer caso, nos encontramos frente a una exigencia general, cuyo fundamento sería la mantención de la decisión. En el segundo caso, podríamos estar frente a una nueva exigencia de carácter arbitrario.

En segundo lugar, parece que el argumento de la mantención de la decisión no resulta del todo convincente, pues con ese mismo criterio debería exigirse un examen de facultades mentales a todo litigante en tribunales, ya que siempre existe la posibilidad de que padezcan de alguna enfermedad que traiga aparejada una voluntad cambiante.

Como la realidad nos dice que ello no es así, es decir, los litigantes no deben acreditar su estado de salud mental para litigar, este no puede ser considerado el objetivo perseguido por el informe del Servicio Médico legal, máxime, cuando se tiene presente que la regla general en nuestro sistema es que las personas tengan capacidad, salvo en aquellos casos en que la ley establece expresamente una incapacidad. El o la solicitante en la hipótesis que nos ha ocupado a lo largo de nuestra investigación, debe ser considerado capaz, con plena facultades mentales, conforme a la ley. Dado que mientras no exista un decreto de interdicción que lo transforme en incapaz, sus actos son válidos, y no compete a los tribunales, exigir una acreditación adicional.

2° Para establecer un diagnóstico de transexualismo: La verdad es que no pareciera ser ese el sentido del informe del Servicio Médico Legal. En primer lugar, debe considerarse el hecho de que quien requiere la modificación del sexo registral y del nombre, no lo hace sino movido precisamente por la condición de transexualidad, salvo errores manifiestos de la partida. Además, considerando el hecho anterior, si la causa basal de la petición es la transexualidad, será muy difícil, por no decir imposible, encontrar alguna solicitud que no acredite mediante las certificaciones médicas correspondientes la calidad de persona transexual. Como consecuencia de lo anterior, el informe solicitado, tampoco puede perseguir este objetivo; dado que se trata del diagnóstico de una condición existente y acreditada por otros medios.

3° Para establecer si la decisión ha sido tomada con plena libertad: propósito que no

puede ser desconocido ni menos desamparado por el Estado. Podemos aceptar en principio que este sea la finalidad del examen de facultades mentales, pero aceptar este criterio absolutamente nos merece las siguientes consideraciones:

i) Por regla general este informe no se solicita en las actuaciones judiciales, sean estas de carácter contencioso o no contencioso; por lo que no existe una razón especial que justifique su exigencia en los procedimientos de modificación de sexo registral de los que nos hemos venido preocupando a lo largo de esta investigación.

ii) Por otra parte, implica un interés en el aspecto subjetivo carente de relevancia jurídica. Una voluntad que permanece en el fuero interno de las personas normalmente será una voluntad sin relevancia para el derecho. Cuando de manera excepcional el ordenamiento jurídico se interesa por el elemento interno o subjetivo, este interés se basa en la existencia de una norma que impone la necesidad de hacer tal averiguación.²²⁶ No es el caso que nos ocupa. No existe una norma jurídica que imponga la necesidad de investigar en relación con el fundamento interno de la solicitud, ni en relación con la libertad de la persona para decidir sobre este aspecto de su personalidad.

Parece en consecuencia, que no se ven razones jurídicas de peso que provoquen la necesidad del informe del Servicio Médico Legal en relación con las facultades mentales del o de la peticionaria de modificación de partida de nacimiento en relación con el sexo asignado al nacer.

²²⁶ Ello ocurre por ejemplo en la distinción entre delitos y cuasidelitos; en las hipótesis que por diversas razones asignan consecuencias de derecho a la buena fe subjetiva, etc.

b) En cuanto al Informe ginecológico:

Estimamos que la decisión del tribunal de solicitar este informe, presenta ciertos aspectos que hacen totalmente discutible su necesidad:

1° Constituye una vulneración al derecho a la intimidad de la persona del solicitante, siendo en consecuencia dudosa su constitucionalidad. En efecto, la vida privada de una persona, está constituida precisamente por aquellos aspectos de la existencia cotidiana que una persona desea mantener en el fuero interno, o a lo menos en su círculo familiar o de amistades más cercanos. La condición de transexualidad precisamente pertenece a este ámbito, y en consecuencia, exigir una indagación profunda en relación con un aspecto tan íntimo como la genitalidad del solicitante, no parece ser el camino adecuado para velar por el respeto de la garantía constitucional antes señalada.

2° Además, la exigencia de este informe, no guarda relación con la evolución científica y doctrinaria que ha experimentado el tema de la transexualidad en el último tiempo. Se basa en la comprensión anticuada del concepto sexo; hacer equivalente genitalidad con sexo y género no es aceptable a la luz del estado actual del conocimiento en relación con el tema del transexualismo. No abordaremos en profundidad este aspecto, puesto que ya fueron tratados en el capítulo primero de este trabajo, en el que señalamos que el sexo presenta un carácter complejo, que no permite determinarse basado sólo en uno de los elementos que lo integran (el aspecto físico), sino que precisamente, el sexo, y en consecuencia la pertenencia a un determinado género, no puede condicionarse al aspecto externo, puramente estético, por cuanto, existen otros elementos, psicológicos, culturales, y también físicos internos que intervienen determinadamente en su estructuración.

3° Por otra parte debemos destacar un hecho no menos relevante. Al igual que en el caso anterior, el fundamento último de la petición de modificación del sexo registral es

la condición de transexualidad del solicitante. Esta condición no tiene relación con la apariencia física de la persona. Se puede ser transexual con independencia de si su apariencia física haya sido intervenida por métodos químicos y hormonales o quirúrgicos. En consecuencia la exigencia de este examen no tiene fundamentación de peso, toda vez que aquellas personas que hayan modificado su aspecto físico adecuándolos a su género, acompañarán al expediente estos antecedentes, de manera que en el caso de transexuales con operaciones adecuatorias no parece necesario acreditar al tribunal, por otra vía, aquello que ya se ha acreditado, mediante la documentación aparejada por el o la solicitante a su petición.

Ahora bien, respecto de las personas transexuales no sometidas a intervenciones adecuatorias, parece menos necesario aún, toda vez que su genitalidad corresponderá al sexo registral. Como el lector puede apreciar, no existen razones que hagan necesaria la exigencia de este examen, ya que o será utilizado para acreditar la intervención de adecuación sexual, que puede y normalmente será acreditada por otros medios, o bien, será utilizado para acreditar la ausencia de esta intervención, respecto de aquellas personas transexuales no operadas, lo que implica la acreditación de un hecho que jamás ha sido puesto en discusión por el solicitante.

Por ello, en nuestra opinión, los tribunales deben entender que la solicitud de este tipo de exámenes e informes, que no son conducentes a la adecuada resolución de la petición, resultaría improcedente.

b) En cuanto al informe del Registro Civil

1° Fallos en que se utiliza

El informe del Registro Civil presenta un carácter ambiguo en cuanto argumento, ya que de las diecinueve sentencias analizadas éste se ha evacuado en la totalidad de las

causas, sin embargo, en los fallos se le ha dado diferente desarrollo y alcance. En efecto, en cuanto al tratamiento de estos informes en las sentencias, encontramos casos en los que éste sólo es citado, y en otros, en cambio se desarrolla su tenor. En cuanto al alcance atribuido al informe, resulta curioso, que pese a que en ellos no existe un cambio de tendencia en el periodo que abarca esta investigación, haya sido utilizado como argumento tanto para acoger las solicitudes de cambio de sexo y nombre registral, como para negarlas. Esta afirmación la desarrollaremos en el punto 3° en donde se critica el informe del Servicio de Registro Civil.

2º Contenido general de los informes

Conforme a lo señalado por los fallos en comentario, los informes evacuados por el Servicio de Registro Civil, tienen contenidos diversos, aunque responden a una misma tendencia. En este contenido es posible distinguir los siguientes aspectos:

- Los informes señalan en algunos casos que no existe norma legal que regule el cambio de sexo, correspondiendo al juez resolver.

En este aspecto, y tal como lo hemos señalado en reiteradas oportunidades a lo largo del presente trabajo, el desarrollo del tema nos parece escaso por las siguientes razones:

a) No es efectivo que no exista norma legal que regule el cambio de sexo, por el contrario, existen muchas disposiciones de diferente rango que interpretadas sistemáticamente permiten resolver la cuestión. Pero aún asumiendo que el informe se refiere exclusivamente al hecho que no existe norma legal que regule expresa y específicamente el cambio de sexo registral (tal como parece desprenderse de ellos) la conclusión tampoco es exacta, ya que el propio ordenamiento jurídico establece los mecanismos para salvar los vacíos legales, razón por la cual, en última instancia, igualmente existen normas y principios que permiten resolver el asunto.

b) En cuanto a lo señalado por los informes, que “corresponde al juez resolver”, nada aporta a la discusión seria del tema, toda vez que siempre que es ejercida una acción es labor inexcusable del juez resolver el asunto.

- En muchos informes se expresa que si bien no existe norma que regule el cambio de sexo registral, es necesario conformar la partida a la nueva realidad.

Esta mención aparece vinculada a aquellos casos en que el o la solicitante ha sido objeto de intervenciones quirúrgicas modificatorias o adecuadoras del sexo. Detrás de estas expresiones del Servicio de Registro Civil, puede apreciarse que para el servicio es determinante el tema de la apariencia, dado que si por una parte se señala que es un tema que le “corresponde al juez determinar” por ausencia de norma, cuando el solicitante se ha sometido a intervención quirúrgica, surge la necesidad de adecuar la inscripción a la nueva realidad.

- En algunos informes se indica que es necesario acreditar intervención quirúrgica de reasignación de sexo.

Esta mención aparece vinculada, a diferencia de la anterior a aquellas solicitudes en la que el peticionario no ha sido sometido a intervenciones que adecuen el sexo psicológico al físico. En este aspecto merece destacarse que resulta una exigencia que escapa a las facultades y atribuciones del servicio al momento de emitir el respectivo informe dado que:

a) No corresponde a una exigencia de la ley.

b) El contexto de la norma que exige solicitar el informe al Servicio de Registro Civil, dice relación con la posibilidad de que por medio del procedimiento de modificación de partida de nacimiento, se vulneren consecuencias jurídicas vinculadas

a la comisión de delitos. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 2° de la ley 17.344 que expresa que “No se autorizará el cambio de nombre o apellido o supresión de nombres propios si el respectivo extracto de filiación que como parte de su informe remitirá la Dirección, apareciere que el solicitante se encuentra actualmente procesado o ha sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, a menos que en este último caso hubieren transcurrido más de diez años contados desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de condena y se encuentre cumplida la pena”

En consecuencia la exigencia del informe no se vincula a la procedencia o no de la rectificación.

c) Esta exigencia se opone al contenido de otros informes que señalan que al no existir norma que regule el cambio de sexo, corresponde al juez decidir. Con todo, exigir que se acredite la intervención quirúrgica de reasignación sexual por parte del solicitante, escapa a toda luces del carácter informativo comprendido en la naturaleza de este informe.

- Otros informes señalan que la rectificación de las inscripciones sólo se autorizan cuando adolezcan de omisiones o errores manifiestos.

Expresiones que dejan fuera de cualquier discusión la posibilidad de modificación del sexo registral, lo que nos parece errado por todos los argumentos previamente señalados, en cuanto:

- a) La interpretación sistemática de las normas permiten la modificación.
- b) Se opone a los argumentos del propio servicio que señalan que corresponde al juez resolver.
- c) Exceden las facultades del Servicio, limitadas por el artículo 2° de la ley 17344.

- En algunos informes se ha expresado que la función del Servicio de Registro Civil es estrictamente registral. El servicio no está en condiciones de emitir pronunciamiento sobre el cambio de sexo de una persona.

Nos parece que este debiera ser el tenor de los informes del Servicio de Registro Civil en cuanto a la procedencia o no de la modificación del sexo registral. Ello debido a que por los argumentos señalados previamente: 1) Se respeta las atribuciones del Servicio al emitir el informe. 2) No hace exigencias de ninguna especie para la procedencia de la rectificación.

3° Crítica del informe del Servicio de Registro Civil como argumento del fallo:

A la luz de lo que hemos expuesto precedentemente es posible concluir que no obstante, el informe del Servicio de Registro Civil se ha utilizado como argumento tanto para acoger como para desechar las solicitudes de rectificación de partida de nacimiento en cuanto al sexo, lo cierto es que se trata de un argumento en la mayoría de los casos, más aparente que real.

i) Cuando el informe señala que no existe norma que regule el cambio de sexo y que en definitiva se trata de una cuestión que debe resolver el juez, no puede estimarse que en sí mismas las expresiones señaladas constituyan un argumento ni a favor ni en contra de las peticiones de rectificación del sexo registral asignado al nacer.

ii) Cuando por otra parte se informa en los casos que ha existido intervención quirúrgica que es necesario conformar la partida de nacimiento “a la nueva realidad”, generada por la intervención de reasignación o adecuación sexual, en nuestro concepto se puede considerar que las expresiones indicadas constituyen un verdadero argumento para acoger la solicitud. Sin embargo, debemos hacer notar que esta realidad nueva se ha generado por las intervenciones quirúrgicas a las que se ha

sometido el solicitante, de lo que se concluye que conforme a este argumento, es un antecedente necesario para acoger las peticiones que el solicitante previamente se haya sometido a algún tipo de operación de reasignación sexual que modifique la realidad.

En virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, podemos afirmar, que se mantiene el criterio de asignación de género al nacer. Si el recién nacido parece mujer, entonces se asigna el sexo femenino; si por el contrario el recién nacido presenta caracteres físicos de hombre, se le asigna el sexo masculino. Si esta realidad observada al nacer es “modificada”, y en consecuencia, las apariencias externas establecidas al momento de nacer son cambiadas, entonces debe asignarse el sexo correspondiente a esta “nueva realidad”.

No podemos dejar de mencionar en este punto que la utilización de la expresión “nueva realidad” no nos parece acertada. En efecto, la expresión señalada manifiesta un desconocimiento de la “realidad” de las personas que presentan la condición de transexualidad. Ésta no se limita al mero aspecto físico, sino que tiene otros aspectos de orden psicológico que siempre han estado presentes y que en definitiva, no constituyen una “nueva realidad”, sino la realidad que siempre ha existido, medie o no intervención quirúrgica. En este mismo sentido se podría argumentar que esta “nueva realidad” no se limita al cambio quirúrgico, dado que esta “nueva realidad” puede ser consecuencia de una intervención hormonal, la que unida al comportamiento del solicitante y a su identidad de género, la generan. En otras palabras, este argumento permite sostener que una vez creada esta nueva realidad (por los mecanismos que sea) se puede requerir la modificación de la partida de nacimiento.

iii) En el mismo sentido señalado anteriormente se ha exigido por parte del Servicio de Registro Civil que el solicitante acredite intervención quirúrgica de reasignación de sexo, este criterio lamentablemente se ha mantenido en el tiempo.

Este argumento prevalece en las sentencias que rechazan la rectificación de la partida de nacimiento. Se confirma con ello la tendencia que hemos señalado respecto de exigencia de intervención quirúrgica para acceder a la rectificación de la partida de nacimiento respecto de su nombre y sexo.

iv) Finalmente si el informe señala que la labor del servicio es estrictamente registral, el que según nuestro criterio, parece ser la hipótesis más ajustada a derecho, tampoco constituye un argumento ni a favor ni en contra de las solicitudes de modificación de partidas de nacimiento hechas por transexuales.

En resumen, y descontados los argumentos de la “función estrictamente registral”, y de “ausencia de norma” que reenvía el asunto al juez, ninguno de los cuales constituyen verdaderos argumentos para acoger o rechazar las solicitudes en estudio, la tendencia del Registro Civil es informar favorablemente a la rectificación de la partida de nacimiento en aquellos casos en que el solicitante se ha intervenido quirúrgicamente para conformar su cuerpo al sexo querido y en aquellos casos en que no existe tal intervención, sugerir la exigencia de este procedimiento para acceder a la rectificación solicitada.

c) En cuanto a la Información Sumaria de Testigos

1° Fallos en que se utiliza

De las 19 sentencias estudiadas, en 15 de ellas se menciona, con distinto grado de desarrollo, la rendición de Información sumaria de testigos.

2° Contenido en general

En este punto las declaraciones y afirmaciones de los testigos que prestaron declaración en las solicitudes de rectificación de partida de nacimiento, concordantes con el tenor de la solicitud; y en conjunto abordan aspectos de la vida del solicitante más o menos comunes:

- a) Indican que conocen al o la solicitante por más de cinco años con el nombre y sexo distinto del asignado al nacer.
- b) Que el o la solicitante siempre se han identificado con el sexo y género, que pretende en la solicitud.
- c) Que también tienen conocimiento del sufrimiento y menoscabo moral que le ha tocado vivir por llevar en sus documentos identificatorios un nombre y sexo contrario al de su verdadera identidad sexual.

3° Crítica del argumento

Nos parece un medio adecuado y acorde con la petición del solicitante. La petición de cambio de sexo registral tiene fundamento en el transexualismo del solicitante y en la identidad de género; identidad que se reafirma y acredita a través de la declaración de las personas que lo conocen y comparten con el solicitante de manera cotidiana. En el sentido señalado, este medio de prueba debiera ser determinante para lograr la convicción del juez en orden a conceder la rectificación solicitada, porque con esta declaración, se manifiesta en el tribunal, que el solicitante observa un comportamiento que responde a una identidad de género distinta a la que aparece en su acta de nacimiento. Acreditando con ello la verdadera y actual realidad del solicitante.

d) En cuanto a la rendición de otras pruebas

1° Fallos en que se utiliza

El examen de los fallos analizados da cuenta que en la generalidad de los casos se han acompañado por la parte solicitante y/o requerido por el Tribunal durante la tramitación de la causa, una serie de otros medios de prueba entre los cuales podemos señalar los siguientes:

i) Informe del defensor público: citado sólo en una causa de las diecinueve. Este informe, en atención a la naturaleza del asunto solicitado, y a que sólo es necesario cuando nos encontramos frente a personas incapaces o ausentes a un proceso civil, constituye un elemento que carece de relevancia jurídica por ser improcedente.

ii) Informes y certificados médicos: de los 19 fallos analizados en 11 de ellos se menciona la utilización de este medio de prueba, entre los que se distinguen: informes médicos ginecológicos, urológicos, certificados médicos emitidos por psicólogos, psiquiatras, médico cirujano, matrona, gineco-obstetra.

Atendido lo señalado en los párrafos precedentes, resultan imprescindibles y relevantes jurídicamente, ya que en base a estos informes y certificados, se acredita el carácter de transexual del solicitante, y con ello se justifica lo improcedente que resulta ser la exigencia de los informes del Servicio Médico Legal en cuanto a las facultades mentales y el informe Ginecológico o urológico, cuya práctica es habitual en nuestros tribunales.

iii) Audiencia de parientes: mencionado en una de causa de las diecinueve.

Al igual que el informe del defensor público, estimamos que es improcedente que los parientes concurren a prestar declaración en el tribunal, porque acá lo que se está solicitando es la rectificación de la partida de nacimiento del solicitante y en este sentido basta con cumplir con los requisitos establecidos en la ley para ello.

iv) Certificados de nacimiento y extracto de filiación: En ocho de las causas analizadas se menciona la agregación de estos documentos. En este aspecto debemos distinguir entre ambos documentos.

1. En relación con el certificado de nacimiento: Nos parece adecuada su inserción al expediente. En él se da cuenta del nombre y sexo registral del solicitante, es decir, precisamente aquellos aspectos sustanciales objetos de la solicitud. Debe acreditarse al tribunal, la situación actual del solicitante, y este instrumento necesariamente permite el logro de este fin, además nos ratifica la correspondiente relación entre el certificado de nacimiento y la partida de nacimiento que el peticionario desea modificar.
2. En relación con el extracto de filiación: En este aspecto es necesario remitirse a lo que establece la ley que regula el procedimiento para el cambio de nombre. En efecto y tal como lo expresamos en la oportunidad correspondiente, al tratar aspectos generales del procedimiento, la ley exige que el Registro Civil emita un informe en relación con la petición del solicitante, y la misma ley exige en el artículo 2° en su inciso antepenúltimo, que el citado informe contenga un extracto de filiación, ya que “No se autorizará el cambio de nombre o apellido o supresión de nombres propios si el respectivo extracto de filiación que como parte de su informe remitirá la Dirección, apareciere que el solicitante se encuentra actualmente procesado o ha sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, a menos que en este último caso hubieren transcurrido más de diez años contados desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de condena y se encuentre cumplida la pena”²²⁷.

En consecuencia, el hecho de agregar o no el extracto de filiación, si bien es cierto, no nos parece necesario su acompañamiento porque es obligación por parte del

Registro Civil incluirlo junto a su informe, estimamos que sería conveniente su incorporación ya que de este modo se comprueba a priori la capacidad del solicitante para ser sujeto de este derecho.

v) Jurisprudencia de los tribunales: Sólo en una de las solicitudes se incorpora a ésta el texto de la sentencia de una acción de protección. Ello sin perjuicio que en el cuerpo de la solicitud se haga mención a aspectos relevantes de algunos fallos. En todo caso, y tal como lo anunciáramos al analizar las resoluciones de los distintos tribunales, se echa de menos que se incorporen los escasos fallos en que se ha acogido el cambio de sexo registral, sobre todo en aquellos casos en que el peticionario o la peticionaria no se hayan sometido a cirugías de adecuación sexual.

Este es un aspecto que en el futuro, aquellas personas que desean modificar el sexo y/o el nombre en su partida de nacimiento, deben mejorar sustancialmente. En todo caso debemos tener presente, que dado lo exiguo de los diversos fallos desde el punto de vista sustantivo, tal como lo hemos podido constatar en los apartados correspondientes de este capítulo, esta ausencia no reviste la importancia que eventualmente pudiera alcanzar con fallos que contengan un desarrollo más completo.

Ante la ausencia de contenido de los fallos, tanto de aquellos que acogen como de aquellas resoluciones que rechazan la petición de rectificación de partida de nacimiento promovidas por personas transexuales, a lo menos, el hecho de acompañar las pocas sentencias que acogen este tipo de solicitudes, permite acreditar al tribunal la existencia de un número determinado de fallos en que la solicitud ha sido exitosa, lo que representa una situación mejorada en relación a la ausencia de información, pero que aún resulta insuficiente.

Finalmente, se debe incorporar como una condición sine qua non de toda solicitud que pretende un resultado favorable, y ante la ausencia de jurisprudencia sustantiva de carácter local, la basta jurisprudencia de tribunales internacionales, los que conforme a

lo expuesto en el capítulo segundo de esta memoria, responden a criterios sustantivos, y en los cuáles sobre la base del respeto a la dignidad de la persona, de la vida privada y la no discriminación, han resuelto reiteradamente este tipo de conflictos en favor de las personas transexuales.

2° Contenido en general:

En síntesis, los medios de prueba y la jurisprudencia ha tenido por objeto:

- a) Acreditar la condición de transexual de la persona del solicitante.
- b) Acreditar la identidad de género de la persona del solicitante.
- c) Acreditar las cirugías y/o tratamientos hormonales de adecuación sexual a que se ha sometido el peticionario o la peticionaria.

3° Crítica del argumento:

De acuerdo al análisis que hemos desarrollado en cuanto a estos medios de prueba adicionales, es necesario tener en consideración que no se pueden estudiar críticamente en conjunto debido a su diverso alcance jurídico.

- i) **Algunos son absolutamente prescindibles y a la vez improcedentes:** Ello ocurre con el informe del Defensor público y con la Audiencia de Parientes. Siendo así, no revisten relevancia jurídica alguna. Su incorporación no lleva aparejada el éxito de la petición, así como su ausencia no determina el fracaso en la pretensión del peticionario.
- ii) **Otros son necesarios absolutamente:** como en el caso de los certificados e informes médicos del o la solicitante para acreditar su condición de transexualidad, los tratamientos quirúrgicos o químicos de adecuación sexual, o la identidad de

género de ellos.

iii) **Otros no siendo necesarios, resultan convenientes:** Como en el caso del certificado de nacimiento, para establecer la correlación necesaria con la partida de nacimiento a modificar, con el extracto de filiación del o la solicitante y el aludido caso de la jurisprudencia de los tribunales, tanto nacional como de nivel internacional. Se trata, en consecuencia, por medio de estos fallos, de dar argumentos sustantivos al sentenciador, que permitan acoger la petición de cambio de sexo registral.

e) En cuanto a Normas Legales como argumentos.

1° Fallos en que se utiliza:

De las diecinueve sentencias analizadas en nueve de ellas se tratan, en un considerando independiente normas legales. En los demás casos sólo se refieren a ella de manera tangencial.

2° Contenido en general:

Las disposiciones legales y constitucionales que han sido señaladas en los diversos fallos se pueden resumir de la siguiente manera:

- El art. 10 del Código Orgánico de Tribunales²²⁸
- El 31 de la ley N° 4808²²⁹

²²⁸ “Art. 10. Los tribunales no podrán ejercer su ministerio si no a petición de parte, salvo en los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún a falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”

- El artículo 1º de la Ley 17.344.²³⁰

²²⁹ “Artículo 31. Las partidas de nacimiento deberán contener, además de las indicaciones comunes a toda inscripción, las siguientes:

1. Hora, día, mes, año y lugar en que ocurrió el nacimiento;
2. El sexo del recién nacido;
3. El nombre y apellido del nacido, que indique la persona que requiere la inscripción; y
4. Los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, o los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido. Se dejará constancia de los nombres y apellidos de la madre, aunque no haya reconocimiento, cuando la declaración del requirente coincida con el comprobante del médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que lo dio a luz.

No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje.

Si el Oficial del Registro Civil, en cumplimiento de lo que dispone el inciso anterior, se opusiere a la inscripción de un nombre y el que lo solicite insistiere en ello, enviará de inmediato los antecedentes al Juez de Letras o del Departamento, quien resolverá en el menor plazo posible, sin forma de juicio, pero con audiencia de las partes, si el nombre propuesto está comprendido o no en la prohibición. Estas actuaciones estarán exentas de impuestos.”

²³⁰ "Artículo 1º: Toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento. Sin perjuicio de los casos en que las leyes autorizan la rectificación de inscripciones del Registro Civil, o el uso de nombres y apellidos distintos de los originarios a consecuencia de una legitimación, legitimación adoptiva o adopción, cualquiera persona podrá solicitar, por una sola vez, que se la autorice para cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez, en los casos siguientes:

- a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente;

- El artículo 76 de la Constitución Política de la República.²³¹
- Artículo 24 del Código Civil.²³²
- Los artículos 817 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.²³³
- el art. 5º, inc. 2º, de la Constitución Política de la República²³⁴
- Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica²³⁵, y
- Garantía de protección de vida privada²³⁶

b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios;”

²³¹ “Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.”

²³² Art. 24. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

²³³ Que regulan el procedimiento de los actos jurídicos no contenciosos

²³⁴ Artículo 5º inc. 2º “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”

²³⁵ Artículo 19 N° 1 de la Constitución Política del Estado.

²³⁶ Artículo 19 N° 4 de la Constitución Política del Estado

3° Crítica del argumento:

Se puede apreciar que en todos los fallos existe un grupo de normas jurídicas que son citadas, como el artículo 31 de la ley N° 4808 y el artículo 1° de la Ley 17.344, sin embargo este grupo de disposiciones es utilizado indistintamente tanto para acoger las solicitudes de cambio de nombre y de sexo, como para rechazarlas. Al respecto, se utiliza el inciso penúltimo del artículo 31 de la ley N° 4808 que señala que el nombre de una persona no debe ser equívoco respecto del sexo, como argumento en uno u otro sentido.

También notamos otra discrepancia en la interpretación de la norma. Como literalmente no se regula el cambio de sexo registral en la Ley 17.344, los tribunales al estar obligados por el principio de inexcusabilidad, han pretendido que en ausencia de norma que expresamente reglamente el asunto, el vacío debe ser integrado, utilizando los principios generales del derecho contemplados en el artículo 24 del Código Civil como mecanismo de integración. Hasta este punto, el razonamiento de los tribunales ha sido más o menos concordante. Sin embargo, es en este asunto, donde igualmente se separan los criterios y así mientras para algunos en razón de la equidad y estos principios, es procedente acoger la petición, para otros acceder a ello es infringirlos,²³⁷ sin señalar cuáles son estos principios que sirven de fundamento a la decisión favorable o cuáles son estos principios que serían vulnerados, en el caso de acogerse.

Con todo, nos parece que es precisamente en este punto donde tanto los fallos favorables, como los fallos desfavorables deberían dar cuenta de un contenido que motive la discusión, que precisamente permita avanzar en el conocimiento y desarrollo de las diversas problemáticas jurídicas no resueltas expresamente por el ordenamiento jurídico.

²³⁷ 22° juzgado civil de Santiago causas Rol V-88-2007 y Rol V-87_2007

f) En cuanto a los razonamientos hechos por el Tribunal para sustentar su decisión.

Para realizar un mejor estudio de los argumentos utilizados por los Tribunales de Justicia para amparar su fallo, nos parece necesario separar aquellos que se utilizan para acoger las solicitudes de rectificación de nombre y sexo de aquellos que lo rechazan.

El razonamiento que existe en las sentencias que acogen las solicitudes se puede sistematizar de la manera siguiente:

1) Con los medios de prueba que se agregan al expediente se reconoce al solicitante la condición de transexual.

2) Que respecto al cambio de nombre, con la prueba rendida, las causales legales se tienen por acreditadas, ya sea por el uso por más de 5 años del nombre al que se pretende reconocimiento legal, ya sea por la vía de tener por acreditado que el uso del nombre actual le produce al solicitante o a la peticionaria daño o menoscabo moral.

3) Que respecto al cambio de sexo, se señala que éste no se encuentra regulado en nuestra legislación, sin embargo, dicha ausencia de norma legal no es obstáculo a que el tribunal se pronuncie, dado el principio de inexcusabilidad, estimándose:

- que no puede constituir un impedimento a que una persona que ha acreditado una correspondencia sexual psíquica con la física pueda acceder a cambiar su sexo oficial.
- que a la parte solicitante tanto física como psicológicamente, le corresponde un género distinto del que aparece en el registro, y en consecuencia procede acoger la

solicitud.

- que el nombre de una persona debe ser concordante con su sexo, pero que la determinación del sexo no puede reducirse al examen visual de los genitales al momento de nacer pues, la sexualidad humana es mucho más compleja y no puede ser concluyente un examen que se reduce a la genitalidad.
- que no obstante la falta de intervención quirúrgica de reasignación de sexo, existe la necesidad de hacer corresponder la identidad sexual del o la solicitante con sus antecedentes legales.
- que la conducta global del o la solicitante y su identidad psicológica coinciden, sin conflictos, con la de sexo del género que se pretende.
- que la solicitante presenta aspecto físico propio de una persona de sexo diferente al que aparece en su partida de nacimiento.
- que la solicitante detenta una identidad sexual diversa al que fue inscrito en la partida de nacimiento

Como puede apreciarse, el argumento que se reitera se refiere a dos elementos:

1° La concordancia entre la conducta del o la solicitante con el género que pretende, y que es diferente al que le fue asignado al nacer y con el que aparece inscrito en la respectiva acta.

2° Que la apariencia del o la solicitante corresponde a la de una persona de sexo diferente al que figura en la partida de nacimiento.

En consecuencia, el razonamiento de los tribunales que han acogido la modificación del sexo registral dicen relación con la identidad de género, sin embargo, debemos destacar, que en general, cuando los tribunales se refieren a la apariencia física como fundamento del fallo de la solicitud, no se están refiriendo sólo a la modificación de algunos aspectos de carácter estéticos, sino que analizados los antecedentes, y conforme a los resultados que hemos obtenido en esta investigación de campo, se

refieren a cirugías de adecuación sexual en diferentes grados.

Por su parte los argumentos de las Sentencias que rechazan la solicitud de cambio de nombre y de sexo, se pueden resumir de la manera siguiente:

1) Que aun cuando hay ausencia de norma que regule la situación de cambio de sexo, el juez debe resolver pero sólo tratándose de personas que se han sometido a una intervención quirúrgica, lo que implica que la citada intervención se transforma en un requisito no establecido legalmente para acceder a la modificación del sexo registral asignado al nacer.

2) Que acceder a la petición de cambio de nombre no resulta procedente, si no se puede acceder a la modificación de la mención del sexo de la partida de nacimiento, ya que en tal caso resulta también contraria a derecho dado que no existe concordancia entre el nombre y el sexo de la partida, lo que resulta ser equívoco.

3) Que no corresponde al Registro Civil alterar la partida de nacimiento cuando las características anatómicas del nacido hayan sido establecidas de acuerdo con lo certificado por el o la profesional interviniente en el parto, y que si estas no han variado en el tiempo, no corresponde acoger la petición.

4) Que mientras la ciencia médica no lo someta a la correspondiente cirugía, y una vez resuelto el problema físico, recién el órgano jurisdiccional puede aplicar la normativa vigente.

5) Que acceder a la mutación de nombre, infringe los grandes Principios del Derecho, que ordena aplicar el artículo 24 del Código Civil.

Como resulta con claridad de los argumentos expuestos precedentemente, vistos bajo distintas perspectivas, se reducen sólo a uno: el no sometimiento a una cirugía de

asignación sexual, y como corolario de lo anterior, por no existir correlación entre nombre y sexo registral, el no acoger la modificación de la partida en cuanto al sexo asignado al nacer, implica de igual manera negar lugar a la petición en cuanto a la mutación del nombre.

Del análisis efectuado hasta este punto, resalta el hecho que los tribunales exigen implícita o explícitamente la circunstancia de que el solicitante se encuentre sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual completa o por lo menos alguna otra modificación quirúrgica de la fisonomía física del o la solicitante, que alteren su apariencia asimilándola a la del género que psicológicamente posee.

Ahora bien, llama poderosamente la atención este criterio que se puede notar en todos los fallos, sea que acojan o rechacen la solicitud, dado que:

i) A través de esta exigencia se impone a los solicitantes un requisito que no existe en la ley, y que no se exige en los demás casos en los que se pretende una modificación del nombre cuando estas peticiones hayan sido efectuadas por personas que no tienen la condición de transexuales.

ii) Con ello se vulneran garantías constitucionales y establecidas en tratados internacionales de Derechos Humanos, tales como el derecho a la integridad síquica y física, a la igualdad ante la ley, a la vida privada, el derecho a la identidad, etc., dado que en otras circunstancias parecería contrario a toda lógica exigir una mutilación física para el ejercicio de un derecho o garantía.

3.4 Análisis crítico del fallo de segunda instancia emanado de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago

Como hemos señalado previamente en este estudio, en muy pocas oportunidades se ha deducido recurso de apelación en contra de los fallos de segunda instancia dictados respecto de solicitudes de modificación de partida de nacimiento en relación con el nombre y el sexo registral. En efecto, en todo el período que abarca el presente estudio, solamente en dos oportunidades se ha recurrido de estos fallos; pero sólo en una oportunidad se dictó efectivamente un fallo de segunda instancia²³⁸.

El fallo aludido corresponde al ingreso Itma. Corte N° 2.541-2.009 y fue dictado con fecha 25 de junio de dos mil nueve, por la Quinta Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministro doña Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz y por la Abogado Integrante doña Andrea Muñoz Sánchez. El fallo en cuestión resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia dictada por el Cuarto Juzgado Civil de Santiago, resolución que negaba lugar de manera absoluta a las solicitudes de cambio de sexo registral y de nombre requerido por RRRM.

Mientras el fallo de primera instancia negó lugar a ambas pretensiones del requirente, el fallo de segunda instancia modifica parcialmente lo resuelto, acogiendo la rectificación del nombre, pero manteniendo la negativa a la solicitud de cambio de sexo registral asignado al nacer.

²³⁸ En otro recurso interpuesto fue declarado desierto.

3.4.1 Hechos que el fallo de segunda instancia da por acreditado:

1° **Que el peticionario ha sido conocido por los testigos que declaran, bajo el nombre de Alison o "Alis", durante un período no menor a los 8 años.** Lo anterior conforme a la información sumaria de testigos de fojas 17, según da cuenta el considerando 1.- del fallo de segunda instancia.

2° **Que el peticionario “presenta un transexualismo o trastorno de identidad de género que lo hace sentir, pensar e identificarse como mujer”** (según da cuenta el informe psiquiátrico forense), agregando el fallo respecto del peticionario, que se trata de un **“adulto joven, de apariencia femenina, que a través de los años ha logrado ir cambiando su fisonomía masculina, a través de diversas intervenciones tales como una rinoplastía y un implante mamario y de silicona en glúteos y caderas, más sesiones de fonoaudiología para acondicionar el tema de la voz.”**

3° Que el peticionario según lo acredita el Informe de Sexología Forense del Servicio Médico Legal que rola a fojas 45, **presenta sus genitales externos e internos masculinos.**

4° **Que el peticionario “desde un punto de vista psicológico, el peticionario posee una identidad sexual que lo hace identificarse con el sexo femenino”**

3.4.2 Razonamientos y ponderación de los hechos acreditados por parte del tribunal de segunda instancia:

Sobre la base de los hechos que el propio fallo da por acreditado, la Iltma. Corte expone a continuación los razonamientos que en definitiva le llevan a modificar parcialmente el fallo de primera instancia.

a) En relación con el cambio de nombre:

El fallo señala en el considerando signado con el número 6.- “Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 17.344, que autoriza el cambio de nombre en los casos que indica, en lo que atinge al caso que nos ocupa, "cualquiera persona podrá solicitar, por una sola vez, que se le autorice para cambiar sus nombres o apellidos o ambos a la vez, en los casos siguientes: a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles, o la menoscaben moral o materialmente y b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios”. El desarrollo de la sentencia, y de la línea de razonamiento de la Corte continúa expresando que ambas hipótesis establecidas en la ley se dan en la especie, dado que en efecto “el hecho de mantener un nombre masculino que lo identifica cotidianamente en su relación con la sociedad, en circunstancias que psicológicamente el peticionario es una persona que se percibe a sí misma como mujer y ha transformado su apariencia con el objeto de parecerlo y vivenciarlo en todos los aspectos de su vida, no puede sino generarle un menoscabo moral, como el que requiere el literal a) de la citada disposición legal.” . De la misma manera el fallo estima que “, se cumple también la hipótesis contemplada en el literal b) de la mencionada disposición, en la medida que el "motivo" por el cual ello ha ocurrido, resulta "plausible" -como lo exige la norma citada- ya que la razón para haberse identificado con un nombre propio de mujer ante sus colegas, vecinos y amigos, es el corolario lógico de su propia identidad sexual”, lo anterior en atención a la información sumaria de testigos rendida que en efecto da cuenta que el peticionario/a, efectivamente es conocido en el lugar en donde vive con el nombre que pretende.

Llama la atención la interpretación y alcance que la ltma. Corte da al artículo 31 de la Ley de Registro Civil, en tanto que al respecto señala que acceder al citado cambio del nombre solicitado permite dar cabal cumplimiento a la norma citada que persigue “que no se imponga a una persona un nombre que pudiese resultar equívoco respecto del sexo, lo que en este caso preciso se había producido, como consecuencia de la

condición de transexual del peticionario, develada en su adolescencia y asumida hace ya más de una década...”

En este aspecto el fallo resulta del todo interesante, ya que, tal y como lo hemos planteado en el capítulo II de esta investigación, no existe inconveniente alguno para que las personas transexuales puedan optar a la modificación de nombre con que aparecen registrados en la correspondiente acta, ya que efectivamente cumplen con los requisitos que exigen las dos hipótesis que señala la disposición, tal y como lo reconoce expresamente la ley.

En efecto, no puede dejar de considerarse que la hipótesis que contempla la letra a) del artículo 1° de la ley 17.344, se refiere a circunstancias de hecho que una vez acreditadas, mediante los medios de prueba correspondientes, permiten acceder al cambio de nombre sin limitaciones. De igual forma, necesariamente debe considerarse que una persona, a la que se conoce socialmente con un determinado nombre, y cuya identidad de género se corresponde con este nombre, no puede sino causarle menoscabo moral, el verse obligado a utilizar continuamente su nombre legal que en nada se relaciona ni con su apariencia, ni con su identidad de género.

Finalmente, y tal como hemos adelantado, también parece un avance desde el punto de vista jurisprudencial, el hecho que el fallo le reconozca al solicitante su identidad de género, que el fallo denomina identidad sexual.

La consecuencia lógica de los planteamientos expuestos es que, en razón de tales argumentos, la ltma. Corte de Apelaciones estimó del caso al resolver que “se revoca la sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil ocho, escrita a fojas 65, sólo en cuanto rechaza la solicitud de cambio de nombre y, en su lugar, se resuelve acoger la solicitud de fojas 5 en esa parte, accediendo a que el nombre de R. R. (R. M.), establecido en su partida de nacimiento, sea cambiado por el de A. (R. M.)”

b) En relación con la modificación del sexo registral:

Si bien el criterio de la Corte en relación a la modificación del nombre puede ser considerado un avance para la comunidad transexual, el criterio del citado tribunal en relación con la modificación o cambio del sexo registral asignado al nacer no tiene el mismo carácter.

Efectivamente, el tribunal de alzada respecto de la posibilidad de modificar la mención del sexo en la respectiva partida de nacimiento estimó que “para dar lugar al cambio de sexo en los registros de nacimiento respectivos, parece razonable exigir que el solicitante se someta previamente a una intervención para adecuar sus órganos genitales externos al sexo realmente vivido” ya que, continúa el considerando 9 de la sentencia “la presencia de genitales externos diferentes al sexo vivido, constituye un elemento de incerteza que es necesario eliminar, aún cuando resulte altamente improbable que el solicitante pudiese querer retornar a vivir de la manera propia de su sexo originario”

Finaliza el considerando 9 señalando que “Dicha prevención tiene presente, entre otras cosas, aspectos tales como la procreación y las dificultades que pudieren surgir en el caso de una eventual paternidad del solicitante, por afectar fundamentalmente los derechos de un tercero”

Los criterios expuestos por el fallo en comento implican, en resumen, que para lograr acceder a la modificación del sexo registral es condición jurisprudencial necesaria que él o la peticionaria, se hayan sometido a una intervención quirúrgica de modificación de los genitales externos, debido a que la presencia de genitales externos diferentes al que corresponde al sexo asignado al nacer y que consta en la correspondiente acta de nacimiento, produce situación de “incerteza” que es “necesaria eliminar”, exigencia que en criterio de la Corte se justifica además en las dificultades que podría producir una eventual paternidad del solicitante.

Los criterios señalados nos merecen los siguientes comentarios:

1° Tal y como lo hemos señalado en otras oportunidades a lo largo del desarrollo de esta investigación, no hay razones jurídicas que justifiquen la exigencia de que a una persona se le someta a intervenciones mutilantes de carácter invasivo. Lo cierto es que por el contrario, existen razones jurídicas de peso para estimar precisamente lo contrario. Tal como lo indicamos al definir el marco jurídico de esta investigación de campo, en el derecho comparado, sobretudo en el ámbito europeo, se aboga por un reconocimiento más amplio de la identidad jurídica de las personas, donde estos procedimientos son considerados atentatorios contra la integridad física y psíquica de la persona.

2° Lo que las cirugías de reasignación sexual encubren en definitiva, y tal como lo señala la sentencia de la Itma. Corte que estamos comentando, la exigencia no sólo de una apariencia genital externa que corresponda con el sexo deseado, sino que solapadamente, implica la exigencia de la esterilidad del solicitante. El requisito de la esterilidad para acceder a la modificación del sexo registral no aparece como una novedad, ya que en algunas legislaciones, y en muchos casos a nivel médico, parece ser una exigencia camuflada bajo la forma de “sentido común”, o como lo hace el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que estamos analizando, bajo la forma de exigencia que “parece razonable”.

Por nuestra parte, y contrariamente a lo que piensa nuestra Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, consideramos “razonable” el planteamiento precisamente contrario, por las razones que a continuación pasamos a exponer:

a) Toda cirugía implica un riesgo, y por lo tanto, las intervenciones de reasignación sexual como requisito para acceder a la modificación del sexo registral imponen al o a la solicitante el asumir un riesgo absolutamente innecesario. Nuestros tribunales

no han ponderado adecuadamente esta implicancia.

- b)** De la misma manera, la exigencia de cirugías de reasignación sexual (e infertilidad) son atentatorias contra derechos fundamentales del ser humano, tales como, el derecho a la vida, a la vida privada, a la integridad física y síquica, etc. Toda cirugía de este tipo implica de alguna forma pérdida de tejido sensible, y como consecuencia, la pérdida a lo menos parcial de la posibilidad de la obtención de placer. ¿es razonable hacer esta exigencia?
- c)** Por otra parte, debemos preguntarnos por qué razón son necesarias este tipo de cirugías, cuando en la práctica, la condición transexual debidamente diagnosticada, tal como lo señala expresamente el fallo que analizamos, resulta “altamente improbable que el solicitante pudiese querer retornar a vivir de la manera propia de su sexo originario”.
- d)** A lo anterior hay que agregar que por efecto de los tratamientos hormonales a los que se someten las personas transexuales traen como necesaria consecuencia la infertilidad, situación que hecha por tierra la razonabilidad de la exigencia.
- e)** Además el criterio fundante de la negativa de la ltma. Corte para acceder al cambio del sexo registral, merece ser reconsiderado, estimamos que los criterios jurídicos de solución de casos concretos deben ser uniformes, y aplicables a toda aquella persona que se encuentre en la misma situación. El problema es que el criterio propuesto, no da una solución satisfactoria a aquellas personas transexuales que por opción (conforme a su derecho a la autodeterminación y libertad individual), o por necesidad (problemas de salud asociados que impidan al solicitante someterse a este tipo de intervenciones) no quieran o no puedan cumplir con la exigencia jurisprudencial.
- f)** Por otra parte, considerada la exigencia desde una perspectiva de conjunto, el sistema jurídico y judicial, no es consecuente ni coherente. En efecto, para que un sistema sea consecuente y coherente debe existir concordancia entre lo que el sistema da y lo que el sistema exige. En este sentido, la exigencia de la coherencia deseable permite distinguir dos situaciones: 1) El sistema no exige las cirugías de reasignación sexual porque el sistema médico y hospitalario no da acceso a las

personas transexuales a obtener este tipo de cirugías paliativas, o 2) El sistema exige la modificación quirúrgica del sexo originario, pero da acceso a este tipo de intervenciones a través del sistema público de salud. Sin embargo, en nuestro país no ocurre ni lo uno, ni lo otro, y es por eso que estimamos la exigencia incoherente, pues mientras exige cirugías adecuadas del sexo para obtener la modificación del sexo en la correspondiente partida, por otro lado, no permite el acceso a estas mediante el sistema público de salud como criterio general²³⁹.

La inconsistencia queda manifestada en el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 26 de diciembre de 2008, que al acoger un recurso de protección intentado por una persona transexual frente a la negativa del sistema de salud a practicar una cirugía de reasignación sexual, en la que se expresa lo siguiente:

“Que el Director Subrogante del hospital recurrido por ordinario N° 453 de 27 de marzo de este año, remitió a la Función de Asesoría Jurídica del Servicio de Salud, para responder este recurso, una carta de respuesta de la Directora del Hospital recurrido al actor, por la que señala que **no es posible acceder a su petición de la intervención quirúrgica de genitoplastía feminizante**²⁴⁰ y copia de la presentación del ocurrente de protección. La función de Asesoría Jurídica del hospital, por su parte, pidió a la Dirección del Hospital que ampliara su informe, para responder a esta Corte, lo que se hizo mediante correo electrónico, de 28 de marzo de 2008, el que pide se tenga como parte de su informe, en el que se señala que no existe en el hospital, ni en el sistema de salud de nuestro país discriminación alguna para atender las consultas de los distintos establecimientos hospitalarios por encontrarse garantizados estos derechos por ley, existiendo algunas excepciones para la realización de ciertos procedimientos como las cirugías estéticas, dentro de la especialidad de cirugía

²³⁹ Aunque han existido algunos esfuerzos sobre todo en el Hospital Van Buren en Viña del Mar, en las que se practicaron estas cirugías a personas transexuales

²⁴⁰ El destacado es nuestro.

plástica, para los que no existe cobertura en el Servicio Nacional de Salud, siendo una restricción general para todos los beneficiarios, sin discriminación especial.”

Posteriormente agrega el fallo que “A fojas 138 comparece Juan Luis Solari S., abogado, en representación de la Secretaría Regional Ministerial de Salud, quien informa el recurso señalando que carece de competencia para informar la materia recurrida, atendidas las modificaciones establecidas al sistema de salud por la ley N° 19.937, correspondiendo informar al Ministerio de Salud, recepcionándose informe a fojas 143 por parte de doña María Soledad Barría Iroumé, Ministra de Salud, quien señala que **no existe programa nacional de intervención quirúrgica para pacientes de condición de salud transexual; ni programa nacional o terapia hormonal con fines transexuales; ni programa o protocolo de atención psiquiátrica o psicológica especializada en transexualismo**”²⁴¹

La parte recurrida, esto es, el Hospital Carlos Van Buren y el Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio, solicitaron el rechazo de esta acción constitucional, por las siguientes razones:

1° Se considera la **acción improcedente**, pues el derecho a la salud no se encuentra protegido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

2° Se pide el rechazo del recurso por cuanto el Director Subrogante del Hospital Carlos Van Buren ha indicado que no es posible acceder a la petición del recurrente de efectuarle una intervención quirúrgica de genitoplastía feminizante, agregando que la respuesta negativa no constituye un acto (comprensivo de acción y de omisión) que sea arbitrario ni mucho menos ilegal, toda vez que se encuentra debidamente fundado en la finalidad pública asistencial asignada por el ordenamiento jurídico a su representado. Lo anterior tal como se le indicó al recurrente la cirugía de que se trata, **no se encuentra en la cartera de servicios del hospital, pues no está contemplada**

²⁴¹ El destacado es nuestro.

en el plan de atención a prestar por el sistema público y, por ende, no tiene cobertura financiera.²⁴²

La última Corte de Valparaíso al fallar el recurso dio por establecidos los siguientes hechos:

- Que el recurrente XXX sufre de una dolencia denominada "distrofia de género" o "transexualismo"
- Que el recurrente en forma voluntaria ha iniciado un proceso de transformación de su identidad sexual, esto es, se ha realizado en forma particular algunas operaciones complementarias y previas al cambio de sexo.
- Que con el objeto de que el recurrente complete el proceso de transformación de su identidad sexual ha recurrido al Servicio de Salud Público de esta región, específicamente al Hospital Carlos Van Buren de este puerto, lugar en donde hace más de 30 años se llevan a cabo estas operaciones;
- Que el referido Hospital y también el Servicio de Salud del cual el primero forma parte, le han negado la posibilidad de realizar la mencionada operación, aduciendo para ello diversas circunstancias.

Al analizar la licitud de la negativa, la Corte de Apelaciones de Valparaíso al enumerar la normativa que rige tanto al Hospital como al Servicio de Salud indica que: "todos los recursos del Estado, a través de esos organismos, deben proveer todo lo necesario en cuanto a sus recursos físicos y humanos, para obtener la recuperación de la salud de los pacientes que acuden a dichos establecimientos." Destaca en el considerando noveno que si bien la parte recurrida sostiene que no existe cobertura a nivel nacional de este tipo de operaciones, es necesario considerar que esta intervención tiene un carácter particular y que es realizada por uno de los pocos especialistas que existen en el país. Prosigue el fallo señalando que han existido diversos criterios para que esta operación pueda llevarse a cabo, dependiendo tal diferenciación de la distinta apreciación que puedan tener tanto los Directores del

²⁴² El destacado es nuestro

Hospital recurrido como de la persona que esté a cargo del Servicio de Salud también recurrido, no siendo posible “concebir que para una misma situación médica -distrofia de género o transexualismo-, existan respuestas divergentes y distintas en el tiempo.”

Acertadamente a nuestro juicio, el fallo explica que si como ha ocurrido en la especie se han practicado en múltiples ocasiones este tipo de cirugías, ello implica que la no existencia de una cobertura a nivel nacional o de que se encuentre contemplado en un plan a nivel nacional no es un obstáculo para la autorización correspondiente. Que al respecto debe entenderse, entonces, que si en esas épocas esta operación ha sido posible, algunas de las circunstancias que se tomaron en cuenta para ello, deben necesariamente coincidir con las ideas y principios que presiden este recurso, en cuanto a la garantía ya mencionada. Agrega además que cabe concluir que las explicaciones de la recurrida en orden a no permitir o autorizar en la actualidad este tipo de intervenciones, contradice las políticas de salud adoptadas en otros tiempos, por lo cual no es posible entender esta conducta como ajustada a derecho o la legalidad, y por lo tanto “existe una vulneración al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del recurrente, pues se le está negando la posibilidad de una intervención que viene a completar un proceso de identidad sexual de carácter irreversible, no siendo suficientes las explicaciones dadas por los recurridos, pues no se advierte de qué forma podrían dar cumplimiento a sus fines legales y constitucionales sosteniendo dicha negativa, ante la constatación de que en otros casos iguales o similares han actuado de otra forma, lo cual además importa un trato discriminatorio e injusto que el presente recurso pretenderá resolver.”

Por los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia la citada Corte termina señalando que “se acoge el recurso de protección... sólo en cuanto los recurridos deberán proporcionar al recurrente la operación que individualiza, en la medida que el recurrente cuente con las condiciones físicas y psíquicas necesarias para este tipo de intervenciones, de acuerdo a los parámetros, modalidades y especificaciones médicas que los recurridos deberán establecer y determinar, no

dándose lugar al resto de las peticiones planteadas en el petitorio, por ser ello improcedente, sin costas.”

Hasta este punto la inconsistencia del sistema que hemos venido pregonando no se aprecia, ya que en efecto, ante la negativa del Servicio de Salud de realizar una cirugía de reasignación sexual, la Corte de Apelaciones de Valparaíso acoge el recurso y dispone que la operación se lleva a efecto, condicionando la intervención a parámetros médicos y de salud de carácter objetivo. Sin embargo, este criterio fue dejado de lado posteriormente por la Exma. Corte Suprema, la que al conocer del recurso de apelación respecto del fallo previamente comentado, lo revoca haciendo las siguientes consideraciones:

El considerando Quinto señala que lo planteado en este caso es un problema de salud pública y que las autoridades pertinentes deben realizar las políticas correspondientes incluyendo su costo y financiamiento.

La consideración sexta agrega que la cirugía de reasignación sexual sobre la que versa el reclamo, al no encontrarse incorporada en el régimen de Garantías de Salud, no puede entenderse la actuación de los recurridos de ilegal o arbitraria. Razones por las que la acción de protección no puede prosperar ya que:

1) “no se dan en la especie los presupuestos de existencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales que permitan su acogimiento”

2) “atañe a las autoridades del ramo llevar a la práctica las políticas de salud diseñadas e implementadas por la Administración del Estado, en armonía con los medios que se tengan para ello y con otros parámetros que no resulta conducente desentrañar por esta vía”.

3) Porque no puede considerarse que la actuación recurrida “constituya una afectación al derecho a la integridad física y síquica, toda vez que no se desprende de

los antecedentes allegados a los autos que la cirugía pretendida por el recurrente sea la única forma de preservar los referidos derechos invocados”.

Lo expuesto hasta este punto, demuestra la incoherencia del sistema a la que nos hemos venido refiriendo. Si el criterio es la “razonabilidad” de la exigencia de que aquellas personas transexuales se sometan a cirugías mutilantes, invasivas y que vulneran derechos y garantías fundamentales de todo ser humano, es esa misma razonabilidad la que exige un sistema coherente, en el cual la ausencia de tales cirugías no constituyan un obstáculo a la posibilidad de que se modifique la partida de nacimiento de una persona en cuanto la mención del sexo, o bien, que a lo menos, en una solución menos aceptable, de seguirse con tal exigencia, a lo menos se garantice el acceso mediante el sistema público de salud a dichas intervenciones.

Lo cierto es que, lo que resulta inaceptable desde el punto de vista de la estricta lógica jurídica es que por una parte se haga una exigencia, y por otra, se niegue la posibilidad de cumplir con ella a todas las personas, ya que en última instancia, y en el estado actual de las cosas, sólo pueden aspirar a este tipo de intervenciones aquellos afortunados que eventualmente y por decisión de las autoridades hospitalarias, han logrado realizarse estas intervenciones en el sistema público, y aquellos que disponen privadamente de los recursos y medios económicos para costear particularmente el costo de las mismas.

g) Por otra parte, la situación descrita en la letra anterior da pie a analizar otra implicancia de la exigencia de cirugías de adecuación sexual que vienen estableciendo nuestros tribunales de justicia. Nos referimos a un nuevo posible ámbito de discriminación, no ya en razón de la condición de transexual de los peticionarios, sino en razón de los medios económicos que tales personas posean, ya que en definitiva, aquel que disponga de estos medios para someterse de manera particular a las cirugías de adecuación sexual que los tribunales exigen, tienen asegurado el éxito de su pretensión en orden a obtener la modificación del

sexo registral asignado al nacer, mientras que aquellos que carezcan de tales recursos, verán frustradas sus pretensiones. Lo anterior demuestra que la exigencia de los tribunales, como criterio debe necesariamente ser revisada, ya que lleva necesariamente que en definitiva el trato que el Estado da a sus ciudadanos no sea igualitario.

h) Otra de los comentarios que nos merece el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, dice relación con las inconsistencias internas que pueden apreciarse de la sola lectura del mismo. En efecto, en la medida que se avanza en la lectura de los considerandos, y cuando pareciera ser que el fallo no sólo acogerá la modificación de la partida de nacimiento en relación con el nombre del requirente, sino además en relación con la mención al sexo, finalmente no lo hace. En efecto, el fallo que estamos analizando luego de tener por acreditada la condición de transexualidad del solicitante, y luego de estimar que, acceder a la modificación del nombre registral, contrariamente a lo que han venido resolviendo nuestros tribunales de primera instancia, permite cumplir la norma del artículo 31 de la ley del Registro Civil, y lo que es más importante, luego de acceder a la modificación del nombre, no sólo por el cumplimiento de los requisitos legales, sino también porque el motivo plausible que exige la ley 17.344, se configura precisamente por “que la razón para haberse identificado con un nombre propio de mujer ante sus colegas, vecinos y amigos, es el corolario lógico de su propia identidad sexual.”, lo que implica el reconocimiento de la identidad de género del solicitante, niega lugar a la rectificación de la mención del sexo en la partida respectiva.

La situación descrita no guarda la debida armonía con las consideraciones previas. Si el requirente es transexual, si como dice el fallo, está establecido que su identidad sexual es femenina, si en atención a la interpretación que la Corte da al artículo 31 antes citado, corresponde modificar el nombre de acuerdo a su identidad de género, pues este no puede ser equivoco en relación al sexo, y que de ello debe desprenderse sin objeciones, que la Corte estima que el “sexo” del recurrente es femenino, dado que

de lo contrario no existiría entre el nombre y el sexo la armonía que exige la ley, y que finalmente el propio fallo reconoce en el considerando 9 que “la decisión adoptada en relación al cambio de nombre supone admitir que el componente psicológico de la sexualidad es determinante para los efectos de definir una verdadera identidad en ese ámbito”, no resultan coherentes estas consideraciones con lo resuelto, y en definitiva, no se logran apreciar cuales son los fundamentos jurídicos del fallo para negar lugar a la modificación del sexo registral.

i) Otro aspecto que vale la pena comentar se relaciona con el argumento de la “incerteza” que produciría la presencia de genitales externos que no se corresponden con el sexo al que el solicitante aspira le sea reconocido. Así como el tema de la “razonabilidad” de la exigencia de sometimiento a cirugías de reasignación sexual presenta otros aspectos, y que hemos expuesto previamente; de la misma manera la supuesta incertidumbre o “incerteza” que puede producir la presencia de genitales externos masculinos en el recurrente también presenta aristas que merecen comentarios:

1° Siguiendo el criterio que pretende imponer la ltima. Corte la existencia de genitales externos masculinos en la solicitante causa “incerteza” en relación con la posibilidad de que el recurrente pretenda volver a su “sexo originario”, y en relación con la posibilidad que luego exista descendencia, situación que traería aparejada dificultades y eventuales vulneraciones de derechos de terceros.

2° Sin embargo la Corte no visualiza que la situación creada a partir del fallo y del cumplimiento del mismo, necesariamente crea otras situaciones de incerteza. Algunos ejemplos pueden ilustrar lo que estamos señalando. Pensemos en todos los formularios que diariamente debemos rellenar, y en los que se exige la mención del sexo; a los destinatarios de dichos formularios necesariamente les resultará a lo menos llamativa la incoherencia entre el nombre y el sexo señalado en éste. Otro ejemplo dice relación con el uso de los baños públicos, acaso no produciría incertidumbre ver ingresar a un baño de hombres a una persona con apariencia femenina, si bien es

cierto, se puede argumentar que una persona transexual ocuparía el baño de mujeres, ¿Qué ocurriría frente al reclamo de alguna usuaria de estos servicios sanitarios? Nuestro peticionario ¿sería sancionado por ser un “hombre” ingresando a un baño de mujeres? Si nuestro recurrente hipotéticamente comete un delito, ¿no causaría incertidumbre en las policías buscar a una persona de género masculino, cuando la realidad es que presenta nombre y apariencias femeninos? Ejemplos como los propuestos existen muchos, pero los señalados bastan para estimar que la situación que el fallo crea es tan incierta como la que se trata de evitar.

j) Otros aspectos del fallo que merecen la pena destacarse se relacionan con la presencia o ausencia de genitales externos no acordes con el sexo registral. ¿En qué género encuadramos conforme al criterio de Corte al “hombre” castrado accidental? Su identidad de género permanecerá inamovible, pero es de esperar que su apariencia física en ausencia de testosterona, tienda a feminizarse, si a esto agregamos la ausencia de genitales externos masculinos, esta persona debería ser considerada por la Corte como perteneciente al género femenino, conclusión que no resulta aceptable. ¿Qué ocurriría si por decisión propia se somete a una cirugía de reasignación sexual una persona que no presenta la condición de transexualidad? Es cierto que se trata de hipótesis teóricas de muy difícil ocurrencia en la práctica, pero cuya probabilidad no es mayor que la de estimar que una persona transexual no operada, pretenda retornar a su “sexo original” como teme el fallo. A ello cabría agregar otra hipótesis que ya no es del todo teórica. Las personas XY con hiperplasia suprarrenal congénita. Como hemos señalado en otras oportunidades, este estado intersexual, se caracteriza por que quien se encuentra en él pese a tener genotipo XY, presenta una apariencia externa femenina, además en términos generales igualmente su identidad de género corresponderá a su apariencia externa, pero no necesariamente será así. ¿Cómo resolvería la ltma. Corte una petición de rectificación de partida de nacimiento en cuanto al sexo planteada por una persona que presente esta condición y que acredite que su genotipo es masculino, pero cuya apariencia externa, incluida la genital es absolutamente

femenina? Conforme al criterio establecido por el fallo que comentamos, no debería acogerse esta petición, sin una cirugía.

Todos los comentarios que hemos esbozado respecto de este fallo, nos llevan a sostener que no obstante no compartir muchos aspectos del mismo, sobretodo en relación con la exigencia de cirugías de adecuación sexual, y no obstante estimar que los criterios de los que da cuenta el fallo deben ser repensados, igualmente en ciertos aspectos la doctrina que impone la resolución del tribunal de alzada puede ser considerada un avance para la comunidad transexual, particularmente en lo que concierne a la modificación del nombre. En efecto, el fallo sienta una doctrina que resulta interesante y que en nuestro concepto va bien encaminada, la que además resulta coherente con la evolución que en el derecho comparado se ha dado. Hemos pasado de un estado en el cual no era procedente cambiar el nombre y el sexo registral de una persona sin previa cirugía de reasignación sexual, a un estado en que ambos procesos se diferencian. Al considerar el fallo que resulta evidente el nombre del solicitante “como atributo de la personalidad y componente esencial de la identidad de una persona, que determina su relación con la sociedad y que lo distingue frente a los demás, no puede ser uno de carácter masculino, ya que esto impide que el peticionario desarrolle su verdadera personalidad y se desenvuelva frente a los otros conforme a la condición sexual que reconoce para sí mismo y a través de la cual asume su proyección en la vida.”, no hace otra cosa que reconocer al nombre el carácter de derecho de la personalidad, más que un atributo de ella.

Igualmente merece destacarse el reconocimiento del aspecto psicológico como determinante en la determinación de la “identidad sexual” (nosotros diremos de género).

k) Finalmente, puede estimarse que condicionar la posibilidad de obtener la modificación de la partida de nacimiento en cuanto al sexo, al hecho de existir una cirugía de adecuación sexual, constituye una conducta atentatoria contra derechos

humanos fundamentales. Entre ellos están el derecho a la vida privada, a la integridad física y psíquica, a la libertad individual, y al derecho a formar familia, que se vería sacrificado por la encubierta exigencia de esterilización que lleva aparejada la cirugía de adecuación o reasignación sexual.

CONCLUSIONES

Las personas representan una individualidad irrepetible, única. La riqueza del ser humano precisamente radica entre otros aspectos, en el carácter singular que cada uno de nosotros posee. La diversidad humana, en todos los aspectos, nos permite generar nuestra propia identidad, y por lo tanto, lejos de constituir un elemento de segregación y discriminación, debe ser considerada como un carácter inherente al ser humano que requiere ser reconocido y respetado.

En su carácter de persona, los transexuales tienen los mismos derechos que cualquier otro individuo, derechos que se encuentran garantizados en la Constitución, los tratados internacionales y en las leyes, lo que implica que estos derechos no pueden ser desconocidos ni por los particulares, ni por el Estado o sus órganos, ni podrán estos agentes establecer discriminaciones antojadizas, que respondan al capricho o a la arbitrariedad.

A nivel social, en los diversos grupos intermedios que la integran, es posible encontrar confusión y desconocimiento en cuanto al concepto o definición de transexual y sus alcances. Así, en muchas oportunidades se confunde con otras situaciones, tales como el travestismo, la homosexualidad, la intersexualidad, o con otras nociones como la orientación sexual, todas perfectamente distinguibles de la transexualidad.

Las instituciones públicas como el Poder Judicial, el Servicio de Registro Civil, el Servicio Médico Legal, etc. han cometido errores graves en la tramitación de las solicitudes de rectificación de partida de nacimiento en cuanto al nombre y en cuanto al sexo. Así se observa en nuestro estudio de campo.

En particular, hemos encontrado que el Poder Judicial ha exigido ciertos requisitos no contemplados en la ley en este tipo de procedimientos a fin de resolver el asunto sometido a su conocimiento. Entre estos podemos mencionar el informe que el tribunal requiere del Servicio Médico Legal para la realización de pericias ginecológicas que resultan ser totalmente vejatorias para los solicitantes, y que atentan contra su derecho a la intimidad. Por su parte el Servicio de Registro Civil e identificación, emite informes que exceden las atribuciones que en este aspecto le confiere la ley, remitiendo opiniones al tribunal en cuanto a la procedencia jurídica del cambio de nombre y de sexo en las partidas de nacimiento, llegando incluso, en algunos casos, a sugerir que el solicitante debiera encontrarse intervenido quirúrgicamente bajo una operación de adecuación sexual para poder obtener dichas rectificaciones, obviando el hecho que la ley exige el informe de este servicio sólo para los efectos de que se evite la vulneración de la acción de la ley.

Al iniciar nuestra investigación pudimos apreciar que en general en la comunidad de personas transexuales existía la idea más o menos generalizada que la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia en busca de la obtención de la rectificación de las partidas de nacimiento en relación con el sexo estaba determinada por el criterio del juez de turno, debido a la ausencia de norma que regulara expresamente el asunto.

La determinación del marco jurídico de esta investigación de campo, nos llevó a la conclusión contraria, a lo menos en lo que respecta a la ausencia de norma que expresamente regule la rectificación de la mención del sexo en la partida correspondiente. En efecto, no es posible sostener que no exista norma que permita acceder a las modificaciones de rectificación de sexo registral formuladas por personas transexuales. Existe todo un catálogo de normas jurídicas tanto de nivel interno como externo que interpretadas adecuada y sistemáticamente permiten construir un derecho a la identidad y específicamente un derecho a la identidad sexual o de género, y que como consecuencia, permiten acceder a las peticiones de rectificación de nombre y de

sexo presentadas a conocimiento de tribunales por personas transexuales sin inconvenientes.

En el ámbito interno encontramos normas de carácter constitucional que establecen derechos y garantías que son aseguradas por el código político a todas las personas, entre las que se destacan el derecho a la libertad y a la igualdad en dignidad y derechos, el deber estatal de promover el bien común, el deber del Estado y de sus órganos de someter su acción a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley, el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la honra y a la privacidad, la proscripción de la discriminación arbitraria. La sola presencia de este conjunto de normas permite, interpretando sistemáticamente sus disposiciones, dar fundamento plausible a aquellas sentencias que acojan las peticiones de rectificación a las que nos estamos refiriendo.

En efecto, si el bien común es aquel conjunto de condiciones sociales que el Estado debe contribuir a crear junto con los particulares que permitan a las personas, su mayor realización espiritual y material, parece lógico concluir que este bien común debe incluir a las personas transexuales. Si ello es así, particularizando el bien común en la comunidad transexual, será deber del Estado y de sus órganos, crear y promover aquellas condiciones que permitan a las personas transexuales su máxima realización espiritual y material. Como consecuencia de lo anterior, todos estos deben contribuir al logro de este fin. Entre los órganos del estado se incluye también al poder judicial, y por tanto, el poder judicial, debe dentro de sus atribuciones aportar al logro de esta finalidad del Estado.

De nuestro estudio de campo resulta que en muchos fallos, encontramos la afirmación de que en nuestro ordenamiento existe falta de norma para regular expresamente la solicitud de rectificación del nombre y del sexo registral, sin embargo, tal como lo hemos expresado, ello no es efectivo. En consecuencia, la afirmación

sentada por dichas sentencias no interpreta adecuadamente el conjunto de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico nacional, y en ese sentido, basta con la correcta aplicación de la legislación vigente para dar una solución jurídicamente aceptable a peticiones motivo del presente trabajo.

A mayor abundamiento, se puede llegar a la misma conclusión por aplicación de las normas que regulan expresamente el cambio de nombre, cuya existencia y aplicabilidad nadie cuestiona. En efecto, respecto a la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento en relación con el sexo, acreditada la transexualidad del solicitante, y considerando que el o la solicitante se comportan socialmente de acuerdo a su sexo psicológico y no físico, se cumplen los requisitos que establece la ley para acceder sin inconvenientes al cambio de nombre, pues la situación particular del solicitante puede enmarcarse, ya sea en el uso de un nombre distinto al registral por el tiempo que establece la ley, ya sea en que el uso del nombre registral le provoca menoscabo moral. Luego, siguiendo con el razonamiento, si debe modificarse el nombre del acta de nacimiento correspondiente, bastaría con aplicar lo señalado en el artículo 31 de la Ley 4808 que indica que el nombre no debe ser equívoco respecto del sexo, es razón suficiente para exigir y en definitiva ser aceptada la rectificación solicitada.

En el ámbito externo, existen una serie de tratados internacionales que establecen una serie de garantías y derechos fundamentales, inherentes a todas las personas en su carácter de tal, los que presentan características que los diferencian de otros instrumentos internacionales, particularmente merece una especial mención su carácter autoejecutables, que permite que sean alegados directamente ante los tribunales internos. En el ámbito específico que nos ocupa, deben destacarse los principios de Yogyakarta los que amparan en especial la identidad de género, y que están llamados a constituir un pilar esencial en el respeto de los derechos de las personas transexuales.

Incorporamos a nuestro marco jurídico, además de las normas jurídicas contenidas en tratados internacionales, en la constitución y en las leyes, las fuentes indirectas, constituidas por la doctrina y la jurisprudencia, las que si bien no contienen una norma jurídica, la interpretan, sistematizan y aplican.

En relación a la doctrina de los autores, llama la atención la casi nula literatura especializada en relación a la transexualidad. En efecto los autores nacionales poco se han preocupado del tema. Nos parece que se deben hacer esfuerzos mayores que los realizados hasta este momento con el fin de, en primer lugar, entregar información adecuada respecto del tema, y en segundo lugar, con la finalidad de que con él se abra un debate de nivel jurídico que permita conjugar el conjunto de normas que hemos señalado a lo largo de esta investigación, de que los derechos que nuestra constitución y los tratados internacionales garantizan a todas las personas, se concreten en un real respeto hacia la comunidad transexual. Es de esperar que en lo sucesivo la situación descrita sea subsanada.

Por su parte la jurisprudencia de nuestros tribunales es igualmente escasa. De la muestra analizada, observamos que sólo en excepcionalísimas ocasiones nuestros tribunales superiores de justicia se han pronunciado respecto de solicitudes de rectificación de partida de nacimiento presentadas por transexuales. El tema no es menor, si además se considera que los criterios para resolver asuntos similares han sido disímiles.

La falta de impugnación de los fallos desfavorables, tanto a nivel interno como externo trae además como consecuencia negativa que el desarrollo jurídico y las soluciones que nuestro ordenamiento han dado a las pretensiones de las personas transexuales estén lejos del nivel que se ha alcanzado en otros países. Lo anterior debido a que en el sistema comparado las soluciones a las pretensiones de las personas transexuales, vinculadas fundamentalmente al acceso a las terapias quirúrgicas u hormonales, y a la modificación del sexo en los documentos personales

que han dado los diversos estados han sido precedidos por fallos de Cortes Internacionales de derechos humanos. En otras palabras, la experiencia internacional nos enseña que los Estados son reactivos y no proactivos frente al tema de la transexualidad, por lo tanto, en la medida que se mantenga la tendencia a no ejercer el poder de impugnación, es esperable que, a nivel interno tampoco existan grandes esfuerzos por dar una solución jurídica coherente con las normas internas y externas que constituyen nuestro ordenamiento.

Si bien es cierto los problemas que enfrenta y las pretensiones que persigue la comunidad transexual son transversales, en el sentido que son similares cualquiera sea el Estado del que se trate, no hay uniformidad en el derecho comparado en relación con el tema de la rectificación del sexo asignado al nacer en los documentos personales de las personas transexuales. En efecto existen diversos procedimientos, algunos judiciales otros administrativos, algunos más complejos y otros más simples, en algunos casos con legislación especialmente dictada para dar solución al tema, en otros casos en ausencia de una ley especial, por aplicación directa de la legislación común y de los tratados internacionales. El sistema comparado no sólo es disímil en relación con los procedimientos, sino también en relación con los requisitos que deben cumplirse para poder optar a la modificación del sexo registral. En este contexto la situación actual de nuestro país responde a lo que hemos denominado un sistema judicial sin legislación especial. Es precisamente el carácter no expresamente reglado que impera en nuestro país el que motiva la disparidad de criterios de nuestros tribunales al momento de pronunciarse en relación con la rectificaciones de partidas de nacimiento en cuanto al sexo, dado que al no existir una norma expresa que dé una solución evidente al problema, nuestros tribunales han buscado la solución en los principios generales del derechos por la vía de la interpretación y la integración, lo que ha redundado en que los fallos tengan por fundamento las mismas disposiciones jurídicas tanto para acoger la petición como para desecharlas, lo que en cierta manera explica la sensación de arbitrariedad con la que quedan quienes ven que sus peticiones no son acogidas frente a otras, en que en situaciones similares resultan

exitosas. Lo cierto es que desde el punto de vista lógico un mismo argumento no puede ser utilizado para fundamentar las sentencias que acogen las solicitudes de rectificación de nombre y de sexo registral, y también para fundamentar aquellas sentencias que rechazan tales peticiones. Este hecho evidente en nuestra investigación, es indicativo de que las sentencias que resuelven este tipo de solicitudes carecen de verdadero fundamento jurídico; la sola referencia a normas jurídicas no es fundamento si no va acompañada de un razonamiento jurídico que justifique la resolución.

Debe considerarse por una parte que la prueba que se agrega al expediente, es la que en definitiva permite tener por acreditados ciertas circunstancias o hechos, y que son precisamente los hechos acreditados los que permiten al juez lograr el grado de convicción necesario para resolver el asunto sometido a su juicio, y los que justifican y dan sustento a la resolución.

La lectura detallada de los fallos analizados en el presente trabajo demuestra que en casi la totalidad de ellos, tanto los que acogen como los que rechazan las solicitudes sometidas a decisión del tribunal se limitan simplemente a señalar la prueba rendida, sin interrelacionar la prueba agregada. Como consecuencia de lo anterior, los fallos no se bastan a sí mismo, no explican en general cual es el fundamento de la parte resolutive y por lo tanto los solicitantes quedan expuestos a la arbitrariedad más absoluta, basada en una pseudo interpretación de las normas jurídicas existentes.

Para los efectos de nuestro análisis, en el plano teórico encontramos fallos en los que con prueba rendida en un sentido, la resolución se dicta en el sentido diverso. En este sentido es posible distinguir diversas situaciones:

- i) Fallos en los que se agrega prueba favorable al cambio o modificación de la partida de nacimiento, sin embargo el fallo rechaza la solicitud.
- ii) Fallos en los que se agrega prueba favorable al cambio o modificación de la

partida de nacimiento, y el fallo acoge la solicitud.

- iii) Fallos en los que se agrega prueba sustantiva y el fallo acoge la petición
- iv) Fallos en los que no se agrega prueba sustantiva y el fallo rechaza la solicitud

Si bien es cierto, la crítica en cuanto a la pobreza de contenido de los fallos es transversal a las sentencias favorables como a las desfavorables a la pretensiones de los solicitantes, en este último caso presentan el agravante que la ausencia de los argumentos jurídicos y fácticos que deben justificar la resolución, impiden lograr lo que Carlos Cerda denominó “la sociabilización de la sentencia”²⁴³, y que se refiere al fenómeno de la aceptación y conformidad de los intervinientes en un proceso, con los resuelto en definitiva. Este proceso de sociabilización, requiere de argumentos sólidos que expliquen lo resuelto de manera clara, con el fin de que los destinatarios de la decisión puedan comprender los motivos de ésta, conocerlos y aceptarlos. Este efecto se puede apreciar en muy pocas sentencias, puesto que en la mayoría de ellas no hay sociabilización del fallo, ni puede haberlo en donde no abundan argumentos que justifiquen lo resuelto. En este sentido de los 19 fallos analizados, las sentencias que interrelacionan la prueba para justificar su decisión son las dictadas en el 7° Juzgado Civil y en el 17° Juzgado Civil, que siguen la lógica de las sentencias definitivas de los asuntos contenciosos de manera clara; en la parte expositiva resumen la pretensión y los argumentos del solicitante, exponen y señalan las pruebas rendidas, analizan y ponderan el medio, sacan conclusiones, y en definitiva construyen un argumento para dar razón de la parte resolutive del fallo. En los demás casos no es posible apreciar este desarrollo.

Además es posible constatar que al revisar las sentencias dictadas por los Tribunales civiles de Santiago, es viable determinar que existe un patrón de exigencias, efectuadas por éstos, en la tramitación de las solicitudes de cambio de nombre y sexo por parte de personas transexuales, que resultan absolutamente arbitrarias. El análisis

²⁴³ Carlos Cerda Fernández. “La Iuris Dictio” Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile. 1992

de los diversos medios de pruebas que fueron incorporados a los procedimientos objeto de nuestro análisis fundamenta la afirmación precedente.

Entre estos requisitos tenemos:

1° La exigencia del Informe de Servicio Médico Legal

2° La exigencia de que el solicitante se encuentre intervenido quirúrgicamente con una operación de adecuación sexual.

3° La exigencia que el solicitante no tenga descendencia

En cuanto en la exigencia de informes del Servicio Médico Legal, (requisito que fue pedido en casi todos los casos), es absolutamente discriminatoria y atentatoria de nuestra Carta Fundamental por ser arbitraria e ilegal. Arbitraria porque no aplica el mismo criterio respecto de las solicitudes de cambio de nombre de las personas que no son transexuales, e ilegal porque este requisito no está contenido en la ley.

Al respecto, la exigencia de tales exámenes no es necesaria, ya que como lo hemos señalado, no existe norma legal que así lo exija y se vulnera con esta exigencia garantías fundamentales como el derecho a la vida privada, pero además, desde el punto de vista estrictamente procesal resulta improcedente su exigencia, pues se refiere a un aspecto que él o la solicitante no han dado competencia al tribunal en su petición. En efecto, si él o la solicitante se han sometido a una intervención de adecuación o reasignación sexual no es necesario exigir este examen, porque este aspecto puede acreditarse mediante otras probanzas, y si, por el contrario, el o la solicitante no se han sometido a intervención adecuadora, parece ilógico la exigencia para acreditar aquello que no ha sido alegado por el solicitante. Si no existe intervención, no es necesario el examen ginecológico para dar cuenta de una realidad que el propio solicitante reconoce o por lo menos no alega.

Es cuanto a los informes mentales emitidos por este servicio, los que podría entenderse que se exigen y se emiten para reafirmar el diagnóstico de transexualidad

del solicitante, son innecesarios, ya que basta con que el solicitante acompañe al juicio informe o certificado médico que acredite su condición.

En relación al contenido del informe, no existe una tendencia clara de nuestros tribunales respecto de él ya que, como hemos podido apreciar se han solicitado en algunos casos informes ginecológicos, en otros casos se ha requerido información ginecológica y psiquiátrica, y en otras oportunidades se solicita agregar además al informe antecedentes de carácter psicológico, etc. Las razones de esta dispersión no pueden establecerse con claridad.

Un análisis más completo requiere determinar las razones que fundamentan la petición de tales informes, sin embargo, en el ámbito de la especulación fundada, resulta claro que los mencionados informes tienen como antecedente una concepción estática del sexo, determinado por la genitalidad, segregando a un segundo plano el aspecto psicológico y otros factores determinantes del sexo de una persona, dado que de otra manera no se puede explicar la exigencia de exámenes ginecológicos.

Por su parte, la exigencia implícita de nuestros tribunales civiles de Santiago, hecha al solicitante en orden a haberse sometido a intervenciones quirúrgicas de reasignación o adecuación sexual para acceder a la solicitud, como requisito para que la pretensión de los solicitantes sea acogida tampoco resulta procedente a la luz de las normas de nuestro ordenamiento jurídico.

Esta afirmación se basa en el hecho que del análisis de los fallos incluidos en la muestra analizada, encontramos que existe una relación directa entre la existencia de una cirugía de adecuación sexual, y el resultado favorable de la solicitud. Lo anterior queda demostrado en que a lo menos un 92,31 % de las sentencias estudiadas, los peticionarios se encontraban sometidos a alguna intervención quirúrgica. Hemos utilizado la expresión “a lo menos”, debido a que el hecho que en una de las sentencias no se haga referencia alguna a intervención quirúrgica alguna, no implica

necesariamente que ella no exista, de manera que la relación entre cirugías de adecuación sexual y resultado favorable de las solicitudes de cambio de nombre y sexo registral tiene como piso un 92,31 % indesmentible, pero podría alcanzar al 100 %, por las razones señaladas. Esta aseveración queda ratificada al analizar los fallos desfavorables de los cuales se constató que en todos ellos el solicitante no registraba intervención quirúrgica alguna.

Esta exigencia parte de dos premisas, la concepción estática del sexo y la invariabilidad sexual, sin considerar el aspecto psicológico, el aspecto físico no genital, ni la forma del comportamiento sexual del o la solicitante. Asimismo se deja fuera de todo análisis las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, de no discriminación, de respeto a la vida privada etc.

Del análisis de los fallos de la muestra, es posible afirmar que muchos casos el tribunal, sin perjuicio de reconocer el cumplimiento de los requisitos que a lo menos hacen procedente el cambio de nombre, igualmente señala que tal pretensión no debe acogerse, debido a que el solicitante no se encuentra sujeto a la adecuación de sus órganos sexuales mediante la intervención quirúrgica correspondiente, con lo que se demuestra que, el tribunal considera requisito necesario para acceder tanto al cambio de nombre, como la modificación del sexo asignado al nacer, las intervenciones quirúrgicas invasivas de adecuación o modificación sexual.

La exigencia de intervenciones quirúrgicas invasivas no sólo implica discriminar a las personas transexuales en relación con aquellas personas que sin ser transexuales requieren la rectificación de partida de nacimiento, sino que también se discrimina en relación con aquel grupo de personas transexuales que por diversas razones sí han podido acceder a este tipo de intervenciones. Lo anterior es importante por el hecho que el sometimiento a las cirugías de adecuación sexual está determinado por la capacidad económica del solicitante, toda vez que como hemos señalado anteriormente, este tipo de operaciones quirúrgicas no están disponibles por regla

general en el sistema público; pero también el acceso a estas cirugías está determinado por otros aspectos como la salud del paciente. En resumen es arbitraria la exigencia de los tribunales en cuanto distingue entre personas con capacidad económica, de aquellas que no la tienen, y también distingue entre aquellos transexuales con salud suficiente para someterse a este tipo de tratamiento y aquellos que por razones de salud no pueden ser sometidos a ellos.

Finalmente resulta de la muestra que existe una tendencia de nuestros tribunales al pronunciarse sobre las peticiones de rectificación de partidas de nacimiento presentadas por personas transexuales, a fundamentar el rechazo a tales peticiones en el hecho que la inexistencia de cirugías de modificación o adecuación sexual no impide a los solicitantes engendrar descendencia. No solo se trata de otro requisito que no tiene fundamento jurídico válido, sino que con este argumento se olvida que esta cuestión no estuvo sometida a su decisión, escapando a la competencia subjetiva que el solicitante le confirió en su petición y que en el caso de tratamientos hormonales de adecuación, estos conllevan la infertilidad del solicitante.

En lo que a nosotros respecta, resulta peligrosa la afirmación que arbitrariamente hacen los sentenciadores, no solo por atribuirse facultades de las que carece, sino también porque que pueden sentar un peligroso precedente en las decisiones jurisprudenciales en torno al tema en el futuro.

Por otra parte es posible concluir que el Servicio de Registro Civil, al evacuar los informes que conforme a la ley exigen los tribunales para resolver las solicitudes de rectificación de partidas de nacimiento en relación con el nombre y con el sexo asignado al nacer, excede las facultades y el marco que le establece la ley. Lo anterior porque no corresponde al servicio pronunciarse en relación con la posibilidad jurídica de acceder a un cambio de nombre y sexo registral; ello no sólo porque no se encuentra dentro de su competencia, sino porque se trata del fondo de la pretensión sometida al conocimiento y fallo del tribunal, y en consecuencia, de una facultad

privativa del órgano jurisdiccional. El sentido del informe queda de manifiesto en la propia ley, vinculando el contenido de éste con la posibilidad de que mediante la modificación de las partidas y particularmente el nombre (que corresponde a la hipótesis expresamente regulada) se vulnere el ordenamiento jurídico, especialmente en relación con delitos y penas. En ninguna parte la ley le da facultades al Registro Civil para emitir pronunciamientos en cuanto a la admisibilidad de las peticiones de modificación del sexo registral.

Por las mismas razones señaladas resulta igualmente improcedente desde el punto de vista estrictamente jurídico que el informe condicione la modificación de la partida al hecho que el o la peticionaria se someta a una intervención de adecuación sexual.

En un país como en nuestro, excesivamente normativista, en el que se ve en la dictación de normas la solución a casi todos los problemas, no resulta extraño que se haya buscado precisamente en la dictación de nuevas normas que expresamente regulen el cambio de nombre y de sexo registral de personas transexuales, así, en la actualidad se han buscado soluciones por esta vía con dos proyectos de ley que actualmente descansan en el Congreso, sin embargo estimamos que esta vía es absolutamente innecesaria, ya que las disposiciones actuales permiten acoger sin sujeción a requisitos especiales las solicitudes de rectificación de partida de nacimiento por parte de personas transexuales. La adecuada solución a las pretensiones de rectificación del nombre y del sexo registral no requiere de que se modifique el ordenamiento jurídico vigente, sino que pasa por generar conciencia en todos los niveles de nuestra sociedad en base a la información actualizada respecto de la transexualidad, y aplicar correctamente el conjunto de normas que resultan procedentes interpretándolas adecuadamente por parte de nuestros tribunales. Se debe tender a eliminar el “contexto discriminatorio”, a discutir el tema de la rectificación de las partidas de nacimiento respecto del nombre y del sexo hechas por personas transexuales a nivel de nuestros tribunales superiores de manera continua, lo que permitiría llegar incluso a instancias internacionales en busca de una solución

jurídicamente aceptable.

Sin embargo, en el evento que se quiera insistir en la modificación de la ley, resultaría más efectivo y provechoso, que la modificación legal esté orientada a traspasar el procedimiento de cambio de nombre y sexo registral de la sede jurisdiccional a la sede administrativa, mediante un procedimiento que sólo se exija para obtener un resultado favorable a la pretensión, que se acompañe un informe de una comisión de peritos funcionarios, cuya integración sea regulada, y que permita acreditar al órgano administrativo la condición de transexual del solicitante, financiada por el Estado, con carácter gratuito para el solicitante, con la finalidad de dar real acceso a todas las personas transexuales a la posibilidad de la modificación de sus datos registrales.

BIBLIOGRAFIA

I REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DE MATERIAL IMPRESO

1. BAEZA OVALLE, Gonzalo. Tratado de Derecho Comercial. Santiago, Chile, Editorial jurídica Lexis Nexis, 2003.
2. BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. 8° edición, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2004.
3. BUSTOS MORENO Y. La transexualidad. Madrid. España. Editorial Dykinson S.L. 2008.
4. CANCADO TRINDADE Antonio. El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2006.
5. CASTILLO ROBLES C, PRIEGO Cuadra, T. A. FERNANDEZ Jesús. 2003. El Proceso de diferenciación sexual. Página 14. En: Transexualidad. La búsqueda de una identidad. Madrid. España. Ediciones Díaz de Santos S.A. 2003.
6. CERDA FERNANDEZ, Carlos. "La Iuris Dictio" Primera Edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1992.
7. CEA EGAÑA, José. "Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno" En "Practica Constitucional y Derechos Fundamentales" Colección de Estudios N° 5. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. 199-, Pág. 49.
8. CORRAL TACIANI Hernán, Revista de Derecho y Ciencias Penales (U. San Sebastián), 9, 2007, pp. 79-85.

9. Diccionario de La Real Academia Española. 22ª Edición. Año 2001.
10. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Espasa Calpe. España. 2004.
11. ESTEVA DE ANTONIO I. Y GOMEZ E. El proceso de diferenciación sexual en el ser humano y sus anomalías: Los Intersexos. Página 38. En: Ser transexual. Barcelona, España, Editorial Glosa,.2006. Pág. 37-54.
12. EVANS ESPÍÑEIRA, Enrique. La Constitución Explicada, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2006, pág. 40.
13. FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2007. Los Derechos Humanos de las minorías sexuales. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos 2006: 289-290.
14. FERNÁNDEZ, SESSAREGO, CARLOS, Derecho a la identidad personal. Buenos Aires, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1992., p.108.
15. FERNÁNDEZ SESSAREGO C., Persona, Personalidad, Capacidad, Sujeto de Derecho: Un reiterado necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI. Revista Jurídica del Perú. (28): 2001. p. 64.
16. FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, Derecho civil de la persona, del genoma al nacimiento, Santiago, Chile, editorial Jurídica de Chile, 2001, p.260.
17. FLORES MARTINEZ C. y VEGA DIAZ V. 2004. Discriminación por orientación sexual. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p 80.

18. GALIMBERTI U. Diccionario de Psicología. Buenos Aires. Argentina. Siglo XXI editores. 2002. p 1081.
19. GARCÍA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho; citado por Máximo Pacheco. Teoría del Derecho, quinta edición. Chile, Editorial jurídica de Chile, 2004, p 362.
20. GIBERTI, Eva, “Transgéneros: síntesis y aperturas” en “Sexualidades migrantes: Género y transgénero”, Buenos Aires, Argentina, Feminaria Editora, 2003. p 33.
21. GOMEZ GIL, COBO GÓMEZ Y GASTÓ FERRER. Aspectos históricos de la Transexualidad. Pág. 98. En: Ser transexual. Barcelona, España, Editorial Glosa, p. 73-102.
22. GÓMEZ GIL E., ESTEVA DE ANTONIO I, BERGERO MIGUEL T. La transexualidad, transexualismo o trastorno de la identidad de género en el adulto. 2006.
23. GOMEZ GIL E., ESTEVA DE ANTONIO; “Ser transexual”. Barcelona, España, Editorial Glosa, 2006. p. 43.
24. GOOREN Louis. 1988. El transexualismo: veinte años de experiencia.¿De un pecado a una enfermedad, de una enfermedad a una condición? En: BOTELLA LLUSÍA J y FERNANDEZ DE MOLINA A. La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales. Madrid – España. Ediciones Díaz de Santos S.A. p. 256.
25. LYON PUELMA, Alberto. Personas Naturales. Tercera Edición. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile. 2007. p. 17.

26. MAINE G, SILVIA y MONTALDO INÉS, Identidad identificación, in documentación. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, (X,1998, Mendoza, Argentina), Mendoza , Argentina, Universidad de Nacional de Cuyo, Mendoza, año 1998, mimeógrafo, pág.4.
27. MANUAL DIAGNÓSTICO Y ESTADÍSTICO DE LOS TRASTORNOS MENTALES de la American Psychiatric Association.
28. MATURANA, Cristian. Derecho Procesal Orgánico. Pág. 147. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2003
29. MATURANA MIQUEL, Cristian. Derecho Procesal Orgánico. Separata. Facultad de Derecho Universidad de Chile año 2009, p. 86.
30. MEDINA QUIROGA. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en Derechos Humanos. Selección de Tratados Internacionales y Recomendaciones de Organismos Internacionales a Chile. Corporación Humanas. Santiago 2006. Pág. 47
31. MONEY J. Sin sickness or status? Homosexual gender Identity and psychoneuroendocrinology. American Psychologist. 42: 384 y siguientes. Citado por LOPEZ-GALIACHO. 1988. Problemática Jurídica de la Transexualidad. Madrid. McGraw-Hill, 1987. Página 52.
32. NASH ROJAS, Claudio E. “Acceso a la Justicia Internacional” material preparado para los alumnos y alumnas del Diplomado Internacional “Los Nuevos Desafíos del Estado de Derecho”, julio de 2007, Asunción Paraguay. Pág. 3
33. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Dogmatica Constitucional” Editorial

Universidad de Talca, Marzo 1997, pág. 140.

34. OLEA JORQUERA MACARENA, OLIVA MOL PAULA Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales “DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL Y SUS PROBLEMAS LEGISLATIVAS” Universidad de Chile, pág. 10, 2006

35. P. Nikken, La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su Desarrollo Progresivo, IIDH – Editorial Civitas SA, Madrid, 1987. Citado por MEDINA QUIROGA en Óp. Cit. pág. 4

36. PACHECO G. Máximo. Teoría General del Derecho. Quinta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2004. Pág. 29.

37. PALAVECINO, Adriana, “El derecho a la identidad de las personas transgéneras”, pág.14. Exposición en el Primer Encuentro Académico Latinoamericano de Justicia, Género y Sexualidad, realizado en Santiago de Chile los días 13 y 14 de julio de 2009

38. PATTI, S. y WILL, M. R. 1986. Mutamento di sesso e tutela della persona. Cedam Padua. Citados por FERNANDEZ SESSAREGO. 1990. Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas. Lima. Perú. Universidad de Lima. Pág. 12.

39. PEREIRA ANABALON, Hugo. Curso de Derecho Procesal Tomo I. Derecho Procesal Orgánico. Páginas 151. Editorial Jurídica Conosur, Santiago. Chile

40. RÍOS LABBÉ, Sebastián. La protección civil del Derecho a la Intimidad. Editorial Lexis Nexis. Chile 2003, pág. 10

41. ROVIRA Loscos, Adela. Los Estados Intersexuales. Página 33. En: ANTONIO

BECERRA-FERNANDEZ. Transexualidad. La búsqueda de una identidad. Ediciones Díaz de Santos S.A. Madrid. España. 2003

42. SLAUGHTER, Anne-Marie. "A Global Community of Courts", Harvard International Law Journal N° 44, pp. 192 y ss. (2003) citada por Lorca Muñoz Lorena en Nota al pie de página N° 3 de la solicitud de modificación de partida de nacimiento del transexual P.R.C.C. patrocinada por la Clínica Jurídica de la Universidad de Chile. Autos rol V-233-2009 tramitada ante el 20° Juzgado Civil de Santiago.

43. SQUELLA NARDUCCI; Agustín. Introducción al Derecho. Editorial jurídica de Chile. Año 2000, pág. 206

44. Taller de sensibilización dirigido a Diputados del Honorable Congreso Nacional de México. (2007, La Unión, México). "Derechos Humanos y Civiles para Transexuales y Transgéneros", Pág. 29

45. TRUYOL Y SERRA, ANTONIO. Los Derechos Humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales. Editorial Tecnos, Madrid 1984, Pág. 11. Citado por VIVANCO, ANGELA EN "Curso de Derecho Constitucional" Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo I, año 2002, Pág. 406.

46. VALLEJO Ruiloba J. 2006. Introducción a la Psicopatología y a la Psiquiatría. Barcelona. España. Ed. Masson. Pág. 207

47. VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Derecho Constitucional. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición 1999. Pág. 121-122.

48. VIVANCO, ANGELA EN "Curso de Derecho Constitucional" Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo I, año 2002, Pág. 406.

II REFERENCIAS DE RECURSOS BIBLIOGRAFICOS EN LINEA

1. BEUCHOT, MAURICIO. La ley natural como fundamentación filosófica de los derechos humanos Hermenéutica analógica y ontología. [En línea] VERITAS, N° 25 (Septiembre 2011) 27-37, México. <http://www.revistaveritas.cl/wp-content/uploads/2011/09/art02.pdf>. [Consulta: 10 diciembre 2011]
2. BORRÁS PATRICIA, Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios [en línea] Montevideo, Uruguay, Estudio Notarial Machado: <http://www.estudionotarialmachado.com/index.php/apoyo/trabajos-sobre-derecho/46-typography>. [Consulta: 06 junio 2010].
3. CIEZA MORA JAIRO, El cambio de sexo y el derecho. A propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Peruano EN:<http://www.derechoycambiosocial.com/revista010/transexualidad.htm>. [Consulta: 10 diciembre 2011].
4. CORREA TALCIANI, HERNAN. El Concepto Jurídico de Persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida. Ius et Praxis v.11 n.1 Talca 2005. En línea: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122005000100003&lng=es&nrm=iso. [consulta: 20 enero 2012].
5. DURANTI, Ricardo. Nociones Generales sobre sexualidad. En: Atención de la salud de personas travestis y transexuales. [en línea]. Buenos Aires, Argentina. página 10. Equipo de Comunicación Social de la Coordinación Sida. [En línea] <http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/salud/sida/publicaciones/atencion_personas_t

ravestis_y_transexuales.pdf>. [consulta: 06 junio 2010]

6. ESPINOZA Espinoza, Juan, "Derecho de las Personas", Gaceta Jurídica, Cuarta Edición, 2004, pág. 282. Citado en nota al pie de página N° 14 por Cieza Mora, Jairo, EL CAMBIO DE SEXO Y EL DERECHO A PROPOSITO DE LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO en: http://www.derechocambiosocial.com/revista010/transexualidad.htm#_ftnref15.

[Consulta: 10 diciembre 2011].

7. HAMMARBERG Thomas, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. 2009. Derechos Humanos e Identidad de Género. [en línea]. Estrasburgo. CommDH/IssuePaper(2009)2. Versión original en inglés, pág 4. <http://www.carlaantonelli.com/derechos-humanos-transexuales-europa.pdf>. [Consulta: 7 agosto 2010].

8. PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO. 2007. Página 6. [en línea] http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf [consulta: 7 agosto 2010].

9. QUAINI Fabiana Marcela, "El cambio de sexo en el extranjero", En: <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2008/03/el-cambio-de-sexo-en-el-extranjero.html>. [Consulta: 07 agosto 2010].

10. RODRIGUEZ Campos R. El cambio de nombre como manifestación del derecho a la identidad personal en el caso de los transexuales. Pág. 6 [en línea] <<http://www.justiciayderecho.org/revista5/articulos/33%20El%20cambio%20de%20nabr>

e%20como%20manifestacion%20del%20derecho%20a%20la%20identidad%20personal%20en%20el%20caso%20de%20los%20transexuales%20Rafael%20Rodriguez%20Ca.pdf>. [consulta: 07 agosto 2010].

11. RODRIGUEZ CAMPOS, Rafael. "El cambio de nombre como manifestación del derecho a la identidad personal en el caso de los transexuales" En: <http://agoraabierta.blogspot.com/2010/01/el-cambio-de-nombre-como-manifestacion.html>. [Consulta: 07 agosto 2010].

12. SIVERINO BAVIO, Paula. Abogada, especialista en Bioética. Profesora de Derecho Civil y Bioética de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Identidad de género, un tema de Derechos Humanos. En: <http://www.enfoquederecho.com/?q=node/303/>. [Consulta: 10 noviembre 2010].

13. VERBAL, Valentina. La transexualidad ¿un trastorno mental? [en línea]. Incide poder ciudadano.<<http://www.incide.cl/03/11/2010/la-transexualidad-%C2%BFun-trastorno-mental>> [consulta 10 Noviembre 2010].

ANEXOS

SENTENCIAS

TRIBUNAL	: 2° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-196-2005
SOLICITANTE	: EPTL
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Masculino a Femenino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: - Informe Médico Legal - Informe Registro Civil - Información Sumaria de testigos
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Acoge cambio de nombre y sexo -Dictada 11 de octubre de 2007 -Inelie Durán Madina, Juez Titular.
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: No hay
OPERADO	: Genitoplastía Feminizante

Santiago, jueves once de octubre de dos mil siete

VISTOS: Don EPTL, cesante, domiciliado en xxxxxxxxxxxxxxxx, comuna de Quilicura, solicita se rectifique la partida de nacimiento, correspondiente a la inscripción N° 863 del año 1969 de la Circunscripción de Parral, señala que el nombre con el que aparece en su partida nacimiento, es el señalado, pero desde hace más de quince años que es conocido por el nombre de “Ana María”, con fecha 8 de abril de 2005, se sometió a una intervención quirúrgica de Genitoplastía feminizante en el Hospital Carlos Van Buren.

Funda su petición en que actualmente es mujer, pero el hecho de tener un nombre masculino, le ha acarreado una serie de problemas, sobre todo psicológicos, siendo objeto de burlas y discriminación tanto en el ámbito social como laboral, llamándole por diversos apodos lo que le causa gran agravio.

Confirma su petición con el informe médico legal N° 2056-06 que rola de fojas 59 a fojas 66, que concluye diciendo: que don EPTL, tiene antecedentes de Genitoplastía Feminizante en el año 2005, pues presentaba un Trastorno de la Identidad Sexual, desde la infancia de tipo transexualismo. En su informe el Registro Civil e Identificación, deja ver que no existe norma legal para regular el cambio de sexo, por lo

que le corresponde al Juez de la causa resolver acerca de que si procede o no la rectificación solicitada.

Teniendo presente: el mérito de los documentos acompañados, Informe del Servicio Médico Legal que rola a fojas 59 a 66, información sumaria de testigos que rola de fojas 59 a 66, información sumaria de testigos que rola a fojas 14, publicación en el Diario Oficial N° 38.540, de fecha 16 de agosto de 2006, informe del Servicio de Registro Civil e Identificación que rola a fojas 70, y lo dispuesto en los artículos 817 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, artículo 31 de la Ley N° 4808, que dice relación que: el nombre debe ser concordante con su sexo, inciso 2° letra b) del artículo 1° de la Ley 17.344, Se declara:

Se hace lugar a la solicitud de lo principal de fojas 6, debiendo el Oficial del Registro Civil de la Circunscripción de Parral, rectificar la partida de nacimiento N° 863 del año 1969 correspondiente a don EPTL, en el sentido de establecer que el inscrito es : AMTL, sexo femenino, y no como ahora aparece.
Rol 196-2005

Anótese y dése copia

DICTADA POR DOÑA INELIE DURAN MADINA, JUEZ TITULAR

TRIBUNAL	: 2° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-159-2007
SOLICITANTE	: DJAB
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Masculino a Femenino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: - Certificado Médico - Informe Médico Legal - Informe Registro Civil - Información Sumaria de testigos
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Acoge cambio de nombre y sexo -Dictada 28 de abril de 2008 -Inelie Durán Madina, Juez Titular.
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: No hay
OPERADO	: Genitoplastía Feminizante

Santiago, veintiocho de abril de 2008

VISTOS:

DON VICTOR LEYTON A. abogado, domiciliado para estos efectos en Faustino Gazziero N° 2467, Mirador Viejo, Independencia, en representación según poder acompañado de don DJAB, Técnico Agrícola domiciliado en xxxxxxxxxxxxxx, Región Metropolitana, solicita cambio de nombre y sexo, en la partida de nacimiento N° 1094, del año 1971, de la circunscripción El Puerto, correspondiente a DJAB, sexo masculino, en el sentido de establecer que el inscrito es MIAB, de sexo femenino. Al efecto acompaña certificado emitido por el médico cirujano don Guillermo Mac Millan Soto, Ministerio de Salud, Servicio de Salud Valparaíso, San Antonio, Hospital Van Buren de fecha 6 de julio de 2007, que da cuenta que el solicitante enviado por Psiquiatría con Diagnóstico de Transexualismo de psiquis femenino, vive como mujer desde hace 6 años y ha logrado feminización física, Global, satisfactoria, motivos por lo que se le ha sometido a intervención quirúrgica de genitoplastía feminizante el 15 de junio de 2007.

Teniendo presente: el mérito de los documentos acompañados, de fojas 1 a 6, información sumaria de testigos que rola a fojas 20, 21, publicación en el Diario Oficial N° 38887, de fecha 16 de octubre de 2007, Informe del Registro Civil e Identificación que rola a fojas 30 e informe de sexología forense N° 3221-

2007, en el que se concluye que presenta genitales exteriores de aspecto femenino, secundario a una cirugía plástica, que se encuentra guardado en custodia con el N° 18037, y lo dispuesto en los artículos 817 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y letra b) inciso segundo del artículo primero de la Ley 17.344. Se declara:

A) Se hace lugar a la solicitud de lo principal de fojas 9 debiendo el Oficial del Registro Civil de El Puerto, rectificar la inscripción 1094 del año 1971, correspondiente a don DJAB, en el sentido de establecer que el inscrito es MIAB, y no como ahora aparece.

B) El sexo deberá aparecer en dicha inscripción como femenino, con anotación marginal, que dicho cambio lo es desde el 15 de junio de 2007. Asígnasele el Rol N° 159-2007.

Anótese y dése copia.

DICTADA POR DOÑA INELIE DURAN MADINA, JUEZ TITULAR.

TRIBUNAL	: 4° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-91-2007
SOLICITANTE	: RRRM
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Masculino a Femenino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: - Certificado Médico - Informe Médico Legal - Informe Registro Civil - Información Sumaria de testigos
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Rechaza cambio de nombre y sexo -Dictada 31 de diciembre de 2008 -María Paula Merino Verdugo, Juez Titular.
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: -Revoca Sentencia de primera instancia -Sólo accede al cambio de nombre no del sexo
OPERADO	: Sin operación de reasignación sexual

Santiago, treinta y uno de Diciembre de dos mil ocho

Vistos:

RRRM, estilista, domiciliado para estos efectos en calle República N° 105, Santiago, deduce solicitud de cambio de nombre y sexo registral, fundado en que desde muy temprana edad ha manifestado una tendencia sexual que no se condice con aquella biológica, siendo actualmente conocido con el nombre de ARM.

Indica que ha sufrido discriminación y humillaciones por su condición sexual ya que no se condice con su inscripción en el Registro Civil, razón por la que ejerce la presente acción a fin de que, en definitiva ésta sea reemplazada por aquel nombre que actualmente utiliza y se la consigne además como sexo femenino.

Considerando:

Que el actor deduce la presente solicitud de cambio de nombre y de sexo registral, fundado en que desde muy temprana edad ha manifestado una tendencia sexual que no se condice con su sexualidad biológica, siendo actualmente conocido con el nombre de ARM.

Señala que ha sufrido discriminación y humillaciones por su tendencia sexual que no se condice con su

inscripción en el registro civil.

Indica que el haber asumido una condición femenina le ha dado mayor seguridad y estabilidad emocional, mejorando notablemente su plan de vida.

En atención a que el artículo 1° letras a y b de la ley 17.344 autoriza el cambio de nombre cuando éste causa menoscabo moral o material, y además si ha sido conocido por más de cinco años con uno distinto, considera pertinente su acción pues lo consignado en la norma es lo que sucedería en los hechos.

Siendo el nombre un atributo de la personalidad y como tal su finalidad es la de fijar la identidad de una persona en las relaciones de ésta, tanto con la sociedad y su generalidad como con el Estado, de tal manera que la hace diferenciarse de otros, constituye un factor distinto y no de homologación.

Sustenta además sus peticiones en las ideas concernientes al derecho al nombre y a la identidad, el derecho a la identidad sexual, el derecho a la salud y a la dignidad, citando el preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica en términos de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos”.

Que a fojas 14 consta publicación que ordena el artículo 2 de la ley 17.344, extracto de la solicitud en el Diario Oficial con fecha 16 de agosto de 2007, sin que se dedujera oposición dentro del término legal.

Que a fojas 17 constan información sumaria de testigos que deponen señalando que conocen al solicitante por más de cinco años con el nombre de Alison, además de su condición sexual la que merece ser reconocida y valorada.

Que a fojas 25 el Servicio de Registro Civil e Identificación evacua informe sobre la solicitud del peticionario señalando que la rectificación de las inscripciones de nacimiento sólo se autorizan cuando adolezcan de omisiones o errores manifiestos, lo que no ocurre en la especie.

Respecto del cambio de nombre no se encuentran acreditadas ninguna de las causales que autorizan dicho cambio, debiendo ser el nombre de una persona concordante con su sexo, de acuerdo al artículo 31 de la ley N° 4.808.

No habiendo antecedentes de cambio de sexo mediante intervención quirúrgica, la que tendría incidencia directa en la partida del interesado, la solución del caso enunciado no se encuentra regulada en nuestra legislación de modo expreso, pues sólo procede cambiar el sexo registral a las personas que se han sometido a una intervención quirúrgica para tal efecto.

Que, según el artículo 31 de la ley 4.808, que señala “No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje.”

Que, el artículo 1° de la Ley N° 17.344 contempla como causal que autoriza el cambio de nombre en su letra a) cuando éste menoscabe o ridiculice a una persona.

Que, la letra b) del artículo citado autoriza el cambio de nombre si la persona que lo solicita acredita que

ha sido conocida por motivos plausibles con uno distinto al legal por un período superior a 5 años.

Que, conforme a lo preceptuado, la pretensión del actor en cuanto a cambiar su nombre resulta improcedente como indican los informes evacuados.

Es así como aquel emitido por el Servicio Médico Legal indica que si bien el solicitante luce a simple vista un aspecto femenino, presenta genitales externos e internos masculinos, debiendo para la reasignación de sexo indispensablemente completar el tratamiento quirúrgico y de cirugía plástica para efectuar una neovagina.

Misma cuestión plantea el Registro Civil al evacuar su propio informe en cuanto que, aún cuando hay ausencia de norma que regule la situación de cambio de sexo, el juez debe resolver pero sólo tratándose de personas que se han sometido a una intervención quirúrgica, lo que no sucede en la especie.

Que acorde a ello, el acceder a la petición de cambio de nombre resulta también contraria a derecho pues consignar en definitiva en la respectiva inscripción de nacimiento a Alison RM, como de sexo masculino, resulta ser equívoco.

Que en consecuencia, no concurren en la especie las circunstancias necesarias y pertinentes para acoger la petición del actor, como será indicado en lo resolutivo.

Y visto lo dispuesto en las leyes N° 17.344, N° 4.808; artículos 160, 170 y 826 y siguientes, todos del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

Se rechaza la solicitud de cambio de nombre y de sexo registral deducida a fojas 5 por don RRRM.

Regístrese.

PRONUNCIADA POR DOÑA MARIA PAULA MERINO VERDUGO,
JUEZ TITULAR

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Rol Ingreso Corte: 2541-2009

Santiago, veinticinco de junio de 2009.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus últimos cinco párrafos, que se eliminan.

Y teniendo en su lugar y además, presente:

1.- Que consta de la información sumaria de testigos que rola a fojas 17, que el peticionario RRRM ha sido conocido por los testigos que declaran, bajo el nombre de Alison o “Alis”, durante un período no menor a los 8 años. En efecto, mientras PEAT, domiciliada en xxxxxxxxxxxx, de la comuna de Paine, declara que conoce hace unos 8 años a Alison RM, a quien siempre ha identificado como mujer y tratado de esa manera, independiente de su condición homosexual, el testigo CEOO, también domiciliado en la comuna de Paine, calle xxxxxxxxxxxx, señala que conoce a quien dice llamarse “Alis RM”, por más de 10 años, y que tanto para él como para la gente que lo conoce se ha hecho respetar con ese nombre.

2.- Que el informe evacuado por la siquiatria forense del Servicio Médico Legal, doctora Inge Onetto Muñoz, que rola a fojas 55, luego de una descripción pormenorizada de la historia y antecedentes del peticionario y de una evaluación de su salud mental, concluye que éste “presenta un transexualismo o trastorno de identidad de género que lo hace sentir, pensar e identificarse como mujer”.

El informe señala que RRRM es un adulto joven, de apariencia femenina, que a través de los años ha logrado ir cambiando su fisonomía masculina, que a través de los años ha logrado ir cambiando su fisonomía masculina, a través de diversas intervenciones tales como una rino plastía y un implante mamario y de silicona en glúteos y caderas, más sesiones de fonoaudiología para acondicionar el tema de la voz. Conserva, sin embargo, y como lo acredita el Informe de Sexología Forense del Servicio Médico Legal que rola a fojas 45, sus genitales externos e internos masculinos. Según declara a la siquiatria Onetto, su proyecto es operarse en el Hospital Naval, para cambiar definitivamente de sexo.

3.- Que al decir de los especialistas, el transexualismo es una condición “caracterizada por el hecho que una persona que, desde el punto de vista genotípico y fenotípico es clasificada dentro de un determinado sexo, tiene conciencia de ser del sexo opuesto, o mejor dicho, de vivir a la manera que lo hacen los sujetos del género contrario”. “El transexual tiene un profundo sentimiento de pertenecer al “otro” sexo, no obstante ser una persona normal desde una perspectiva genética y morfológica. Ella, sin embargo, está poseída de una incontrolada aspiración a modificar quirúrgicamente su sexo somático – que le resulta

intolerable – para el efecto de obtener el reconocimiento jurídico de tal transformación” (Citado por Fernández Sessarego, en “Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas”, Universidad de Lima 1990, en revista 010, Derecho y Cambio Social).

4.- Que habiéndose establecido con el informe de la siquiatria forense antes citado que, desde un punto de vista psicológico, el peticionario posee una identidad sexual que lo hace identificarse con el sexo femenino – lo que lo ha llevado a realizar diversas intervenciones quirúrgicas destinadas a cambiar su apariencia por la de una mujer – resulta evidente para este tribunal que su nombre, como atributo de la personalidad y componente esencial de la identidad de una persona, que determina su relación con la sociedad y que lo distingue frente a los demás, no puede ser uno de carácter masculino, ya que esto impide que el peticionario desarrolle su verdadera personalidad y se desenvuelva frente a los otros conforme a la condición sexual que reconoce para sí mismo y a través de la cual asume su proyección en la vida.

5.- Que la necesidad de dar una respuesta al conflicto sometido a esta jurisdicción, viene dada, finalmente, por apreciar que el derecho al pleno desenvolvimiento de la personalidad está ligado a un concepto fundamental, que está a la base de todos los demás principios y derechos que la Constitución Política consagra, cual es el de la dignidad de la persona.

6.- Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 17.344, que autoriza el cambio de nombre en los casos que indica, en lo que atinge al caso que nos ocupa, “cualquiera persona podrá solicitar, por una sola vez, que se le autorice para cambiar sus nombres o apellidos o ambos a la vez, en los casos siguientes: a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles, o la menoscaben moral o materialmente y b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios”.

7.- Que en las condiciones anotadas, estima este tribunal que concurren a favor del peticionario las causales de las letras a) y b) del artículo 1° de la ley antes citada. En efecto, el hecho de mantener un nombre masculino que lo identifica cotidianamente en su relación con la sociedad, en circunstancias que psicológicamente el peticionario es una persona que se percibe a sí misma como mujer y ha transformado su apariencia con el objeto de parecerlo y vivenciarlo en todos los aspectos de su vida, no puede sino generarle un menoscabo moral, como el que requiere el literal a) de la citada disposición legal. Asimismo, con el mérito de la información sumaria aludida en el motivo primero, que da cuenta que el solicitante ha sido conocido bajo el nombre de Alison o de “Alis” – entendiendo razonablemente que éste último es usado con el diminutivo del primero – por más de 5 años en la comunidad de Paine donde vive y trabaja en un salón de belleza como estilista, según consta de la entrevista clínica hecha por el forense a fojas 55, se cumple también la hipótesis contemplada en el literal b) de la mencionada disposición, en la medida que el “motivo” por el cual ello ha ocurrido, resulta “plausible” – como lo exige la norma citada – ya que

la razón para haberse identificado con un nombre propio de mujer ante sus colegas, vecinos y amigos, es el corolario lógico de su propia identidad sexual.

8.- Que la posibilidad de acceder al cambio de nombre solicitado permite, por otra parte, dar cabal cumplimiento a lo que el artículo 31 de la Ley de Registro Civil persigue, cual es que no se imponga a una persona un nombre que pudiere resultar equívoco respecto del sexo, lo que en este caso preciso se había producido, como consecuencia de la condición de transexual del peticionario, develada en su adolescencia y asumida hace ya más de una década, según se desprende del informe pericial que rola a fojas 55.

9.- Que, con todo, para dar lugar al cambio de sexo en los registros de nacimiento respectivos, parece razonable exigir que el solicitante se someta previamente a una intervención para adecuar sus órganos genitales externos al sexo realmente vivido. En efecto, si bien la decisión adoptada en relación al cambio de nombre supone admitir que el componente psicológico de la sexualidad es determinante para los efectos de definir una verdadera identidad en ese ámbito, no es menos cierto, que la presencia de genitales externos diferentes al sexo vivido, constituye un elemento de incerteza que es necesario eliminar, aún cuando resulte altamente improbable que el solicitante pudiese querer retornar a vivir de la manera propia de su sexo originario. Dicha prevención tiene presente, entre otras cosas, aspectos tales como la procreación y las dificultades que pudieren surgir en el caso de una eventual paternidad del solicitante, por afectar fundamentalmente los derechos de un tercero.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia de treinta y uno de diciembre de 2008, escrita a fojas 65, sólo en cuanto rechaza la solicitud de cambio de nombre y, en su lugar, se resuelve acoger la solicitud de fojas 5 en esa parte, accediendo a que el nombre de RR (RM), establecido en su partida de nacimiento, sea cambiado por el de Alison (RM).

Se confirma, en lo demás, la referida sentencia.

Acordada contra el voto del ministro Mera Muñoz, quien fue de opinión de confirmar íntegramente la sentencia en alzada, por sus propios fundamentos.

Redactó la abogado integrante señora Muñoz.

Regístrese y devuélvase.

N° 2.541-2009.-

Dictada por la Quinta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministro doña Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz y por la Abogado Integrante doña Andrea Muñoz Sánchez.

TRIBUNAL	: 5° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-156-2008
SOLICITANTE	: CRMO
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Femenino a Masculino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: - Informe psiquiátrico - Certificado Médico - Informe Instituto Médico Legal - Informe Registro Civil - Información Sumaria de testigos
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Acoge cambio de nombre y sexo -Dictada 17 de marzo de 2009 -María Rosa Kittsteiner Gentile, Juez Titular.
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: No hay
OPERADO	: No conserva ningún órgano de carácter femenino

Santiago, diecisiete de Marzo de dos mil nueve

Autos para fallo.

VISTOS.

- 1.- Que a Fs. 10, comparece doña CRMO, estudiante universitario, con domicilio en xxxxxxxxxxxxxxxx, solicitando con los documentos que acompaña, se rectifique su partida de nacimiento N° 5.316 del año 1966 de la Circunscripción San Isidro, en el sentido de establecer que es de sexo masculino y quedar como CAMO.-
- 2.- Que a fs. 4, rola informe psiquiátrico, que avala la reasignación de sexo por medios quirúrgicos.-
- 3.- Que a fs. 7 rola certificado médico que da cuenta que al 3 de Octubre de 2008, la compareciente no conserva ningún órgano de carácter femenino.
- 4.- Que a fs. 24, rola información sumaria.
- 5.- Que a fs. 27, rola informe del Instituto Médico Legal, que en lo medular concluye que en la actualidad, la actora presenta características fenotípicas de varón y que se encuentra pendiente la inserción de prótesis testicular.

6.- Que a fs. 30, rola publicación en el Diario Oficial del 15 de diciembre de 2008.

7.- Que a fs. 35, rola informe del Registro Civil, favorable a la petición de autos en cuanto a la rectificación de nombre y hace presente la ausencia de norma legal que regule el cambio de sexo.

8.- Que conforme el art. 10 del Código Orgánico de Tribunales, corresponde frente a la solicitud de cambio de sexo, tener presente que toda la documental acompañada por la interesada y la allegada por orden de este tribunal, dan cuenta que a la actora tanto física como psicológicamente, le corresponde el género masculino y no femenino, por lo que procede acoger la acción en esta parte. En cuanto a la rectificación de nombres, esta resulta igualmente procedente de acuerdo a la legislación vigente.

Y vistos además, lo dispuesto en las letras a) y b) del art. 1° de la Ley 17.344 y 817 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, SE DECLARA QUE Se acoge la solicitud planteada tanto en lo principal como en el primer otrosí de fs. 10 y se ordena al Servicio de Registro Civil e Identificación, proceder a rectificar la partida de nacimiento N° 5.316 del año 1966 de la Circunscripción San Isidro, en el sentido que el inscrito es de sexo masculino y que sus nombres son CAMO.

Regístrese y anótese.

PRONUNCIADA POR DOÑA MARIA ROSA KITTSTEINER GENTILE,
JUEZ TITULAR.

TRIBUNAL	: 10° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-74-2009
SOLICITANTE	: PABP
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Femenino a Masculino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: <ul style="list-style-type: none"> - Informe de Ginecología Forense - Audiencia de Parientes - Información Sumaria de testigos - Informe Psicológico Forense - Informe del Servicio Médico Legal - Informe Servicio de Registro Civil e Identificación
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Acoge cambio de nombre y sexo <ul style="list-style-type: none"> -Dictada 19 de enero de 2010 -Gloria Solís Romero, Juez Titular.
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: No hay
OPERADO	: Mastectomía, histerectomía y salpingooferoctomía No conserva ningún órgano de carácter femenino

Santiago, diecinueve de enero de dos mil diez

VISTOS:

Comparece doña PABP, nacida el 15 de enero de 1975, técnico universitario en prevención de riesgos, soltera, domiciliada para estos efectos en xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, comuna de Independencia y expresa que a fin de que exista una debida correspondencia en la identificación que le corresponde, viene en solicitar se rectifique en su partida de nacimiento inscripción 17 del año 1975 de la Circunscripción de Cabrero, el nombre con que aparece "PABP" por el de "AOBP" y además el sexo del inscrito, en el cual debe figurar "masculino", en reemplazo del que actualmente aparece, esto es, sexo femenino, todo ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley N° 4.808.- por las razones que a continuación señala .

Expresa que el verdadero nombre que le corresponde y con el cual ha obrado desde hace más de cinco años a la fecha, y que ha usado en todas sus actuaciones, es AOBP. Agrega que esta diferencia de nombre

se debe a su condición de transexualidad, circunstancia que le producía el deseo persistente de librarse de su apariencia femenina y vivir acorde a su sexo psicológico, conforme los criterios de la Organización Mundial de la Salud, siendo la única solución adecuada el proceso de reasignación sexual.

Señala que su vida escolar ha sido complicada, pero no es difícil entender que la disfunción, originada por la diferencia tan evidente entre sus documentos y su identidad psíquica en un período como la adolescencia, de por sí difícil y contradictorio, le ha restado la tranquilidad necesaria para el estudio, en cambio su experiencia profesional puede tildarse de típicamente masculina ya que se tituló como técnico universitario en prevención de riesgos a comienzos del año 2003 y un año después empezó a trabajar en el área de la construcción.

Indica que si bien nació bajo el nombre que aparece su partida de nacimiento, todas sus actuaciones las realiza bajo el nombre de AOBP, efectuando como tal las gestiones que demanda la vida diaria y, por ende, siendo reconocido bajo este nombre por la generalidad de las personas, a excepción del entorno laboral.

A comienzos del año 2009, al tornarse evidente los cambios físicos producto de las cirugías y hormonas, ha sido despedido de la constructora en la cual desempeñaba sus servicios de prevención de riesgo, constatándose claros motivos de discriminación. Como consecuencia de estos prejuicios por parte de su entorno laboral por el cual ha dedicado 5 años de su vida, sufre fuertes sentimientos de frustración, abandono y decepción que persisten en todas las actividades cotidianas que realiza.

El aspecto externo es el único que determina la inscripción al nacer una persona como perteneciente a uno u otro sexo, no pudiendo realizarse una evaluación psicológica o psiquiátrica a un recién nacido. En este caso, su verdadero sexo ha sido determinado con posterioridad, lo que exige la consecuente adecuación documental. Indica que cuando nació su sexo físico era femenino, su identidad sexual siempre ha sido masculina y corresponde, adecuar la documentación a la realidad. No resulta conforme a un criterio de justicia, condenarle a una situación sin salida que obviamente afecta su dignidad, su honor y su vida.

Cabe hacer presente que ha sido evaluado psicológicamente, donde se procedió a una exhaustiva exploración para comprobar que su condición sexual es irreversible y descartar que fuera debido a algún trastorno de personalidad. Agrega que desde el punto de vista fisiológico, ha accedido a intervenciones quirúrgicas (mastectomía, histerectomía y salpingooferoectomía) que han posibilitado la reasignación de sexo, todo ello debidamente asesorado y supervisado por psiquiatras dependientes del Hospital Clínico Universidad de Chile, lo que se acredita con los documentos y certificados acompañados en un otrosí de la presentación, en este sentido, y como resultado de este proceso clínico integral que ha iniciado, indica que se encuentra bajo tratamiento hormonal con testosterona desde el año 2008.

Respecto a la cirugía de reconstrucción de genitales masculinos externos. Las cirugías de este tipo para la

construcción de un pene son operaciones de alto riesgo para la vida con demasiadas horas de anestesia general, múltiples complicaciones postoperatorias, y los resultados son precarios, tanto estética como funcionalmente.

En cuanto al Derecho:

Señala que el artículo 31 de la Ley 4.808.- sobre Registro Civil, modificada por el artículo 6° de la Ley 17.344.- que autoriza el cambio de nombres y apellidos en los casos que indica, menciona en sus incisos finales: “No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje”, quedando de manifiesto que solicitar únicamente el cambio de nombre en este caso de PABP por el de AOBP, es impropio e ineficaz, puesto que caería en la hipótesis de ser equívoco en cuanto al sexo, dado que se cambia un nombre femenino por un masculino.

Invoca además el artículo 1° de la Ley N° 17.344, que autoriza la rectificación de partida de nacimiento, en ciertos y determinados casos y por último conforme los artículos 17 y 18 de la Ley N° 4.808 y Ley N° 17.344.-, solicita se ordene rectificar su partida de nacimiento N° 17 del año 1975, Circunscripción de Cabrero, en el sentido de indicar en ésta como sexo del inscrito “masculino”, en reemplazo de la mención que actualmente aparece, esto es “femenino”, y que a fin de guardar la debida correspondencia con la mención del sexo, se modifique además el nombre de “PABP”, que aparece en ella por el de “AOBP”, nombre con el que es conocido actualmente en todos los ámbitos de su vida social.

CONSIDERANDO:

- 1.- Que a fojas 30, se dio curso a la solicitud.
- 2.- Que a fojas 41, se acompaña informe de Ginecología Forense N° 1695-09, emitido por el Dr. Andrés Rosmanich Poduje, el que concluye que la persona examinada, corresponde a un transexual, que se encuentra en tratamiento para cambiar su sexo biológico a masculino. Aún le falta tratamiento de cierre de vagina e implante de pene; - Presenta vulva y vagina propias de sexo femenino, biológicamente original; - Los cambios somáticos descritos en el examen físico son productos del tratamiento en base a hormona masculina (testosterona).
- 3.- Que a fojas 48, se lleva a efecto con fecha 11 de agosto de 2009, audiencia de parientes, a la que comparecen los padres del solicitante don MGBC y doña GLPV, quienes en síntesis expresan que al nacer su hija P, desde muy pequeña manifestó su inclinación por todo lo relacionado con el género masculino, hasta el extremo de llamarle la atención sus compañeras mujeres y no tener ningún interés en vestirse como niña. Agregan que una vez egresado de la enseñanza media, se independizó y comenzó con la idea

de cambiar en forma definitiva su condición de mujer por la de un hombre.

Señalan además que al llevar los nombres de PA, le ha perjudicado enormemente, atendido que lo han despedido de su trabajo, no obstante haber demostrado ser una persona idónea para ejercer su profesión de técnico en prevención de riesgos.

4.- Que a fojas 50, se rindió información sumaria de testigos con fecha 10 de agosto de 2009.

5.- Que a fojas 53, rola informe psicológico, emitido por el Psicólogo Forense don Digadiel Rojas Ruz, con fecha 01 de septiembre de 2009, el que concluye que de acuerdo con la evaluación realizada doña PBP presenta 1. resultados consistentes con la presencia rasgos de personalidad límites y paranoides, dando cuenta de dificultades en la consolidación de la identidad, con fuertes mecanismos de idealización y desvalorización, lo que la lleva a la alternancia en la evaluación de sí y de los demás. Asimismo se evidencia desconfiada y temerosa del establecimiento de relaciones interpersonales, temiendo resultar dañada o agredida.- 2. Se evidencia una identidad con predominio de identificaciones masculinas, derivadas de procesos de identificaciones y mecanismos defensivos anclados en la historia temprana de la evaluada.- 3. Es capaz de discriminar entre conductas socialmente aceptadas y rechazadas, manteniéndole juicio de realidad conservado al momento de la evaluación. 4. Posee recursos suficientes para controlar sus impulsos si así lo desea, no evidenciando ningún tipo de deterioro orgánico que interfiera en sus decisiones.

6.- Que a fojas 61, se agrega informe del Servicio Médico Legal N°1935-09, emitido con fecha 09 de octubre de 2009, el que informa sobre las facultades mentales de doña PABP, el que concluye que la solicitante presenta un nivel intelectual dentro de la normalidad, con conservación de sus capacidades cognitivas. No presenta signos de psicosis, ya sea actual o anterior, hallándose indemnes sus capacidades volitiva, judicativa y de comprensión. No presenta signos de daño orgánico cerebral. Presenta una identidad sexual masculina, sin disarmonías. No se ha hallado fenómenos psicopatológicos que precisen tratamientos o que sean de relevancia médico legal.

7.- Que a fojas 70, rola informe del Servicio de Registro Civil e Identificación N° 1920 de fecha 2 de noviembre de 2009, el que indica que resulta procedente que el nombre de un nacido debe ser concordante con su sexo, por cuanto se puede ponderar la procedencia de acceder a la rectificación de los nombres propios del titular de la inscripción y en cuanto al cambio de sexo, señala que es necesario acreditar intervención quirúrgica de reasignación de sexo biológico a su identidad de género.

8.- Que a fojas 74, consta la publicación efectuada en el diario Oficial de fecha 02 de noviembre de 2009 y a fojas 77, consta la certificación del hecho de haber transcurrido el plazo legal, sin que se haya deducido oposición.

9.- Que a fojas 78, se trajeron los autos para fallo.

10.- Que a juicio de este Tribunal, la compareciente, mantiene una condición de transexualidad, que ha sido diagnosticada y tratada, conforme a diversas cirugías y evaluaciones psiquiátricas y médicas, que confirman su identidad sexual masculina y además concluyen la ausencia de patologías psiquiátricas; circunstancias todas que llevan a concluir, no obstante la falta de intervención quirúrgica de reasignación de sexo, la necesidad de hacer corresponder su identidad sexual con sus antecedentes legales.

Vistos y teniendo presente:

El mérito de los antecedentes que obran en autos, lo dispuesto en la letra b) del artículo 1° inciso 2° de la Ley N° 17.344.-, que autoriza el cambio de nombres y/o apellidos en los casos que indica; información sumaria de testigos acompañada a fojas 50, acreditan las circunstancias de hecho a que alude la referida causal, el uso, por más de cinco años, por motivos plausibles de los nombres propios “AO”, y además lo establecido en el artículo 31 de la Ley N° 4.808.- sobre Registro Civil que dispone que el nombre de “un nacido”, debe ser concordante con su sexo, circunstancia que el legislador la exige al momento de practicarse la inscripción, situación que en este caso, previa certificación médica competente, permitiría sostener que llegado el inscrito a su mayoría de edad, puede acceder a la rectificación de los nombres propios y en cuanto al sexo, se estará a los antecedentes médicos agregados en autos y a la exigencia de que el nombre de una persona debe ser concordante con su sexo, se declara:

Que se accede a la solicitud de rectificación de partida de nacimiento.

Proceda el Sr. Oficial del Registro Civil de la Circunscripción de Cabrero, a rectificar la partida de nacimiento N° 17 del año 1975 de doña PABP, en el sentido de cambiar sus nombres propios “PA” por los de “AO”, quedando en definitiva como AOBP y que el sexo del inscrito es masculino.

Regístrese y dese copia.

DICTADA POR DOÑA GLORIA SOLIS ROMERO. JUEZ TITULAR

TRIBUNAL	: 13° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-22-2008
SOLICITANTE	: MAZO
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Masculino a Femenino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: <ul style="list-style-type: none"> - Certificado médico de psicólogo - Informe psiquiátrico del SML del año 2001 - Informe psiquiátrico y psicológico - Ecotomografía Ginecológica - Información Sumaria de testigos - Informe de Defensor Público - Informe de Ginecología del Servicio Médico Legal - Informe Psiquiátrico del Servicio Médico Legal - Informe Servicio de Registro Civil e Identificación
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Acoge cambio de nombre y sexo -Dictada 6 de julio de 2009 -Max Antonio Cancino Cancino, Juez Titular.
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: No hay
OPERADO	: No se encuentra operado, sufre pseudohermafroditismo.

Santiago, lunes seis de julio de dos mil nueve

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que a fojas 15 comparece don MAZO, cesante, con domicilio en calle xxxxxxxxxxxxxx, comuna de Pudahuel, Santiago, quien solicita que se ordene la rectificación de su partida de nacimiento en el Registro Civil e Identificación, cambiando su nombre por el FAZO y el de sexo registral por el femenino.

Fundamenta su petición en que sufre de una condición genética desde temprana edad llamada "pseudohermafroditismo", producto de lo cual, parte de su cuerpo y la totalidad de su personalidad se ha

desarrollado como mujer.

Agrega que la circunstancia de ser conocido como "Miguel Angel" le causa un gran menoscabo moral y material. Explica que el tener una identificación de hombre, hace aún más evidente su problemática, lo cual conlleva a las burlas y discriminaciones de la gente. Sostiene que se cumple con la causal del artículo 1º letra a) de la Ley 17.344, sin perjuicio que también concurriría la letra b) del mismo precepto, por cuanto ha sido conocida por el nombre referido por más de cinco años.

Segundo: Que se cumplieron durante el procedimiento con los trámites de rigor, a saber:

a.- Publicación en el Diario Oficial del extracto de la solicitud (fojas 24).

b.- Informe evacuado por el Servicio de Registro Civil e Identificación a fojas 31, quien afirma que la solución jurídica para el caso no se encuentra regulada en nuestra legislación de un modo expreso. Agrega en relación al cambio de nombre, que se encuentran acreditadas las causales esgrimidas en la solicitud.

Consigna que no se encuentra acreditada su condición de hermafroditismo que refiere padecer. Hace presente en relación a lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 4.808 que luego de un nuevo análisis y a la luz de la situación de las personas que presentan trastornos de identidad de género, que el legislador hace exigible lo preceptuado en tal disposición al momento de practicarse la inscripción, oportunidad en la cual no pudo constatar un desarrollo psicológico diferente al del sexo orgánico. Finalmente sugiere bajo las condiciones que indica, dar lugar a la solicitud del cambio de sexo que pide;

c.- Informe del Defensor Público que rola a fojas 79.

Tercero: Que es un hecho cierto que el solicitante de autos, don MAZO nació el 25 de agosto de 1983 y que se encuentra inscrito bajo el N° 8.982, Registro S de año 1983 de la Circunscripción del Registro Civil de San Miguel, todo ello según consta del certificado de nacimiento agregado a fojas 11.

Cuarto: Que de otro lado, también se encuentra establecido que al momento de ser inscrito se consignó como sexo del solicitante el masculino, según aparece del documento de fojas 14.

Quinto: Que la parte interesada acompañó los siguientes documentos:

1. A fojas 1 certificado emitido por un Psicólogo del Centro Municipal de Salud Mental Familiar de Maipú, de fecha 3 de octubre de 2000, el cual señala que don MAZO se encuentra en tratamiento psicológico desde agosto del referido año por presentar un trastorno grave de la identidad sexual (transexualismo).

2. A fojas 2, copia de un informe emitido por el Servicio Médico Legal, Unidad de Psiquiatría de fecha 10 de abril de 2001, que concluye que el solicitante de autos presenta un trastorno grave de la identidad sexual (transexualismo). Cabe consignar que en la entrevista clínica el interesado señaló que "desde niño

se siente mujer". Como resultado de la evaluación se expresa que se identifica con el sexo femenino, con el rol y características asociadas a lo femenino.

3. A fojas 6 rola documento denominado "Informe Psiquiátrico y Psicológico", suscrito por don Mario Quijada Hernández en su calidad de médico psiquiatra, de fecha 25 de julio de 2003, quien concluye que se constata la presencia de un transexualismo y que no existe impedimento físico ni psiquiátrico para la intervención para cambio de sexo físico. Consigna que el patrón de personalidad del evaluado es concordante con un modelo femenino.

4. A fojas 49, documento consistente en Ecotomografía Ginecológica, de fecha 9 de diciembre de 2008, que constata en la parte interesada la existencia de ovarios de morfología, tamaño y ecoestructura normal.

Sexto: Que también la parte solicitante rindió información sumaria de testigos, conforme al acta que rola a fojas 21 y en que aparece que declararon doña OAB y don MADV, quienes afirmaron que conocen a FAZO, y saben que fue inscrita con el nombre de MAZO, lo que les consta por lo expresado por la parte solicitante, quien además les ha contado que se ha visto enfrentada a una serie de burlas y malos tratos.

El primer testigo señala conocerla hace 17 años y el segundo hace más de cinco años;

Séptimo: Que se rindieron los siguientes informes periciales:

1.- A fojas 37, informe de Ginecología del Servicio Médico Legal, que señala que la persona examinada presenta órganos genitales externos e internos masculinos y que las mamas son propias del género femenino.

2.- A fojas 44, ampliación del informe anterior, explica que desde el punto de vista de la medicina el hermafroditismo verdadero se presenta frente a la rara situación en que un paciente presenta tanto tejido ovárico como testicular en sus gónadas. En la mayoría de los casos los genitales son ambiguos y en algunos casos existen características suficientes como para asignar el sexo masculino. A raíz de lo anterior, se considera que es absolutamente innecesaria la realización de una ecografía abdominal, el que evidenciará la ausencia de útero y ovarios como ya se desprende de su examen físico.

3.- A fojas 62, nueva ampliación del informe médico ginecológico, que señala que se observa una imagen retrovesical sugerente de útero en anteversoflexión, lo que sería compatible con útero infantil. No presenta ovarios.

4.- A fojas 53, informe psiquiátrico del Servicio Médico Legal, que señala que MAZO presenta un transexualismo que lo hace sentir, pensar e identificarse como mujer. Tiene una personalidad histriónica y una alteración cromosómica determinante también en este tipo de trastorno de identidad.

Octavo: Que para abordar el asunto planteado en estos autos, cabe consignar que de la lectura del escrito

de fojas 15, aparece que la primera petición que se somete a la decisión del Tribunal es la de autorización para el cambio de nombre y para ello se han invocado dos causales del artículo 1º de la Ley 17.344.

Noveno: Que resulta útil transcribir lo que señala en la parte pertinente la citada disposición: "Artículo 1º: Toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento. Sin perjuicio de los casos en que las leyes autorizan la rectificación de inscripciones del Registro Civil, o el uso de nombres y apellidos distintos de los originarios a consecuencia de una legitimación, legitimación adoptiva o adopción, cualquiera persona podrá solicitar, por una sola vez, que se la autorice para cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez, en los casos siguientes:

- a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente;
- b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios;

Décimo: Que del mérito de la prueba testimonial, es posible tener por establecido que en la especie concurren los hechos que configuran ambas causales. En efecto, los dos testigos han sido categóricos y se encuentran contestes en que MAZO es reconocido por más de cinco años con los nombres de FA. De otra parte, acreditan que los que actualmente aparecen en su partida de nacimiento le menoscaban moralmente por cuanto éstos son nombres que corresponden al sexo masculino, mientras que la parte solicitante es reconocida como mujer.

Undécimo: Que la circunstancia de encontrarse acreditadas las causales, se ve reforzada por el informe del Servicio de Registro Civil e Identificación, en el que se estima favorablemente esta petición.

Duodécimo: Que en la presentación de fojas 15 además se ha solicitado la rectificación de la inscripción de nacimiento en cuanto el sexo registral sea el femenino y no el masculino. Ello por las razones ya expuestas.

Décimo tercero: Que como ha quedado demostrado con la prueba pericial psiquiátrica emanada del Servicio Médico Legal, que se ve corroborada por la documentación acompañada por la interesada, no cabe duda que se trata de una persona con transexualismo, con identidad de sexo femenino, teniendo un patrón de personalidad correspondiente al mismo género.

Décimo Cuarto: Que de otro lado, se encuentra establecido que la solicitante presenta claras características de fenotipo femenino, particularmente se encuentra acreditado que presenta un útero infantil, desarrollo mamario y sus características externas son las de ese género.

Décimo quinto: Que en consecuencia se dará lugar a la solicitud de fojas 15 en cuanto se dispondrá la rectificación de la mención del sexo del solicitante en su partida de nacimiento.

Por otra parte, como ya ha sido expuesto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena en

sentencia de fecha 26 de octubre de 2006, en los autos Rol N° 1252-2006, el acogimiento de esta solicitud viene a ser el único modo de proceder al efectivo cumplimiento de la resolución judicial que dispone de una rectificación del cambio de nombre en los términos que se han descrito.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en las disposiciones citadas y artículos 817 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

1.- Que ha lugar a la petición de fojas 15 y en consecuencia se autoriza el cambio de los nombres de MA correspondiente a la partida de nacimiento singularizada con la inscripción N° 8.982 del año 1983 de la Circunscripción de San Miguel por el de FA, quedando en consecuencia la parte solicitante con el nombre de FAZO.

2.- Que se acoge la petición de fojas 15 en cuanto se ordena rectificar en la misma partida la mención del sexo por el femenino.

Oficiese en su oportunidad al Registro Civil e Identificación.

Regístrese y notifíquese.

Dictada por don Max Antonio Cancino Cancino, Juez titular.-

TRIBUNAL	: 14° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-75-2005
SOLICITANTE	: DRRA
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Masculino a Femenino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: - Informe del Centro de Diagnóstico Terapéutico, Psiquiatría y Salud Mental. - Informe Ginecológico Servicio Médico Legal - Informe Servicio de Registro Civil e Identificación
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Acoge cambio de nombre y sexo -Dictada 19 de enero de 2010 -Gloria Solís Romero, Juez Titular.
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: No hay
OPERADO	: Genitoplastía Femenizante

Santiago, miércoles diecinueve de abril de dos mil seis

Vistos:

PRIMERO: Que, a fojas 6 comparece don DRRA, estilista, domiciliado en calle xxxxxxxxxxxxxx, Santiago, quien solicita se rectifique su partida de nacimiento, correspondiente a la inscripción N°07567702958-5M de la Circunscripción de San Miguel, N°1, del Departamento de Pedro Aguirre Cerda del año 1977, en el sentido de cambiar sus nombres de pila "DR", por los de "PA", para quedar en definitiva como "PARA" y su sexo que aparece como "masculino", sea cambiado por "femenino", para que corresponda al género de los nombres que cambia. Funda su petición, en que desde hace varios años comenzó un proceso de tratamiento psicológico, diagnosticado como Transexualismo por el Centro de Diagnóstico Terapéutico, Psiquiatría y Salud Mental, que se acompaña a fojas 3. Agrega que, también, fue sometido a un tratamiento hormonal que finalmente terminó el día 5 de mayo de 2005 en una cirugía mayor denominada genitoplastía femenizante en el Hospital Van Buren de Valparaíso, lográndose una correspondencia entre el sexo psíquico con el físico.

SEGUNDO: Que, con el objeto de acreditar los hechos expuestos, en particular, en cuanto a su sexo, se le practicó un exámen médico legal ginecológico, el cual fue informado al Tribunal con fecha 14 de

octubre de 2005, el que concluye que el examinado presenta mamas, formaciones labiales y cavidad vaginal yuncionante que le hace pertenecer al sexo femenino, lo que además, es corroborado con el informe médico legal N°4518-05, de fecha 5 de diciembre de 2005, agregado a fojas 16 y siguientes, que concluye que el solicitante presenta un transexualismo y rasgos anómalos de personalidad, siendo su identidad psicológica femenina.

TERCERO: Que a fojas 25, rola informe del Registro Civil e Identificación, de fecha 3 de febrero de 2006, señalando que nos encontramos ante una situación de cambio de sexo que tiene una incidencia directa en la partida de nacimiento del peticionario, toda vez que se hace necesario conformar ésta a la nueva realidad, alterando la mención "sexo del inscrito" y sus nombres propios, como a la vez, que su petición no se encuentra regulada ni por la Ley N°4808, ni la Ley N°17.344.-

CUARTO: Que, es efectivo que el caso sometido al conocimiento del Tribunal carece de normas legales en nuestra legislación que regulen el cambio de sexo y ello porque el avance médico en cuanto a poder efectuar las operaciones que producen mutaciones sexuales ha sido más rápido que la legislación vigente y que si bien, la ausencia de norma legal no puede constituir un impedimento a que una persona que ha acreditado una correspondencia sexual psíquica con la física pueda acceder a cambiar su sexo oficial que aparece en su inscripción de nacimiento y como consecuencia de ello, cambiar sus nombres de pila, manteniendo sus apellidos. Además, el Tribunal debe cautelar que ello no produzca otros problemas derivados de la petición, y en el evento que el interesado tuviere descendencia, en cuyo caso, no podría rectificarse dicha inscripción de nacimiento, respecto de sus hijos.

En consecuencia y de los antecedentes que rolan en autos, que acreditan que el solicitante ha sufrido una mutación sexual, y que además es soltero y sin descendencia, y que existe una identidad entre lo físico y lo psíquico, se resuelve:

Que se hace lugar a la solicitud de fojas 4 y, en consecuencia, se ordena la rectificación de la partida de nacimiento, correspondiente a la inscripción N°07567702958-5M de la Circunscripción de San Miguel, N°1, del Departamento de Pedro Aguirre Cerda del año 1977, en el sentido de cambiar los nombres de pila "DR", por los de "PA", quedando en definitiva como "PARA" y su sexo que aparece como "masculino", por "femenino".-

Regístrese y dese copia.-

Pronunciada por doña MARIA ISABEL REYES KOKISCH, Juez Subrogante.

TRIBUNAL	: 15° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-212-2008
SOLICITANTE	: HFBA
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Masculino a Femenino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: <ul style="list-style-type: none">- Certificado Médico- Informe psiquiátrico y psicológico- Información Sumaria de testigos- Informe Ginecológico Forense SML- Informe Psiquiátrico Forense SML- Informe Servicio de Registro Civil e Identificación
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Acoge cambio de nombre y sexo <ul style="list-style-type: none">-Dictada 8 de julio de 2009-Paulina Sánchez Campos, Juez Subrogante
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: No hay
OPERADO	: Genitoplastía Feminizante

Santiago, miércoles ocho de julio de dos mil nueve

Vistos:

A fojas 1, comparece don HFBA, estudiante, domiciliado en XXXXXXXXXXXX, quien viene en solicitar se declare el cambio de sexo con el que aparece registrado en su partida de nacimiento, esto es “masculino” por “femenino”, y solicita además el cambio de su nombre, en virtud de lo establecido en el artículo 1° letras a), b) y c) de la Ley 17.344.

Funda su pretensión señalando que al nacer fue inscrito en el Registro Civil con el nombre de HFBA, rehusándose desde su infancia a ser llamado de tal manera, por lo que desde los 11 años decidió que su nombre sería Catalina, razón por lo que junto con comunicar dicha decisión a sus familiares, comenzó a tomar hormonas femeninas.

Agrega que a los 18 años decidió previa evaluación y autorización psiquiátrica, operarse a fin de someterse a una operación de Genitoplastia Feminizante, quedando –en su decir- con un “cuerpo absolutamente femenino, sin órganos masculinos”.

En consecuencia y en virtud de lo establecido en los artículos 1, letra b) de la Ley 17.344, artículo 33 de la

Ley 4808 y el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política del Estado, pide se decrete el cambio de sexo y de nombre, rectificando su partida de nacimiento en tal sentido, quedando definitivamente como CIBA.

A fojas 18 consta la publicación en el Diario Oficial, del día 03 de noviembre de 2008, de la solicitud de fojas 1.

A fojas 13 se rindió información sumaria de testigos, en la que deponen doña ECZT y don ACRD.

A fojas 21 y 26 se encuentran agregados exámenes físicos y psicológicos realizados al solicitante por el Servicio Médico Legal;

A fojas 31 rola informe del Servicio de Registro Civil e Identificación.

A fojas 35, se trajeron los autos para dictar Sentencia.

CONSIDERANDO:

1° Que, el solicitante acompañó como antecedentes fundantes de su petición: certificado de nacimiento, en donde se le identifica como HFBA, cédula nacional de identidad N° XXXXXXXXXXXX, nacido el día XX de XXXXXXXX de XXXXXXXX; certificado emitido por el Médico Urólogo, Guillermo Macmillan Soto, el cual señala que HFBA, vive como mujer por más de 4 años, logrando feminización física global “muy satisfactoria” con hormonaterapia y por más de 5 años la llaman Catalina, agregando que por dichos motivos fue sometido a una intervención quirúrgica de Genitoplastía Feminizante, el día 24 de Julio de 2008; Informe psiquiátrico y psicológico emitido por el Dr. Mario Quijada Hernández, el cual señala que al momento de cometerse, el solicitante, a la operación de Genitoplastía Feminizante ya referida, no existía ningún impedimento, ni psicológico ni psiquiátrico para efectuar la intervención quirúrgica para cambiar su sexo, diagnosticando en definitiva Trastorno de Identidad Sexual (transexualismo) y fotografía tomada al solicitante en el mes de septiembre de 2008.

2° Que, a fojas 13 consta la información sumaria de testigos, en la que deponen doña ECZT y don ACRD, quienes señalan concordadamente que el solicitante desde muy niño se comportaba en forma diferente a los demás niños, y que a los 11 años pidió a sus conocidos que le llamaran Catalina, y que las actuaciones que ha realizado las ha hecho con dicho nombre.

3° Que a foja 21, rola Informe de Ginecología Forense N° 3326-2008 emitido por la médico del Servicio Médico Legal doña Oriana Carrasco Salazar, el día 25 de noviembre de 2008, que informa en sus conclusiones que el solicitante, presenta en la actualidad genitales externos con aspecto femenino, secundario a una cirugía tipo Genitoplastía Feminizante, sugiriéndose además una evaluación psicológica.

4° Que a foja 26, rola Informe N° 3829-08 emitido por la médico psiquiatra forense doña Inge Onetto Muñoz, del Área de Salud Mental del Servicio Médico Legal, de fecha 27 de enero de 2009, que informa sobre las facultades mentales del solicitante de autos, el que en sus conclusiones señala que “se estima que

HBA presenta un transexualismo ya operado, condición que le hace identificarse, sentir y pensar como mujer”.

5° Que en foja 31, rola informe del Servicio de Registro Civil e Identificación N° 469 de fecha 27 de marzo de 2009, relativo a la solicitud de rectificación de inscripción de nacimiento N° 962-s3 del año 1990, Circunscripción Independencia, del Servicio de Registro Civil e Identificación, correspondiente a HFBA, de sexo masculino.

Dicho informe señala que ante el caso de marras, nos encontramos ante una situación de cambio de sexo que tiene una incidencia directa en la partida de nacimiento del peticionario, toda vez que se hace necesario conformar ésta a la nueva realidad, alterando la mención de “sexo del inscrito” y sus nombres propios.

Añade este informe que la doctrina ha señalado que: “El legislador de 1930, época de la Ley N° 4808, no podría contemplar rectificaciones por cambio de sexo, ya que a la razón no se conocía casos de mutación sexual. Por el contrario, a la fecha de la Ley N° 17.344, ya se conocían estos casos, pero no consta en actas de la historia y discusión de la Ley ninguna indicación referente al cambio de sexo y sus consecuencias en las partidas del Registro Civil”.

Por otra parte, añade, el artículo 31 de la Ley N° 4808, dispone, que el nombre de una persona debe ser concordante con su sexo. Finalmente agrega dicho informe que “no obstante lo precedentemente señalado, y en el evento de accederse a la rectificación del rubro “sexo del inscrito”, en la partida de nacimiento N° 962-s3, del año 1990, de la circunscripción de Independencia, correspondiente al peticionario de autos, resultaría procedente, de conformidad con lo dispuesto en la letra a), inciso segundo, del artículo primero de la Ley N° 17.344, que este tribunal autorizara el cambio de nombres solicitado, toda vez que se encuentra acreditado, mediante información sumaria de testigos que rola a fojas 13 y 14, que el inscrito ha sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con los nombres propios “Catalina Ignacia”.

6° Que la Ley N° 17.344, en su artículo 1° reconoce el derecho que toda persona tiene a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento.

Luego en el inciso segundo establece el derecho de cualquier persona a solicitar por una sola vez, que se le autorice para cambiar sus nombres o apellidos o ambos a la vez, en los casos singulariza en sus letras a) a la c).

La letra a) establece como causal, “Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente”.

En la letra b), se establece como causal: “Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellido, o ambos diferentes de los propios”.

Y en el inciso tercero del mismo artículo 1º, se establece además el derecho, “En los casos que una persona haya sido conocida durante más de cinco años, con uno o más de los nombres propios que figuran en su partida de nacimiento”, el titular de dicha partida, podrá solicitar que se supriman en la inscripción, en la de su matrimonio, y en las inscripciones de nacimientos de sus hijos menores de edad, en su caso, el o los nombres que no hubiese usado.

Por su parte la Ley N° 4.808, en su artículo 31 exige que al momento de practicar la inscripción de nacimiento de una persona, deba existir correspondencia entre el nombre del inscrito y el sexo del mismo.

7º Que a fin de resolver el asunto sometido al conocimiento de esta magistratura, habrá de tenerse en cuenta que nuestra legislación no regula expresamente la posibilidad de que una persona recurra ante el órgano jurisdiccional, a fin de solicitar le sea legalmente cambiado el sexo con el cual fue registrado en su partida de nacimiento, ya que ni la Ley N° 4808 sobre Registro Civil, ni la Ley N° 17.344, que autoriza el cambio de nombres y/o apellidos, señalan los efectos que tendría el cambio de sexo de una persona, en las respectivas partidas; cuestión que sin embargo no resulta óbice para resolver, atendido lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 76 de la Constitución Política de la República, la cual señala que “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asuntos sometidos a su decisión.

8º Que por su parte el artículo 24 del Código Civil, señala que “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

9º Que de una atenta lectura de los antecedentes que obran en autos, ha de tenerse por acreditado el hecho de que el solicitante de autos, HBA presenta un transexualismo ya operado, condición que le hace identificarse, sentir y pensar como mujer.

10º Que con el mérito de los antecedentes y documentos acompañados, información sumaria de testigos rendida en autos, publicaciones efectuadas en el Diario Oficial, informes del Servicio de Registro Civil e Identificación y del Servicio Médico Legal, y concurriendo los requisitos establecidos en la letra b) del inciso segundo, del artículo 1º de la Ley N° 17.344, y teniendo presente lo previsto en el artículo 31 de la Ley N° 4808 sobre Registro Civil, se acogerá la petición planteada, tal y como se dispondrá en lo resolutive de esta sentencia.-

Por lo razonado anteriormente y teniendo presente lo dispuesto en las normas legales citadas, se declara que :

I.- Se acoge la solicitud de fojas 1 en cuanto se autoriza el cambio de sexo solicitado, debiendo el Señor Jefe del Registro Civil e Identificación proceder a rectificar la Inscripción de Nacimiento N° 962-s3, del año 1990, de la circunscripción Independencia, correspondiente al solicitante de autos HFBA, en el

sentido de reemplazar en la mención “sexo del inscrito” de la partida de nacimiento del solicitante, el sexo “masculino”, por el de “femenino”.-

II.- Se acoge la solicitud de fojas 1 en cuanto se autoriza el cambio de nombre de “HFBA” por “CIBA”, debiendo procederse a la correspondiente rectificación de la inscripción de nacimiento del Servicio de Registro Civil de la circunscripción de Independencia.

Regístrese y archívese.

Nº v-212-2008

PROVEYÓ DOÑA PAULINA SÁNCHEZ CAMPOS, JUEZ SUBROGANTE.

TRIBUNAL	: 16° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-87-2007
SOLICITANTE	: CAAP
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Masculino a Femenino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: - Informe Servicio de Registro Civil e Identificación - Informe Psiquiátrico Forense SML - Informe Ginecológico Forense SML
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Rechaza cambio de nombre y sexo -Dictada 16 de junio de 2009 -Marcela Solar Echeverría, Juez Titular
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: 11 de marzo de 2010, se confirma.
OPERADO	: Sin operación

Santiago, dieciséis de Junio de dos mil nueve

VISTOS:

1.- Que a fojas 5, don CAAP solicita que en su partida de nacimiento se cambie su nombre por el de KAP y su sexo masculino sea modificado a femenino. Fundamentando su solicitud manifiesta que desde que tiene recuerdo y, a pesar de que su físico correspondiere al de un varón se ha sentido como una niña, adoptando las maneras y vestimenta femeninas y, finalmente, adoptando de hecho el nombre de Karin., todo lo cual le ha provocado graves trastornos en su convivencia y relación con los demás, primero como estudiante y luego en el campo laboral.

Invoca en su favor lo dispuesto en el artículo 1°, letras a) y b), de la Ley N° 17.344, sobre cambio de nombres y apellidos. Las disposiciones a que alude el solicitante permite el cambio de nombres y apellidos en las siguientes circunstancias: a) Cuando unos u otros sean ridículos o menoscaben moral o materialmente a la persona. B) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios.

2.- Que el artículo 2° de la referida Ley N° 17.344, dispone como obligatorio, además de las publicaciones en el Diario Oficial de la solicitud correspondiente y el consiguiente certificado de no oposición, oír a la Dirección General del Registro Civil e Identificación.

3.- Que a fojas 32 el Sr. Director Nacional del Servicio, evacuando el informe solicitado manifiesta, en síntesis: 1) Que la naturaleza de la función del Registro Civil es estrictamente registral, esto es, dejar constancia de un hecho que tiene consecuencias jurídicas, el cual se sostiene en el principio de la buena fe de una declaración emitida por profesionales expertos, en el caso presente, el certificado de la matrona que asistió el parto y constató el sexo del recién nacido como el de un varón. En tal virtud, el Servicio no está en condiciones de emitir pronunciamiento sobre el cambio de sexo de una persona.

4.- Que, si bien es cierto, el examen médico psiquiátrico practicado en el Instituto Médico Legal concluye en que el solicitante presenta un transexualismo que lo hace actuar y sentirse como si fuera mujer, el informe de ginecología emitido por un especialista del mismo Servicio, concluye que la persona examinada tiene características físicas de varón, correspondiendo sus genitales a dicho género.

5.- Que la Ley N° 17.344 autoriza el cambio de nombre y apellidos en las circunstancias antes mencionadas, pero nada dice del cambio de sexo. Por otra parte, la Ley sobre Registro Civil, en su artículo 31, dispone que “no podrá imponerse al nacido un nombre equívoco respecto del sexo”.

6.- Que no correspondiendo al Registro Civil alterar la partida de nacimiento cuando las características anatómicas del nacido hayan sido establecidas de acuerdo con lo certificado por el o la profesional interviniente en el parto y como en el presente caso, no hayan variado en el tiempo, deberá desestimarse la solicitud formulada a fojas uno.

Con lo relacionado y disposiciones legales citadas, se declara:

Que no se hace lugar el cambio en la partida de nacimiento del solicitante de su nombre y sexo.

Regístrese y notifíquese.

Dictada por doña MARCELA SOLAR ECHEVERRIA, Juez Titular.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Rol Ingreso Corte: 4124-2009

Santiago, once de marzo de dos mil diez.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de dieciséis de junio de dos mil nueve, escrita a fojas 64 y siguientes.

Regístrese y devuélvase

N° Civil-4124-2009

Pronunciada por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por los ministros señor Emilio Elgueta Torres y abogado integrante señor Emilio Pfeffer Urquiaga.

TRIBUNAL	: 16° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-9-2009
SOLICITANTE	: LANB
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Femenino a Masculino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: - Informe Ginecológico Forense SML - Informe Servicio de Registro Civil e Identificación
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Rechaza cambio de nombre y sexo -Dictada 30 de octubre de 2009 -Marcela Solar Echeverría, Juez Titular
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: No apela.
OPERADO	: Sin operación

Santiago, treinta de octubre de dos mil nueve

RECTIFICACIÓN DE PARTIDA

VISTOS:

1).- Que a fojas ocho, doña LANB solicita el cambio de sexo a masculino.

Fundamenta su solicitud señalando que fue inscrita con el nombre ya indicado, de sexo femenino y desde que tiene recuerdos le gustaba jugar con sus compañeros hombres, que detestaban las muñecas y todo juego femenino, igual que las ropas femeninas. Que en el colegio sólo tenía compañeros hombres y que más o menos a los 12 años se dio cuenta que su ser interior era masculino. Que en el año 2001, entró a estudiar Derecho en Concepción y se fue a una pensión de mujeres, pero colapsó, motivo por el cual el psicólogo, quién le diagnosticó transexualidad, motivo por el cual asumió su rol de hombre ante el mundo, pidiendo se le llamara Luis Felipe.

Que por consultas médicas se informó cómo llevar a cabo el cambio de sexo o reasignación sexual, la cual tiene dos etapas, una en forma endocrinológica y la segunda es quirúrgica. Que a contar del año 2001, cambió de aspecto e inició varias consultas a médicos para el cambio de sexo.

Invoca en su favor lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 17.344, 33 de la Ley 4.808 y 19 N° de la Constitución Política de Chile.

2).- Que el artículo 1° de la Ley 17.344, dispone que cualquier persona podrá solicitar por una sola vez, que se le autorice para cambiar sus nombres o apellidos, o ambos a la vez, en las siguientes circunstancias:
a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente. b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios.

3).- Que el artículo 2° siguiente prescribe como obligatorio, además de las publicaciones en el Diario Oficial de la solicitud correspondiente y el correspondiente certificado de no oposición, oír a la Dirección General del Registro Civil e Identificación.

4).- Que a fojas veintinueve consta Informe Ginecología Forense N° 1482-09 emitido con fecha 11 de Junio de 2009, por el Servicio Médico Legal, que concluye que la persona examinada corresponde a un transexual, que se encuentra en tratamiento para cambiar su sexo biológico a masculino, pero le falta tratamiento; que su psiquismo es la de un individuo masculino; que presenta vulva y vagina, propias de un individuo de sexo femenino; y que los cambios somáticos descritos en el examen físico, desarrollo muscular, presencia de vello abundante, cambio de tonalidad de voz, son producto de tratamiento en base a hormonas masculinas.-

5).- Que a fojas treinta y seis, el Director Nacional del Servicio de Registro Civil, evacuando el informe solicitado manifiesta, en síntesis; 1).- Que la solicitante de autos posee un trastorno de identidad sexual, que la hace identificarse poderosamente con el sexo masculino, razón por la que solicita rectificar su sexo femenino por el de masculino y sus nombres propios LA por LF. Que la solicitante no acompañó ningún certificado médico que acredite que haya sido sometida a una operación de cambio de sexo, pero se acompaña un informe de Ginecología Forense, de un médico legista del Servicio Médico Legal, que concluye que la persona examinada debe completar su tratamiento antes de reasignarle sexo. Que respecto de la aplicación de las causales establecidas en las letras a) y b) del artículo 1°, inciso 2° de la Ley 17.344, esto es, el uso de los nombres Luis Felipe, debe tenerse presente lo establecido por el artículo 31 de la Ley 4.808, que dispone que el nombre de un recién nacido, debe ser concordante con su sexo.

En consecuencia, respecto al cambio de nombre propio Libet Amparito por Luis Felipe, resultaría procedente en la medida que el peticionario se acogiera al cambio de sexo, en virtud de lo dispuesto por los artículos 17 y 18 de la Ley 4808.

6).- Que la Ley N° 17.344 autoriza el cambio de nombre y apellidos en las circunstancias antes mencionadas, pero nada dice del cambio de sexo. Por otra parte, la ley Sobre Registro Civil, en su artículo 31, dispone que “no podrá imponerse al nacido un nombre equívoco respecto a su sexo”.

7).- Que no correspondiendo al Registro de Servicio Civil alterar la partida de nacimiento cuando las características anatómicas del nacido hayan sido establecidas de acuerdo con lo certificado por el o la

profesional interviniente en el parto y como en el presente caso, no haya variado en el tiempo, deberá desestimarse la solicitud formulada a fojas ocho.

Con lo relacionado y disposiciones legales citadas, se declara:

Que no se hace lugar al cambio de la partida de nacimiento del solicitante de su nombre y sexo.

Regístrese y notifíquese.

Dictada por doña MARCELA SOLAR ECHEVERRIA, Juez Titular.

TRIBUNAL	: 17° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-57-2008
SOLICITANTE	: JHPM
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Masculino a Femenino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: <ul style="list-style-type: none"> - Informe psicológico - Información Sumaria de testigos - Informe psiquiátrico - Certificado Médico Matrona - Copia recurso de protección - Certificado del médico-cirujano - Informe Ginecológico Forense SML - Informe Psiquiátrico Forense SML - Informe Servicio de Registro Civil e Identificación
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Acoge cambio de nombre y sexo <ul style="list-style-type: none"> -Dictada 12 de mayo de 2010 -Rocío Pérez Gamboa, Juez Titular
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: No hay
OPERADO	: Genitoplastía Feminizante

Santiago, doce de Mayo de dos mil diez

VISTOS:

A fojas 21 comparece don JHPM, mayor de edad, de oficio peluquera, soltera, domiciliada en XXXXXXXXXXXXXXXX comuna de Quilicura, de esta ciudad, y solicita se rectifique su partida de nacimiento en la cual se consigna su nombre y sexo masculino siendo que su identidad psíquica real es femenina.

Señala que su identidad sexual es completamente femenina y posee una fisonomía global femenina que le permite llevar una vida social como mujer desde hace más de diez años. La identidad psíquica la ha experimentado desde que tiene uso de razón y se encuentra acreditada a través de informes médicos psiquiátricos y psicológicos los cuales dan fe de su inquebrantable e inalterable identidad femenina,

condición que es de carácter permanente y no corresponde a una opción transitoria de vida.

Agrega que pesar de lo anterior, sólo por motivo de sus genitales masculinos y se le puso, fue inscrita bajo el N° 621 ER del año 1981, en el Servicio de Registro Civil e Identificación de la Circunscripción de Recoleta, como una persona de sexo masculino y se le puso erróneamente un nombre propio de varón “J.H.”.

Señala que con el objeto de finalizar el proceso médico de adecuación física a su real psiquis, requiere una intervención quirúrgica que los medios consideran como correctora de su anatomía denominada genitoplastia feminizante o de reconstrucción genital, con el fin de mejorar su calidad de vida, ya que los nombres y sexo con que aparece inscrita le causan menoscabo moral y son ridículos y risibles, ya que no corresponden a su estado psíquico y estético.

Previo citas legales a los artículos 31 de la Ley 4.808 sobre registro civil, 1 letra b) y letra a) de la Ley 17.344, pide se rectifique su partida de nacimiento en el sentido de que se cambie su nombre “Juan Humberto” por el de “Karina Paz”, quedando por lo tanto como KPPM, de sexo femenino.

A fojas 53 se rindió información sumaria en la cual los testigos doña MAR y doña MTAO manifestaron conocer a don JHPM, por espacio de más de diez años, pero siempre la han conocido como KPPM, pero que está inscrita como JH lo que sabe por ser compañeros de trabajo y les consta los problemas que ha tenido con motivo de su apariencia femenina en discordancia con su nombre masculino de JH.

A fojas 62 rola el Servicio Médico Legal que concluye que don JHPM no presenta evidencias de enfermedad psiquiátrica que pueda influir en su voluntad de cambiar su nombre por el de una mujer, su conducta global y su identidad psicológica coinciden sin conflictos con la del sexo femenino.

A fojas 68 consta la publicación en el Diario Oficial de fecha 2 de mayo de 2009. Y a fojas 72, se certificó que no hubo oposición a la solicitud de autos dentro del plazo legal.

A fojas 74 se acompaña certificado del médico cirujano don Guillermo Mac Millan Soto, informando de la intervención quirúrgica de genitoplastia feminizante a la que se sometió don JHPM, de acuerdo a técnica de Hospital Carlos Van Buren el día 12 de Agosto de 2009.

A fojas 82 se acompañó el informe del registro Civil e Identificaciones N° 2124 de 1° de diciembre de 2009, que se estima salvo mejor parecer de SS. resultaría procedente el cambio de nombre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° letras a) y b), inciso segundo de la Ley N° 17.344, toda vez, que se ha acreditado debidamente en autos que el uso de los nombres “JH” causan un menoscabo moral y que ha sido conocido por más de cinco años con el nombre de “KP”; y remite extracto de filiación de don JHPM.

A fojas 93 se agregó a los autos el informe de ginecología Forense N° 881-10 y a fojas 100, fotografías del mismo emitido por el Servicio Médico Legal, concluye que la persona examinada presenta aspecto físico de sexo femenino, mentalmente con orientación femenina y tratada mediante genitoplastia.

A fojas 97 se decretó autos para fallo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en autos comparece don JHPM, ya individualizado, solicitando se rectifique su partida de nacimiento N° 621 Registro ER de la Circunscripción de Recoleta del año 1981, invocando como fundamento el artículo 1° letra a) y b) inciso segundo de la Ley 17.344, de tal modo que se cambie su nombre “JH” por el de “KP”, quedando por lo tanto como KPPM, y se modifique el sexo legal de la misma, en el sentido de cambiar la “M” de masculino, por una “F” de femenino, por corresponder a su identidad síquica real.

SEGUNDO: Que la petición se sustenta en que existe un error en un dato esencial de su personalidad y en los artículos 31 de la Ley 4.808 sobre Registro Civil y artículo 1° letra a) y letra b) de la Ley 17.344, en cuanto la primera prohíbe la imposición de cualquier nombre que haga confusa la designación o que induzca en su conjunto a error sobre el sexo, y las otras permiten cambiar el nombre y/o apellidos cuando uno u otros sean ridículos o le causen menoscabo o el solicitante haya sido conocido por durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos diferentes de los propios.

TERCERO: Que de los antecedentes invocados, tales como informe psicológico acompañado a fojas 4 y siguientes, información sumaria producida a fojas 53 e informe N° 2124 que rola a fojas 82 del Servicio de Registro Civil e Identificación, se colige que don JHPM, ha sido conocido por su familiares, vecinos y amigos por más de cinco años con el nombre de KPPM, así como la circunstancia de figurar inscrito con los primeros le producen un menoscabo moral, provocándole una aflicción emocional y un daño a su integridad, por no ajustarse a su identidad.

CUARTO: Que por su parte, en cuanto a rectificar el sexo en su inscripción, se allegó a los autos informes médicos rolantes a fojas 2 y 3, emitido por la médico psiquiatra Patricia Tapia, informe psicológico emitido por la psicóloga clínica María Soledad Cartagena, certificados extendidos por la matrona Mayra Torres Cisternas informando de la terapia hormonal recibida por la solicitante, copia de recurso de protección presentado por don JPM ante la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso, todos antecedentes que informan del padecimiento de un transexualismo no resuelto, con tratamiento psicológico por un rechazo a sus características masculinas, recomendándose una cirugía de remodelación genital.

QUINTO: Que conforme a lo señalado, por medio de certificado extendido por el médico cirujano Guillermo Mac Millan Soto del Hospital Carlos Van Buren, se acredita e informa que la solicitante por más de 10 años ha vivido como mujer y ha logrado feminización física global, satisfactoria, y por ello se sometió a una intervención quirúrgica de genitoplastia feminizante de acuerdo a técnica del hospital mencionado, el día 12 de agosto del año 2009.

SEXTO: Que corrobora lo anterior los informes solicitados al Servicio Médico Legal, rolantes a fojas 62 y 100, señalan que la solicitante no presenta evidencias de enfermedad psiquiátrica que pueda influir en la solicitud que se impetra en este Tribunal, que su conducta global y su identidad psicológica coinciden, sin conflictos, con la de sexo femenino; y en el segundo informe ginecológico, en sus conclusiones informa que la persona examinada presenta aspecto físico propio de una persona de sexo femenino, mentalmente tiene orientación femenina, tratada mediante genitoplastía.

SEPTIMO: Que la Constitución Política de la República garantiza a las personas, entre otros, el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de las personas, el respecto y la protección a la vida privada, a la honra de la persona y su familia, todos derechos fundamentales de cuyo conjunto fluye el máximo valor de la dignidad humana, en que el libre albedrío y la autodeterminación sólo reconoce como límites la legalidad y el orden social en general y los derechos de todos en derredor.

OCTAVO: Que en tales preceptos constitucionales se encuentra el espíritu y sustento de las normas que autorizan el cambio de la partida de nacimiento, y otros documentos, en cuanto corresponden a actuaciones administrativas auto impuestas por el orden social a que adscribimos, pero que de suyo no pueden causar perjuicio a la persona humana o administrado.

NOVENO: Que no escapa a esta sentenciadora la circunstancia que la ciencia ha afinado sus investigaciones acerca de la naturaleza humana, el fenómeno de la autodeterminación y de lo que podríamos llamar la creación del individuo y de la personalidad, así como ha desarrollado las técnicas que permitan servir a la persona en pro de un estado de salud físico y síquico, que sea coherente y acorde a su ser.

DECIMO: Que así las cosas, de los antecedentes expuestos y documentos acompañados se tiene por acreditado que la solicitante detenta una identidad sexual diversa al que fue inscrito en la partida de nacimiento por lo que se hace necesario adecuar la mención correspondiente en su inscripción a la realidad actual, esto es, a la de sexo femenino.

UNDECIMO: Que conforme lo razonado, en la especie se dan los presupuestos legales necesarios para que se acoja la solicitud de rectificación de partida de nacimiento de don JHPM, en cuanto a sustituir los nombres personales JH por los de KP, y en la referencia al sexo la expresión “masculino” por “femenino” quedando en consecuencia como KPPM, de sexo femenino.

Por estas consideraciones, y lo dispuesto en los artículos 1, 19 N° 1 y 4, 26 de la Constitución Política de la República, 1° de la letra a) y b) e inciso segundo del mismo artículo de la Ley 17.344, artículo 31 de la Ley 4.808 sobre Registro Civil, se declara:

Que acoge lo pedido a fojas 21 y se ordena al señor Director del Servicio de Registro Civil e Identificación rectificar la Partida de Nacimiento efectuada el año 1981, registro de nacimiento de la

Circunscripción de Recoleta, inscripción N° 621, Registro ER, de don JHPM, en el sentido de modificar sus nombres propios por los de “KP, quedando por lo tanto como KPPM.

Que se ordena rectificar asimismo, la mención del sexo masculino por femenino en la partida mencionada.

Anótese y dese copia.

DICTADA POR DOÑA ROCÍO PÉREZ GAMBOA, JUEZ TITULAR.

TRIBUNAL	: 21° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-23-2005
SOLICITANTE	: MRRE
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Femenino a Masculino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: - Información Sumaria de testigos - Informe Servicio de Registro Civil e Identificación - Informe Ginecológico Servicio Médico Legal
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Acoge cambio de nombre y sexo -Dictada 5 de julio de 2005 -Patricia Castro Pardo, Juez Titular
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: No hay
OPERADO	: No consta en la sentencia

Santiago, cinco de Julio de dos mil cinco

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE.

A fs. 06 se presenta doña MRRE, soltera, publicista, domiciliada en xxxxxxxxxx de la comuna de Independencia, quien solicita la rectificación de su partida de nacimiento, Inscripción N° 3.542, correspondiente a la Circunscripción Providencia del año 1978, del Servicio de Registro Civil e Identificación, quedando en definitiva como “VARE”, y no MRRE, cambiando, además de su nombre el “sexo”.

Con el mérito de los antecedentes, información sumaria de testigos de fojas 19 a 21, y de acuerdo a lo informado por el Servicio de Registro Civil e Identificación de fojas 24, además del Informe del Servicio Médico Legal de Ginecología, de fojas 29, 30 y 31, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 817 y 819 del Código de Procedimiento Civil; y letra b, inciso segundo, del artículo 1°, de la Ley 17.344,

SE DECLARA:

Que ha lugar a la solicitud de fojas 06, y en consecuencia se ordena al Sr. Director del Servicio de Registro Civil e Identificación que rectifique la inscripción de nacimiento N° 3.542, del año 1978, de la correspondiente a “MRRE”, en el sentido de establecer que el inscrito es “VARE”, de sexo MASCULINO, para todos los efectos legales.-

Regístrese y dése copia autorizada. Dictada por doña Patricia Castro Pardo, Juez Titular.

TRIBUNAL	: 22° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-87-2007
SOLICITANTE	: JERE
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Masculino a Femenino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: <ul style="list-style-type: none"> - Información Sumaria de testigos - Certificados de antecedentes y de nacimiento - Informe psiquiátrico COSAM Cerro Navia - Informe Psiquiátrico Forense SML - Informe Ginecológico Forense SML - Informe Servicio de Registro Civil e Identificación - Extracto de Filiación - Inscripción de nacimiento
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Rechaza cambio de nombre y sexo -Dictada 28 de noviembre de 2008 -Helga Marchant Bustamante, Juez Titular
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: Con fecha 17 de junio de 2009, se declara desierto el Recurso de Apelación
OPERADO	: Sin operación

Santiago, viernes veintiocho de noviembre de dos mil ocho.

VISTOS:

Don JERE, no señala profesión u oficio, cédula de identidad xxxxxxxxxx, domiciliado en xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, solicita:

- 1.- Se le autorice el cambio de su nombre, en el sentido de modificar los nombres propios con que aparece inscrito en su partida de nacimiento, "JE", por "JI", quedando en definitiva como "JIRE";
- 2.- Se le autorice a cambiar el sexo con que aparece registrado en su partida de nacimiento, esto es, "masculino", por "femenino"; y
- 3.- Se ordene rectificar su partida de nacimiento N°3.532 del Registro de Nacimientos del año 1971, Cicunscripción Universidad del Servicio de Registro Civil e Identificación, en la forma indicada.

Se funda en que nació el día 03 de Mayo de 1971, siendo inscrito por sus padres con el nombre JERE, de acuerdo a su sexo biológico masculino.

Que no obstante, desde los siete años de edad, tuvo conciencia que su estructura biológica masculina, no correspondía a su sentido de identidad, legal femenina.

Que en el transcurso del tiempo ha asumido el sexo femenino, cambiando su apariencia y nombre en los hechos al de JI, y que desde hace más de diez años, se presenta y es conocido en todos sus ámbitos con los nombres de JIRE, pues se identifica con el sexo femenino, y con dichos nombres, es tratado socialmente.

Dice que a consecuencia de esta discordancia entre su sexo biológico y su sexo psicológico, sufre desde temprana edad discriminaciones arbitrarias, tanto en el ámbito laboral, educacional, de salud, e incluso en su propio grupo familiar, siendo objeto de burlas por parte de personas que no comprenden su condición, y debiendo soportar con estos hechos humillación pública, sin poder desenvolverse en forma libre y digna como cualquier otra persona.

Finalmente, señala que la petición la ejerce a fin de tener una mejor calidad de vida, y para que el nombre y sexo establecido en su partida de nacimiento, sea concordante con su imagen femenina cuando su cuerpo físico es, actualmente masculino, todo lo anterior, conforme lo dispuesto en el artículo 1º letras a) y b) de la Ley N°17.344.-

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que don JERE, ya individualizado, solicita:

- 1.- Se le autorice el cambio de su nombre, en el sentido de modificar los nombres propios con que aparece inscrito en su partida de nacimiento, “JE”, por “JI”, quedando en definitiva como “JIRE”;
- 2.- Se le autorice a cambiar el sexo con que aparece registrado en su partida de nacimiento, esto es, “masculino”, por “femenino”; y
- 3.- Se ordene rectificar su partida de nacimiento N°3.532 del Registro de Nacimientos del año 1791, Circunscripción Universidad del Servicio de Registro Civil e Identificación, en la forma indicada, de acuerdo a los fundamentos descritos en la primera parte de esta sentencia;

SEGUNDO: Que de la información sumaria rendida a foja 21, por doña FCAL y doña CMVR, consta que el solicitante ha hecho uso del nombre JIRE, siendo conocido socialmente, con dicho nombre, por más de cinco años y hasta la fecha, pues el nombre con que figura inscrito en su partida de nacimiento le causa menoscabo psicológico en su vida adulta; y que lo declarado les consta, porque ambos conocen a doña JI, hace más de cinco años, siempre ha sido llamada por este nombre, y han sido testigos del menoscabo sufrido por ella, a consecuencia del nombre anterior;

TERCERO: Que a fojas 17 y 20 de autos, consta haberse efectuado la publicación en el Diario Oficial, y a fojas 24, rola certificado de no haberse deducido oposición a la solicitud de autorización de cambio de

nombre, dentro del plazo legal, que se encuentra vencido;

CUARTO: Que el peticionario para fundamentar su petición, acompañó los siguientes instrumentos:

1.- En foja 1, certificado de antecedentes emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación el 07 de mayo de 2007, en que consta que don JERE, cédula de identidad N° xxxxxxxxxxx, nacido el xxxxxxxxxxx, no se encuentra actualmente procesado, ni ha sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva;

2.- En foja 2, certificado de nacimiento de don JERE, R.U.N. N°xxxxxxxxxxxxx, inscripción de nacimiento N°3.552, del Registro de Nacimientos del año 1971, Circunscripción Universidad del Servicio de Registro Civil e Identificación, nacido el 03 de mayo de 1971, sexo masculino, cuyos padres son JERV y doña ATER, emitido por el referido Servicio el 21 de Junio del año 2007;

3.- En foja 5, informe psiquiátrico emitido por el Centro Amigable de Salud Programa COSAM, de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Cerro Navia, Dirección de Salud, realizado al señor cuyo nombre legal es JERE, y nombre de identidad es JIRE, Rut xxxxxxxxxxx, de 35 años de edad, nacido el 03 de mayo de 1971, en cuyo ítem conclusión diagnóstica, señala que “paciente fue evaluada en la Unidad de Psiquiatría de COSAM Cerro Navia. Se realiza examen psiquiátrico y psicológico, además de Test de Rorschach.

Paciente presente indemnidad en áreas ejecutivas, cognitivas y del afecto. Personalidad estructurada, salvo orientación sexual, la cual es femenina opuesto a su sexo físico, el cual es masculino. Lo anterior revela la presencia de transexualidad.

Se recomienda manejo endocrinológico y médico quirúrgico si así lo requiere la paciente”.-

En foja 7, ítem V, agrega: “... que la evaluada presenta una inteligencia clínicamente normal. En el plano afectivo presenta una tendencia a actuar en función del razonamiento, aún cuando éste se vea interferido en ocasiones por los afectos, sobre todo en situaciones de presión. Su ansiedad frente a las relaciones interpersonales se condice con una autoestima vulnerable que la llevan a temer por el rechazo de los otros. Finalmente se observa rechazo por su imagen corporal, identificándose con el sexo femenino encajando con la exigencia de transexualismo.”; emitido por la médico psiquiatra doña Berna Castro Rojas, y por la psicóloga clínica doña Mónica Moreno Beaupuits, ambas del centro de salud referido;

QUINTO: Que a foja 72, rola Informe N° 1045-08 emitido por el médico psiquiatra forense doña Andrea Bahamondes Moya, del Área de Salud Mental del Servicio Médico Legal, el 07 de mayo de 2008, que informa sobre las facultades mentales de don JERE, de 36 años de edad, soltera, fecha de nacimiento 03 de mayo de 1971, educación con 4° año medio rendido, quien se desempeña como funcionaria administrativa del xxxxxxxxxxx, de la Ilustre Municipalidad de xxxxxxxxxxx.

El examen informa que anteriormente fue evaluada psicológicamente a solicitud del médico

endocrinólogo, don Rafael Ríos, para iniciar tratamiento hormonal, solicitado por el examinado, con el objeto de cambiar su apariencia masculina a femenina.

Concluye: “Que don JERE, no presenta psicopatología, y es posible descartar enfermedad psiquiátrica, su personalidad parece armoniosamente desarrollada, sus facultades mentales le permiten comprender el significado y consecuencias de sus actos. Tiene la capacidad para reconocer y diferenciar lo que es socialmente aceptado de lo que no es. Muestra una capacidad conservada para controlar sus impulsos”.

En foja 128, rola ampliación del informe médico legal, de ginecología, de 01 de agosto de 2008, por el cual pone en conocimiento de este tribunal médico legal, de ginecología, de 01 de agosto de 2008, por el cual pone en conocimiento de este tribunal, que el peticionario se presentó a examen sexológico el día 13 de marzo de 2008, a las 11:51 horas, rechazando dicho examen, por considerarlo incómodo y que se estaban pasando a llevar sus derechos.

Agrega que como es de conocimiento de S.S., a los transexuales debe practicárseles un examen físico con especial atención a los genitales, que este examen lo efectúa un perito con 41 años de ejercicio de la profesión médica, respetando los derechos de las personas, por lo cual, señala que no es efectivo que se vulneran dichos derechos, sino por el contrario se cautelan y respetan;

SEXTO: Que en foja 178, rola informe del Servicio de Registro Civil e Identificación N° 1636 de 04 de Septiembre de 2008, relativo a la solicitud de rectificación de inscripción de nacimiento N°3.532 del año 1971, Circunscripción Universidad del Servicio de Registro Civil e Identificación, correspondiente a JERE, de sexo masculino, en el sentido de establecer que el nombre del inscrito es JIRE, que informa la opinión desfavorable del Director Nacional del Servicio, en orden a que, en su opinión: “no resulta procedente la rectificación solicitada, de conformidad con la Ley N°4.808, sobre Registro Civil toda vez que no se dan sus presupuestos, por cuanto esas disposiciones sólo autorizan rectificar las inscripciones cuando adolezcan de omisiones o errores manifiestos, lo que no ocurre en la especie, como asimismo no se encuentra acreditada ninguna de las causales que contempla la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y/o apellidos en los casos que indica, invocadas por el peticionario.”

Agrega que en ausencia de normas legales que regulen el cambio de sexo, el Servicio informa a los tribunales de Justicia, que a falta de norma legal, corresponde al Juez de la causa resolver acerca de la procedencia o improcedencia de la rectificación solicitada.

Continúa que “En consecuencia y no obstante que los testigos de la información sumaria de fojas 21, acreditan las circunstancias de hecho a que alude la causal contemplada en el inciso segundo, letra a) del artículo 1°, de la Ley N°17.344, ya mencionada, esto es, el menoscabo moral por el uso de los nombres propios “JE”, este Servicio considera que no resultaría legalmente procedente acceder a lo solicitado, sin que previamente se modificara el rubro “sexo” de la inscripción, de “masculino” a “femenino”, para lo

cual sería necesario que con antelación el inscrito se someta a una intervención quirúrgica, toda vez que el nombre con que se pretende modificar la partida de nacimiento del peticionario de autos, es equívoco respecto al sexo que actualmente le corresponde, situación que de admitirse, incidiría en la identificación de la persona, cuya cédula de identidad contendría datos inconsistentes, al señalar que su sexo es “femenino” y que su nombre es “JERE”, lo que precisamente regula el artículo 31 de la Ley N° 4.808, al exigir que hay una correspondencia entre el sexo y el nombre del inscrito.”

SEPTIMO: Que a foja 134, rola extracto de filiación y antecedentes, remitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación en el que se establece que el peticionario, don JERE, cédula de identidad N°xxxxxxxxxxxx, nacido el 3 de mayo de 1971, inscripción de nacimiento N°3.532, del Registro de Nacimientos del año 1971, Circunscripción Universidad del Servicio de Registro Civil e Identificación, estado civil soltero, con domicilio en xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, no se encuentra actualmente procesado, ni ha sido condenado por crimen o simple de delito que merezca pena aflictiva.

Y a foja 135, rola copia autorizada remitida por el mismo Servicio, de la inscripción de nacimiento N° 3.532 de fecha 05 de mayo de 1971, a nombre don JERE, nacido el 03 de mayo de 1971, sexo masculino, del Registro de Nacimientos del Servicio de Registro Civil e Identificación, Circunscripción Universidad N° 4 del Departamento de Santiago, del año 1971, cuyos padres son don JERV y doña ATER;

OCTAVO: Que en efecto, la Ley N°17.344, en su artículo 1° reconoce el derecho que toda persona tiene a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento. Luego en el inciso segundo establece el derecho de cualquier persona a solicitar por una sola vez, que se le autorice para cambiar sus nombres o apellidos o ambos a la vez, en los caso singulariza en sus letras a) a la c).

La letra a) establece como causal, “Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente”.

En la letra b), se establece como causal: “Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos diferentes de los propios.”

Y en el inciso tercero del mismo artículo 1°, se establece además el derecho, “En los casos que una persona haya sido conocida durante más de cinco años, con uno o más de los nombres propios que figuran en su partida de nacimiento”, el titular de dicha partida, podrá solicitar que se supriman en la inscripción, en la de su matrimonio, y en las inscripciones de nacimientos de sus hijos menores de edad, en su caso, el o los nombres que no hubiere usado.

Por su parte la Ley N° 4.808, en su artículo 31 exige que al momento de practicar la inscripción de nacimiento de una persona, debe existir correspondencia entre el nombre del inscrito y el sexo del mismo;

NOVENO: Que del mérito del informe psiquiátrico (foja 72 de autos), practicado por el Servicio Médico

Legal, al peticionario de autos, se establece que éste no padece enfermedad mental, ni alguna psicosis, y se acredita su condición de transexual, cuyo efecto psicológico es que él se siente mujer, y en los hechos, se traduce en que se efectuó tratamiento hormonal, que se viste como mujer, actúa como mujer, se presenta asimismo como mujer, obtuvo trabajo como mujer y con ese rol desempeña su labor.

Que además, del mérito de autos, se establece que el peticionario, ha hecho uso a lo menos durante más de cinco años, de los nombres propios JI, siendo conocido y actuando en el ámbito social, laboral y familiar con el nombre JIRE, y que no ha hecho uso a lo menos durante el mismo periodo de tiempo, de sus nombres propios "JE", con que figura inscrito en su partida de nacimiento, porque dichos nombres le fueron asignados por sus padres a la época de su nacimiento, de acuerdo al sexo biológico masculino, con que nació, y porque le ocasionan en su concepto un menoscabo moral, pues él no se identifica con el rol masculino, sino que con el femenino;

DECIMO: Que no obstante lo señalado en el fundamento noveno precedente, y, de acuerdo a la ley vigente, entre las causales taxativas, que facultan al individuo interesado para solicitar cambio de su prenomén ella no está prevista en el ordenamiento jurídico;

UNDECIMO: Que, a mayor abundamiento, en el caso sublite, no es sólo el cambio de su prenomén, sino también, que por una decisión jurisdiccional se pretende el cambio de sexo del solicitante, lo que es impracticable, mientras la ciencia médica no lo someta a la correspondiente cirugía, y una vez resuelto el problema físico, recién el órgano jurisdiccional puede aplicar la normativa vigente.

Pues de acceder a la mutación de nombre, el tribunal se vería en la necesidad de infringir los grandes Principios del Derecho, que ordena aplicar el artículo 24 del Código Civil.

Y, lo dispuesto, - además - , en los artículos 24 del Código Civil, artículos 31 N° 2 y 33 de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil; 817 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara:

Que se rechaza, en su integridad, la solicitud de cambio de nombre y sexo registral de lo principal de foja 8.-

Regístrese, inscribese, dése copias y archívese en su oportunidad.

DICTADA POR DOÑA HELGA MARCHANT BUSTAMANTE, JUEZ TITULAR.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Rol Ingreso Corte: N° 3186-2009

Santiago, diecisiete de junio de dos mil nueve.

A fojas 208, por cumplido lo ordenado.

A fojas 210: con el mérito del certificado precedente, y por haber transcurrido el término legal sin que la parte apelante haya comparecido en esta instancia, se declara desierto el recurso de apelación interpuesto a fs. 203 y concedido a fs. 207, en contra de la sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil ocho, escrita a fs. 188 y siguientes.

Regístrese y devuélvase.

N°3186-2009

TRIBUNAL	: 22° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-88-2007
SOLICITANTE	: HAMM
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Masculino a Femenino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: <ul style="list-style-type: none"> - Información Sumaria de testigos - Certificado de antecedentes - Certificado de nacimiento - Informe Ginecológico Forense SML - Informe Psiquiátrico Forense SML - Informe psicológico Forense SML - Informe Servicio de Registro Civil e Identificación - Extracto de Filiación y Antecedentes - Inscripción de Nacimiento
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Rechaza cambio de nombre y sexo -Dictada 28 de noviembre de 2008 -Helga Marchant Bustamente, Juez Titular
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: - Se confirma sentencia apelada - Pronunciada por la Octava Sala - Presidida Ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo integrada Ministro señora Amanda Valdovinos Jeldes y Abogado Integrante señor Bernardo Lara Berríos
OPERADO	: Sin operación

Santiago, viernes veintiocho de noviembre de dos mil ocho.

VISTOS:

En foja 3, rectificada en foja 17, don HAMM, no señala profesión u oficio, cédula de identidad N°xxxxxxxxxxx, domiciliado en xxxxxxxxxxx, comuna y ciudad Santiago, solicita:

1.- Se le autorice el cambio de su nombre, en el sentido de modificar los nombres propios con que aparece inscrito en su partida de nacimiento, "HA", por "FR", quedando en definitiva como "FRMM";

2.- Se le autorice a cambiar el sexo con que aparece registrado en su partida de nacimiento, esto es, “masculino”, por “femenino”; y

3.- Se ordene rectificar su partida de nacimiento N°3.568 del Registro de Nacimientos del año 1978, Circunscripción Las Condes del Servicio de Registro Civil e Identificación, en la forma indicada.

Se funda en que nació el día 28 de septiembre de 1978, y fue inscrito por sus padres, de acuerdo a su sexo biológico masculino, con los nombres propios “HA”.

Dice que sus nombres propios no corresponden a su identidad sexual, pues se siente mujer, desde que nació, y ello le ha ocasionado tener que vivir maltrato y discriminación en el ámbito social, laboral como en el familiar.

Que su condición de transexual, y llevar un nombre de hombre, cuando se siente mujer, y el hecho de que socialmente es conocida como FR, pero en su cédula de identidad aparece con sus nombres masculinos, le significa constantes problemas para tener acceso a cualquier servicio, sea privado o público, como Bancos, Consultorio de Salud, incluso para votar, pues las personas la discriminan, ya que tiene dos identidades, o porque piensan que está suplantando a una mujer, lo que para ella no es así, pues la única identidad que en su concepto tiene es de mujer y sus nombres son RF, pues se identifica con el Rol de género femenino y no masculino.

Que siendo el nombre un atributo de la personalidad, teniendo derecho a un nombre y a una identidad que la represente, teniendo derecho a tener una identidad sexual, y al resguardo de su personalidad física y psíquica, a la salud y a la dignidad, ejerce su petición pues considera que el menoscabo moral que sufre, y sus problemas de discriminación se mitigarán, si obtiene del Estado un reconocimiento de su identidad femenina, para que el nombre y sexo establecido en su partida de nacimiento, sean concordantes con su imagen y rol de género con el que se identifica, esto es femenino, aún cuando su cuerpo físico sea actualmente masculino, porque los nombres de su partida de nacimiento le causan menoscabo moral, todo lo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 1º, letras a) y b) de la Ley N°17.344.-

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en foja 3, rectificada en foja 17, don HAMM, ya individualizado, solicita:

1.- Se le autorice el cambio de su nombre, en el sentido de modificar los nombres propios con que aparece inscrito en su partida de nacimiento, “HA”, por “FR”, quedando en definitiva como “FRMM”;

2.- Se le autorice a cambiar el sexo con que aparece registrado en su partida de nacimiento, esto es, “masculino”, por “femenino”; y

3.- Se ordene rectificar su partida de nacimiento N°3.568 del Registro de Nacimientos del año 1978, Circunscripción Las Condes del Servicio de Registro Civil e Identificación, en la forma indicada, de

acuerdo a los fundamentos descritos en la primera parte de esta sentencia;

SEGUNDO: Que de la información sumaria rendida a foja 23, por doña PCCV y doña ACFF, consta que el solicitante ha hecho uso del nombre FRMM, siendo conocido socialmente, con dicho nombre, por más de cinco años y hasta la fecha, pues el nombre con que figura inscrito en su partida de nacimiento le causa menoscabo psicológico en su vida adulta; y que lo declarado les consta, porque ambos conocen a doña FR, hace más de cinco años, siempre ha sido llamada por este nombre, y han sido testigos del menoscabo sufrido por ella, a consecuencia del nombre anterior;

TERCERO: Que a fojas 15 y 22 de autos, consta haberse efectuado la publicación en el Diario Oficial, y a foja 26, rola certificado de no haberse deducido oposición a la solicitud de autorización de cambio de nombre, dentro del plazo legal, que se encuentra vencido;

CUARTO: Que el peticionario para fundamentar su petición, acompañó los siguientes instrumentos:

1.- En foja 1, certificado de antecedentes emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación el 11 de Junio de 2007, en que consta que don HAMM, cédula de identidad N°xxxxxxxxxxxxx, nacido el 28 de Septiembre de 1978, no se encuentra actualmente procesado, ni ha sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva;

2.- En foja 2, certificado de nacimiento de don HAMM, R.U.N. N° xxxxxxxxxxxxx, inscripción de nacimiento N° 3.568, del Registro de Nacimientos del año 1978, Circunscripción Las Condes del Servicio de Registro Civil e Identificación, nacido el 28 de Septiembre de 1978, sexo masculino, cuyos padres son HAMG y doña MRMA, emitido por el referido Servicio el 11 de Junio del año 2007;

3.- En foja 68, informe de Ginecología Forense N° 722-08, emitido el 13 de Marzo de 2008 por el médico don Andrés Rosmanich Poduje, del Instituto Médico Legal, conforme al examen efectuado al solicitante don HAMM, de 29 años de edad, en cuyo ítem conclusiones establece, en lo que tiene relevancia para esta litis: 1.- Que la persona examinada presenta órganos genitales externos e internos (testículos) propios del género masculino; y 2.- Las mamas son propias del género masculino;

QUINTO: Que en foja 71, rola informe Psiquiátrico N° 3428, emitido el 11 de julio del año 2008, por la médico psiquiatra forense del Área de Salud Mental del Instituto Médico Legal, doña Amelia Correa Parra, acerca de las facultades mentales de don HAMM, de 29 años de edad, soltero, quien tiene estudios medio técnicos completos, cesante a esa época, que concluye: “De la evaluación psicológica y evaluación clínica psiquiátrica es posible estimar que HAMM no presenta alteraciones psicopatológicas de relevancia médico legal en los hechos que se investigan en esta causa judicial. Se estima que el evaluado es capaz de distinguir entre conductas socialmente aceptadas y rechazadas y posee los recursos necesarios para ajustar su conducta en base a dicha distinción si así lo desea”.-

En foja 78 de autos, rola el informe psicológico que se le efectuara al solicitante, por la psicóloga Forense

del Área de Salud Mental del mismo Servicio, doña Alejandra Rodríguez Morales, que señala que de acuerdo a la evaluación realizada es posible concluir que el examinado don HAMM, presentaría rasgos de necesidad de estima y atención, los cuales corresponden a características descriptivas de la personalidad y no constituyen psicopatología mental de relevancia médico legal, y que el juicio de realidad se encuentra conservado;

SEXTO: Que en foja 199, rola informe del Servicio de Registro Civil e Identificación N° 1846 de 16 de Octubre de 2008, relativo a la solicitud de rectificación de inscripción de nacimiento N°3568 del año 1978, Circunscripción Las Condes del Servicio de Registro Civil e Identificación, correspondiente a HAMM, de sexo masculino, en el sentido de establecer que el nombre del inscrito es FRMM, que informa la opinión desfavorable del director Nacional del Servicio, en orden a que, en su opinión: “no resulta procedente la rectificación solicitada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 4808, sobre Registro Civil toda vez que no se dan sus presupuestos para ello, por cuanto esas disposiciones sólo autorizan rectificar las inscripciones cuando adolezcan de omisiones o errores manifiestos, lo que no ocurre en la especie, por cuanto la partida de nacimiento aludida da cuenta que el inscrito es de sexo “masculino” y no se encuentra acreditado en autos que esta circunstancia haya sido modificada mediante intervención quirúrgica;

Agrega que en ausencia de normas legales que regulen el cambio de sexo, el Servicio informa a los Tribunales de Justicia, que a falta de norma legal, corresponde al Juez de la causa resolver acerca de la procedencia o improcedencia de la rectificación solicitada;

SEPTIMO: Que a foja 93, rola extracto de filiación y antecedentes, remitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación en el que se establece que el peticionario, don HAMM, cédula de identidad N°xxxxxxxxxxxx, nacido el 28 de septiembre de 1978, inscripción de nacimiento N°3.568, del Registro Civil de Nacimientos del año 1978, Circunscripción Las Condes del Servicio de Registro Civil e Identificación, estado civil soltero, con domicilio en xxxxxxxxxxxxxxxx, comuna de Puente Alto, no se encuentra actualmente procesado, ni ha sido condenado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva.

Y a foja 94, rola copia autorizada remitida por el mismo Servicio, de la inscripción de nacimiento N°3.568 de fecha 10 de octubre 1978, a nombre don HAMM, nacido el 28 de Septiembre de 1978, sexo masculino, del Registro de Nacimientos del Servicio de Registro Civil e Identificación, Circunscripción Las Condes N° 17 del Departamento de Santiago, del año1978, cuyos padres son don HAMG y doña MRMA;

OCTAVO: Que en efecto, la Ley N°17.344, en su artículo 1° reconoce el derecho que toda persona tiene a usar los nombres o apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento. Luego en el inciso segundo establece el derecho de cualquier persona a solicitar por una sola vez, que se le autorice para cambiar sus nombres o apellidos o ambos a la vez, en los casos singulariza en sus letras a) a

la c).

La letra a) establece como causal, “Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente”.

En la letra b), se establece como causal; “Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellido, o ambos diferentes de los propios”.

Y en el inciso tercero del mismo artículo 1º, se establece además el derecho, “En los casos que una persona haya sido conocida durante más de cinco años, con uno o más de los nombres propios que figuran en su partida de nacimiento”, el titular de dicha partida, podrá solicitar que se supriman en la inscripción, en la de su matrimonio, y en las inscripciones de nacimientos de sus hijos menores de edad, en su caso, él o los nombres que no hubiere usado.

Por su parte la Ley N°4.808, en su artículo 31 exige que al momento de practicar la inscripción de nacimiento de una persona, debe existir correspondencia entre el nombre del inscrito y el sexo del mismo; NOVENO: Que del mérito del informe psiquiátrico (foja 71 de autos), practicado por el Servicio Médico Legal, al peticionario de autos, se establece que éste no padece enfermedad mental, ni alguna psicosis, y se acredita su condición de transexual, cuyo efecto psicológico es que él se siente mujer, y en los hechos, se traduce en que se efectuó tratamiento hormonal, que se viste como mujer, actúa como mujer, se presenta asimismo como mujer, y que trabaja con ese rol femenino en forma independiente, pues no encuentra trabajo en su oficio técnico, debido a que es rechazado constantemente porque su nombre no corresponde a su imagen de mujer.

Que además, del mérito de autos, se establece que el peticionario, ha hecho uso a lo menos durante más de cinco años, de los nombres propios FR, siendo conocido y actuando en el ámbito social, laboral y familiar con el nombre FRMM, y que no ha hecho uso a lo menos, durante el mismo periodo de tiempo, de sus nombres de propios “HA”, con que figura inscrito en su partida de nacimiento, porque dichos nombres le fueron asignados por sus padres a la época de su nacimiento, de acuerdo al sexo biológico masculino, con que nació, y porque le ocasionan en su concepto un menoscabo moral, pues él no se identifica con el rol de género masculino, sino que con el femenino;

DÉCIMO: Que no obstante lo señalado en el fundamento noveno precedente, y, de acuerdo a la ley vigente, entre las causales taxativas, que facultan al individuo interesado para solicitar cambio de su prenomén ella no está prevista en el ordenamiento jurídico;

UNDÉCIMO: Que, a mayor abundamiento, en el caso sublite, no es sólo el cambio de su predomen, sino también, que por una decisión jurisdiccional se pretende el cambio de sexo del solicitante, lo que es impracticable, mientras la ciencia médica no lo someta a la correspondiente cirugía, y una vez resuelto el problema físico, recién el órgano jurisdiccional puede aplicar la normativa vigente.

Pues de acceder a la mutación de nombre, el tribunal se vería en la necesidad de infringir los grandes Principios del Derecho, que ordena aplicar el artículo 24 del Código Civil.

Y, lo dispuesto, además, en los artículos 24 del Código Civil, artículos 31 N° 2 y 33 de la Ley N° 4.808 sobre Registro Civil; 817 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara:

Que se rechaza, en su integridad, la solicitud de cambio de nombre y sexo registral de lo principal de foja 3.-

Regístrese, inscribese, dése copias y archívese en su oportunidad.

DICTADA POR DOÑA HELGA MARCHANT BUSTAMANTE, JUEZ TITULAR.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Rol ingreso N° 2.084-2009

Santiago, diez de diciembre de dos mil nueve.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de veintiocho de noviembre de dos mil ocho escrita a fojas 207 y siguientes.

Regístrese y devuélvase.

N° 2.084-2009

Pronunciada por la Octava Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo e integrada por la Ministro señora Amanda Valdovinos Jeldes y por el Abogado Integrante señor Bernardo Lara Berríos.

TRIBUNAL	: 28° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-37-2009
SOLICITANTE	: MNGM
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Masculino a Femenino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: <ul style="list-style-type: none"> - Certificado de nacimiento - Certificado de antecedentes - Certificado Médico Cirujano - Informe psiquiátrico y psicológico - Información Sumaria de testigos - Informe Servicio de Registro Civil e Identificación
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Acoge cambio de nombre y sexo <ul style="list-style-type: none"> -Dictada 14 de octubre de 2009 -Jorge Mena Soto, Juez Titular
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: No hay
OPERADO	: Genitoplastía Feminizante

Santiago, miércoles catorce de octubre de dos mil nueve

VISTOS:

PRIMERO: Que a fojas 6 comparece MNGM, ingeniero comercial, domiciliado en xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, comuna de Santiago, quien viene en solicitar rectificación de la partida de su nacimiento, en el sentido de cambiar sus nombres "MN", por los de "MI".

Funda dicha solicitud en la circunstancia de que a pesar que nació con sexo masculino, sicológicamente siempre se ha sentido como mujer. Agrega que con fecha 2 de marzo del 2009 se sometió, exitosamente, a intervención quirúrgica de "genitoplastía feminizante", en el hospital Carlos Van Buren, de manera tal que en la actualidad físicamente tiene el aspecto físico de una mujer y se desenvuelve en su vida diaria como tal, usando como nombres los de "MI", que van de acuerdo a su aspecto, en lugar que los nombres "MN" asignados en su partida de nacimiento. Por lo expuesto, solicita se rectifique su partida de nacimiento, fundado en que el artículo 31 inciso segundo de la Ley N° 4808, que establece que el nombre de una persona debe guardar relación con su sexo y en el artículo 1 de la Ley N° 17344.

SEGUNDO: Que a fojas 1 se encuentra agregado certificado de nacimiento y a fojas 2 se agregó certificado de antecedentes del solicitante. Por su parte, a fojas 3 se encuentra agregada copia autorizada de certificado emitido por el médico cirujano don Guillermo Mac Millan Soto, que da cuenta de la realización de la cirugía denominada "genitoplastia feminizante" y de que la parte solicitante se sometió además a terapia hormonal y cirugía estética del rostro, logrando una feminización física total.

A fojas 4 se encuentra agregado informe de evaluación psiquiátrica y psicológica, efectuada por don Mario Quijada Hernández, quien expone en resumen que el solicitante se beneficiaría con la reasignación de sexo, dado que corresponde a un caso de "transexualismo" y que no existían contraindicaciones psiquiátricas ni psicológicas para efectuar la operación.

TERCERO: Que a fojas 28 consta el certificado que acredita que no hubo oposición a la solicitud dentro de plazo legal.

CUARTO: Que a fojas 18, consta información sumaria de testigos, quienes declararon que desde hace más de cinco años conocen al solicitante, y que siempre lo trataron y conocieron como MIGM, desenvolviéndose como tal en sus ámbitos laboral, académico, familiar y social, y que su único fin a través de la presente gestión es desarrollar una vida normal, ya que con fecha 2 de marzo de 2009 se sometió a una intervención quirúrgica de reasignación sexual, de la que se encuentra totalmente recuperada.

QUINTO: Que a fojas 23, se encuentra agregada publicación legal efectuada en el Diario Oficial, con fecha 1 de Junio de 2009.

SEXTO: Que a fojas 33, consta Informe desde el Servicio de Registro Civil e Identificación, que señala que, en este caso particular se trata de un caso de cambio de sexo que incide directamente en la partida de nacimiento del peticionario, toda vez que se hace necesario conformar ésta a la nueva realidad y que además, se hace necesario alterar la mención de "sexo del inscrito". Hace presente que esta situación particular no se encuentra regulada en nuestra legislación de modo expreso, ya que ninguno de los cuerpos legales que regulan el cambio de nombres y apellidos, a saber las Leyes N° 4808 y N° 17.344, establecen los efectos que tendría el cambio de sexo de una persona en las partidas del Registro Civil. Por otra parte el artículo 31 de la Ley N°4808 establece que el nombre de una persona debe ser concordante con su sexo, razón por la cual, en opinión de esa institución y, atendido que no hay norma legal expresa que regule esta situación, se estima que resulta procedente la solicitud de rectificación de partida, atendido que con la información sumaria de testigos que obra en autos está acreditado que el solicitante ha utilizado por más de cinco años los nombres de MI, de acuerdo a lo establecido por la letra b) inciso segundo del artículo primero de la Ley N°17.344; y que consecuentemente, deberá rectificarse además la mención de la partida de nacimiento que guarda

relación con el sexo del solicitante.

SEPTIMO: Que a juicio del tribunal la solicitud de fojas 6 resulta del todo procedente, por cuanto de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 31 de la Ley N° 4808, debe haber concordancia entre el nombre de una persona y su sexo, circunstancia que en la actualidad no ocurre, atendido que el solicitante aun conserva en su partida de nacimiento la mención de sexo masculino y el nombre bajo el cual fue originalmente inscrito, pero habiéndose sometido a intervención quirúrgica denominada "genitoplastia feminizante" y además, a cirugía plástica de rostro, en la actualidad su imagen es femenina, por lo que corresponde que se le asigne un nombre en concordancia a su cuerpo. Además de acuerdo a la información sumaria de testigos agregada a fojas 18, se encuentra acreditado que el solicitante ha hecho uso por más de cinco años de los nombres "MI", por lo que la rectificación solicitada resulta además procedente, de acuerdo a lo establecido en la letra b) inciso segundo del artículo primero de la Ley N°17.344 y tal nombre está de acuerdo a su imagen física actual.

Que en mérito de lo expuesto y lo que dispone la letra b) del inciso 2° del artículo primero de la Ley N°17.344 sobre Registro Civil, SE DECLARA:

Que se acoge la solicitud de fojas 6, y se ordena rectificar la partida de nacimiento, inscripción N° 960, Registro S, del año 1983, de la Circunscripción del Servicio de Registro Civil e Identificación de Curicó, correspondiente a don MNGM, en el sentido de cambiar sus nombres "MN", por los de "MI", quedando en definitiva como "MIGM". Además se ordena rectificar la misma partida en el rubro alusivo al sexo del inscrito en sentido de cambiar la mención de "MASCULINO", por la de "FEMENINO".

Sirva una copia autorizada de la presente resolución, debidamente ejecutoriada, para requerir las inscripciones que correspondan.

Regístrese y dése copia en su oportunidad.-

DICTADA POR DON JORGE MENA SOTO. JUEZ TITULAR.

TRIBUNAL : 29° Juzgado Civil de Santiago
ROL : V-73-2006
SOLICITANTE : CAPU
CAMBIO DE NOMBRE : Sólo cambio de nombre
CAMBIO DE SEXO : No se solicita
MEDIOS DE PRUEBA : Enunciados en la Sentencia:
- Información Sumaria de testigos
- Extracto de Filiación y Antecedentes
- Informe Servicio de Registro Civil e Identificación
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA : -Acoge cambio de nombre
-Dictada 19 de diciembre de 2006
-María Angélica Nigro Escobar, Juez Titular
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA : No hay
OPERADO : No consta en la sentencia.

Santiago, martes diecinueve de diciembre de dos mil seis

Vistos:

CAPU, estilista cosmetóloga, domiciliado en xxxxxxxxxxxx, Comuna de Peñalolén, solicita la rectificación de su partida de nacimiento N°86 del año 1985 de la Circunscripción de Providencia, en la que aparece como "CA", en el sentido de dejar establecido en definitiva en dicha partida de nacimiento que su nombre es "VA".

Para acreditar el cambio de nombre solicitado y que ha sido conocido durante más de cinco años, como "VA", a fojas 7 a foja 8 inclusive, se rindió información sumaria de testigos.

A fojas 11, rola Extracto de Filiación y Antecedentes del Servicio de Registro Civil, informando que el solicitante no registra antecedentes.

A fojas 13, rola informe del Servicio de Registro Civil e Identificación.

A fojas 33, rola certificado de haberse practicado la publicación legal y a fojas 35 se certifico, que terceros interesados no se opusieron a la solicitud de rectificación de partida.

A fojas 37, autos para fallo.

CONSIDERANDO:

1º) Que con la información sumaria de testigos rendida a fojas 7 a fojas 8 inclusive, se ha acreditado que al solicitante ha sido conocido durante más de cinco años con el nombre "VA";

2º) Que a fojas 33 rola certificación de haberse practicado las publicaciones legales de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2º de la Ley N°17.344;

En conformidad a lo dispuesto en la letra b) del inciso 2º del artículo 1º de la Ley N°17.344, rectifíquese por el Oficial Civil de la Circunscripción de Providencia, la partida de nacimiento N°86 del año 1985, perteneciente al solicitante "CA" en el sentido de dejar establecido en definitiva que el nombre del inscrito es "VAPU".-

Regístrese y desé copia.-

DICTADA POR LA JUEZ TITULAR DOÑA MARIA ANGELICA NIGRO ESCOBAR

TRIBUNAL	: 30° Juzgado Civil de Santiago
ROL	: V-141-2007
SOLICITANTE	: MACM
CAMBIO DE NOMBRE	: SÍ
CAMBIO DE SEXO	: Femenino a Masculino
MEDIOS DE PRUEBA	: Enunciados en la Sentencia: - Informe Psiquiátrico Forense SML - Informe Ginecológico Forense SML - Informe médico-cirujano - Informe Servicio de Registro Civil e Identificación
SENTENCIA DE 1° INSTANCIA	: -Acoge cambio de nombre y sexo -Dictada 11 de junio de 2008 -María Eugenia Campo Alcayaga, Juez Titular
SENTENCIA DE 2° INSTANCIA	: No hay
OPERADO	: Histerectomía total y desviación de uretra Salpingo Ooforectomía bilateral Genitoplastía Masculinizante

Santiago, once de Junio de dos mil ocho

MATERIA: RECTIFICACIÓN PARTIDA NACIMIENTO.

VISTOS:

1°.- Que a fojas 8 se ha presentado doña MACM, chilena, técnico en enfermería, domiciliada en xxxxxxxxxxxxxx, comuna de Santiago; señalando haber nacido el 17 de Julio de 1979, de sexo femenino, quien desde mucho tiempo no se identifica con el nombre ni con el sexo, puesto que siempre se ha sentido hombre. Desde pequeña fue retraída pues sus intereses no se ajustaban a los de las otras niñas. Al cumplir los 17 años a la gente nueva que conocía les decía que se llamaba Felipe para no pasar por el trauma de explicar que era mujer. Así ingresó a estudiar Técnico en Enfermería en Propam y recibíendose el año 2001 en donde todos lo conocían como “XXXX”, el apodo de F.

No ha podido ejercer en razón de la falta de concordancia de su imagen con el nombre y por motivos económicos no pudo acceder a una operación de cambio de sexo. El año 2004 ingresó a estudiar Enfermería en la Universidad de la República en Chillán en donde tuvo que explicar el problema de su

nombre al no concordar con su físico. El año 2005 inició un tratamiento hormonal y el año 2007 recién pudo someterse a una operación de extirpación de histerectomía total y desviación de uretra.

Que en razón de ello en que psiquiátricamente y psicológicamente se siente hombre, que tiene los rasgos físicos de tal y que fisiológicamente tiene el aspecto masculino, es que solicita al Tribunal se rectifique su partida de nacimiento eliminando sus nombres de “María Antonieta” y reemplazándolos por los de “Felipe Antonio” y que su sexo se rectifique, del “Femenino” al “Masculino”.

2°.- Que a fojas 18 rola Informe del Servicio Médico Legal de 5 de marzo de 2008, en que se entrevista y examina psiquiátricamente a la persona y que concluye que la persona no presenta trastornos psiquiátricos que perturben o afecten su decisión de cambio de sexo y que psicológicamente posee una identidad de género masculino.

3°.- Que con el objeto de acreditar los hechos expuestos en particular en cuanto a su sexo, se le practicó un examen médico legal de ginecología el cual fue informado al Tribunal con fecha 6 de marzo de 2008, agregado de fojas 24 a 25 y que concluye que el individuo tiene un sexo psíquico masculino, presenta amputación de ambas mamas y que a dicha fecha aún presentaba genitales externos e internos masculinos. (error en la sentencia, debiera decir “femeninos”).

4°.- Que a fojas 31 rola informe emitido por el médico cirujano don Guillermo Mac Millan Soto del Hospital Carlos van Buren de Valparaíso, de fecha 12 de abril de 2008; que indica que a la solicitante se le sometió a intervención quirúrgica de Histerectomía y Salpingo Ooforectomía bilateral en que se extirpó útero, ambos ovarios y vagina y se le efectuó una Genitoplastia masculinizante y que a dicha fecha no existe ningún remanente genital masculino. (error en la sentencia, debiera decir “femenino”)

5°.- Que a fojas 36 rola Informe N° 877 de 15 de mayo de 2008 del Servicio de Registro Civil e Identificación que señala que con motivo de la operación existe una situación que tiene una incidencia directa en su partida de nacimiento como es la mención del “sexo del inscrito”, como a la vez que su petición no se encuentra regulada ni por la Ley 4.808 ni por la Ley 17.344.-

6°.- Que es efectivo que el caso sometido al conocimiento del Tribunal carece de normas legales en nuestra legislación que regulen el cambio de sexo y ello porque el avance médico en cuanto a poder efectuar las operaciones que producen mutaciones sexuales ha sido más rápido que la legislación vigente y que si bien la ausencia de norma legal no puede constituir un impedimento a que una persona que ha acreditado una correspondencia sexual psíquica con la física pueda acceder a cambiar su sexo oficial que aparece en su inscripción de nacimiento y como consecuencia de ello cambiar sus nombres de pila, manteniendo sus apellidos; el Tribunal debe cautelar además que ello no produzca otros problemas derivados de la petición y en el evento que el interesado tuviere descendencia en cuyo caso no podría rectificarse dicha inscripción de nacimiento de sus hijos.

Que en consecuencia, habiéndose acreditado que la interesada ha sufrido una mutación sexual y que además es soltera y sin descendencia y que existe una identidad entre el físico y lo psíquico, se resuelve:

Que se autoriza la rectificación de la inscripción de nacimiento N°1.232-E del año 1979 de la Oficina Talca del Servicio de Registro Civil e Identificación y correspondiente a MACM, de sexo femenino, en el sentido de establecer que la persona inscrita es FACM, de SEXO MASCULINO.

Sirva una copia autorizada de la presente resolución, debidamente ejecutoriada, de mérito suficiente para requerir la rectificación solicitada ante la Oficina del Registro Civil e Identificación que correspondiere.

Regístrese y dése copia.-

ICP.-

Dictada por doña María Eugenia Campo Alcayaga, Juez Titular.