



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE ENSEÑANZA CLÍNICA DEL DERECHO

ACCESO A LA SALUD DE LAS PERSONAS TRANS EN CHILE

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada(o) en Ciencias Jurídicas y
Sociales

IGNACIO ANDRÉS RAMÍREZ ROJAS

ANA MARÍA DÍAZ AYALA

Profesor guía: **TOMÁS RAMÍREZ HERMOSILLA**

Santiago, Chile

2022

*A la comunidad Trans,
Por la admirable valentía demostrada
En su proceso de reafirmación de género.*

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios y a mi amada familia por el apoyo y amor incondicional que me brindan a diario, pero en especial agradezco a mi madre, María Angélica, por estar siempre presente en cada etapa de mi vida, guiándome y acompañándome en todo momento.

Ignacio

Agradecida de todos quienes han sido y son parte de mi vida, en especial de mi amada familia, que con su inconmensurable cariño y apoyo me han permitido superar los momentos más adversos y gozar los momentos más felices, y de mis preciados amigos, que me han enseñado a ser mejor persona y profesional.

Ana

ÍNDICE

Agradecimientos.....	4
Resumen.....	8
Introducción.....	9
CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES.....	11
1. Personas trans	11
1.1. Evolución del concepto “trans”	12
1.2. Cambio de paradigma.....	15
1.3. Definiciones actuales	20
2. Prestaciones de salud a personas trans.....	24
2.1. Intervenciones de salud mental	26
2.2. Adecuación corporal hormonal	30
2.3. Adecuación corporal quirúrgica.....	32
2.4. Cobertura previsional de las prestaciones médicas de adecuación corporal en el FONASA	33
3. Programas de Salud Trans en Chile.....	38
CAPÍTULO II: MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN A PERSONAS TRANS.....	42
1. Instrumentos internacionales.....	42
1.1. Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género.....	43
1.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”	45
1.3. Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género	48
1.4. Observación General N°14 y N° 22 (2016) relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.....	50

1.5.	Declaración de la Asamblea General de la OEA sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género	52
1.6.	Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo.....	54
2.	Normativa interna	55
2.1.	Constitución Política de la República de Chile.....	55
2.2.	Leyes	57
2.3.	Reglamentos y Circulares	65
CAPÍTULO III: USO DEL NOMBRE DE PERSONAS TRANS.....		74
1.	Normativa sobre cambio de nombre y respeto al nombre de la persona trans	74
1.1.	Ley N° 17.344 que autoriza cambio de nombres y apellidos	74
1.2.	Ley N° 21.120 de Identidad de Género.....	79
1.3.	Circular N° 34 que instruye sobre la atención de personas trans y fortalecimiento de la estrategia hospital amigo a personas de la diversidad sexual en establecimientos de la red asistencial.....	81
1.4.	Circular N° 21 que reitera instrucción sobre la atención de personas trans en la red asistencial	81
1.5.	Protocolos de atención de personas trans en algunos Servicios de Salud locales.....	84
2.	Sentencias sobre uso del nombre en el área de salud.....	85
2.1.	Fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 61.389-2018.....	86
2.2.	Caso Araya Astudillo con Clínica Alemana	89
CAPÍTULO IV: PRESTACIONES MÉDICAS A PERSONAS TRANS.....		98
1.	Normativa sobre cobertura previsional de prestaciones médicas para la transición de género.....	98
1.1.	Constitución Política de la República de Chile.....	99
1.2.	DFL N° 1 del 2005 del Ministerio de Salud	99
1.3.	Resolución Exenta N° 1717 de 31 de diciembre de 1985 del Ministerio de Salud.....	100
1.4.	Resolución Exenta N° 89 de 24 de enero de 2022 del Ministerio de Salud	101
1.5.	Tratados Internacionales.....	102

2. Caso	103
2.1. Fundamentos del recurso	104
2.2. Respuesta de la ISAPRE	109
2.3. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago	111
2.4. Fundamentos de la apelación	112
2.6. Análisis de las sentencias	122
Conclusiones.....	144
Bibliografía	148

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto estudiar el panorama actual de la protección jurídica de la salud de las personas trans en Chile.

Para ello se efectúa, por un lado, un análisis de las normas jurídicas que protegen el derecho a la salud de las personas trans; en particular, en lo que respecta al trato que reciben durante su atención en los establecimientos de salud, al respeto a su identidad de género y al acceso a cobertura previsional para la realización de prestaciones médicas que requieren aquellas personas para llevar a cabo íntegramente el proceso de reasignación de género.

Por otro lado, se analiza jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia relativa a aquellas materias con el fin de observar las posibilidades que tienen las personas trans para acceder a una salud íntegra que satisfaga sus necesidades específicas.

Como resultado de la investigación apreciamos que en Chile no se encuentra debidamente protegida la salud de las personas trans, quienes tienen múltiples dificultades de acceso a esta, como por ejemplo la falta de cobertura previsional de prestaciones transespecíficas por parte de las aseguradoras de salud, la escasa formación de los profesionales de la salud en materia de identidad de género, la limitada presencia de establecimientos públicos de salud que ofrezcan asistencia médica específica para la satisfacción de las necesidades médicas de esta comunidad, entre varias otras.

INTRODUCCIÓN

A pesar de que desde los albores de la humanidad se registran múltiples casos de personas cuyo sexo y género son discordantes- tal y como ocurre con el caso de los Galli, sacerdotes del culto a Cibeles que usualmente modificaban sus órganos sexuales,¹ paradójicamente ellas y ellos han sido discriminados y apartados de la vida en sociedad al no cumplir con los estándares impuestos según la moral predominante.

Así, sólo a partir de los disturbios de Stonewall, ocurridos el 28 de junio de 1969, en la ciudad de Nueva York², la comunidad LGTBI+, que abarca a las personas trans, ha logrado reivindicar y/o exigir el respeto a sus derechos humanos, propulsado principalmente por la globalización y el progreso valórico de la sociedad.

De este modo, se han podido evidenciar políticas dirigidas a eliminar actos transfóbicos, realizados ya sea de particulares como de agentes del Estado, ello con la finalidad de garantizar el irrestricto cumplimiento de los derechos fundamentales de la comunidad trans, en especial, el derecho a la igualdad ante la ley.

En materia de salud, se han vislumbrado recientes pero importantes progresos legislativos a fin de conseguir la inclusión y protección de la comunidad trans, ya sea a nivel mundial como a nivel nacional.

¹ PINTO R. y PINTO, L. 2014. Theoretical Roman Archaeology Journal. Transgendered Archaeology: The Galli and the Catterick Transvestite. [En Línea] <https://www.researchgate.net/publication/320359751_Transgendered_Archaeology_The_Galli_and_the_Catterick_Transvestite> [Consulta: 13 de diciembre de 2021] P. 174.

² COBOS, A. 2017. Hijas, entre los discursos occidentales y la realidad: El difícil encaje de la emancipación LGTBI occidental y el tercer género indio. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. España. [En línea] <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/35815/Cobos_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Consulta: 10 de diciembre de 2021] P. 6.

A modo ejemplar, sólo en el año 2018 la transexualidad pasó a ser despatologizada por la Organización Mundial de la Salud³, dejando de este modo de ser considerada como un trastorno mental o psicológico y pasando a ser incluida en el listado de “Condiciones relativas a la salud sexual”, cuya finalidad es precisamente crear condiciones óptimas para que dichas personas puedan obtener ayuda sanitaria, tal y como manifestó Shekhar Saxena, Director del Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias de la OMS: “Queremos que las personas que padecen estas condiciones puedan obtener la ayuda sanitaria cuando la necesiten “⁴.

Sin perjuicio de los esfuerzos internacionales y nacionales dirigidos a erradicar conductas discriminatorias en materia de salud, cabe cuestionarse si ellos han sido suficientes para otorgar una debida protección legal de la comunidad trans, garantizando el derecho a integridad psíquica y física, derecho de igualdad ante la ley, o derecho a la honra y a la vida privada al momento de acceder a prestaciones médicas.

De este modo, en la presente memoria se procederá a vislumbrar los mecanismos legales y jurídicos con los que cuenta la comunidad trans para exigir el respeto de sus derechos fundamentales en Chile en el acceso a la salud..

³ DE BENITO, E. 2018. La OMS saca la transexualidad de la lista de enfermedades mentales. [En línea] El País en Internet. 19 de junio, 2018. <https://elpais.com/internacional/2018/06/18/actualidad/1529346704_000097.html> [Consulta: 20 de enero de 2022]

⁴ MOVILH, Chile. 2018. Histórico: La OMS deja de considerar a la transexualidad como una enfermedad mental. [En línea] <<https://www.movilh.cl/historico-la-oms-deja-de-considerar-a-la-transexualidad-como-una-enfermedad-mental/>> [Consulta: 23 de enero de 2022]

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES

1. Personas trans

Es de público conocimiento que las concepciones morales de una sociedad mutan y evolucionan con el tiempo. Así, lo que antes se consideraba incorrecto o indecoroso, en la actualidad constituye algo común y ordinario, siendo aceptado y validado por las nuevas generaciones.

Son tan cambiantes los estándares valóricos de una sociedad, que las leyes y normas que se crean para la protección y garantía de los derechos fundamentales de los individuos que la componen deben adecuarse y adaptarse rápidamente para cumplir con su propósito.

La labor estatal antes descrita no es simple, por cuanto para entender cómo brindar debida protección a las comunidades que han sido históricamente discriminadas, como el caso de las personas trans, se debe analizar las necesidades particulares que afectan a dichas comunidades y en breve tiempo, debido a que sus derechos fundamentales más básicos pueden verse afectados por políticas estatales ineficientes.

Así, y para efectos de otorgar un sustento fáctico y jurídico adecuado para la comprensión cabal de la presente memoria, cuya finalidad es analizar la legislación vigente relativa a la protección de la salud de las personas trans en Chile, es esencial vislumbrar y despejar lo que se entiende por comunidad trans y cómo dicho concepto ha mutado a través del tiempo.

1.1. Evolución del concepto “trans”

Para efectos de la presente memoria, se entenderá por el concepto trans como el “conjunto de identidades de las personas que desarrollan, sienten y expresan un género diferente al sexo asignado al nacer”⁵. Así, al hacer referencia al concepto “trans”, se entenderá incluido “transexualismo” y “transgenerismo”, sin perjuicio de las diferencias que se efectuarán en el tercer apartado del presente capítulo.

Haciendo la aclaración antes indicada, es menester exponer que la primera vez que se acuñó el concepto “transexualidad” fue en el año 1953 por el doctor Harry Benjamin, médico endocrinólogo alemán que en la década de los 20 realizó uno de los primeros tratamientos hormonales relacionados a una cirugía genital junto al psicólogo y sexólogo Magnus Hirschfeld⁶. Antes de este importante hito, las personas transexuales y transgénero se calificaban común u ordinariamente como “desviaciones o aberraciones sexuales”, sin generar distinción alguna.⁷

Aludiendo a la importancia de “categorizar y etiquetar las trayectorias vitales de aquellas personas que han nacido con un cuerpo de hombre, pero viven en femenino y las personas que han nacido con un cuerpo de mujer, pero viven en masculino”⁸,

⁵ ARGENTINA, Ministerio de Salud y Desarrollo Social. 2018. Atención Integral de la salud de las personas trans: Recomendaciones para los equipos de salud. [En línea] <https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2018-10/0000000877cnt-2018-10_atencion-personas-trans.pdf> [Consulta: 17 de diciembre de 2021] P. 7.

⁶ AMIGO, A. 2019. Un recorrido por la historia trans: desde el ámbito biomédico al movimiento activista social. Cadernos pagu /57. [En línea] <<https://www.scielo.br/j/cpa/a/nkbQgnc3btMTbGr3yJL3kKG/?lang=es&format=pdf>> [Consulta: 21 de enero de 2022]

⁷ FERNÁNDEZ, M. y GARCÍA-VEGA, E. 2012. Surgimiento, evolución y dificultades del diagnóstico de transexualismo. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. Volumen 32. (113). Madrid. [En línea] <https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352012000100008> [Consulta: 18 de enero de 2022]

Harry Benjamin definió a la transexualidad como la “asociación entre normalidad biológica y la convicción de pertenecer al otro sexo y en consecuencia, con el deseo de cambio de sexo”⁹ (Benjamin, 1953).

Es decir, al definir por primera vez el concepto de “transexualidad” se forja la posibilidad de que el sexo asignado al nacer puede no ser necesariamente concordante con el género: "la identidad de género se entiende como inmutable y constante a lo largo del tiempo mientras que el sexo se convierte en maleable ayudado por la tecnología médica mediante métodos hormonales, quirúrgicos, transformando así la realidad corporal en artefacto para alcanzar así una identidad integrada".¹⁰

Sin perjuicio del importante legado del doctor Harry Benjamin, a nivel internacional se continuó definiendo al transexualismo como una patología: En la tercera edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, del año 1980, se definía como "Desviación sexual centrada en la creencia fija de que los caracteres sexuales externos no son los que corresponden a la persona. La conducta resultante se dirige ya sea hacia el cambio de los órganos sexuales por medio de operación quirúrgica o hacia el ocultamiento completo del sexo aparente adoptando el vestido y los modales del sexo opuesto".

⁸ MISSÉ, M y COLL-PLANAS, G. 2010. La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas. Universitat Autònoma de Barcelona. Norte de Salud mental. Volumen XIII. (38):44-55. P. 46.

⁹ La Transexualidad, transexualismo o trastorno de la identidad de género en el adulto: Concepto y características básicas. 2006. Por Esther Gómez “et al”. Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace (78):7-12. Barcelona. P. 8.

¹⁰ Una reflexión sobre el concepto de género alrededor de la transexualidad. 2008. Por Trinidad Berguero “et al”. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. Volumen 28. (1). Madrid. [En línea] <https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352008000100013> [consulta: 18 de enero de 2022]

A pesar de la persistencia de patologización a la comunidad trans por organismos internacionales, la literatura, por su parte, continuó perfeccionando la definición proporcionada por Harry Benjamin, realizando críticas constructivas a lo expuesto por el doctor alemán, debido a que las personas transexuales no se caracterizan por su deseo de cambiar de sexo, sino más bien por la necesidad de realizar transformaciones que permitan efectuar con éxito el proceso de afirmación de género: “permite a las personas transexuales sentir y vivenciar que la imagen mental de su esquema corporal concuerda con la imagen física, lo que el espejo le devuelve”¹¹. Es decir, en palabras de Eva Giberti (en Maffia, 2003), no es “un cambio, sino una rectificación... constatación”.

La crítica antes descrita es fundamental para comprender cómo otorgar debida protección legal a las comunidades trans, por cuanto subraya la importancia de facilitar prestaciones de salud que permitan efectuar las transformaciones corporales antes indicadas, debido a que no es meramente un deseo de hacer cambios corporales por una convicción, sino más bien una necesidad médica urgente requerida por algunas personas trans para velar por su integridad física y psíquica.

Ello, como se verá en el apartado siguiente, permitió que recientemente, específicamente en el año 2018, se despatologizara el concepto “trans”, dando lugar a una nueva forma de definirlo y, por tanto, a generar la necesidad de cambiar el trato y la protección que se debe otorgar a sus integrantes.

¹¹ BACIGALUPI, M. 2020. Surgimiento y evolución del concepto trans y su expresión en Uruguay. Trabajo final de Grado, Universidad de la República de Uruguay. Febrero, 2020. Montevideo, Uruguay. [En línea] <https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/25199/1/trabajo_final_de_grado_matiass_bacigalupi_2-1.pdf> [Consulta: 28 de enero de 2022] P. 15.

1.2. Cambio de paradigma

No es necesario realizar un estudio acabado de la historia de la humanidad para comprender que la presencia de personas que presentan una discordancia entre su sexo asignado al nacer y su género es común y antigua.

A modo ejemplar, podemos vislumbrar fuertes evidencias históricas de la presencia de la comunidad trans en diversas culturas desde los albores de la humanidad. Así, en la Roma antigua podemos destacar la presencia de los Galli, sacerdotes que rendían culto a la diosa Cibeles, y que mediante los ritos del culto de Atis modificaban sus órganos sexuales y adoptaban conductas socioculturales propias del género opuesto¹²; o, en el caso de la mitología griega, mencionar a la diosa Castalia, quien se presenta como alguien que accedía “a los deseos de las almas femeninas encerradas en cuerpos masculinos”¹³, reconociendo de este modo la existencia de personas cuyo sexo y género no necesariamente eran coincidentes.

Sin perjuicio de la naturalidad con la que se presenta la comunidad trans desde los inicios de la humanidad, en la medida que avanzó el tiempo se fue evidenciando cada vez con más fuerza cómo sufrían aislamiento social y otro tipo de actos

¹² EGEA, A. 2005. Eufatense et Osrhoene: Poblamiento romano en el Alto Éufrates Sirio Antig. Crist. Universidad de Murcia XXII. [En línea] <https://www.academia.edu/1638591/Eufatense_et_Osrhoene_Poblamiento_romano_en_el_Alto_%C3%89ufrates_sirio_Eufatense_et_Osrhoene_Roman_Settlement_in_the_Upper_Syrian_Euphrates> [Consulta: 27 de enero de 2022]

¹³ BERREDO DE TOLEDO, L. 2011. Dificultades administrativas enfrentadas por las personas trans en la Región Metropolitana de Chile. Tesis para acceder al Grado Académico de Licenciado en Comunicación Social. Santiago de Chile. Noviembre de 2011. [En línea] <<http://bibliotecadigital.academia.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/2188/TPERIO%2096.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> [Consulta: 10 de enero de 2022] P. 8.

discriminatorios que vulneraban sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, su integridad física y psíquica, y la igualdad ante la ley.

A tal extremo llegó el nivel de discriminación que debían y deben soportar las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas a la heteronormatividad, que incluso fueron considerados criminales.

Tal es el caso, en la actualidad, de países como Túnez, que en el artículo 230 del Código Penal penaliza la sodomía y el lesbianismo con una pena máxima de tres años de prisión; o, el caso de Irán, cuyo Código Penal Islámico contempla pena al delito de sodomía con la muerte.

En Chile, y desde que comenzó a regir su Código Penal, en 1874, se penaba el delito de sodomía con pena de presidio menor en su grado medio¹⁴, realidad que fue modificada sólo en el año 1999 mediante la dictación de la ley N° 19.617 al ser catalogado como “un claro ejemplo de discriminación por razón de orientación sexual”¹⁵. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que en la actualidad el Código Penal, en su artículo 365, sanciona a quien “accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo...” con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, constituyendo de este modo un resquicio o un recordatorio de cómo la ley continúa perpetrando actos discriminatorios en contra de quienes pertenecen a la comunidad LGTBI+.

¹⁴ VALENZUELA, M. 2020. La Sodomía en el derecho penal chileno del siglo XIX. Revista de estudios histórico-jurídicos. (42). Valparaíso. Agosto 2020. [En línea] <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552020000100635&lang=pt> [Consulta: 15 de enero de 2022]

¹⁵ CHILE. Proyecto de Ley Derogación de Art. 365 y 373 del Código Penal por discriminación a homosexuales. Liceo Diego de Almeida. Diego de Almagro, Región de Atacama. [En línea] <https://www.bcn.cl/delibera/show_iniciativa?id_colegio=3392&idnac=2&patro=0&nro_torneo=2019> [Consulta: 20 de enero de 2022].

Bajo el contexto de la criminalización efectuada sobre la comunidad antes descrita, se muestra como un avance lo manifestado por Richard von Krafft Ebing, en el año 1886, debido a que fue uno de los primeros autores en fomentar la necesidad de que los integrantes de la comunidad antes referida fueran “asistidas en centros médicos en lugar de ser enviadas a la cárcel”¹⁶, ello en razón del supuesto padecimiento de una enfermedad relativa a “desviaciones sexuales”, frases que cuya potente capacidad sentenciadora continuaron impidiendo que dichas personas alzaran su voz frente a las injusticias emanadas tanto de particulares como de agentes del Estado.

Producto de dicha mentalidad, desde 1948 se incluyó a las “desviaciones sexuales” como un trastorno mental por la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (de ahora en adelante, OMS) en su sexta edición (CIE-6).

Por su parte, el transexualismo figura como una categoría de mayor incidencia clínica en 1972, mediante los Criterios Feighner, lo cual constituyó la base para que, en 1978, mediante la CIE-9 se incluyera dentro de la categoría de “Desviaciones y Trastornos sexuales”.¹⁷ Asimismo, cabe destacar que, en el año 1980, el transexualismo fue incluido a la categoría “Trastornos de Identidad Sexual”, en la

¹⁶ AMIGO, A. 2019. Un recorrido por la historia trans: desde el ámbito biomédico al movimiento activista social. *Cadernos pagu* /57. [En línea] <<https://www.scielo.br/j/cpa/a/nkbQgnc3btMTbGr3yJL3kKG/?lang=es&format=pdf>> [Consulta: 21 de enero de 2022] P. 7.

¹⁷ FERNÁNDEZ, M. y GARCÍA-VEGA, E. 2012. Surgimiento, evolución y dificultades del diagnóstico de transexualismo. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*. Volumen 32. (113). Madrid. [En línea] <https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352012000100008> [Consulta: 20 de enero de 2022]

segunda edición del manual diagnóstico de trastornos mentales de la Asociación Psiquiátrica Americana.

Sin perjuicio de catalogación antes descrita realizada sobre la comunidad trans, que más que otorgarles la protección legal debida los expuso a vivir como personas enfermas que debían corregir su situación, y producto de las fuertes exigencias que efectuaron y continúan realizando, en junio del año 2018 la Clasificación Internacional de Enfermedades en su vigésimo primera edición “quitó la incongruencia de género de la lista de enfermedades mentales y la trasladó al grupo de afecciones de la salud sexual, con el fin de cubrir las importantes necesidades de atención sanitaria de esta población, pero clarificando que no es un trastorno mental”¹⁸.

Por su lado, la quinta edición del manual diagnóstico de trastornos mentales de la Asociación Psiquiátrica Americana ya no define a la transexualidad como un trastorno mental, sino más bien como “la presencia de malestar clínicamente significativo asociado a la condición de género.”¹⁹

Dichos tardíos cambios a nivel internacional abren las puertas para cambiar lo que se entiende en la actualidad por comunidad trans, y así crear las herramientas jurídicas y legales necesarias para que dichas personas puedan desarrollarse normalmente, sin verse expuesta a actos discriminatorios y vulneratorios de sus derechos fundamentales.

¹⁸ Atención de salud de personas transgéneros para médicos no especialistas en Chile. 2019. Por Antonio Zapata “et al”. Revista Médica de Chile. Volumen 147. (1). Santiago, Chile. [En línea] <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872019000100065&lang=pt> [Consulta: 28 de noviembre de 2021] P. 66.

¹⁹ ZAPATA, A. *Op. Cit.* (N° 18). P. 65.

Asimismo, el cambio de paradigma antes vislumbrado permite que el mundo de la medicina continúe evolucionando en aras de cumplir con su mandato, debido a que, tal como dijo Harry Benjamin en su libro, *The Transsexual Phenomenon*, “la identidad de género de una persona no puede cambiar y que es responsabilidad del médico ayudar a las personas que lo soliciten a vivir vidas más felices y plenas en consonancia con el género que identifiquen como propio”²⁰.

Cabe destacar que en Chile este importante cambio de paradigma no sólo se ha reflejado con el cumplimiento de los Tratados Internacionales suscritos y ratificados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política de la República, sino también mediante la dictación de normativa interna tales como la Ley 21.120 que, en la letra a) de su artículo 5°, denominado “Principios Relativos al Derecho a la Identidad de Género”, se establece expresamente el principio de la no patologización, el cual consiste en el “reconocimiento y la protección de la identidad de género considerada como un aspecto primordial, el derecho de toda persona trans a no ser tratada como enferma”.

De este modo, y en virtud de lo expuesto, es posible concluir que a lo largo de la historia de la humanidad se ha vacilado en la forma en que percibimos como sociedad a las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas, pasando de estar intrínsecamente integradas en la cultura de diversas civilizaciones a ser criminalizadas y patologizadas, situación que sólo en la actualidad- desde los disturbios de Stonewall ocurridos el día 28 de junio de 1969- está mutando por las

²⁰ AMIGO, A. 2019. Un recorrido por la historia trans: desde el ámbito biomédico al movimiento activista social. *Cadernos pagu* /57. [En línea] <<https://www.scielo.br/j/cpa/a/nkbQgnc3btMTbGr3yJL3kKG/?lang=es&format=pdf>> [Consulta: 21 de enero de 2022] P. 7.

demandas que la comunidad LGTBI+ ha realizado a los diversos Estados del mundo para garantizar la protección de sus derechos fundamentales.

1.3. Definiciones actuales

Para poder comprender cabalmente el concepto “trans”, en primer lugar, se debe vislumbrar qué se entiende por “identidad de género”, y para ello se debe distinguir claramente entre lo que se entiende por sexo y género.

En primer lugar, el sexo, “se define según las determinantes biológicas del individuo”²¹, es decir, únicamente se remite a las particularidades biológicas de una persona al momento de nacer; distinguiendo así entre macho y hembra.

En cambio, el género se refiere a la “experiencia personal interna de sentirse masculino, femenino o andrógono, según el contexto cultural (identidad de género)”²². En contraposición con el “sexo”, el concepto de “género” es mutable y se construye cultural, psicológica y socialmente a lo largo del tiempo.

En concordancia con lo expuesto, Marta Lamas define al género como la “simbolización que cada cultura elabora sobre la diferencia sexual, estableciendo normas y expectativas sociales sobre los papeles, las conductas y los atributos de las personas en función de sus cuerpos”²³.

²¹ Atención de salud de personas transgéneros para médicos no especialistas en Chile. 2019. Por Antonio Zapata “et al”. Revista Médica de Chile. Volumen 147. (1). Santiago, Chile. [En línea] <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872019000100065&lang=pt> [Consulta: 28 de noviembre de 2021] P. 65.

²² *Ibíd.*, P. 65.

²³ LAMAS, M. 1994. Cuerpo: diferencia sexual y género. [En línea] <<https://www.icmujeres.gob.mx/wp-content/uploads/2020/05/2.-Cuerpo-Diferencia-sexual-y-genero.pdf>> [Consulta: 15 de enero de 2022] P. 4.

Así, la literatura aclara que “la diferencia sexual sirve de punto de partida para las adjudicaciones de roles y características de cada género, pero el género en el que se inscriben las personas no está determinado por el sexo de forma directa”²⁴.

Cabe destacar que la diferenciación previamente realizada no es pacífica, por cuanto ha dado pie para distinguir, por ejemplo, entre mujeres biológicas de otras mujeres (estas últimas haciendo alusión, por ejemplo, a mujeres transexuales o transgénero); diferenciación que perpetúa la discriminación hacia la comunidad trans al continuar apartándolas de la sociedad mediante nuevos calificativos y clasificaciones.²⁵

De este modo, la identidad de género se puede definir como: “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... y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”²⁶.

Cabe indicar que en Chile la identidad de género se ha definido como “la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe

²⁴ BACIGALUPI, M. 2020. Surgimiento y evolución del concepto trans y su expresión en Uruguay. Trabajo final de Grado, Universidad de la República de Uruguay. Febrero, 2020. Montevideo, Uruguay. [En línea] <https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/25199/1/trabajo_final_de_grado_matias_bacigalupi_2-1.pdf> [Consulta: 28 de enero de 2022] P. 4.

²⁵ RODRÍGUEZ, J. 2015. Escalas de Depresión y Ansiedad para Personas Transexuales. En Psicología desde el Caribe. Volumen 32. (1). Barranquilla. [En línea] <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-417X2015000100003> [Consulta: 10 de enero de 2022].

²⁶ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 2007. Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento”²⁷, definición que se condice con aquella proporcionada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Por tanto, bajo el alero de lo que se comprende por identidad de género, es posible definir conceptos tales como transexualismo y transgenerismo que, para efectos de la comprensión de la presente memoria, se entienden incluidos en la comunidad “trans”.

Por transgenerismo se puede entender como "...todas aquellas personas cuya identidad o expresión de género es distinta a la asociada típicamente con el sexo asignado al nacer y no coincide con la lectura tradicional binaria de género"²⁸. Es decir, abarca diversas variantes emanadas de la identidad de género.

Por otro lado, por transexualismo se comprendía usualmente como aquellas personas que han “modificado de alguna manera el sexo con el que nacieron, ya sea a través de tratamientos hormonales, quirúrgicos u otros procedimientos”.²⁹ Sin embargo, en la actualidad dicha definición ha sido ampliamente criticada, por cuanto la inclusión de una persona a dicho concepto dependería netamente de la efectiva realización de procedimientos médicos destinados a modificar el sexo asignado al nacer. De este modo, en la actualidad se define a las personas transexuales como

²⁷ Ley 21.120, artículo 1.

²⁸ MARTÍNEZ, L. y ARREDONDO, A. 2021. Barreras de acceso a los servicios de salud para mujeres transgénero. Horizonte Sanitario. Volumen 20. (1). Instituto Nacional de Salud Pública, Mexico. [En línea] < <https://www.redalyc.org/journal/4578/457868616002/html/>> [Consulta: 13 de enero de 2022] P. 12.

²⁹ Barreras en la asistencia sociosanitaria en personas transexuales: revisión sistemática de estudios cualitativos. 2017. Por Marina Aylagas-Crespillo “et al”. Enfermería Clínica. Volumen 28. (4). [En línea] < <https://daneshyari.com/article/preview/8568710.pdf> > [Consulta: 15 de enero de 2022] P.2.

aquellas que “se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica – hormonal, quirúrgica o ambas para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad síquica, espiritual y social”³⁰.

Entendiendo entonces que el sexo asignado al nacer y el género de una persona pueden no ser coincidentes, y comprendiendo que el concepto de salud contempla “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”³¹, se generan al menos dos problemáticas que deben ser resueltas para garantizar el respeto irrestricto de sus derechos fundamentales en el ámbito de la salud: por un lado, garantizar acceso a la salud para conseguir prestaciones básicas comunes libre de actos catalogables como discriminación arbitraria; y, por el otro, garantizar acceso a prestaciones médicas dirigidas a satisfacer necesidades específicas de la comunidad trans, como es el caso de las cirugías de reasignación sexual quirúrgica.

Esto último no es baladí, por cuanto permite que las personas pertenecientes a la comunidad trans puedan vivir su identidad de género sin barreras físicas, lo cual repercute directamente en la forma en que la sociedad se relaciona con ellas y ellos:

³⁰ CHILE, Departamento de estudios, extensión y publicaciones de Biblioteca del Congreso Nacional. 2019. Evolución del Concepto de Género: Identidad de género y la orientación sexual. Septiembre, 2019. Santiago de Chile. [En línea] <<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=56104>> [Consulta: 10 de enero de 2022]

³¹ OMS. 2022. La OMS mantiene su firme compromiso con los principios establecidos en el preámbulo de la Constitución. [En línea] <<https://www.who.int/es/about/governance/constitution#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,o%20condici%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20o%20social>> [Consulta: 15 de diciembre de 2021]

"En una revisión sistemática de pacientes transgéneros sometidos a tratamientos de hormonación y readecuación sexual, se indica que cerca de 80% logra insertarse a la vida laboral y mejoran su calidad de vida, 78% mejora sus síntomas psicológicos y 72% mejora su función sexual"³².

De este modo, y para efectos de analizar apropiadamente la protección legal que se otorga a las personas trans en el acceso a la salud en Chile, es menester vislumbrar las prestaciones médicas que requieren los miembros de su comunidad en particular.

2. Prestaciones de salud a personas trans

Tal y como se expuso en el apartado anterior, la salud de una persona comprende "un estado de completo bienestar físico, mental y social"³³, equilibrio médico que, en el caso de las personas trans, usualmente se ve afectado por la falta de prestaciones médicas específicas destinadas a satisfacer sus necesidades particulares.

Así, producto de la discordancia entre el sexo asignado al nacer y el género de una persona trans, nace (en ocasiones) la necesidad de adecuar el cuerpo de manera tal que la apariencia física de la persona coincida con su identidad de género.

³² Atención de salud de personas transgéneros para médicos no especialistas en Chile. 2019. Por Antonio Zapata "et al". Revista Médica de Chile. Volumen 147. (1). Santiago, Chile. [En línea] <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872019000100065&lang=pt> [Consulta: 28 de noviembre de 2021] P. 68.

³³ OMS. 2022. La OMS mantiene su firme compromiso con los principios establecidos en el preámbulo de la Constitución. [En línea] <<https://www.who.int/es/about/governance/constitution#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,o%20condici%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20o%20social>> [Consulta: 15 de diciembre de 2021]

Dicha necesidad, cabe precisar, no sólo se genera por el interés de lucir acorde a la identidad de género; sino también por la necesidad de dejar de sufrir actos discriminatorios por parte de terceros que los excluyen por escapar de los estándares heteronormativos.

A tal punto llega dicha necesidad, que se han registrado casos de personas trans que llegan al extremo de lesionarse o automutilarse: “Para ser aceptados dentro de la heteronormatividad impuesta por la sociedad tienen mutilar sus cuerpos, ocultar su identidad y expresión de género, por miedo al rechazo y a la exclusión”³⁴.

Cabe agregar que la adecuación corporal no sólo involucra una necesidad física, sino también psicológica y social: “si la tasa de suicidio es de 4,6 por ciento en la población general, la cifra se eleva entre un 10 y 20 por ciento para las personas lesbianas, gay o bisexuales y a un 41 por ciento en las personas transexuales, o no conformes con su género”.³⁵

De este modo, y para efectos de la comprensión cabal de la presente memoria, es imprescindible referirse a las prestaciones médicas que requiere la comunidad trans para conseguir exitosamente su proceso de reafirmación de género, dentro de las cuales se encuentran las cirugías de reasignación de sexo.

³⁴ Los cuerpos trans femenino/masculino mayores de 18 años y los significados construidos por las instituciones de salud pública en la comuna de Quilicura en el 2019. 2019. Por Javiera González “et al”. Memoria de título para optar al título profesional de Trabajadora Social, Universidad Andrés Bello. Santiago, Chile. [En Línea] <https://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/18631/a131969_Gonzalez_J_Los_cuerpos_trans_femenino_masculino_2019_Tesis.pdf?sequence=1> [Consulta: 23 de febrero de 2022] P. 59.

³⁵ GALAZ, C. 2019. Suicidio de joven trans y la tiranía del modelo heterosexual. Columna de opinión Universidad de Chile. 6 de junio de 2019. [En línea] <<https://www.uchile.cl/noticias/154486/columna-suicidio-de-joven-trans-y-la-tirania-del-modelo-heterosexual>> [Consulta: 23 de febrero de 2022]

El proceso de adecuación corporal de una persona trans es complejo, por cuanto se compone de diversos procedimientos médicos que se relacionan con múltiples especialidades del área de la salud, tales como la psicología, psiquiatría, endocrinología, ginecología, urología, cirugía plástica, entre otras; y por requerir, además, del cumplimiento de determinados requisitos previos que dicen relación con encontrarse en óptimas condiciones para iniciar una terapia de reemplazo hormonal o realizarse cirugías de reasignación sexual.

Por medio de la Vía Clínica para la adecuación corporal en personas con incongruencia entre sexo físico e identidad de género, el MINSAL instruye a los Servicios de Salud del país un protocolo que contiene especificaciones técnicas para la realización de las intervenciones médicas pertinentes para la modificación corporal de personas trans.

Estas se clasifican en tres tipos: intervenciones de salud mental, intervenciones de adecuación corporal hormonal e intervenciones de adecuación corporal quirúrgica.³⁶

2.1. Intervenciones de salud mental

Las intervenciones de salud mental son recomendadas para todos los pacientes trans que deciden incursionar en el proceso médico de reafirmación de género, ello debido a la posibilidad de que padezcan determinados trastornos psicológicos como consecuencia de la discriminación de la que son víctimas al encontrarse insertos en una sociedad heteronormativa y poco tolerante o, simplemente por la necesidad de

³⁶ CHILE. Ministerio de Salud. 2010. Vía clínica para la adecuación corporal de personas con incongruencia entre sexo físico e identidad de género. Junio de 2010. P. 2.

descartar posibles patologías que los pudieran aquejar como a cualquier persona cisgénero y que fuera necesario manejar de manera previa al inicio de una readecuación corporal.

De acuerdo con lo señalado en la Vía Clínica, las intervenciones de salud mental en un proceso de reafirmación de género consisten en una evaluación psiquiátrica inicial, eventuales sesiones de psicoterapia, consejería y seguimiento durante el inicio y desarrollo del proceso de adecuación corporal; y finalmente, la confirmación, por parte de un médico psiquiatra, de los criterios de elegibilidad y de disposición recomendados por la autoridad sanitaria para seguir adelante con las intervenciones que modifican la apariencia física del individuo.

2.1.1. Evaluación inicial

La evaluación inicial es realizada por un médico psiquiatra especializado en materias de identidad de género. Tiene como objetivos establecer un primer contacto en temas trans específicos, determinar la presencia de incongruencia entre identidad de género y sexo físico y el grado de afectación de la persona, descartar trastornos psiquiátricos relacionados que pudieran no verse beneficiados con una adecuación corporal, y determinar si concurren comorbilidades psiquiátricas que pudieran aquejar a la persona y que requieran resolverse con antelación a una adecuación corporal, entre otras finalidades.³⁷

2.1.2. Psicoterapia

³⁷ CHILE. Ministerio de Salud. *Op. Cit.* (N°36). P.4.

De acuerdo con la American Psychological Association (APA) “La psicoterapia es un tratamiento de colaboración basado en la relación entre una persona y el psicólogo. Como su base fundamental es el diálogo, proporciona un ambiente de apoyo que le permite hablar abiertamente con alguien objetivo, neutral e imparcial”.³⁸

En la especie, los objetivos de la psicoterapia consisten en aliviar el estrés, malestar y conflictos asociados a la discordancia entre identidad de género y sexo, trabajar y desarrollar las preocupaciones y conflictos relacionados con la identidad de género, y trabajar y apoyar el afrontamiento de la adecuación corporal.³⁹

2.1.3. Consejería y seguimiento

En esta intervención, que puede ser realizada indistintamente a la psicoterapia, un profesional de la salud mental se encarga del acompañamiento en el manejo de la incongruencia entre identidad de género y sexo físico del paciente trans. Para ello “(...) El consejero puede recomendar la participación en actividades grupales entre pares, como también integrar a la familia o personas cercanas a dinámicas de trabajo relacionadas a la aceptación de la discordancia.”⁴⁰

Durante el seguimiento, se recomienda además la realización de una “Experiencia de Vida Real” (EVR), que consiste en “la adopción por completo del rol de género al cual se adecúa la persona”.⁴¹

³⁸ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. 2012. Entendiendo la psicoterapia. [en línea]. <[³⁹ CHILE. Ministerio de Salud. *Op. Cit.* \(N°36\). P. 5.](https://www.apa.org/topics/psychotherapy/entendiendo-la-psicoterapia#:~:text=La%20psicoterapia%20es%20un%20tratamiento,alguien%20objetivo%2C%20neutral%20e%20imparcial.>.” [consulta: 29 de enero de 2022].</p></div><div data-bbox=)

⁴⁰ *Ibid.*, P. 5.

⁴¹ CHILE, Ministerio de Salud. *Op. Cit.*, (N° 36) P.18.

La EVR permite al paciente trans conocer de primera mano las posibles consecuencias personales y sociales⁴² de expresar su verdadero rol de género en su vida cotidiana. De aquella experiencia pueden devenir consecuencias negativas, como la discriminación laboral, el divorcio, los problemas maritales, entre otros, y por lo mismo es importante que el paciente trans tome conciencia de ello antes de optar por iniciar su adecuación corporal, pues le permitirá analizar sus diferentes alternativas y tomar una decisión informada que contemple tanto los beneficios como los riesgos que le reporta.

2.1.4. Confirmación de criterios de elegibilidad y disposición

Los criterios de elegibilidad y de disposición⁴³ para la adecuación corporal hormonal y quirúrgica son guías clínicas⁴⁴; es decir, recomendaciones técnicas dirigidas a optimizar la atención médica de los pacientes, que en la especie son las personas trans usuarias de los Establecimientos de Salud que forman parte de la Red Asistencial.

La Vía Clínica adoptó los requisitos de elegibilidad y de disposición recomendados por la Asociación Profesional Mundial para la Salud Transgénero

⁴² MEYER et., al. 2001. The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's Standards Of Care For Gender Identity Disorders. Sexta versión. [en línea]. < <https://www.cpath.ca/wp-content/uploads/2009/12/WPATHsocv6.pdf>>. Febrero de 2001. [Consulta: 19 de enero de 2022]. P.17. (paráfrasis)

⁴³ De acuerdo con la Vía Clínica, los criterios de elegibilidad son los criterios mínimos que debe reunir cualquier persona que busque alguna intervención médica, mientras que los criterios de disposición corresponden a criterios de disposición mental para llevar a cabo intervenciones hormonales o quirúrgicas. En: CHILE. Ministerio de Salud. *Op. Cit.*, (N°36). P. 7.

⁴⁴ Una Guía Clínica es un conjunto de recomendaciones dirigidas a optimizar la atención a los pacientes y que se basan en la revisión sistemática de la evidencia y la valoración de los beneficios y los riesgos de las opciones alternativas. En: DIPRECE MINSAL. Guías Clínicas. [en línea]. <<https://diprece.minsal.cl/le-informamos/auge/acceso-guias-clinicas/>>. [Consulta: 1 de marzo de 2022].

(WPATH, por sus siglas en inglés) formulados en su Guía Clínica “Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género”⁴⁵ (en adelante, Normas de Atención), estableciéndolos como requisitos o condiciones para poder iniciar una terapia de reemplazo hormonal⁴⁶ o realizar cirugías de reasignación sexual⁴⁷, pues ambas intervenciones modifican el cuerpo y aspecto físico de la persona (algunas de ellas, de manera irreversible) y que no obstante brindar beneficios para la salud de la persona, implican también riesgos que deben ser debidamente informados al paciente.

Por ello se establece la exigencia de que un profesional de la salud mental confirme el cumplimiento de los criterios y evalúe la capacidad de la persona de tomar consentimiento informado.⁴⁸

En el mismo sentido se pronuncia la WPATH en las Normas de Atención, al indicar que “Sin el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad recomendados, ni el paciente ni el terapeuta deberían solicitar hormonas o cirugías.”⁴⁹

2.2. Adecuación corporal hormonal

La adecuación corporal hormonal tiene por objetivo “reducir niveles hormonales endógenos y, por ende, las características sexuales secundarias de los individuos” y

⁴⁵MEYER et., al. *Op. Cit.* (N°42). P.13 y 20.

⁴⁶ CHILE. Ministerio de Salud. *Op. Cit.* (N°36). P.7.

⁴⁷ *Ibid.* P. 10.

⁴⁸ *Ibid.* P.6.

⁴⁹ MEYER et. al. *Op. Cit.* (N°42). P. 7. (traducción propia)

“reemplazar niveles hormonales endógenos por aquellos del sexo reasignado, utilizando los principios del reemplazo hormonal en pacientes con hipogonadismo.”⁵⁰

En personas transfemeninas, aquella finalidad puede obtenerse mediante la administración al paciente de diversos fármacos, principalmente estrógenos y antiandrógenos:

- i. Estrógenos: Hormona segregada principalmente por el ovario y que induce la aparición de los caracteres sexuales secundarios femeninos, como el desarrollo de las mamas o la primera menstruación.⁵¹
- ii. Antiandrógeno: Sustancia que impide que los andrógenos (hormonas masculinas) se unan a proteínas llamadas receptores de andrógenos que se encuentran en las células normales de la próstata, en algunas células del cáncer de próstata y en las células de algunos otros tejidos. Cuando se impide esta unión, se bloquean los efectos de esas hormonas en el cuerpo.⁵²

Por otro lado, la adecuación corporal hormonal en personas transmasculinas se realiza con la administración de los siguientes fármacos:

- i. Testosterona: Hormona producida por los testículos que tiene por función el desarrollo de las glándulas genitales y el mantenimiento de los caracteres sexuales secundarios masculinos.⁵³

⁵⁰ CHILE. Ministerio de Salud. *Op. Cit.* (N°36). P. 6.

⁵¹REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Estrógeno. [en línea]. <https://dle.rae.es/estr%C3%B3geno>. [Consulta: 6 de enero de 2022].

⁵²INSTITUTO NACIONAL DEL CANCER (USA). Antiandrógeno. [en línea]. <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionarios/diccionario-cancer/def/antiandrogeno>. [Consulta: 6 de enero de 2022]

⁵³REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Testosterona. [en línea]. <https://dle.rae.es/testosterona?m=form>. [Consulta: 6 de enero de 2022]

- ii. Progestágenos: Dicho de una sustancia o de un medicamento: Que favorece el curso normal de la gestación, aunque en dosis elevadas impide la ovulación, por lo que se emplea como componente de los anticonceptivos orales.⁵⁴

2.3. Adecuación corporal quirúrgica

Respecto de la adecuación corporal quirúrgica, la Vía Clínica distingue entre la transición de género masculino a femenino y de género femenino a masculino.

2.3.1. Cirugías indicadas para personas transfemeninas⁵⁵

- i. Vaginoplastia: Es un procedimiento que contempla diversas cirugías: orquiectomía (extirpación quirúrgica de los testículos), penectomía (extirpación quirúrgica del pene), vaginoplastia (creación quirúrgica de una vagina utilizando tejido del pene o del colon), clitoroplastia (creación quirúrgica de un clítoris), labioplastia (creación quirúrgica de labios vulvares).
- ii. Cirugía de pecho para mujeres transgénero: Cirugía para aumentar el tamaño de las mamas mediante implantes, la colocación de expansores de tejido debajo de la mama o el trasplante de grasa de otras partes del cuerpo a la mama.
- iii. Feminización facial: Técnicas de cirugía plástica en las que se altera la mandíbula, el mentón, las mejillas, la frente, la nariz y las áreas que rodean los ojos, las orejas o los labios para crear una apariencia más femenina.

⁵⁴REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Progestágeno. [en línea]. <<https://dle.rae.es/progest%C3%A1geno>>. [Consulta: 6 de enero de 2022]

⁵⁵CLINICA MAYO. Cirugía de feminización. [en línea]. <<https://www.mayoclinic.org/es-es/tests-procedures/feminizing-surgery/about/pac-20385102>>. [Consulta: 6 de enero de 2022]

2.3.2. Cirugías indicadas para personas transmasculinas⁵⁶

- i. Vaginectomía: Cirugía para extirpar total o parcialmente la vagina.
- ii. Faloplastia o metaloidoplastia: Creación quirúrgica de un pene o aumentar la longitud del clítoris, respectivamente.
- iii. Escrotoplastia: Creación quirúrgica de un escroto.
- iv. Cirugía de pecho para hombres transgénero (mastectomía): Extirpación quirúrgica del tejido mamario.
- v. Histerectomía: Cirugía genital para extirpar el útero, o el útero y el cuello del útero (histerectomía total).
- vi. Salpingooforectomía: Cirugía genital para extirpar las trompas de Falopio y los ovarios.

2.4. Cobertura previsional de las prestaciones médicas de adecuación corporal en el FONASA

Del conjunto de prestaciones médicas indicadas para la adecuación corporal hormonal y quirúrgica de las personas trans, solamente una parte de ellas tiene cobertura previsional en el FONASA.

A continuación, se detallan las prestaciones trans aranceladas en FONASA en sus dos modalidades, de atención institucional y de libre elección, respectivamente. Cabe adelantar que no se encuentran codificadas como prestaciones específicas trans.

⁵⁶ CLINICA MAYO. Cirugía de masculinización. [en línea]. <https://www.mayoclinic.org/es-es/tests-procedures/masculinizing-surgery/about/pac-20385105#:~:text=La%20cirug%C3%ADa%20masculinizante%20incluye%20muchas,crear%20un%20escroto%20>. [Consulta: 6 de enero de 2022]

2.4.1. Cobertura previsional de acuerdo con el arancel FONASA 2021 para la Modalidad de Atención Institucional

Respecto del proceso de adecuación de género masculino a femenino, el arancel del FONASA 2021 para la modalidad de atención institucional (MAI) contempla códigos para la bonificación de las cirugías de orquidectomía, amputación parcial del pene y prótesis mamaria. Sin embargo, carece de aranceles para las cirugías de creación de neovagina y neoclítoris y de labioplastía.

Por otro lado, tratándose de la adecuación de género femenino a masculino, se contemplan aranceles para las cirugías de mastectomía, histerectomía, ooforectomía, salpingectomía, escrotoplastía, prótesis testicular e implantación de prótesis de pene; pero no se contemplan códigos para la bonificación de las cirugías de vaginectomía y alargamiento uretral, faloplastía o metaidoloplastía.

El referido arancel tampoco contempla códigos para los medicamentos ambulatorios que se utilizan en el tratamiento hormonal de transición de género. Sin embargo ello no significa que los pacientes trans no tengan acceso a estos fármacos indispensables para su adecuación corporal, toda vez que el artículo 138 del DFL N° 1-2005 dispone las prestaciones a que tienen derecho los beneficiarios del Régimen General de Garantías en Salud, señalando expresamente en su letra b) la “Asistencia médica curativa que incluye consulta, exámenes y procedimientos diagnósticos y quirúrgicos, hospitalización, atención obstétrica, tratamiento, incluidos los medicamentos contenidos en el Formulario Nacional, y demás atenciones y acciones de salud que se establezcan, (...)”.

El Formulario Nacional de Medicamentos nace de “La necesidad de dotar al país de una nómina de productos farmacéuticos indispensables para una adecuada terapéutica, cuya existencia sea, además, accesible a la población, por cuanto debe formar parte del petitorio básico de los establecimientos farmacéuticos.”⁵⁷

Aquella nómina de fármacos se estructura según los grupos y subgrupos terapéuticos a que pertenecen los respectivos medicamentos. Dentro del grupo 17 (Hormonas y otros medicamentos endocrinos y anticonceptivos) se encuentran los subgrupos 02 (Andrógenos), 04 (Estrógenos) y 05 (Progestinas/Progestágenos), los cuales precisamente corresponden a las familias de fármacos que se emplean en la adecuación corporal hormonal de personas trans, como lo son la testosterona, los estrógenos conjugados y los progestágenos con propiedades antiandrogénicas.

No obstante lo anterior, de acuerdo al inciso 1° del artículo 141 del DFL N°1-2005, las prestaciones del Régimen General de Garantías en Salud serán otorgadas por el FONASA a través de los establecimientos de salud de la Red Asistencial, con los propios recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que se celebren en este sentido con organismos públicos o privados⁵⁸.

La resolución exenta N° 1717 de 1985 del Ministerio de Salud es la norma jurídica que complementa las disposiciones del DFL N°1-2005 en materia de cobertura

⁵⁷ CHILE. Ministerio de Salud. 2005. Decreto N° 194 que aprueba el Formulario Nacional de Medicamentos. 26 de agosto de 2005.

⁵⁸ DFL N°1-2005, inciso 1° del artículo 141: “Las prestaciones comprendidas en el Régimen General de Garantías en Salud se otorgarán por el Fondo Nacional de Salud, a través de los Establecimientos de Salud correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud y los Establecimientos de Salud de carácter experimental. Las prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar al efecto los Servicios de Salud o el Fondo Nacional de Salud con otros organismos públicos o privados.”

previsional. Aquella resolución determina el porcentaje de contribución estatal en el financiamiento de las prestaciones médicas de la modalidad de atención institucional de los beneficiarios del FONASA, incluidos los medicamentos que se dispensan en los establecimientos de salud de públicos.

Según se desprende del tenor literal del punto N° 2 del artículo único de la resolución en comento, la cobertura previsional de medicamentos en el sistema público de salud dependerá primeramente de la disponibilidad del fármaco en el establecimiento de salud en que se pretenda su adquisición. Así, el FONASA no garantiza necesariamente el acceso efectivo a los medicamentos que requieren sus afiliados y beneficiarios, pues puede darse el caso de que el fármaco no tenga stock en el respectivo establecimiento de salud.

En segundo lugar, la norma señala que el porcentaje de financiamiento estatal de los medicamentos dependerá de circunstancias tales como el nivel de atención del que forma parte el establecimiento de salud (primario, secundario, terciario), el grupo de FONASA a que pertenezca el usuario (tramos A, B, C y D), el hecho de encontrarse contemplado o no el medicamento dentro del arsenal farmacológico básico del consultorio o dentro del Formulario nacional de medicamentos cuando se trata de establecimientos de atención secundaria.

Así, en los establecimientos de atención primaria de salud, los usuarios pueden acceder gratuitamente a medicamentos que se encuentren contemplados dentro del arsenal farmacológico básico del respectivo establecimiento, pues el FONASA les otorga a todos sus afiliados y beneficiarios un 100% de cobertura.

Sin embargo, la situación es diversa en los establecimientos de atención secundaria, en que los usuarios de los grupos A y B del FONASA pueden acceder

gratuitamente a los medicamentos que sean dispensados por el respectivo establecimiento (siempre que estén contemplados dentro del Formulario Nacional de Medicamentos); y, en el caso de los usuarios de los grupos C y D del FONASA, que cuentan con mejor situación socioeconómica que los dos primeros grupos, la cobertura previsional será parcial correspondiendo a un 90% para el grupo C y a un 80% para el grupo D, debiendo efectuar en consecuencia un copago por el monto no cubierto.⁵⁹

En síntesis, si bien la normativa analizada garantiza la cobertura financiera de medicamentos para los usuarios beneficiarios de los establecimientos de salud de la modalidad de atención institucional, lo realiza de una manera insuficiente, por cuanto dicho financiamiento estatal se limita únicamente a los fármacos que se encuentran disponibles (en stock) en el respectivo establecimiento de salud.

2.4.2. Arancel FONASA 2021 para la Modalidad de Libre Elección

Entendiendo que por Modalidad de Libre Elección se comprende como aquella en que el beneficiario elige libremente al profesional y/o entidad, ya sea del sector público o privado, que se encuentre inscrito en el Rol de Fonasa, cabe destacar que, del conjunto de prestaciones médicas indicadas para la adecuación corporal quirúrgica de género masculino a femenino, este arancel contempla códigos para la bonificación de las cirugías de orquidectomía, amputación parcial del pene y prótesis mamaria. Sin embargo, este arancel carece de códigos para las cirugías de creación de neovagina, neoclítoris y labioplastía, prestaciones que, en consecuencia, no reciben cobertura financiera.

⁵⁹ CHILE. Ministerio de Salud. 1985. Resolución Exenta N° 1717. N° 2 del artículo único.

Por otro lado, respecto de las prestaciones médicas indicadas para la adecuación corporal de género femenino a masculino, se encuentran aranceladas las cirugías de mastectomía, histerectomía, ooforectomía y escrotoplastía, además de la prótesis testicular que se requiere para la realización de esta última cirugía. Sin embargo, la vaginectomía y alargamiento uretral y la faloplastía o metaidoloplastía, carecen de codificación, y por tanto, de cobertura.

3. Programas de Salud Trans en Chile

Si bien en Chile no existe una política nacional que regule el acceso a prestaciones médicas trans-específicas, existen diversos establecimientos de salud públicos que han articulado sus propios Programas de Salud Trans, autofinanciados con los recursos económicos que reciben de los Servicios de Salud locales a que pertenecen, como es el caso de los Programas Trans de los Hospitales Las Higueras de Talcahuano y Carlos Van Buren de Valparaíso.⁶⁰

En diciembre de 2021, la Asociación “Organizando Trans Diversidades” (OTD), publicó el denominado “Mapa de Salud Trans”⁶¹ que recopila información de los establecimientos de salud que prestan servicios médicos específicos para las personas trans en Chile, realizando un desglose por regiones.

De acuerdo a dicha investigación, en la región Metropolitana existen cuatro programas integrales de identidad de género, en los Hospitales San Borja, Sótero del

⁶⁰ VALDÉS, CONSTANZA. 201X. Informe sobre la “Situación de las personas trans en Chile” para el Comité para la Eliminación contra la Discriminación la mujer. [en línea]. < https://otdchile.org/wp-content/uploads/2018/02/INT_CEDAW_NGO_CHL_27673_S.pdf>. [Consulta: 23 de febrero de 2022]. P. 11.

⁶¹ ORGANIZANDO TRANS DIVERSIDADES. 2021. Mapa de Salud Trans. [en línea]. <<https://otdchile.org/mapa-trans-otdchile/>>. [Consulta: 25 de enero de 2022].

Río, San Juan de Dios y el Complejo Asistencial Barros Luco, que en mayor o menor medida, brindan diversas prestaciones médicas de salud mental y de adecuación corporal para personas trans, siendo el programa más completo el del Hospital Sótero del Río, que cuenta con prestaciones médicas de psicoterapia, psiquiatría, endocrinología (adulto e infantil), ginecología, urología, cirugía plástica y fonoaudiología.

Por otro lado, también en la región Metropolitana, los Hospitales Roberto del Río, San José, Dr. Luis Calvo Mackenna y Dr. Exequiel González Cortés, cuentan con prestaciones específicas para personas trans, aunque escasas.

En la región de Valparaíso, se aprecia solamente un Hospital público (el Hospital Carlos Van Buren) que cuenta con un Programa Integral de Salud Trans, otorgando prestaciones de psicología, ginecología, cirugía plástica, cirugía genital, y cirugías de histerectomía y mastectomía.

En las regiones de Arica y Parinacota, de O'Higgins y el Maule no existen Programas Integrales de Salud Trans, pero sí se identifican establecimientos de salud que contemplan algunas intervenciones y procedimientos específicos para pacientes trans; por ejemplo, en la región de O'Higgins, el CESFAM Machalí brinda acompañamiento psicosocial, mientras que el Hospital Regional de Rancagua ofrece terapias de reemplazo hormonal.

Por último, en las regiones de Tarapacá, Atacama, Los Ríos, Aysén y Magallanes, no se aprecia información relativa a establecimientos de salud que otorguen prestaciones específicas para personas trans.

Como se puede apreciar, los programas integrales de salud trans refieren a prestaciones médicas complejas (uso de hormonas, realización de cirugías genitales

y plásticas, etc.) que requieren de atención médica especializada que, dentro del sistema público de salud, se ofrece en establecimientos de atención secundaria, como los Hospitales y Consultorios Adosados de Especialidades.

El conducto regular para el ingreso a la atención secundaria es generalmente a través de una derivación o interconsulta desde algún establecimiento de Atención Primaria de Salud (APS) -Consultorios, por ejemplo- que pertenezca a la misma jurisdicción territorial a que pertenece el Hospital público a cuyo programa se quiere ingresar, es decir, tanto el establecimiento de salud de atención primaria como el de atención secundaria, deben ser dependientes de un mismo Servicio de Salud local.⁶²

Por ejemplo, para que una persona pueda ingresar al Programa Trans del Hospital Las Higueras, que es dependiente del Servicio de Salud de Talcahuano, deberá encontrarse inscrita en algún establecimiento de la APS perteneciente al territorio jurisdiccional de aquel Servicio, el cual comprende las comunas de Talcahuano, Hualpén, Penco y Tomé.

En esa misma línea, el Protocolo de atención y derivación para usuarios/as trans del Servicio de Salud de Talcahuano señala entre sus objetivos específicos el “Asegurar que los/as usuarios/as trans de nuestra red puedan ser derivadas desde sus propios CESFAM hacia el nivel secundario.”⁶³

⁶² En este sentido, “La MAI corresponde a los prestadores públicos de salud, es decir, aquellos pertenecientes al Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS), descritos en mayor detalle en el capítulo V. Los beneficiarios acceden a esta modalidad de atención a través de los consultorios o centros de atención primaria en que están previamente inscritos y desde donde son derivados, en caso de requerir atención de mayor complejidad, a otros centros de atención de la red asistencial.” En: “Estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno”. Serie de Salud Poblacional N°2. Facultad de Medicina de la Clínica Alemana y la Universidad del Desarrollo. 2019. P.76

⁶³ SERVICIO DE SALUD DE TALCAHUANO. 2013. Protocolo de atención y derivación para usuarios/as trans. [en línea]. <http://www.sstalcahuano.cl/pdf/transparencia/SST/otros/20180327130716_cd0.PDF>. [Consulta: 28 de enero de 2022]. P.5.

De esta forma, considerando la escases de Programas de Salud Trans en los Servicios de Salud locales, sumado al hecho de que los existentes se encuentran dirigidos a satisfacer las necesidades médicas de los usuarios que habitan en comunas de su competencia territorial, se configura desde ya una barrera de acceso a la salud trans en el sistema público, pues por ejemplo, un paciente trans de la región de Los Ríos (cuyo Servicio de Salud Local no cuenta con establecimientos que ofrezcan prestaciones específicas trans) quedaría, en un principio, imposibilitado de acceder a los Programas de los Servicios de Salud de Talcahuano o de Valparaíso-San Antonio, pues ambos cuentan con un capital económico y humano limitado y están dirigidos a la atención de usuarios trans de su población asignada.

Sin embargo, cabe mencionar que el Programa Trans del Hospital Las Higueras de Talcahuano actualmente dispone de un 20% de cupos para usuarios/as trans de otras jurisdicciones, haciéndose cargo en cierta medida de sanear las inequidades de acceso a la salud trans en nuestro país.⁶⁴

⁶⁴CHILE. Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género. 2017. Resolución Exenta N° 92/Región del Bío Bío: Aprueba protocolo regional para la atención y trato a personas trans en Servicios Públicos de la región del Bío Bío. P. 12.

CAPÍTULO II: MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN A PERSONAS TRANS

En el presente capítulo se procederá a efectuar un acabado análisis de las leyes e instrumentos internacionales atinentes al acceso a la salud de las personas trans, para así dejar en evidencia si dichos esfuerzos legislativos son suficientes o no para la debida protección legal de sus derechos fundamentales.

1. Instrumentos internacionales

Como ya se expuso en el primer capítulo de la presente memoria, "trans" ha sido un concepto cuyo significado ha ido mutando a lo largo del tiempo, pasando dichas personas de ser consideradas como aberraciones, criminales o enfermos, a ser consideradas simplemente como quienes expresan un género distinto al sexo asignado al nacer que, por no ser heteronormadas, han sido víctimas de actos discriminatorios y criminales por quienes no aceptan su existencia y naturalidad.

Precisamente por dicha situación, que se sigue sosteniendo en la actualidad, los Tratados Internacionales no reconocían ni reconocen de manera directa la identidad de género a fin de corregir actos discriminatorios por parte de los agentes de los diversos Estados.

Sin perjuicio de ello, y por la necesidad de otorgar una debida protección legal a los derechos fundamentales de las personas trans, poco a poco han surgido instrumentos internacionales, tales como declaraciones y principios, que han servido como base para cambiar el paradigma del concepto trans, ello producto de la urgente

necesidad de corregir la grave vulneración de los derechos fundamentales de la que son víctimas las personas de su comunidad.⁶⁵

1.1. Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género

Este documento internacional no vinculante, realizado en noviembre de 2007 en Indonesia, y haciendo explícitas las “obligaciones en materia de derechos humanos contraídas por los Estados en relación con la orientación sexual y la identidad de género en tratados internacionales”⁶⁶, contiene diversos principios y recomendaciones dirigidas a los Estados que han adoptado -y se han comprometido a respetar- la legislación internacional de los Derechos Humanos por medio de la ratificación de Tratados y Convenciones Internacionales en la materia; lo anterior debido a la histórica y sistemática vulneración de garantías y derechos fundamentales de personas pertenecientes a las diversidades sexuales y de género en el mundo, ya tratada en el capítulo precedente de la presente memoria.

El presente instrumento comienza indicando, en el principio N° 1, que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”⁶⁷.

⁶⁵ Cabe precisar que se expondrán sólo algunas de dichas declaraciones y principios, ello en razón del limitado alcance de la presente memoria.

⁶⁶ RUEDA, A. 2015. Derechos de las personas trans. [En Línea] <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34727.pdf>> [Consulta: 8 de marzo de 2022] P 2.

⁶⁷ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 2007. Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación

De este modo, cabe precisar que, al momento de legislar para el cumplimiento irrestricto de los derechos fundamentales, se deben analizar las particularidades sociales, económicas y culturales de los sujetos de derecho, debido a que el hecho de manifestar que las personas nacen iguales en dignidad y derechos no implica que todas las personas son iguales y que, por lo tanto, no requieran de políticas específicas destinadas a su protección. Precisamente, para otorgar una debida protección a todas y todos los integrantes de una sociedad, es fundamental comprender su realidad previamente, sin sesgos ni generalidades.

Asimismo, y respecto al acceso de prestaciones médicas de la comunidad trans, especialmente relevante es el principio N° 17 del “Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Éste señala que “Todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental de este derecho.”⁶⁸

sexual y la identidad de género. [En línea] < [⁶⁸ El principio N° 17 señala que “Los Estados:](https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2#:~:text=Los%20Principios%20de%20Yogyakarta%20se,implementaci%C3%B3n%20de%20los%20derechos%20humanos.> [Consulta: 6 de marzo de 2022] P. 10.</p></div><div data-bbox=)

A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el disfrute del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;

B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar que todas las personas tengan acceso a establecimientos, productos y servicios para la salud, incluidos los relacionados con la salud sexual y reproductiva, así como a sus propias historias clínicas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;

C. Asegurarán que los establecimientos, productos y servicios para la salud estén diseñados de modo que mejoren el estado de salud de todas las personas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; que respondan a sus necesidades y tengan en cuenta sus singularidades, y que las historias clínicas relativas a estos aspectos sean tratadas con confidencialidad;

D. Desarrollarán e implementarán programas encaminados a hacer frente a la discriminación, los prejuicios y otros factores sociales que menoscaban la salud de las personas debido a su orientación sexual o identidad de género;

E. Garantizarán que todas las personas estén informadas y su autonomía sea promovida a fin de que puedan tomar sus propias decisiones relacionadas con el tratamiento y la atención médica en base a

1.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”

Suscrita el 22 de noviembre de 1969 tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, tiene como finalidad la protección de los derechos humanos, generando la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas legislativas o de otra naturaleza que sean necesarias para cumplir con dicha finalidad y de velar por el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, creando, para garantizar su cumplimiento, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁹

En virtud del Decreto 873, publicado el 5 de enero de 1991, mediante el cual se aprueba el “Pacto de San José de Costa Rica”, Chile pasa a ser Estado Parte, reconociendo expresamente la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

un consentimiento genuinamente informado, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;

F. Garantizarán que todos los programas y servicios de salud, educación, prevención, atención y tratamiento en materia sexual y reproductiva respeten la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género y estén disponibles en igualdad de condiciones y sin discriminación para todas las personas;

G. Facilitarán el acceso a tratamiento, atención y apoyo competentes y no discriminatorios a aquellas personas que procuren modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género;

H. Asegurarán que todos los prestadores de servicios para la salud traten a sus clientes, clientas y las parejas de ellos y de ellas sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluso en lo concerniente al reconocimiento como parientes más cercanas o cercanos;

I. Adoptarán las políticas y los programas de educación y capacitación que sean necesarios para posibilitar que quienes trabajan en el sector de salud brinden a todas las personas el más alto nivel posible de atención a su salud, con pleno respeto por la orientación sexual e identidad de género de cada una.”

⁶⁹ CHILE, Ministerio de Relaciones Exteriores. Información sobre La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile. [En Línea] < https://www.minrel.gob.cl/informacion-sobre-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/minrel_old/2009-04-22/085224.html > [Consulta: 15 de marzo de 2022]

La convención parte disponiendo, en su artículo 1, la “Obligación de Respetar los Derechos”, indicando que los Estados Partes: “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.”, artículo que, sin mencionar expresamente a la comunidad trans, la incluye de manera indiscutida, por cuanto establece el deber de respetar los derechos fundamentales de todas las personas, sin distinción alguna.

Asimismo, y para efectos de la presente memoria, cabe mencionar la importancia del artículo 5, denominado “Derecho a la Integridad Personal”, mediante el cual se establece que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, el cual se vincula directamente con lo dispuesto en el artículo 24, nombrado “Igualdad ante la Ley”: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la Ley”.

Finalmente, en su artículo 11, denominado “Protección de la Honra y de la Dignidad”, se establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, el cual se vincula fuertemente con la obligación que tienen los Estados Partes respecto a la protección legal que se debe efectuar a todas las personas en diversas áreas, incluyendo materia de salud.

En cuanto a las labores realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cabe mencionar la Opinión Consultiva N° 24, del 24 de noviembre de 2017,

mediante la cual se dan respuestas a una serie de preguntas formuladas por el Estado de Costa Rica respecto a la identidad de género⁷⁰.

En lo que respecta a la materia en estudio, la Corte indica, en el párrafo 90 de la Opinión Consultiva,⁷¹ que “Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen.”

Ante la falta de mención expresa del derecho a la identidad en la Convención, la Corte realiza una conceptualización del derecho a la identidad, indicando que puede ser entendido “como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios

⁷⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2017. Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Solicitud de Opinión Consultiva N° 24 presentada por el Estado de Costa Rica. 14 de febrero de 2017. [En línea] < https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/1_cidh.pdf > [Consulta: 15 de marzo de 2022]

⁷¹ Párrafo 90 Opinión Consultiva: “Respecto al derecho a la identidad, esta Corte ha indicado que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. El derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen. De esta forma, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos, no obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. Además, el derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente. Por otra parte, este Tribunal ha indicado que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana).”

derechos (...)”⁷², entre ellos, el derecho al nombre⁷³, la dignidad humana, la vida privada y la autonomía de la persona.⁷⁴

Nuestros tribunales de justicia, en diversos fallos que acogen solicitudes de cambio de nombre y sexo registral y recursos de protección ante vulneraciones de derechos fundamentales de personas trans, han tomado en consideración al momento de fundamentar sus decisiones, las interpretaciones que efectúa la CIDH en esta opinión consultiva, pues “cabe recordar que la Corte Interamericana es el órgano a quien los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encargaron la función de aplicación y de interpretación autoritativa del tratado. Por tanto, la interpretación que el tribunal regional le da a la Convención, incluso en la Opinión Consultiva recién mentada, tiene carácter de autoritativa para Chile (...)”.⁷⁵

1.3. Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género

⁷² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. (N°70). Párrafo 90.

⁷³ Respecto al derecho al nombre, la Corte indica en el párrafo 111 de la Opinión Consultiva, que “(...) la fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad. No se trata de un agente que tenga por finalidad la homologación de la persona humana, sino por el contrario es un factor de distinción. Es por ello que cada persona debe tener la posibilidad de elegir libremente y de cambiar su nombre como mejor le parezca. Es así como la falta de reconocimiento al cambio de nombre de conformidad con esa identidad auto-percibida, implica que la persona pierde total o parcialmente la titularidad de esos derechos y que si bien existe y puede hallarse en un determinado contexto social dentro del Estado, su existencia misma no es jurídicamente reconocida de acuerdo a un componente esencial de su identidad²⁵³. En tal circunstancia también se ve menoscabado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la identidad de género.”

⁷⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. (N°70). Párrafo 90.

⁷⁵ EXCMA. CORTE SUPREMA. 2016. Rol N° 70.584-2016. Considerando 8°

La declaración, que emana de la iniciativa de Francia presentada el 18 de diciembre de 2008 y que fue suscrita en total por 66 países- Chile incluido, tuvo como finalidad condenar la violación de derechos y garantías fundamentales de las personas de la diversidad sexual e insta a los Estados Miembros a legislar, tomar medidas y políticas públicas que resguarden aquellos derechos humanos básicos que no están debidamente garantizados para las personas transgénero en la actualidad.⁷⁶

Dentro de sus disposiciones, cabe destacar la signada con el número 6, mediante el cual se condenan “las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género dondequiera que tengan lugar, en particular el uso de la pena de muerte sobre esta base, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud”⁷⁷.

⁷⁶ Puntos más relevantes de la declaración:

N° 1. Reafirmamos el principio de la universalidad de los derechos humanos, tal y como lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuyo 60º aniversario se celebra este año. En su artículo 1, establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

N° 2. Reafirmamos que todas las personas tienen derecho al goce de sus derechos humanos 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, tal como lo establecen el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

N° 3. Reafirmamos el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

N° 6. Condenamos las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género dondequiera que tengan lugar, en particular el uso de la pena de muerte sobre esta base, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud.

N° 10. Hacemos un llamado a todos los Estados y mecanismos internacionales relevantes de derechos humanos para que se comprometan con la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género.

⁷⁷ Anexo de la carta de fecha 18 de diciembre de 2008 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los representantes permanentes de la Argentina, el Brasil, Croacia, Francia, el Gabón, el Japón,

1.4. Observación General N°14 y N° 22 (2016) relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, en su artículo 12 dispone que: “el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.

De este modo, y con la finalidad de elaborar métodos de trabajos para abordar las diversas problemáticas que aquejan a los Estados Partes de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales en su Observación General N° 14, efectuada el año 2000, dispuso la prohibición de “toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de... orientación sexual”.

Noruega y los Países Bajos ante las Naciones Unidas. A/63/635. 22 de diciembre de 2008. [En línea] < https://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_declaracion_onu.pdf > [Consulta: 17 de marzo de 2022]. P. 3

Por su lado, en la Observación General N° 11, efectuada el año 2016 se declaró la importancia de “la no discriminación, en el contexto del derecho a la salud sexual y reproductiva”, la cual abarca también el derecho de todas las personas “incluidas las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales, a ser plenamente respetadas por su orientación sexual, identidad de género o condición de intersexualidad”.

Asimismo, y a efectos de hacer aún más evidente las obligaciones de los Estados Parte en el área de salud, agregó que “La no discriminación y la igualdad requieren no solo la igualdad jurídica y formal sino también la igualdad sustantiva. La igualdad sustantiva requiere que se aborden las necesidades particulares en materia de salud sexual y reproductiva de grupos concretos, así como cualquier obstáculo con que puedan tropezar”.⁷⁸

Cabe destacar que lo anteriormente descrito fluye en plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, entendiéndose que para conseguir dicho equilibrio, es fundamental analizar las necesidades particulares de los individuos.

⁷⁸ NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2016. Observación General Número 22, “relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”. 2 de mayo de 2016. E/C.12/GC/22

1.5. Declaración de la Asamblea General de la OEA sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género

Sólo en el año 2008, en el 38° periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, la Organización de Estados Americanos (de ahora en adelante, OEA), se refirió por primera vez a la importancia de tratar los actos discriminatorios perpetrados en contra de minorías sexuales, manifestando, en su punto N° 1, preocupación “por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”⁷⁹.

Lo antes expuesto dio lugar a una serie de declaraciones emitidas por la OEA realizadas con el propósito de reconocer la importancia y necesidad de visibilizar la vulneración de derechos fundamentales de la que es víctima la comunidad LGTBI+, instando a los diversos Estados Parte a condenar toda forma de discriminación arbitraria y eliminar barreras de participación en la vida política y pública de las personas de la comunidad LGBTQ+; así como también condenar la violencia y la vulneración de sus Derechos Humanos y promover su protección mediante el establecimiento de políticas públicas en la materia.⁸⁰

⁷⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 2008. Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). [En línea] < https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf> [Consulta: 11 de marzo de 2022]

⁸⁰ Lo pertinente de la Declaración son los números:

1. Condenar todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a que eliminen, allí donde existan, las barreras que enfrentan las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGTBI) en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada.

2. Alentar a los Estados Miembros a que, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de orientación sexual e identidad o expresión de género.

Como hito, se destaca el informe sobre la Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, del año 2015 ⁸¹, el cual refiere, respecto de la salud de las personas intersex ⁸², garantías mínimas con las que deben contar las y los pacientes trans al someterse a tratamientos quirúrgicos y psiquiátricos, dentro de las cuales se destaca el de “Adoptar medidas para garantizar que las y los profesionales de la salud informen adecuadamente a las y los pacientes y a sus padres y madres sobre las consecuencias de intervenciones quirúrgicas y otras intervenciones médicas” y el de “Capacitar al personal médico y a la comunidad médica para proporcionar tratamiento y apoyo adecuados para las personas intersex y sus familias. Tomar medidas para apoyar a las personas intersex y a sus familias a través de

3. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados Miembros a que fortalezcan sus instituciones nacionales con el fin de prevenirlos, investigarlos y asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de igualdad, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.

4. Instar, además, a los Estados en el ámbito de sus capacidades institucionales a que produzcan datos sobre la violencia homofóbica y transfóbica, con miras a promover políticas públicas que protejan los derechos humanos de las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGBTI).

⁸¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2015. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en Américas. 12 de noviembre de 2015. [En línea] < <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf> > [Consulta: 11 de marzo de 2022]

⁸² Asimismo, cabe destacar que se expone la necesidad de “Adoptar medidas para que el ente rector de servicios de salud estatal garantice procesos efectivos de regulación, fiscalización y control de médicos y profesionales de la salud que ofrecen “terapias” que intentan “modificar” la orientación sexual y la identidad de género. Además, adoptar medidas para concientizar al público en general y a las familias de las potenciales víctimas en particular, sobre el impacto perjudicial que tales prácticas tienen en las personas LGBT o aquellas percibidas como tales, de conformidad con la evidencia disponible sobre la materia”.

equipos interdisciplinarios durante todas las etapas del desarrollo desde la infancia, pasando por la niñez y adolescencia, y hasta la adultez”.⁸³

Finalmente, cabe mencionar el informe realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fecha 7 de diciembre de 2018, mediante el cual se reconoce que- luego de la realización del informe sobre la Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, del año 2015- se sigue evidenciando “diversos tipos de violencia física, psicológica y sexual”⁸⁴ y que, sin perjuicio de los avances conseguidos en dicha materia por diversos Estados, tales como Argentina, Brasil, México, entre otros, son sólo “el primer paso en garantizar el acceso al derecho a la salud”, entendiendo al derecho a la salud como “el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social”⁸⁵. Es menester mencionar en este punto que la CIDH no menciona esfuerzo alguno de Chile para hacer mejoras en la materia de salud respecto de la comunidad LGBTI+.

1.6. Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo.

Con el fin de debatir asuntos prioritarios para una agenda regional de población y desarrollo post 2014, y bajo la organización de la CEPAL y el Gobierno de Uruguay con apoyo del Fondo de Población de las Naciones Unidas, el 12 de agosto de 2013 se realizó la “Primera Reunión de la Conferencia Regional sobre Población y

⁸³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op. Cit.* (N° 81). P. 301.

⁸⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2018. Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. 7 de diciembre de 2018. [En línea] < <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>> [Consulta: 11 de marzo de 2022] P. 10.

⁸⁵ *Ibid.* P. 90.

Desarrollo de América Latina y el Caribe”, destacada por su innovación al incluir temas tales como el enfoque de género.

De este modo, para efectos de la presente memoria, cabe destacar la necesidad de “Desarrollar políticas y programas tendientes a erradicar la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género en el ejercicio de los derechos sexuales y su manifestación” y de “Garantizar el acceso universal a servicios de salud sexual y salud reproductiva de calidad, tomando en consideración las necesidades específicas de hombres y mujeres, adolescentes y jóvenes, personas LGBT, personas mayores y personas con discapacidad...”⁸⁶

2. Normativa interna

2.1. Constitución Política de la República de Chile

Nuestra Constitución, en el artículo 1° del Capítulo I, que establece las Bases de la Institucionalidad, parte por señalar que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que el Estado está al servicio de la persona humana y en este sentido debe contribuir a crear las condiciones sociales que le permitan alcanzar su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y

⁸⁶ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 2013. Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo. Primera reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe. [En línea] < https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/21835/4/S20131037_es.pdf> [Consulta: 9 de marzo de 2022]. P 20.

garantías que la propia Constitución establece,⁸⁷ así como también los contenidos en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.⁸⁸

Por otro lado, el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental⁸⁹ establece un catálogo de derechos esenciales que se garantizan a todas las personas, entre los cuales figuran el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la salud, especialmente relevantes en la presente investigación.

Con el objeto de garantizar un goce efectivo de la mayoría de estos derechos fundamentales, el artículo 20 de la Constitución⁹⁰ establece una acción de naturaleza

⁸⁷ Inciso 1°: Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Inciso 4° 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 a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Inciso 5° Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

⁸⁸ Ello, en virtud del Artículo 5 inciso 2° de la Constitución, que señala que: 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.

⁸⁹ Constitución Política de la República, artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas: (...)

N°1 inciso 1°: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

N°2: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo 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;

N°9: El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.”

⁹⁰ Constitución Política de la República, artículo 20 inciso 1°: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y

cautelar que procede en el evento de un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio de aquellos, el denominado “recurso de protección”. Dicha acción constitucional permite a la víctima ocurrir ante la Corte de Apelaciones competente para solicitar que tome las medidas que estime pertinentes para el restablecimiento del imperio del derecho y se asegure la debida protección de sus derechos fundamentales.

2.2. Leyes

2.2.1 DFL N°1 de 2005 de la Subsecretaría de Salud Pública del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N°2763 de 1979 y de las leyes N°18.993 y N° 18.469.

2.2.1.1. Generalidades del Sistema de Salud chileno

El DFL N°1-2005 sistematiza las normas de nuestro ordenamiento jurídico que regulan, entre otras materias, la organización y funcionamiento del Sistema de Salud Público y Privado, y la forma en que opera la seguridad social en materia de salud.

Respecto de la organización del Sistema de Salud, la mentada norma indica que al Ministerio de Salud le corresponderá formular, fijar y controlar las políticas de salud,⁹¹ estableciendo para ello, entre otras funciones, ejercer la rectoría del sector

garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”

⁹¹ DFL N°1-2005, artículo 4º inciso 1º.

salud, dictar normas generales a las que deberán ceñirse los organismos y entidades del Sistema en la ejecución de acciones de salud y velar por el debido cumplimiento de las normas en la materia.

El Ministerio de Salud “estará integrado por el Ministro; la Subsecretaría de Redes Asistenciales; la Subsecretaría de Salud Pública y las Secretarías Regionales Ministeriales.”⁹²

Al Ministro le corresponde la dirección superior del Ministerio y deberá fijar políticas, dictar normas, aprobar planes y programas generales y evaluar las acciones que deben ejecutar dichos organismos y demás integrantes del Sistema.⁹³

Por su parte, a la Subsecretaría de Redes Asistenciales le corresponde la articulación y desarrollo de la Red Asistencial y la regulación de la prestación de acciones de salud.⁹⁴

La Subsecretaría de Salud Pública, en cambio, tiene a su cargo la administración y servicio interno del Ministerio, además de las materias relativas a la promoción de la salud, vigilancia, prevención y control de enfermedades.⁹⁵

En lo relativo al funcionamiento del Sistema, se puede apreciar que consiste en un Sistema de seguro obligatorio financiado, por un lado, por medio del pago de cotizaciones obligatorias⁹⁶ que deben efectuar los afiliados a una Institución

⁹² DFL N°1-2005, artículo 6° inciso 1°.

⁹³ DFL N°1-2005, artículo 7°

⁹⁴ DFL N°1-2005, artículo 8° inciso 1°.

⁹⁵ DFL N°1-2005, artículo 9° inciso 1°.

⁹⁶ Respecto de las cotizaciones obligatorias de salud, en el sistema público se paga un 7% de las remuneraciones brutas del trabajador; tratándose de trabajadores dependientes, el empleador hace la retención de este porcentaje de la remuneración y se encarga de enterarlo a FONASA.

Previsional de Salud, la cual puede ser pública (el Fondo Nacional de Salud) o privada (Instituciones de Salud Previsional) a libre elección del afiliado, y, por otro lado, por medio de aportes estatales directos.

El pago de estas cotizaciones permite a los afiliados del FONASA y de las ISAPRES acceder a prestaciones médicas que son brindadas por los establecimientos pertenecientes a la red asistencial de salud y por los prestadores de salud establecidos en el artículo 170 letra j) del DFL N°1-2005, respectivamente.

Otro actor relevante en la materia es la Superintendencia de Salud, que es un organismo funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios⁹⁷, que tiene como función principal supervigilar y controlar a las ISAPRES para velar por el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de las Garantías Explícitas en Salud (GES), los contratos de salud, y las leyes y reglamentos que las rigen; además de supervigilar y controlar al FONASA en aquellas materias que dicen relación con los derechos de los beneficiarios del Libro II del DFL N°1-2005 y las GES; por último, se encarga de fiscalizar a todos los prestadores de salud públicos y privados en lo que respecta a su acreditación, certificación y cumplimiento de estándares de acreditación; entre otras funciones.⁹⁸

En cuanto al pago de cotizaciones obligatorias de salud a las ISAPRES, éstas varían en su precio base dependiendo del plan que el afiliado contrate según sus necesidades y preferencias, sin embargo, nunca será inferior a un 7% de sus remuneraciones brutas mensuales.

⁹⁷ DFL N°1-2005, artículo 106.

⁹⁸ DFL N° 1-2005, artículo 107.

En definitiva, la Superintendencia de Salud interviene como ente fiscalizador del sistema sanitario chileno y desempeña un rol esencial en la resolución de los conflictos que surjan entre instituciones previsionales de salud y sus afiliados o beneficiarios.⁹⁹

2.2.1.2. El Sistema Público de Salud

Como se mencionó anteriormente, nuestro Sistema de Salud se subclasifica en público y privado. El primero se encuentra regulado detalladamente en el Libro II del DFL N°1-2005.

En este, cobra gran relevancia el Fondo Nacional de Salud, en adelante, el FONASA, pues es el órgano encargado de financiar, en los términos contemplados en el artículo 50 del DFL N°1-2005, las prestaciones médicas que se otorguen a los afiliados o beneficiarios del Régimen establecido en el Libro II del mismo cuerpo legal.

Los afiliados¹⁰⁰ y/o beneficiarios¹⁰¹ del FONASA se clasifican en 4 tramos (A, B, C y D) de acuerdo a los ingresos brutos que perciben mensualmente, conformándose

⁹⁹ DFL N°1-2005, artículo 117 inciso 1°.

¹⁰⁰ Los contemplados en el artículo 135 del DFL N° 1-2005: "Tendrán la calidad de afiliados al Régimen:

a) Los trabajadores dependientes de los sectores público y privado. Tratándose de personas que hayan efectuado cotizaciones, al menos, durante cuatro meses en los últimos doce meses calendario en virtud de contratos por obra o faena determinada, mantendrán la calidad de afiliados por un período de doce meses a contar del mes al que corresponde la última cotización.

En todo caso, los trabajadores dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas, que registren, al menos, sesenta días de cotizaciones en los doce meses calendario anteriores, mantendrán la calidad de afiliados durante los doce meses siguientes a aquel correspondiente a la última cotización;

b) Los trabajadores independientes que coticen para salud;

c) Las personas que coticen en cualquier régimen legal de previsión en calidad de imponentes voluntarios, y

d) Las personas que gocen de pensión previsional de cualquier naturaleza o de subsidio por incapacidad laboral o por cesantía."

¹⁰¹ Los contemplados en el artículo 136 del DFL N° 1-2005: "Serán beneficiarios del Régimen:

a) Los afiliados señalados en el artículo anterior;

el tramo “A” por aquellas personas que no perciben remuneraciones de ningún tipo, el tramo “B” por quienes perciben remuneraciones iguales o inferiores al Ingreso Mínimo Mensual Remuneracional, esto es, \$337.000 mensuales; el tramo “C” por quienes perciben remuneraciones superiores a \$337.000 pero inferiores a \$492.020 mensuales, y el tramo “D” por quienes perciben ingresos superiores a \$492.020 mensuales.¹⁰²

La clasificación anterior es relevante por cuanto la cobertura previsional que otorgue el FONASA a sus afiliados o beneficiarios dependerá, por un lado, del tramo al que estos pertenezcan y, por otro lado, de la modalidad de atención que escojan para atender sus necesidades de salud (pudiendo optar entre la modalidad de atención institucional y la modalidad de libre elección del prestador de salud).

Por ejemplo, quienes pertenecen al tramo FONASA “A” pueden acceder a atención gratuita (bonificación del 100% del valor de las prestaciones médicas) en el Sistema de Atención Institucional, es decir, en los prestadores de salud públicos (Hospitales, CESFAM, SAPU, etc.), pero no pueden acceder a la modalidad de

b) Los causantes por los cuales las personas señaladas en las letras a) y d) del artículo anterior perciban asignación familiar;

c) Las personas que respecto de los afiliados señalados en las letras b) y c) del artículo anterior cumplan con las mismas calidades y requisitos que exige la ley para ser causante de asignación familiar de un trabajador dependiente;

d) La mujer embarazada aun cuando no sea afiliada ni beneficiaria, y el niño hasta los seis años de edad, para los efectos del otorgamiento de las prestaciones a que alude el artículo 139;

e) Las personas carentes de recursos o indigentes y las que gocen de las pensiones asistenciales a que se refiere el Decreto Ley N° 869, de 1975;

f) Los causantes del subsidio familiar establecido en la Ley N° 18.020, y

g) Las personas que gocen de una prestación de cesantía de acuerdo a la ley N° 19.728 y sus causantes de asignación familiar.”

¹⁰² FONASA. Tramos de Fonasa para el año 2021. [en línea]. <
<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/tramos>>. [consulta: 21 de noviembre de 2021]

atención de libre elección pues carecen de cobertura para ello; mientras que quienes pertenecen al tramo FONASA “D” pueden, por un lado, acceder a un 80% de bonificación en la modalidad de atención institucional, debiendo hacerse cargo del copago del 20% restante del valor de las prestaciones médicas pudiendo, por otro lado, optar por atenderse en establecimientos de salud privados que cuenten con convenio con FONASA, conforme a la modalidad de libre elección del prestador de salud.¹⁰³

Las prestaciones médicas a que tienen derecho los afiliados y beneficiarios del FONASA son las señaladas en el artículo 138 del DFL N°1-2005, vale decir, examen de medicina preventiva, asistencia médica curativa y atención odontológica.

Respecto de la asistencia médica curativa, la norma aludida señala que “incluye consulta, exámenes y procedimientos diagnósticos y quirúrgicos, hospitalización, atención obstétrica, tratamiento, incluidos los medicamentos contenidos en el Formulario Nacional, y demás atenciones y acciones de salud que se establezcan.”

2.2.1.3. Sistema Privado de Salud

El sistema de salud privado se encuentra regulado en el Libro III del DFL N°1-2005.

En este Sistema, de acuerdo con el artículo 171 del DFL N°1-2005, las Instituciones de Salud Previsional (en adelante, ISAPRES) se encargan de financiar las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud (7% de las remuneraciones brutas) o una superior convenida, a las personas indicadas en el artículo 135 del mismo cuerpo legal.

¹⁰³ FONASA. Tramos de Fonasa para el año 2021. [en línea]. <
<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/tramos>> [consulta: 21 de noviembre de 2021]

Pero para poder acceder a dicha cobertura previsional, de acuerdo con el inciso 1° del artículo 189 del DFL N°1-2005, los afiliados deberán suscribir un contrato de salud de plazo indefinido con la ISAPRE de su preferencia, en el cual las partes convendrán libremente las prestaciones y beneficios incluidos y la forma, modalidad y condiciones para su otorgamiento.

Sin embargo, el inciso 2° del artículo 189 del DFL N°1-2005 limita la autonomía de la voluntad de las partes, pues establece el contenido mínimo que debe cumplir todo contrato de salud suscrito entre un afiliado y una ISAPRE.

Entre las menciones mínimas se encuentran las Garantías Explícitas en Salud, el plan complementario, los mecanismos para el otorgamiento de las prestaciones, el precio del plan y unidad en que se pactará y el arancel de las prestaciones que se contemplan en el referido plan, los montos máximos de cobertura de cada beneficio, las restricciones a la cobertura y la estipulación precisa de las exclusiones de cobertura, entre otras.

A propósito de los planes complementarios de salud, es preciso mencionar que pueden adoptar una de tres modalidades: plan de libre elección, plan cerrado y plan con prestadores preferentes.¹⁰⁴

¹⁰⁴ DFL N° 1-2005, letra b) del inciso 2° del artículo 189:

“b) El Plan de Salud Complementario, que podrá contener una o más de las siguientes modalidades para el otorgamiento de las prestaciones o beneficios:

A.- Plan libre elección: aquel en que la elección del prestador de salud es resuelta discrecionalmente por el afiliado o beneficiario, sin intervención de la Institución de Salud Previsional.

Para efectos del otorgamiento de las prestaciones de salud en la modalidad de libre elección cuya cobertura financiera se efectúe por la vía del reembolso, la Institución de Salud Previsional deberá pagarlas de acuerdo al plan, sin supeditarla a que los prestadores mantengan convenios con la Institución o estén adscritos a ella.

B.- Plan cerrado: aquel cuya estructura sólo contempla el financiamiento de todas las atenciones de salud a través de determinados prestadores individualizados en el plan, no previéndose el acceso a las prestaciones bajo la modalidad de libre elección. (...)”

Con todo, la Superintendencia podrá determinar, mediante instrucciones generales, los casos excepcionales en que el afiliado o beneficiario podrá ser atendido por un prestador distinto al

Cualquiera sea la modalidad pactada, los planes de salud complementarios deben contemplar a lo menos las prestaciones y cobertura financiera que se fije como mínimo para la modalidad de libre elección que debe otorgar el FONASA¹⁰⁵; en otras palabras, esto significa que la cobertura previsional de las ISAPRES no puede ser inferior a la del FONASA.

En cuanto a las exclusiones de cobertura, el inciso 2° del artículo 190 del DFL N°1-2005 señala que no se podrán excluir prestaciones médicas en el contrato de salud que suscriba el afiliado con la ISAPRE, salvo las excepciones que en dicha norma se contemplan¹⁰⁶, como por ejemplo las cirugías plásticas con fines de embellecimiento y las prestaciones y medicamentos ambulatorios que no se encuentren contemplados en el arancel de la respectiva ISAPRE.

individualizado en el plan, eventualidad en la cual tendrá derecho, como mínimo, a la cobertura financiera que debe otorgar el Fondo Nacional de Salud en la modalidad de libre elección.

C.- Plan con prestadores preferentes: aquel cuya estructura combina la atención bajo la modalidad de libre elección y el financiamiento de beneficios a través de determinados prestadores previamente individualizados en el plan.

¹⁰⁵ Artículo 189 letra a) inciso 2°: “Asimismo, se deberá pactar un plan complementario a las Garantías Explícitas señaladas precedentemente, el que incluirá los beneficios del artículo 149 de esta Ley, y los referidos en el artículo 194 de esta ley, en tanto no sean parte de dichas Garantías Explícitas, incluyendo copagos máximos, porcentajes de cobertura y valores sobre los cuales se aplicarán, según corresponda. Este plan deberá contemplar, a lo menos, las prestaciones y la cobertura financiera que se fije como mínimo para la modalidad de libre elección que debe otorgar el Fondo Nacional de Salud, de acuerdo a lo dispuesto en el Régimen General de Garantías en Salud.”

¹⁰⁶ Artículo 190 inciso 2°, números 1 y 8: “Asimismo, no podrá convenirse exclusión de prestaciones, salvo las siguientes:

1.- Cirugía plástica con fines de embellecimiento u otras prestaciones con el mismo fin.

Para los efectos de lo dispuesto en este numeral no se considerará que tienen fines de embellecimiento la cirugía plástica destinada a corregir malformaciones o deformaciones sufridas por la criatura durante el embarazo o el nacimiento, ni la destinada a reparar deformaciones sufridas en un accidente, ni la que tenga una finalidad estrictamente curativa o reparadora;

(...)

8.- Todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el arancel a que se refiere la letra e) del artículo 189. Sin consentimiento de la Institución de Salud Previsional no procederá la homologación de prestaciones, salvo que la Superintendencia lo ordene en casos excepcionales y siempre que se trate de prestaciones en que exista evidencia científica de su efectividad. En tales casos, el costo de la prestación para la Institución no podrá ser superior al que habría correspondido por la prestación a la cual se homologa.”

2.3. Reglamentos y Circulares

2.3.1. Circular IF N° 336 que imparte instrucciones sobre no discriminación por identidad de género en la afiliación

Esta Circular imparte instrucciones generales a las ISAPRES, declarando la prohibición de que éstas exijan información sobre la identidad de género de las personas que quieren afiliarse a ellas mediante la suscripción de un contrato de salud.

Por otro lado, el documento también modifica otras dos Circulares anteriores (IF/N°80 del 13 de agosto de 2008 y Circular IF/N°131 del 30 de julio de 2010) relativas a normas administrativas sobre Contratos de Salud en materia de instrumentos contractuales y de procedimientos, respectivamente, indicando que “Atendido a que la identidad de género no es una enfermedad, una patología ni una condición de salud, no debe declararse en el formulario de Declaración de Salud, ni tampoco la Isapre puede exigirla. Por lo tanto, la Isapre se encuentra impedida de rechazar la afiliación, restringir la cobertura o dar término al contrato de salud basándose en dicho antecedente. Conforme a ello, las personas transgénero no deben declarar su identidad de género, como tampoco las expresiones: disforia de género, incongruencia de género, transexualidad o cualquiera otra similar que aluda a dicha identidad.”¹⁰⁷

Esta instrucción general viene a sanear un grave problema que, hasta la fecha de su dictación, las personas transgénero vivían al intentar afiliarse a una ISAPRE,

¹⁰⁷ CHILE. Superintendencia de Salud. 2019. Circular IF N° 336: Imparte instrucciones acerca de la no discriminación por identidad de género en la afiliación. 4 de octubre de 2019. P. 3.

como era el no poder acceder a cobertura previsional en igualdad de condiciones que una persona cisgénero, configurándose así una verdadera discriminación arbitraria, pues las ISAPRES consideraban la disforia de género como una enfermedad preexistente, en circunstancias en que dejó de ser considerada como tal el año 2018.

2.3.2. Circular N° 34 que instruye sobre la atención de personas trans y fortalecimiento de la estrategia de hospital amigo a personas de la diversidad sexual en establecimientos de la red asistencial

Esta Circular fue dictada el 13 de septiembre de 2011 por las Subsecretarías de Salud Pública y de Redes Asistenciales.

En ella se define la transexualidad y se la clasifica como un trastorno de la identidad sexual, marcando así un fuerte contenido patologizante.

Sin embargo, debemos considerar que, para ese entonces, la OMS aún no comenzaba con el proceso de despatologización trans y por tanto la disforia de género era tratada en la clasificación internacional de enfermedades -CIE-10- como un trastorno psicológico.

Es pertinente señalar que la Circular N° 34 establece medidas relativas al trato de las personas transgénero en los establecimientos de la red asistencial, prescribiendo que los funcionarios de dichos establecimientos deben considerar el uso del nombre social con el cual la persona trans se identifica, independiente de cuál sea su nombre legal.

Por otro lado, agrega que se debe usar el nombre social de la persona trans en el trato, atención y en los registros de identificación social.¹⁰⁸

Respecto de los registros que se deban efectuar en la ficha clínica de un paciente trans, dispone el deber de contemplar, en primer lugar, el nombre legal y, en segundo lugar, el nombre social; lo cual aplica también para la solicitud de exámenes, procedimientos, prescripción de medicamentos y brazaletes de identificación.

La Circular hace énfasis en la necesidad de que la identificación verbal del paciente trans sea a través de su nombre social.¹⁰⁹

Finalmente, a propósito de la hospitalización del paciente trans, dispone expresamente que “el equipo de salud debe considerar la hospitalización en sector hombres, mujeres o camas de aislamiento según el aspecto externo de la persona sujeta de ser hospitalizada y de la propia disponibilidad del establecimiento.”¹¹⁰

2.3.3. Circular N° 21 que reitera instrucción sobre atención de personas trans en la red asistencial

Esta circular, reiterando lo instruido por la Circular N° 34, enfatiza la necesidad de homogeneizar la forma de comunicación y trato para con los pacientes trans en los establecimientos de salud que forman parte de la red asistencial.

En el cumplimiento de su propósito la presente refiere, a su vez, al deber de los funcionarios de informar a pacientes trans e intersex de la existencia de esta circular

¹⁰⁸ CHILE. Ministerio de Salud. 2011. Circular N° 34: Instruye sobre la atención de personas trans y fortalecimiento de la estrategia de Hospital Amigo a personas de la diversidad sexual en establecimientos de la red asistencial. 13 de septiembre de 2011. P. 2.

¹⁰⁹ *Ibid.* P. 3.

¹¹⁰ *Ibidem.*

a fin de que puedan exigir ser identificados según su nombre social y género con el que se identifican, instruyendo a los funcionarios de la salud preguntar previamente a sus pacientes cómo prefieren ser inscritos y tratados, situación que, cabe mencionar, no fue tratada ni instruida en la Circular N° 34 previamente analizada.¹¹¹

Por otro lado, el documento señala que en los registros que lleve el establecimiento de salud y que digan relación con la atención de un paciente trans, debe consignarse, en primer lugar, el nombre legal de la persona y, en segundo lugar, el nombre social con el cual se identifica. Agrega que “es imprescindible que la identificación verbal durante el trato y la atención debe ser a través del nombre social.”¹¹²

Con el objeto de brindar una mejor atención que considere todos los antecedentes médicos relevantes de los pacientes trans que acudan a los servicios de salud de la red asistencial, la Circular establece deberes para los funcionarios de considerar como relevante, dentro de la anamnesis, los antecedentes de tratamientos hormonales administrados, antecedentes quirúrgicos y/o de uso de implantes, así como la circunstancia de si está cursando alguna etapa descrita en la vía clínica, como por ejemplo la experiencia de vida real.¹¹³

2.3.4. Vía clínica para la adecuación corporal en personas con incongruencia entre sexo físico e identidad de género

¹¹¹ CHILE. Ministerio de Salud. 2012. Circular N° 21: Reitera instrucción sobre la atención de personas trans en la red asistencial. 14 de junio de 2012. P. 2.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ CHILE. Ministerio de Salud. *Op. Cit.* (N°111). P. 2.

Este documento creado en junio de 2010, y dictado conjuntamente por las Subsecretarías de Salud Pública y de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, se dirige a todos los directores de Servicios de Salud del país con objeto de instruir un protocolo de atención de las diversas necesidades médicas de los pacientes trans que desean modificar su cuerpo para que éste coincida con la identidad de género de la persona.

La Vía Clínica contiene especificaciones técnicas para la readecuación de género de pacientes trans, facilitando el acceso a la atención en salud para personas transgénero al otorgar directrices relacionadas exclusivamente con prestaciones médicas que forman parte del proceso de transición sexual, que para ciertos pacientes trans es imprescindible.

Entre las numerosas directrices que contempla el documento, se encuentran las relativas al procedimiento de atención en salud mental, procedimiento de adecuación corporal hormonal y procedimiento de adecuación corporal quirúrgica. De esta forma, se establece un protocolo que orienta a los diversos profesionales del área de la salud para cumplir acabadamente su función en la mantención, mejora y recuperación de la salud de una persona trans.

Respecto del conjunto de intervenciones a que se someten las personas trans para adecuar su cuerpo a su identidad de género, la Vía Clínica señala las prestaciones médicas que se individualizan en la siguiente tabla¹¹⁴:

¹¹⁴ CHILE. Ministerio de Salud. *Op. Cit.* (N°36). P. 3.

Intervenciones de Salud Mental:

1. Evaluación inicial
2. Psicoterapia (puede incluir Experiencia de Vida Real)
3. Consejería y seguimiento (puede incluir Experiencia de Vida Real)
4. Confirmación de criterios de elegibilidad y disposición

Adecuación Corporal Hormonal:

- Prescripción y control de terapia de feminización / masculinización

Adecuación Corporal Quirúrgica:

- Remodelación pectoral
- Histerectomía y oforectomía (adecuación de Femenino a Masculino)
- Orquidectomía
- Reasignación sexual
- Feminización facial
- Otras intervenciones

Respecto de la atención en salud mental, se señala que el objetivo de la evaluación inicial es, entre otras cosas, establecer la presencia de incongruencia de identidad de género y sexo físico, descartando, a su vez, trastornos psiquiátricos relacionados que puedan verse agravados con una readecuación corporal, o morbilidades psiquiátricas que pudieran aumentar el estrés que conlleva la

incongruencia de género o que pudieran afectar el consentimiento informado respecto de las diversas alternativas de manejo de un proceso de transición de género.¹¹⁵

Como se puede apreciar, la Vía Clínica tiene un contenido muy útil pero a la vez muy patologizante, toda vez que suele referirse a la identidad de género trans como un trastorno, lo cual se explica por las circunstancias sociales y culturales latentes a la fecha de emisión del documento (2010), año en que aún no se materializaba la despatologización trans (ocurrido sólo el año 2018, tal y como se expuso en el primer apartado del primer capítulo de la presente memoria). Así, pareciera pertinente realizar una actualización y/o modificación de los términos que se emplean en la Vía Clínica, para así evitar la patologización de las identidades trans en el sistema de salud.

En cuanto a la psicoterapia, se señala que no todos los pacientes trans la requerirán de forma previa al inicio del tratamiento hormonal o quirúrgico, pero aclara que ello puede ser muy útil para determinar los criterios de elegibilidad¹¹⁶ para efectos de determinar la pertinencia de iniciar intervenciones hormonales o quirúrgicas que materialicen el tránsito de género del paciente.

A propósito de las intervenciones en salud mental, la WPATH recomienda que se realice una Experiencia de Vida Real (EVR), que consiste en la “adopción por completo del rol de género al cual se adecúa la persona”¹¹⁷. Ello implica que el/la

¹¹⁵ CHILE. Ministerio de Salud. *Op. Cit.* (N°36). P. 4 y 5. (Paráfrasis)

¹¹⁶ Criterios de elegibilidad: Edad mayor o igual a 18 años; conocimiento demostrado de lo que pueden y no pueden hacer las hormonas en su beneficio social, y sus riesgos; además: EVR documentada por al menos 3 meses previo al inicio del manejo hormonal o un periodo de psicoterapia especificado por el profesional de salud mental posterior a la evaluación inicial (usualmente no menor a 3 meses). En: CHILE. Ministerio de Salud. *Op. Cit.* (N°36). P. 7.

¹¹⁷ *Ibid.* P. 18.

paciente trans debe realizar todas sus actividades cotidianas, por ejemplo, ir al trabajo o al lugar de estudio, a reuniones sociales, etc., adoptando el rol de género con el cual se identifica.¹¹⁸

Respecto de los criterios de elegibilidad, el documento señala que “El profesional de salud mental debe cerciorarse del cumplimiento de estos criterios previa su derivación al endocrinólogo, cirujano o urólogo, evaluando la capacidad de tomar consentimiento informado de los beneficios y posibles riesgos relacionados a las intervenciones”.¹¹⁹

En cuanto a la adecuación corporal hormonal, la Vía Clínica señala que los objetivos de aquella son reducir los niveles hormonales endógenos y con ello las características sexuales secundarias de los individuos, y reemplazar los niveles hormonales endógenos por aquellos correspondientes al sexo reasignado.

Por otro lado, en lo relativo a la adecuación corporal quirúrgica, además de señalar detalladamente los procedimientos médicos que conforman esta etapa y los criterios de elegibilidad y de disposición que se deben cumplir para poder incursionar en las cirugías de reasignación de sexo, la Vía Clínica indica que “La reasignación sexual quirúrgica, es efectiva en disminuir el estrés asociado a la incongruencia entre identidad de género y sexo físico, con beneficios tanto en aspectos psicológicos como sociales. Las cirugías de reasignación sexual no son consideradas operaciones con

¹¹⁸ CHILE. Ministerio de Salud. *Op. Cit.* (N°36). P. 5.

¹¹⁹ *Ibid.* P. 6.

fines cosméticos, sino una intervención que favorece la adopción satisfactoria del rol de género con el cual la persona se identifica”.¹²⁰

Es pertinente señalar que la propia Vía Clínica anticipa las eventuales dificultades que tendrá su aplicación en los establecimientos de salud. Entre los nodos críticos¹²¹ que identifica, se encuentra la limitación de su aplicación a personas mayores de 18 años de edad, la carencia de códigos FONASA para la genitoplastía, la disponibilidad restringida de testosterona en farmacias del nivel secundario de atención, la existencia de un único centro -para ese entonces- que realice cirugías de reasignación de sexo, la necesidad de establecer procedimientos de adiestramiento para equipos de salud mental y endocrinólogos, entre otros.

De este modo, sería conveniente que las Subsecretarías de Salud Pública y de Redes Asistenciales efectuaran con premura una actualización de la Vía Clínica analizada en el presente apartado, la cual desde su dictación hace más de una década ha permanecido intacta, pese a que en ella misma se señalan las carencias que son necesarias regular en futuras actualizaciones que se efectúen, como, por ejemplo, incluir un protocolo de adecuación corporal de pacientes trans menores de edad.

¹²⁰ CHILE. Ministerio de Salud. Op. Cit. (N°36). P. 10.

¹²¹ *Ibid.* P. 17.

CAPÍTULO III: USO DEL NOMBRE DE PERSONAS TRANS

1. Normativa sobre cambio de nombre y respeto al nombre de la persona trans

1.1. Ley N° 17.344 que autoriza cambio de nombres y apellidos

El artículo 1° de la ley N° 17.344 señala que toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento, sin embargo, contempla también la posibilidad de cambiarlos, por una sola vez, cuando concurre alguna de las situaciones descritas en la misma norma.¹²²

Hasta el 27 de diciembre de 2019, fecha de entrada en vigencia de la ley N° 21.120, las personas trans que deseaban modificar su nombre de manera de hacerlo coincidir con su verdadera identidad de género, fundaban sus solicitudes de rectificación de partida de nacimiento en las causales contempladas en las letras a) y b) del artículo 1°, inciso 2°, de la ley N° 17.344, es decir, argüían que el nombre inscrito menoscababa su moral o que habían sido conocidas, por un periodo superior a 5 años, por un nombre distinto al inscrito en la respectiva partida de nacimiento.

¹²² Ley N° 17.344, artículo 1°: 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.
- c) En los casos de filiación no matrimonial o en que no se encuentre determinada la filiación, para agregar un apellido cuando la persona hubiera sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieren impuesto al nacido, cuando fueren iguales.
- d) Cuando el solicitante desee invertir el orden de los apellidos fijado en su inscripción de nacimiento.
- e) Cuando el solicitante desee usar uno u otro apellido de un ascendiente en línea recta hasta el segundo grado. (...)"

Sin embargo, el hecho de que no estuviera regulada por nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de solicitar la rectificación del sexo registral (pues la ley en comento posibilita únicamente el cambio de nombres y/o apellidos) sumado a la prohibición del artículo 31 inciso 2° de la ley N° 4.808 de que “No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje”, ocasionaba como consecuencia la dictación de sentencias disímiles por parte de los Juzgados Civiles y Cortes de Apelaciones que conocían en primera y segunda instancia, respectivamente, de las solicitudes de rectificación de partida de nacimiento efectuadas por personas trans.

En algunos casos, nuestros tribunales han rechazado absolutamente este tipo de solicitudes,¹²³ ya sea por estimar que no se encontraba suficientemente acreditada la identidad transgénero del solicitante o argumentando que no estaba expresamente permitido realizar una rectificación del sexo registral, no pudiendo por tanto modificar solamente el nombre de la persona pues, de lo contrario, se incurriría en la prohibición del artículo 31 de la ley N° 4.808 (el nombre sería equívoco respecto del sexo); en otros casos, los tribunales acogían las solicitudes pero únicamente respecto del nombre mas no del sexo, bajo argumentos similares a los anteriores;¹²⁴ por último, existen fallos que han acogido la rectificación tanto del nombre como del sexo registral, aunque siempre ponderando pruebas objetivas que acrediten la identidad transgénero de la persona, como por ejemplo, en los casos más extremos, probando que la persona

¹²³ V. gr. Sentencias Rol N° V-216-2015 del 13° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol N° V-145-2010 del 26° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Rol N° V-152-2010 del 2° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago y sentencia Rol N° 2541-2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

¹²⁴ V. gr. Sentencia Rol N° 11.967-2016 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

se ha sometido a cirugías de reasignación sexual¹²⁵, mientras que en otros casos ha bastado con la exhibición de informes psicológicos o certificados médicos que diagnostiquen disforia de género.¹²⁶

Sin embargo, en mayo de 2018, la Corte Suprema¹²⁷ se pronunció, por primera vez, acerca de la posibilidad de rectificar el nombre y sexo registral de una persona transgénero sin necesidad de que esta acredite haberse sometido a cirugías genitales de reasignación sexual.

Esto significó, por un lado, que la Corte diera estricto cumplimiento a la obligación contraída por el Estado chileno de no discriminar arbitrariamente por razones de identidad de género al ratificar, entre otros instrumentos internacionales en

¹²⁵ V. gr. Sentencia Rol N° 19-2010 de la Corte de Apelaciones de Talca.

¹²⁶ V. gr. Sentencias Roles N° 3222-2012; 2848-2014, 12197-2015, 12571-2015 y 13.001-2015, todas de la Corte de Apelaciones de Santiago.

¹²⁷ En fallo de fecha 29 de mayo de 2018 en causa Rol N° 70.584-2016 sobre un recurso de casación en el fondo interpuesto por una mujer trans en contra de la sentencia de segunda instancia que confirma la sentencia de primera instancia que le niega a la actora la posibilidad de rectificar su nombre y sexo registral, lo cual atribuye a una infracción de derecho de diversos cuerpos legales, en particular del art. 1°, letras a) y b), de la ley N° 17.344 y del art. 31 de la ley N° 4.808, del art. 19 del Código Civil, y de los arts. 5, 11 y 24 de la Convención Americana de DD.HH., pues pese a que se acreditó en el proceso (mediante información sumaria de testigos y certificados médicos que diagnostican disforia de género) la concurrencia de ambas causales del art. 1° de la ley N° 17.344, no se accedió al cambio de nombre y sexo por no estar regulada en nuestra legislación -para ese entonces- la posibilidad de modificar el sexo registral y porque no se había informado si la actora se encuentra inscrita para una operación quirúrgica de cambio de sexo, en circunstancias en que lo primero no está prohibido por la ley y que lo segundo es una exigencia adicional de los jueces de instancia que no está contemplada en la referida norma. Además, la actora estima que tampoco se aplicó correctamente el art. 19 del Código Civil por cuanto el tenor de la ley es claro y sin embargo se aplicó en un sentido diverso al que correspondía, toda vez que de mediar una correcta aplicación de las normas del art. 1° letras a) y b) de la ley N° 17.344 y 31 de la ley N° 4.808, el tribunal debería haber accedido al cambio de nombre por cumplirse los presupuestos señalados en la norma y con ello, se debería haber modificado el sexo registral, para que aquél nombre concordara con el verdadero sexo de la persona (que se auto percibe como de género femenino) de manera de no incurrirse en la prohibición del art. 31 de la ley N° 4.808. Finalmente, señala como vulnerados los arts. 5, 11 y 24 de la Convención Americana de DD.HH., al no respetarse su integridad psíquica y moral, su honra y dignidad, y la igualdad ante la ley, respectivamente. Este último derecho habría sido conculcado cuando los tribunales de instancia denegaron la solicitud por establecer a la actora exigencias adicionales a las contempladas en la ley, únicamente por su condición de transgénero, configurándose así una discriminación arbitraria.

la materia, la Convención Americana de Derechos Humanos.¹²⁸ Y por otro lado, que se estableciera un criterio jurídico que los tribunales inferiores de justicia seguramente tendrán en consideración al momento de pronunciarse sobre solicitudes de rectificación de partidas de nacimiento de personas trans.

Entre los principales argumentos esgrimidos por la Corte Suprema en su fallo, encontramos que:

“El derecho a la identidad de género importa que toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a éste, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro. Así, 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.”¹²⁹

Agrega también que:

¹²⁸ La Corte hace suyos los razonamientos de la CIDH contenidos en la opinión consultiva OC-24 de noviembre de 2017, señalando que “El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto-percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.” (párr. 116); y que “no [se] podrá[n] requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales” (párr. 146).

¹²⁹ EXCMA. CORTE SUPREMA. Rol N° 70.584-2016 de la Cuarta Sala de la Corte Suprema. Sentencia de 29 de mayo de 2018. Considerando 10°.

“(…) supeditar la sentencia de reasignación sexual, a la previa realización de una intervención quirúrgica, implicaría una seria incongruencia. En efecto, sería quedarnos en una visión reduccionista que equipara el sexo en términos jurídicos, con solo una de sus exteriorizaciones, en este caso, la presencia de órganos genitales externos masculinos, obviando los mandatos constitucionales y valoraciones legales más importantes en desmedro de la identidad personal del involucrado.”¹³⁰

Así, se puede apreciar en el fallo en comento que la Corte Suprema estima que el nombre es parte de la identidad de una persona, la cual a su vez está intrínsecamente relacionada con su dignidad, que no es sino:

“(…) el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en si mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás.”¹³¹

Finalmente, es preciso señalar que la problemática de la dictación de sentencias que negaban injustificadamente el cambio de nombre y sexo registral de personas

¹³⁰ *Ibid.*, Considerando 12°.

¹³¹ NOGUEIRA, H. 2007. El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. [En línea]. Revista *Ius et Praxis*. 2007. 13 (2): 245-285. <[78](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200011#:~:text=La%20dignidad%20es%20as%20as%20un,de%20ella%20por%20los%20dem%C3%A1s.> https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200011#:~:text=La%20dignidad%20es%20as%20as%20un,de%20ella%20por%20los%20dem%C3%A1s.> [Consulta: 15 de marzo de 2022].</p></div><div data-bbox=)

trans, fue subsanada definitivamente en nuestra legislación con la entrada en vigencia de la ley N° 21.120 en diciembre de 2019, la cual contempla dos tipos de procedimientos (uno administrativo y otro judicial) para efectuar solicitudes de cambio de nombre y sexo por motivos de identidad de género, pero únicamente respecto de personas mayores de 14 años, sin hacerse cargo en lo absoluto del derecho al nombre y a la identidad de género de la infancia trans, quienes en consecuencia deberán realizar las rectificaciones correspondientes conforme al procedimiento señalado en la ley N° 17.344.

1.2. Ley N° 21.120 de Identidad de Género

Como se mencionó previamente, esta ley reconoce el derecho de las personas trans -mayores de 14 años- de rectificar su partida de nacimiento de manera de hacer coincidir su nombre y sexo registral con su respectiva identidad de género.¹³²

Dicha rectificación se materializa a través de un procedimiento voluntario, el que podrá ser judicial o administrativo, dependiendo de la edad y el estado civil de la persona que lo solicita.

¹³² Ley N° 21.120, artículo 1°: “DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y LA RECTIFICACIÓN DE SEXO Y NOMBRE REGISTRAL. El derecho a la identidad de género consiste en la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos.

Para efectos de esta ley, se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento.

Lo dispuesto en los incisos anteriores podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos.

En ningún caso el órgano administrativo o judicial, según se trate, podrá exigir modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, para dar curso, rechazar o acoger las rectificaciones referidas en el inciso precedente.”

Así, los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años y las personas que se encuentran unidas por un vínculo matrimonial vigente, necesariamente deben recurrir a la vía judicial para solicitar el cambio; mientras que las demás personas (mayores de edad sin vínculo matrimonial vigente) pueden optar al cambio de nombre y sexo registral por la vía administrativa mediante una solicitud realizada directamente ante el Servicio de Registro Civil e Identificación.¹³³

Por otro lado, es menester señalar que el artículo 3° de la ley en comento es especialmente relevante pues confiere una garantía específica para las personas trans que han rectificado su nombre y sexo registral de conformidad a esta ley: el derecho a ser reconocidas e identificadas conforme a su identidad de género en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, agregando además que la identificación de la persona en los registros oficiales deberá coincidir con dicha identidad.¹³⁴

¹³³ Ley N° 21.120, artículo 2°: “OBJETO DE LA LEY. El objeto de esta ley es regular los procedimientos para acceder a la rectificación de la partida de nacimiento de una persona en lo relativo a su sexo y nombre, ante el órgano administrativo o judicial respectivo, cuando dicha partida no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género.”

¹³⁴ Ley N° 21.120, artículo 3°: GARANTÍA ESPECÍFICA DERIVADA DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO. Toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación que regula esta ley, en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en esta ley. Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en los registros oficiales deberán ser coincidentes con dicha identidad.

1.3. Circular N° 34 que instruye sobre la atención de personas trans y fortalecimiento de la estrategia hospital amigo a personas de la diversidad sexual en establecimientos de la red asistencial

Esta Circular instruye a los funcionarios de los establecimientos de salud de la red asistencial un protocolo para regular y uniformar el trato que deben brindar a los usuarios trans durante su atención médica en sus respectivas dependencias.

Para ello, la Circular prescribe que los funcionarios deben considerar el uso del nombre social con el cual los pacientes trans se identifican, independiente de cuál sea su nombre legal, debiendo consignar ambos nombres en los registros de identificación y fichas clínicas de los pacientes.

Además, instruye que la identificación verbal del paciente trans durante su atención en salud debe ser a través del uso de su nombre social.

1.4. Circular N° 21 que reitera instrucción sobre la atención de personas trans en la red asistencial¹³⁵

La Circular N° 21, por un lado, reitera lo instruido por la Circular N° 34, enfatizando en la necesidad de homogeneizar la forma de comunicación y trato de los funcionarios de los establecimientos de salud de la red asistencial para con los usuarios trans; y por otro lado, complementa a su antecesora instruyendo deberes de información para que los funcionarios comuniquen a los pacientes trans e intersex la posibilidad de ser identificados por el nombre social y el género con el que se identifican, en caso de que estos últimos no lo hayan solicitado voluntariamente.

¹³⁵ Este subcapítulo fue tratado con mayor extensión en el Capítulo II (Marco normativo) de la presente memoria.

Además, ordena que se consigne en los registros que lleven los respectivos establecimientos de salud, tanto el nombre legal como social de los pacientes trans; y enfatiza en que “es imprescindible que la identificación verbal durante el trato y la atención debe ser a través del nombre social.”¹³⁶

Respecto de las Circulares N° 34 y N° 21 consideramos necesario señalar que su aplicación es obligatoria únicamente en establecimientos pertenecientes a la red asistencial de salud, pero no en establecimientos privados, salvo que voluntariamente a través de la celebración de un convenio en los términos del artículo 3° del DFL N°1-2005 del MINSAL, se hayan adscrito a dicha red.¹³⁷

Lo anterior debido a que las Circulares son normas jurídicas que constituyen una manifestación del principio de jerarquía que impera dentro de la organización administrativa interna de un determinado Servicio Público o Institución que integre la Administración del Estado.¹³⁸

Dicho principio consiste en que “el jefe de servicio o de la unidad respectiva cuenta con un conjunto de poderes inherentes a dicha calidad, para garantizar la buena marcha y funcionamiento del servicio en razón de los fines y funciones que se deben cumplir”.¹³⁹

¹³⁶ CHILE. Ministerio de Salud. *Op. Cit.* (N° 111). P. 2.

¹³⁷ DFL N° 1-2005, artículo 3°.

¹³⁸ En este sentido, el artículo 28 inciso 1° de la ley de Bases Generales de la Administración del Estado señala que “Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 22, inciso tercero, y 30.”

¹³⁹ CORDERO, E. 2019. Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional. *Revista Ius et Praxis*. Año 25. (1): 285 – 334. P. 295

El profesor Eduardo Cordero señala que dentro de las potestades del jefe de Servicio se encuentra el **poder de mando** “que reconoce como correlato el deber de obediencia de los funcionarios y que, en términos generales, se traduce en la obligación de los funcionarios subordinados de someterse a las órdenes del superior jerárquico. A su vez, dichas órdenes se pueden impartir tanto de forma individual (habitualmente llamadas instrucciones) como de manera general a un conjunto indeterminados de funcionarios (circulares).”¹⁴⁰

Es pertinente señalar a propósito de las Circulares, que se clasifican según su contenido más o menos prescriptivo, en Circulares informativas, Circulares directivas y Circulares propiamente tales, siendo estas últimas “aquellas que tienen un claro contenido prescriptivo, con enunciados normativos que relacionan un supuesto de hecho a una determinada consecuencia jurídica” y pueden tener efectos singulares que se traducen en órdenes e instrucciones o pueden, por otro lado, establecer preceptos de carácter permanente (Circulares normativas).¹⁴¹

Por tanto, es dable concluir que las Circulares N° 21 y N° 34 no son una mera comunicación de información relevante para un ejercicio eficaz de las funciones de los establecimientos de salud de la red asistencial, sino que constituyen **órdenes** que deben ser respetadas por sus funcionarios, pues se encuentran subordinados a la autoridad sanitaria (El Ministerio de Salud a través de sus Subsecretarías); y, es más, a partir del tenor literal de aquél documento, se concluye inequívocamente que su

¹⁴⁰ *Ibid.* P. 296

¹⁴¹ *Ídem.*

contenido es imperativo, pues señala que “A contar de la fecha de recepción de esta circular, entrará en vigencia la implementación de las medidas descritas.”¹⁴²

1.5. Protocolos de atención de personas trans en algunos Servicios de Salud locales

En Chile no existe un programa o plan nacional de salud pública que regule, en igualdad de condiciones, el acceso a prestaciones médicas específicas para todas las personas trans del país.

Debido a esta carencia, algunos Servicios de Salud locales han formulado sus propios programas que contemplan protocolos de atención y de trato para con los/las usuario/as trans, los cuales se implementan dentro de los establecimientos de salud que conforman su respectiva red asistencial.

Entre aquellos programas, se encuentran el Protocolo de referencia y contrarreferencia de pacientes con disforia de género del Hospital Regional de Antofagasta, el Protocolo de atención y derivación de usuarios/as trans del Servicio de Salud de Talcahuano y el Protocolo de acogida y derivación para personas trans en establecimientos de la red asistencial del Servicio de Salud de Reloncaví.

Dentro de sus objetivos está el “Fortalecer el cumplimiento de las Circulares N° 21 y N° 34 que indican la identificación del nombre social y género, registro de la persona considerando el nombre legal y social (...)”¹⁴³ y promover “el reconocimiento y respeto de la identidad de género de las personas Trans usuarias de la red

¹⁴² CHILE. Ministerio de Salud. Op. Cit. (N° 108) P. 4.

¹⁴³ CHILE. 2017. Servicio de Salud de Antofagasta. Protocolo de referencia y contrarreferencia de pacientes con disforia de género del Hospital Regional de Antofagasta. 2017. P. 3.

asistencial, a través del registro y uso del “nombre social” en cada atención de salud (...).¹⁴⁴

2. Sentencias sobre uso del nombre en el área de salud

No obstante la existencia de la ley N° 21.120 que protege el derecho de las personas trans a ser reconocidas e identificadas conforme a su identidad de género en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, y de la Circular N° 34 que ordena expresamente a los funcionarios de los establecimientos de salud de la red asistencial a tratar por su nombre social a las personas trans que concurran a sus dependencias buscando atención médica, se han identificado situaciones en que funcionarios de determinados prestadores de salud presentan conductas que infringen aquellas normas jurídicas al obviar el derecho de los pacientes trans a ser llamados y tratados por su nombre social o legal rectificado, configurando situaciones de discriminación arbitraria por identidad de género y vulnerando algunos de los derechos esenciales de las personas trans -y de toda persona- como la dignidad humana, la igualdad ante la ley, la libertad de autodeterminarse y la integridad psíquica de la persona.

Al enfrentarse a este tipo de conductas discriminatoras, los individuos trans pueden ocurrir ante la Corte de Apelaciones competente para interponer un recurso de protección, con miras a poner término a las acciones que, de manera arbitraria o ilegal, privan, amenazan o perturban sus derechos fundamentales.

¹⁴⁴ CHILE. 2015. Servicio de Salud de Reloncaví. Protocolo de acogida y derivación para personas trans en establecimientos de la red asistencial del Servicio de Salud de Reloncaví. 2015. P. 3.

A continuación, se procede a analizar dos fallos en la materia pronunciados por la Corte de Apelaciones de Santiago.

2.1. Fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 61.389-2018

La causa consiste en una acción de protección por vulneración de garantías fundamentales deducida por una mujer transgénero en contra del Centro de Salud VIDA INTEGRAL, por el acto arbitrario e ilegal de impedirle usar su nombre social por no coincidir con el nombre legal que aparece registrado en su previsión de salud, procediendo con posterioridad a consignar únicamente este último en la ficha clínica de la actora.

Previo al hecho que motivó la acción de protección en comento, la actora solicitó a la recurrida modificar el nombre inscrito en su ficha clínica (su nombre legal) por el nombre con el que se siente identificada (su nombre social), petición que en principio fue aceptada por la recurrida.

Sin embargo, en agosto de 2018, la actora acudió al recinto médico para realizarse exámenes de laboratorio y al ser atendida por funcionarios del establecimiento de salud, fue tratada por su nombre legal (que es propio del género masculino, con el cual no se identifica). Tras ese evento, concurrió al Servicio de Atención al Cliente para rectificar sus datos de identificación personal, solicitando expresamente que en adelante se la tratara por su nombre social, que es femenino.

Posteriormente, la actora recibió una llamada telefónica de una enfermera del centro de salud, quien le cuestionó el hecho de no coincidir el nombre inscrito en la

ficha clínica con el consignado en su bono de salud, impidiéndole finalmente usar su nombre social.

Así, la recurrente estima que “ha sido objeto de un trato indiferente, poco empático, indolente y en algunas ocasiones burlesco”¹⁴⁵ y que el acto recurrido vulnera sus derechos fundamentales consagrados en los números 1, 2 y 4 del artículo 19 de la Constitución, vale decir:

- A. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, toda vez que no se respetó su libertad de autodeterminarse conforme al género con el que se identifica;
- B. La igualdad ante la ley, pues estima haber sido discriminada arbitrariamente al ser llamada por su nombre legal pese a que la recurrida se encontraba en conocimiento de que la actora quería ser tratada por su nombre social, que es auténtica manifestación de su verdadero género;
- C. El respeto y protección a la vida privada, pues no se respetó el uso de su nombre social, que es parte de su identidad y de cómo ella desea proyectarse hacia los demás en la sociedad.

Por todo lo anterior, solicita que se acoja la acción de protección que deduce y que se condene en costas a la recurrida.

Informando el recurso, la recurrida señala que reconoce, ratifica e implementa en sus centros médicos protocolos de respeto a la diversidad e identidad sexual, y que los hechos invocados por la actora en su recurso se produjeron por un error de coordinación en la comunicación del cambio de nombre de la actora desde el Servicio

¹⁴⁵ ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2018. Rol N° 61.389-2018. P. 1.

de Atención al Cliente a la Unidad de Toma de Muestras, el cual no fue informado oportunamente.

Por ello, la recurrida se allana al recurso bajo las condiciones de reconocer el derecho de la paciente a ser incorporada en los registros informáticos de sus centros médicos con su nombre social, dándole tratamiento público conforme a éste, agregando que de la misma forma se la individualizará en la ficha clínica.

Finaliza su informe acusando falta de peticiones concretas en el recurso y solicitando que no se le condene en costas por existir allanamiento a la acción impetrada en su contra.

Conociendo del recurso y teniendo en consideración el allanamiento de la recurrida, la Corte acoge la acción disponiendo que la recurrida deberá reconocer el derecho de la actora de ser incorporada con su nombre social en el registro informático del centro de salud, dándole tratamiento público acorde a éste y poniendo entre paréntesis su nombre registral.

Añade también que la recurrida deberá reconocer a la paciente por su nombre social puesto a continuación de su sexo registral en la ficha clínica o de atenciones médicas y de exámenes.¹⁴⁶

Como se puede apreciar, pese a que las Circulares N° 21 y N° 34 no son obligatorias para establecimientos de salud privados, la Corte ordena, para el restablecimiento de los derechos de la actora, medidas que precisamente coinciden con los protocolos que aquellas Circulares prescriben obligatoriamente para los centros de salud públicos.

¹⁴⁶ ILTMA., CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2018. Rol N° 61.389-2018. P. 4.

2.2. Caso Araya Astudillo con Clínica Alemana

2.2.1. Del recurso de protección y del informe evacuado por la recurrida

El caso consiste en un recurso de protección deducido por los padres de una menor de edad transgénero en contra de la Clínica Alemana, por el acto que estiman arbitrario e ilegal de negarse esta última a consignar el nombre social de su hija en los respectivos registros del establecimiento de salud, impidiéndole ser tratada conforme a su identidad de género durante todas sus posteriores atenciones médicas en la Clínica.

Los actores señalan que han sido vulneradas las garantías constitucionales de los números 2, 4 y 26 del artículo 19 de la Constitución.¹⁴⁷

Solicitan que se acoja el recurso y que se ordene a la recurrida a incluir en la ficha clínica de su hija su identidad social y que ésta se respete en todo ámbito de actuación de la Clínica.

La recurrida evacua informe solicitando el rechazo del recurso, en primer lugar por su extemporaneidad, señalando que el plazo para la interposición del recurso se encontraría vencido toda vez que los hechos ocurrieron en enero de 2016 y la acción

¹⁴⁷ Constitución, artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas: (...)

2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo 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;

4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley;

26º.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

fue presentada en mayo del mismo año; y en segundo lugar porque estima que los fundamentos de su negativa al requerimiento de los actores no serían arbitrarios ni ilegales, sino más bien buscarían resguardar la seguridad de la información médica de la paciente, de manera que no induzca a confusiones, agregando que la Clínica no puede modificar en sus registros el nombre de la paciente mientras este no haya sido modificado legalmente.¹⁴⁸

Aduce también que existiría una causa pendiente de rectificación de partida de nacimiento ante el Séptimo Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago y por tanto dicho tribunal tendría la competencia radicada para resolver acerca de la identidad de la menor de autos.

Cabe señalar que, para la fecha de la vista del recurso, la causa de rectificación de partida de nacimiento seguida ante el Séptimo Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago ya había finalizado completamente con la dictación de una sentencia definitiva que acoge el cambio de nombre y sexo registral de la menor de autos, y que dicha sentencia se encontraba firme y ejecutoriada.¹⁴⁹

No obstante lo anterior, tal como la recurrente hizo presente al tribunal en presentación efectuada con antelación a la vista del recurso, la vulneración denunciada se sigue produciendo¹⁵⁰ pues la recurrida exige, para llamar e inscribir a la niña por su nombre social en la respectiva ficha clínica, que la sentencia firme y ejecutoriada de rectificación de partida de nacimiento se encuentre inscrita en el Registro Civil.

¹⁴⁸ ETEROVIC, P. 2017. El derecho al nombre social en las atenciones de salud de pacientes transgéneros menores de edad. Anuario de DDHH. N° 13: 149-160. P.156.

¹⁴⁹ Séptimo Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago. 2016. Rol N° V-53-2016.

¹⁵⁰ Considerando 4° del fallo en comento.

2.2.2. Fallo de la Corte

Analizando la admisibilidad del recurso, la Corte estima “Que, en atención a que la acción que constituye el fundamento del presente recurso, continúa produciéndose la alegación de extemporaneidad será desestimada.”¹⁵¹

Entrando en el fondo del recurso, para sustentar su fallo, la Corte cita el artículo 1° de la Constitución¹⁵², con especial énfasis en su inciso 3° en cuanto a que es deber del Estado promover el bien común creando las condiciones necesarias para la mayor realización espiritual y material posible de las personas, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece.

Asiéndose del artículo 5° inciso 2° de la Constitución,¹⁵³ la Corte se remite a tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, en particular la Declaración Universal de DDHH y la Convención Americana sobre DDHH, en lo que respecta a la consagración de la idea de que todas las personas son iguales y tienen derecho a igual protección de la ley, sin discriminación.¹⁵⁴

En el Considerando 12°, la Corte alude a la Convención sobre los Derechos del Niño y cita el principio del interés superior del niño, contenido en el artículo 3° del

¹⁵¹ Considerando 6° del fallo en comento.

¹⁵² Constitución, artículo 1° inciso 1°: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

¹⁵³ Constitución, artículo 5° inciso 2°: “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.”

¹⁵⁴ Declaración Universal de DD.HH., artículo 7°: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.
Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

instrumento, que dispone que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”¹⁵⁵

En el considerando 13°, la Corte anticipa la resolución del asunto al señalar “Que así las cosas, la actuación de la recurrida en orden a no incorporar en sus diversos registros al niño XXXX, con su nueva identidad XXXX, establecida por sentencia ejecutoriada, sólo porque no se ha materializado la inscripción correspondiente en el Servicio de Registro Civil e Identificación, según lo aseverado en presentación de fojas 114, resulta completamente infundada, especialmente si se tiene en cuenta que la referida inscripción sólo tiene un sentido de publicidad, la que en caso alguno puede prevalecer sobre la dignidad de la persona, el interés superior del niño y la garantía constitucional de la igualdad; derechos todos que se han conculcado por la recurrida con su negativa caprichosa y antojadiza que sin duda la torna arbitraria, por lo que la acción de protección será acogida.”¹⁵⁶

Por todo lo anterior, la Corte acoge el recurso ordenando a la recurrida a inscribir a la menor con su nueva identidad legal en la respectiva ficha clínica, que es concordante con la identidad transgénero de la niña, pese a que aún se encontraba

¹⁵⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3° N° 1.

¹⁵⁶ Considerando 13° del fallo en comento: “Que así las cosas, la actuación de la recurrida en orden a no incorporar en sus diversos registros al niño XXXX, con su nueva identidad XXXX, establecida por sentencia ejecutoriada, sólo porque no se ha materializado la inscripción correspondiente en el Servicio de Registro Civil e Identificación, según lo aseverado en presentación de fojas 114, resulta completamente infundada, especialmente si se tiene en cuenta que la referida inscripción sólo tiene un sentido de publicidad, la que en caso alguno puede prevalecer sobre la dignidad de la persona, el interés superior del niño y la garantía constitucional de la igualdad; derechos todos que se han conculcado por la recurrida con su negativa caprichosa y antojadiza que sin duda la torna arbitraria, por lo que la acción de protección será acogida.”

pendiente la subinscripción de la sentencia que declaraba la rectificación de su partida de nacimiento.

2.2.3. Análisis del fallo

2.2.3.1. Principales argumentos de la Corte Suprema

Como ya se mencionó previamente en el punto 1.4 del presente Capítulo, las Circulares N° 34 y N° 21 no rigen en establecimientos de salud privados que no forman parte de la red asistencial, como es el caso de la Clínica Alemana.

Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico carece de normas que regulen el trato por el nombre social de personas trans en centros de salud privados.

De este modo, a primera vista pareciera ser que la recurrida no se encuentra obligada a respetar el uso del nombre social de la niña, así como tampoco a inscribirla con este en la respectiva ficha clínica.

Sin embargo esto último no es efectivo pues, como bien señala el abogado Pablo Eterovic en su propio análisis del fallo, “ (...) en el sector privado y respecto del trato conforme a su nombre social y el registro de él en la documentación clínica, basta la normativa vigente, en la medida en que se interprete armónicamente la normativa internacional (principalmente la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño), los principios que subyacen a la Ley N° 20.584 y se promueva la adopción en los privados de los estándares por los cuales hoy en día se rige el sector público.”¹⁵⁷

¹⁵⁷ ETEROVIC, P. Op. Cit. (N° 148). P. 151.

En este sentido, no pudiendo excusarse de conocer el asunto por falta de ley que lo resuelva, la Corte acoge el recurso tras realizar una interpretación armónica de nuestro ordenamiento jurídico, declarando que efectivamente el acto recurrido es arbitrario, pues el hecho de que se encuentre pendiente la inscripción de la sentencia que declara la nueva identidad de la menor, no es justificación suficiente ni puede prevalecer por sobre las garantías fundamentales de la niña de autos.

La Corte estima que se conculcaron los derechos fundamentales del N° 2 y 4° de la Constitución pues, haciendo suyo el razonamiento de la CIDH contenido en opinión consultiva OC- 4/84 del 19 de enero de 1984, señala que:

“La noción de igualdad, es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo de, conduzca a tratarlo con privilegio, o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad”.

Añadiendo que:

“En consecuencia, señala la Corte IDH, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos de la persona.”¹⁵⁸

2.2.3.2. Opinión de los autores

¹⁵⁸ Considerando 11° del fallo en comento.

Los autores de la presente memoria creemos que el acto recurrido, además de arbitrario, es ilegal por contravenir lo dispuesto en el artículo 5° de la ley N° 20.504 que dispone que “En su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia” y que, en consecuencia, los prestadores de salud deberán “Velar porque se adopten actitudes que se ajusten a las normas de cortesía y amabilidad generalmente aceptadas, y porque las personas atendidas sean tratadas y llamadas por su nombre.”, el cual ya había sido rectificado por sentencia judicial firme y ejecutoriada.

Estimamos que el acto recurrido es especialmente grave considerando que en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 7.1 y 8.1) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.2), ambos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, el nombre se concibe como un derecho fundamental.¹⁵⁹

Entonces, de entender que el nombre es en sí mismo un derecho fundamental incorporado en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución y que además forma parte del derecho a la identidad de las personas, la que a su vez ha sido entendida como un aspecto propio de la dignidad humana (derecho fundamental expresamente contemplado en el artículo 1° de nuestra norma suprema), no sería admisible aplicar el artículo 3° de la ley N° 17.344¹⁶⁰ para justificar

¹⁵⁹BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Guía de Formación Cívica - La Persona y los Derechos Humanos.
<[¹⁶⁰ Ley N° 17.334, artículo 3°: “La sentencia que autorice el cambio de nombres o apellidos, o de ambos a la vez, o la supresión de nombres propios deberá cumplirse de acuerdo con el DFL. N° 2.128, de 10](https://www.bcn.cl/formacioncivica/detalle_guia?h=10221.3/45661#:~:text=El%20nombre%20hoy%20se%20concibe,lugar%20de%20permanencia%20del%20individuo.>”. [Consulta: 13 de marzo de 2022].</p></div><div data-bbox=)

la negativa de la Clínica a respetar el nombre social de la niña de autos pues significaría vulnerar el principio de la supremacía constitucional contenido en el artículo 6° de nuestra Carta Política,¹⁶¹ en virtud del cual los derechos fundamentales garantizados por la Constitución están por “(...) sobre todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico positivo, lo que impide absolutamente que normas de inferior jerarquía a la Constitución, pudieran dejar sin aplicación una garantía que ella ampara y reconoce.”¹⁶²

Esto último lo podemos relacionar con lo dispuesto por el artículo 19 N° 26 de la Constitución, que consagra el principio de la seguridad jurídica¹⁶³ señalando que las leyes (que son un tipo de norma jurídica inferior a la Constitución) que regulen, complementen o limiten el ejercicio de un derecho fundamental, no pueden afectar el derecho en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

En este sentido, los profesores de derecho constitucional Paulino Varas y Salvador Mohor han señalado que:

de agosto de 1930, y sólo surtirá efectos legales una vez que se extienda la nueva inscripción en conformidad al artículo 104 del cuerpo legal citado.”

¹⁶¹ Constitución, artículo 6°: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

¹⁶² ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2009. Rol N° 7766-2009. Considerando 11°.

¹⁶³ Constitución, Artículo 19 N° 26: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

“(…) se desprende que se atenta contra la esencia del derecho no sólo cuando la limitación establecida o impuesta por la autoridad los desvirtúa hasta hacerlo irreconocible, sino también cuando ella implica subordinar su ejercicio al cumplimiento de requisitos que lo entran más allá de lo razonable, pues en este último caso se torna imposible satisfacer los intereses que con su consagración o reconocimiento se busca proteger.”¹⁶⁴

Por tanto, creemos que el artículo 3° de la ley N° 17.344 entraba más allá de lo razonable el ejercicio de los derechos fundamentales al nombre, a la identidad y a la dignidad de la niña, ya que condiciona el reconocimiento de su nombre legal y de su identidad de género a un trámite administrativo cuya verificación no depende de la voluntad de la niña o de sus padres, si no de un tercero (el Registro Civil) y que puede demorar hasta 45 días hábiles.¹⁶⁵

Por todo lo expuesto, compartimos la decisión de la Corte en orden a hacer prevalecer los derechos fundamentales de la menor, consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales ratificados y vigentes en Chile, por sobre una norma legal cuyo sentido es de mera publicidad.

¹⁶⁴ VARAS, P., y MOHOR, S. 1998. La esencia de los derechos constitucionales, artículo 19 N° 26 de la Constitución. Repositorio académico UGM. Número 1 – 2: 151-164. P. 162.

¹⁶⁵CHILE ATIENDE. 2022. Cambio de nombre y/o apellido y rectificación de la partida de nacimiento. [en línea]. <<https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/3379-cambio-de-nombre-yo-apellido-y-rectificacion-de-la-partida-de-nacimiento>>. [Consulta: 11 de marzo de 2022].

CAPÍTULO IV: PRESTACIONES MÉDICAS A PERSONAS TRANS

Tal como se manifestó en el punto 2 del capítulo I de la presente memoria, las personas trans que desean reafirmar quirúrgicamente su identidad de género, requieren de prestaciones médicas específicas que deben ser satisfechas para lograr este objetivo, el cual a su vez contribuye a garantizar su integridad física y psicológica.

De este modo, en el presente capítulo se estudiará la normativa específica vinculada al proceso médico de transición de género y, asimismo, se analizará un emblemático recurso de protección fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago que, tras ser apelado, fue revocado parcialmente por la nuestra Corte Suprema.

1. Normativa sobre cobertura previsional de prestaciones médicas para la transición de género

Tal como se indicó en los capítulos I y II de la presente memoria, en nuestro ordenamiento jurídico no hay normas dirigidas especialmente a regular la cobertura previsional de prestaciones médicas trans-específicas. Sin embargo, existen algunas disposiciones legales y administrativas que regulan dicha cobertura de manera genérica -para diversos problemas de salud- y que son aplicables para el financiamiento de las intervenciones que las personas transexuales requieren en un proceso de readecuación corporal hormonal y quirúrgica.

1.1. Constitución Política de la República de Chile

Nuestra Constitución, en el artículo 19 N° 9, asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud, en virtud del cual “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”, debiendo para ello garantizar la ejecución de estas acciones, sea que se presten por instituciones públicas o privadas.¹⁶⁶

1.2. DFL N° 1 del 2005 del Ministerio de Salud

El artículo 131 de esta norma reitera lo señalado por la Constitución respecto del ejercicio del derecho fundamental a la protección de la salud.¹⁶⁷

Por otra parte, en el artículo 138 establece cuáles son las prestaciones médicas que tienen derecho a recibir los beneficiarios del Régimen General de Garantías en Salud, siendo pertinente únicamente aludir a las prestaciones de asistencia médica curativa, señaladas en la letra b) de la norma,¹⁶⁸ las cuales deberán ser otorgadas por el FONASA a través de los establecimientos de salud de la red asistencial,¹⁶⁹ sin

¹⁶⁶Constitución, artículo 19 N° 9: “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;”

¹⁶⁷ DFL N° 1-2005, artículo 131: “El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquéllas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse.”

¹⁶⁸DFL N°1-2005, artículo 138 letra b): “Asistencia médica curativa que incluye consulta, exámenes y procedimientos diagnósticos y quirúrgicos, hospitalización, atención obstétrica, tratamiento, incluidos los medicamentos contenidos en el Formulario Nacional, y demás atenciones y acciones de salud que se establezcan (...)”

perjuicio de que los beneficiarios de los tramos B, C y D del seguro público podrán optar por atenderse bajo la modalidad de libre elección del prestador de salud.¹⁷⁰

En lo que respecta a la situación de los beneficiarios y afiliados al seguro privado de salud, los artículos 171 inciso 1° y 173 inciso 1° del DFL señalan que sus prestaciones y beneficios de salud serán financiados por las ISAPRES con cargo a las cotizaciones obligatorias que los afiliados deben pagar según lo estipulado en el contrato de salud suscrito entre las partes.¹⁷¹

Finalmente, es menester mencionar que el artículo 190 prohíbe que las partes de un contrato de salud -ISAPRE y afiliado- convengan exclusiones de cobertura, salvo ciertas excepciones, v.gr. cirugías estéticas o prestaciones y medicamentos ambulatorios no arancelados.¹⁷²

1.3. Resolución Exenta N° 1717 de 31 de diciembre de 1985 del Ministerio de Salud

Esta resolución exenta determina los porcentajes de contribución del Estado en el financiamiento de prestaciones de asistencia médica curativa ambulatoria y de

¹⁶⁹ DFL N° 1-2005, artículo 141 inciso 1°: “Las prestaciones comprendidas en el Régimen General de Garantías en Salud se otorgarán por el Fondo Nacional de Salud, a través de los Establecimientos de Salud correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud y los Establecimientos de Salud de carácter experimental. Las prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar al efecto los Servicios de Salud o el Fondo Nacional de Salud con otros organismos públicos o privados.”

¹⁷⁰ FONASA. 2022. Tramos 2022. [en línea]. <<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/tramos>>. [Consulta: 29 de marzo de 2022].

¹⁷¹ DFL N° 1-2005, artículo 171 inciso 1° y artículo 173 inciso 1°.

¹⁷² DFL N° 1-2005, artículo 190.

atención cerrada y de los medicamentos que requieran los beneficiarios del FONASA en sus atenciones de salud en la modalidad de atención institucional, es decir, en establecimientos públicos de la red asistencial.¹⁷³

1.4. Resolución Exenta N° 89 de 24 de enero de 2022 del Ministerio de Salud

Esta resolución exenta, dictada conjuntamente por los Ministerios de Salud y de Hacienda, modifica la resolución exenta N° 176 de 1999 que aprueba el Arancel de prestaciones de salud del Libro II del DFL N°1-2005.

Su objeto es reajustar el valor de las prestaciones que figuran en los aranceles para las modalidades de atención institucional y de libre elección del prestador, determinando el precio a pagar por los afiliados y beneficiarios del FONASA en sus atenciones de salud en establecimientos públicos y privados que cuenten con convenio con el seguro público, respectivamente.

Cabe reiterar que, si bien todos los afiliados y beneficiarios del FONASA pueden atenderse en la modalidad institucional, únicamente quienes pertenecen a los tramos B, C y D pueden optar por atenderse en la modalidad de libre elección.¹⁷⁴

¹⁷³ Resolución Exenta N° 1717: “1.- Respecto de las prestaciones médicas curativas que se otorguen ambulatoriamente o en atención cerrada y que están contenidas en el Arancel del Régimen de Prestaciones de Salud, para los grupos de afiliados y beneficiarios que se indican, el Estado contribuirá como se señala a continuación:

Grupo A	100% contribución
Grupo B	100% contribución
Grupo C	90% contribución
Grupo D	80% contribución

¹⁷⁴ FONASA. 2022. Modalidad de Libre Elección. [en línea]. <<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/prestadores/modalidad-libre-eleccion>>. [Consulta: 29 de marzo de 2022].

1.5. Tratados Internacionales

Entendiendo que la transexualidad y/o transgenerismo no constituye una patología, tal y como quedó de manifiesto en el año 2018- en circunstancias en que la Organización Mundial de la Salud quitó la incongruencia de género de la clasificación de enfermedades mentales- y considerando lo evidenciado en el análisis de la normativa nacional aplicable a las prestaciones médicas específicas de la comunidad trans, se podría llegar a la errada conclusión de que bajo la legislación chilena no se contempla la obligación de cubrir dichos procedimientos médicos, debido a que, al no tener finalidad curativa, el FONASA no tendría la obligación de otorgarlas, codificarlas ni arancelarlas a fin de proporcionar cobertura a sus afiliados, ello en razón de lo dispuesto en el DFL N° 1 del 2005 del Ministerio de Salud. Es más, se podría argumentar que precisamente en razón de ello, parte importante de las cirugías de reasignación de sexo no se encuentran aranceladas, tal como se analizó en el capítulo I de la presente memoria.

Sin perjuicio de ello, dicho análisis no se condice con la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto no sólo se deben considerar las normas nacionales, sino también los tratados internacionales suscritos por Chile, en atención a lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución.

Así, según lo dispuesto por la Declaración Universal de DD.HH., y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y contrariamente a lo que se puede concluir analizando sólo normativa nacional, se puede deducir la obligación del Estado de Chile de legislar para otorgar debida protección legal de las personas trans en el acceso a la salud, por cuanto las prestaciones médicas requeridas por dicha comunidad de manera particular, como las cirugías de reasignación de sexo

y tratamientos hormonales para efectuar exitosamente la transición, pese a no tratarse de procedimientos tendientes a curar una enfermedad, son fundamentales para su proceso de reafirmación de género, el cual repercute indiscutiblemente en su salud mental, física y sexual.

De este modo, el no otorgar cobertura a dichos procedimientos médicos, afecta directa y gravemente las posibilidades de las personas trans de tener iguales oportunidades para disfrutar “del más alto nivel posible de salud”, tal como se manifiesta en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Finalmente cabe tener en cuenta que, bajo un enfoque concordante con el previamente expuesto, se dictó la Ley N° 21.120, que Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género, que en la letra a) del artículo 4° se establece expresamente que toda persona tiene derecho “Al reconocimiento y protección de la identidad y expresión de género”, agregando en su letra c) el reconocimiento del “libre desarrollo de su persona, conforme a su identidad y expresión de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible”.

2. Caso

En este apartado de la investigación, se analizará un caso emblemático fallado en noviembre de 2020 por la Corte Suprema que cambió por completo el paradigma del acceso a la salud de las personas transexuales en Chile.¹⁷⁵

¹⁷⁵ ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 27.405-2020; Ingreso EXCMA. CORTE SUPREMA Rol N° 97.283-2020.

Se trata de un recurso de protección interpuesto por una mujer trans en contra de la ISAPRE en que se encuentra afiliada, la cual le denegó, de manera arbitraria e ilegal, la cobertura previsional que solicitó para realizarse cirugías de reasignación sexual, conculcando de esta manera sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, a la dignidad humana, a la identidad de género y a la protección de la salud.

2.1. Fundamentos del recurso

2.1.1. Generalidades

La actora es una mujer trans que, en enero de 2020, solicitó a ISAPRE Colmena Golden Cross S.A., cobertura previsional para las cirugías de reasignación sexual que deseaba realizarse con el objeto de adecuar su cuerpo a su identidad de género. Dichas cirugías consisten en una genitoplastia y una reconstrucción corporal y facial feminizante.

En febrero de 2020, respondiendo a la solicitud antedicha, la ISAPRE remite a la actora una carta que niega la cobertura previsional solicitada -en adelante, el acto recurrido- de una manera que la recurrente estima que es arbitraria e ilegal y que vulnera sus derechos fundamentales.

Lo anterior, porque la negativa de la ISAPRE se fundó, en primer lugar, en que numeral 8 del artículo 190 del DFL N° 1-2005 la facultaría para excluir de cobertura a aquellas prestaciones que no estén contempladas en el arancel de referencia del FONASA, como -supuestamente- es el caso de las solicitadas por la actora; y en segundo lugar, en que dado que la Circular N° 336 excluyó a la identidad género como

una enfermedad, patología o condición de salud, las prestaciones cuya cobertura fueron solicitadas no satisfacerían los parámetros establecidos en el artículo 190 N° 1 del DFL N° 1-2005, pues carecerían de una finalidad curativa o reparadora, siendo meramente estéticas.

Todo esto, desconociendo que los procedimientos médicos cuya cobertura solicita la actora fueron prescritos por sus médicas tratantes y que las cirugías de reasignación sexual obedecen a mantener y proteger su salud, no teniendo por tanto un carácter estético.

La actora señala que el acto recurrido infringió diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico, principalmente, el DFL N° 1-2005, la ley N° 21.120, la ley N° 20.584, la ley N° 20.609 y la Convención Americana sobre DD.HH.

En definitiva, la actora estima que el acto recurrido es arbitrario e ilegal y privó, perturbó y amenazó el ejercicio legítimo de sus derechos de integridad física y psíquica, igualdad ante la ley, privacidad y propiedad; los cuales están expresamente amparados por la vía cautelar deducida de conformidad al artículo 20 de nuestra Constitución.

2.1.2. Arbitrariedad del acto recurrido

A mayor abundamiento, la actora funda la arbitrariedad del acto recurrido en que:

1. La ISAPRE omitió deliberadamente que los procedimientos cuya cobertura solicita la actora fueron prescritos por sus médicas tratantes como criterios técnicos para mejorar su salud y bienestar psicológico y sexual.

Señala además que, ante casos similares en que existe una orden médica de realizar un procedimiento quirúrgico no arancelado en el FONASA, la Jurisprudencia ha señalado que la opinión experta médica prima por sobre la falta de codificación de la prestación y, en consecuencia, en diversos fallos, nuestros tribunales superiores de justicia han ordenado a las ISAPRES a homologar aquellos procedimientos con prestaciones que sí cuentan con el referido arancel.

De esta manera, el acto recurrido, al apartarse de la recomendación médica y técnica experta, devino en arbitrario pues sin fundamento plausible y contra la jurisprudencia judicial, decidió no otorgar la cobertura previsual pactada en el contrato de salud.

2. La ISAPRE no consideró que las referidas prestaciones médicas no tienen carácter estético,¹⁷⁶ sino más bien persiguen maximizar la salud psicológica y sexual de la actora.¹⁷⁷

2.1.3. Ilegalidad del acto recurrido

Por otro lado, la actora fundamenta la ilegalidad del acto recurrido señalando que éste:

¹⁷⁶ Al respecto, la actora indica que la ISAPRE realizó una errada interpretación de la Circular N° 336 pues la invocó para señalar que, dado que este documento excluyó a la identidad de género como una enfermedad, las prestaciones cuya cobertura solicitó la actora no satisficieran los parámetros del artículo 190 N° 1 del DFL N° 1-2005, pues carecerían de una finalidad curativa o reparadora, en circunstancias en que la finalidad de aquella norma administrativa es prohibir la discriminación por identidad de género en la afiliación a una ISAPRE. (puntos 21 N° ii y 58 del recurso).

¹⁷⁷ En este sentido se han pronunciado la OMS y el Ministerio de Salud, siendo avalado también por las médicas tratantes de la actora.

1. Infringió diversas disposiciones del DFL N°1-2005, entre otras, los artículos 171 inciso 1° y 173 inciso 1° (pues la ISAPRE transgrede la obligación legal de financiar las prestaciones y beneficios de salud de sus afiliados) y el artículo 190 N° 1 (al aplicarlo aun cuando no se cumplían sus presupuestos de procedencia, pues las cirugías solicitadas no son estéticas).

2. Vulneró las garantías conferidas por la ley N° 21.120 en el artículo 4 letras a) y c) y artículo 5° letras b) y d).

3. Atenta contra el derecho consagrado en el artículo 2° de la ley N° 20.584 de acceso a prestaciones de salud sin discriminaciones arbitrarias.¹⁷⁸

2.1.4. Vulneración de derechos fundamentales

La recurrente estima que el acto recurrido privó, perturbó y amenazó el legítimo ejercicio de su derecho a la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley, la vida privada y la propiedad.

Respecto de la vulneración a la integridad física y psíquica, señala que como esta garantía está directamente relacionada con la salud integral de las personas, la negativa de la ISAPRE a cubrir las prestaciones médicas por ella solicitadas, infringe su derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.¹⁷⁹

En cuanto a la conculcación de la igualdad ante la ley, señala que esta se debe, entre otras cosas, a que cuando la ISAPRE le negó cobertura señalando que las prestaciones médicas solicitadas constituyen cirugías estéticas, la trató de manera

¹⁷⁸ Ley N° 20.584, artículo 2°.

¹⁷⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2009. Rol N° 1.266. Sentencia de 29 de enero de 2009.

similar a personas que no se encuentran en su misma situación, pues en el caso particular de una persona trans, las cirugías de readecuación corporal no son de carácter estético, si no que buscan mejorar su salud y bienestar sexual y psicológico.¹⁸⁰

Por otro lado, estima que la ISAPRE, al entrarle a la actora la posibilidad de afirmar quirúrgicamente su identidad de género, atentó contra su derecho de privacidad toda vez que, de manera análoga a la orientación sexual, la identidad de género forma parte del derecho a la protección de la vida privada, ya que son dos expresiones de lo que la persona es y de cómo quiere vivir en sociedad.¹⁸¹

Finalmente, señala que se vulneró su derecho de propiedad, pues la actora incorporó en su patrimonio los derechos subjetivos que emanan del contrato de salud suscrito con la ISAPRE y por tanto con la negativa de esta de bonificar las prestaciones médicas, incumple el contrato e infringe los derechos adquiridos de la actora (que consisten en recibir financiamiento de las prestaciones de salud que solicitó).

2.1.5. Peticiones concretas de la actora

Por todo lo ya expuesto, la actora solicita que se acoja el recurso y se deje sin efecto el acto recurrido y los actos posteriores que supongan su validez y/o dictar las demás medidas que el tribunal estime pertinentes para restablecer el imperio del derecho.

¹⁸⁰ Punto 91 N° (iii) del recurso de protección en comento.

¹⁸¹ Puntos 96 y 98 del recurso de protección en comento.

2.2. Respuesta de la ISAPRE¹⁸²

La ISAPRE informa el recurso expresando que, de acuerdo con el artículo 190 inciso 2° N° 1 y N° 8 del DFL N° 1-2005, se excluyen de cobertura las cirugías plásticas con fines de embellecimiento u otras prestaciones con el mismo fin, esto es, las que no tienen por objeto la solución de un problema de salud diagnosticado (no tienen finalidad curativa y reparadora); excluyéndose también aquellas prestaciones no aranceladas en el FONASA.

Luego, cita el artículo 15 letras a) y h) de las Condiciones Generales Uniformes para el Contrato de Salud Previsional que reafirman lo dispuesto por las mentadas normas del DFL N°1-2005.

En virtud de ello, la recurrida señala que, de manera legítima, estas prestaciones se encuentran excluidas de bonificación y la ISAPRE no se encuentra obligada a otorgar cobertura para tales conceptos ni en el sistema público ni en el privado de salud.

Por otro lado, señala que de acuerdo con el artículo 15 letra h) de las Condiciones Generales Uniformes para el Contrato de Salud Previsional, las prestaciones excluidas de cobertura no serán homologadas sin consentimiento de la ISAPRE, salvo que la Superintendencia lo ordene en casos excepcionales y siempre que se trate de prestaciones respecto de las cuales exista evidencia científica de su efectividad, lo cual debe ser determinado en un juicio arbitral de lato conocimiento en que se pueda acreditar aquella circunstancia.

¹⁸²Este apartado se realizó a partir del considerando 2° del fallo de primera instancia en causa Rol N° 27.405-2020 de la Corte de Apelaciones de Santiago, debido a que en el expediente electrónico de la causa el informe evacuado por la recurrida tiene la calidad de documento reservado.

Luego la recurrida se hace cargo de las prestaciones en específico, indicando respecto de la Genitoplastia Feminizante que no se encuentra incluida en el arancel del FONASA y por lo tanto no tiene cobertura previsional en la forma en que se ha solicitado; agrega que algunas de las prestaciones solicitadas sí se encuentran aranceladas, pero tienen cobertura sólo en la medida que vayan dirigidas a resolver un problema de salud, encontrándose impedida la ISAPRE de efectuar de forma arbitraria una homologación fabricando para esto un falso diagnóstico o asignación de patología con el fin de lograr homologarlo, razón por la cual es la autoridad la llamada a efectuar dicho procedimiento.

En cuanto a la reconstrucción corporal, explica que algunas de las prestaciones que la componen no están incluidas en el arancel de la ISAPRE, careciendo entonces de cobertura.

En lo que respecta a la feminización facial, señala que son cirugías destinadas a mejorar el aspecto estético que no dicen relación con el cambio de género, arribándose a la misma conclusión anterior.

Por último, indica que si bien es cierto que la Circular IF N°336 establece que la transexualidad no es una enfermedad y que de ello no puede pedirse que se declare como preexistencia ni restringirse coberturas, ello no alcanza a las prestaciones que por ley y por contrato no tienen y jamás han tenido cobertura, como lo serían las cirugías estéticas.

La ISAPRE niega la vulneración de las garantías constitucionales invocadas y finalmente solicita el rechazo del recurso.

2.3. Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago

Analizando la procedencia del recurso, la Corte señala que para que pueda prosperar un recurso de protección se requiere que exista un acto ilegal o arbitrario, que ocasione perjuicio y que vulnere alguna de las garantías constitucionales protegidas por esta acción cautelar.¹⁸³

Expresa también que esta acción es de emergencia, para aquellos casos que requieren de una solución rápida y que es necesario que la Corte esté en condiciones de entregar con la misma urgencia.¹⁸⁴

Sin embargo, tras analizar los hechos y el derecho invocado por ambas partes, la Corte señala que en estos autos nada de aquello ocurre pues, por un lado, se trata de un asunto que no es urgente y su solución tampoco, agregando que, como la actora no es titular de un derecho indubitado (pues está en discusión su obligación de prestar cobertura), se trataría de un asunto que requiere del conocimiento de mayores antecedentes que los que se pueden proporcionar en un recurso de protección, siendo pertinente ser conocido y resuelto en un juicio arbitral de lato conocimiento seguido ante la Superintendencia de Salud, donde las partes pudieran plantear sus posiciones con argumentos y pruebas que las sustenten.¹⁸⁵

Por otro lado, la Corte estima que la actuación de la recurrida no puede catalogarse de arbitraria o ilegal por cuanto entrega razones valederas para negarse

¹⁸³ Considerando 5° del fallo en comento.

¹⁸⁴ *Ídem*.

¹⁸⁵ Considerando 6° del fallo en comento.

a cubrir las prestaciones solicitadas por la actora y porque las normas que están en juego tienen una diversa interpretación.¹⁸⁶

Considerando lo ya expuesto, la Corte indica que el asunto no es una cuestión que se pueda dilucidar mediante este arbitrio constitucional y que en consecuencia el recurso no puede prosperar y debe ser desestimado, declarando que se rechaza la acción de protección.

2.4. Fundamentos de la apelación

La recurrente parte indicando que el acto recurrido en la acción de protección, esto es, la negación a cubrir las cirugías de reasignación de sexo antes descritas, atenta en contra de lo fallado en otras circunstancias por la Corte Suprema, la cual expresamente ha señalado que ante la falta de arancel FONASA, debe primar “el criterio técnico y objetivo del médico tratante”, lo cual se cumple a cabalidad en el caso expuesto.

Adicional a ello, arguye que, opuesto a lo que se señaló por la contraria en el acto recurrido, las cirugías de reasignación sexual “no tienen fines meramente estéticos o cosméticos, sino que buscan mejorar la salud sexual y psicológica de los pacientes trans”.¹⁸⁷

Ahora bien, haciéndose cargo del primer argumento esgrimido por la Corte para rechazar el recurso de protección deducido, se razona indicando que el caso expuesto si constituye una urgencia para amparar un derecho indubitado, lo cual ha sido

¹⁸⁶ Considerando 7° del fallo en comento.

¹⁸⁷ Recurso de apelación en comento. P. 2.

reafirmado por el Informe Médico acompañado en autos y la literatura médica invocada- en que expresamente se indica que el tipo de procedimientos sobre los cuales se solicitó cobertura a la ISAPRE “son urgentes para salvaguardar la salud mental e integridad del paciente”, añadiendo que la Corte no se sustentó en ningún antecedente para concluir de manera diferente.

Asimismo, cabe destacar que en el punto 29 del referido recurso de apelación, luego de manifestar preocupación por la liviandad con la cual la Corte manifiesta la falta de urgencia para resolver, se arguye indicando que dicho razonamiento se vincula directamente con la invisibilidad de las necesidades específicas de la comunidad trans, obviando la relevancia e importancia de las cirugías de reasignación sexual, fundadas en su capacidad de mejorar la calidad de vida y reafirmar el género de una persona trans, “desde la perspectiva de una persona cisgénero parecen desapercibidas por tratarse de una realidad distintas”.

En cuanto al segundo argumento de la Corte, mediante el cual se resolvía la falta de ilegalidad o arbitrariedad de la conducta de la ISAPRE al fundarse en una de las interpretaciones que se pueden elaborar respecto del DFL N°1-2005, la recurrente acusa que ello se funda sólo en lo que señala una de las partes, no habiéndose efectuado ninguna de las diligencias establecidas en la ley ni elaborado un razonamiento más allá de lo expuesto por las partes para concluir, bajo el propio criterio de la Corte, si dicha interpretación es concordante con nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, respecto del tercer argumento otorgado por la Corte, mediante el cual se indica que el recurso de protección no es la vía para discutir la cobertura de las cirugías de reasignación de sexo por parte de la ISAPRE- por cuanto no se

evidencia la indubitabilidad del derecho afectado al no declararse previamente la obligación de la ISAPRE de otorgar la cobertura solicitada- se indica que ello no es así, debido a que en el caso expuesto no se requiere de un término probatorio para tener configurada la infracción legal denunciada, por cuanto sólo basta contrarrestar la carta emitida por la ISAPRE y las normas sobre contratos de prestaciones de salud contenidas en el DFL N° 1-2005 para su análisis.

Por dichos motivos, y alegando la improcedencia de los argumentos esgrimidos por la Corte de Apelaciones de Santiago, se solicitó a la Corte Suprema acoger en todas sus partes el recurso de apelación, revocando la resolución recurrida, y acogiendo en definitiva la acción de protección en estudio.

2.5. Sentencia de la Corte Suprema

La Corte inicia su fallo indicando que, a fin de resolver la acción constitucional deducida por la actora, se debe entender que la identidad de género constituye un “elemento inherente a la dignidad humana que deriva del derecho a la no discriminación y cuya concretización, en la especie, se obtiene sobre la base del ejercicio del derecho de la igualdad ante la ley y de la protección a la salud”.¹⁸⁸

Asimismo, antes de ahondar en el análisis de la normativa aplicable al caso, la Corte hace presente que los incisos 1° y 2° del artículo 1° de nuestra Constitución contienen una norma fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto sirve como herramienta de interpretación y fuente de derechos al envolver la idea de que “las personas constituyen un fin en sí mismo y emanan los conceptos de dignidad,

¹⁸⁸ Considerando 3° del fallo en comento.

libertad e igualdad de la cual gozan”. Agrega que “El Estado se constituye en un garante del resguardo de esas garantías, para lo cual deberá proporcionar al individuo las herramientas necesarias dirigidas a conseguirlo.”¹⁸⁹

Por otra parte, remitiéndose a la normativa internacional ratificada por Chile y que se encuentra vigente, hace presente que el Estado chileno se ha obligado a resguardar y promover la no discriminación y los derechos humanos en favor de las personas transexuales,¹⁹⁰ citando diversos preceptos del marco jurídico internacional aplicable al caso.¹⁹¹

De aquella normativa, la Corte concluye que:

“(…) la noción de igualdad representa el eje sobre el cual se estructura la dignidad humana, pero al mismo tiempo constituye la herramienta indispensable por medio de la cual se protege a la persona en su calidad de tal al reconocerle, atendida la calidad de ser pensante, la facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad, entre esos aspectos se encuentra, justamente, la libertad de elegir su género, siendo el Estado, en su condición de garante -porque, como se dijo “está al servicio de la

¹⁸⁹ *Íbid.*

¹⁹⁰ Considerando 4° del fallo en comento.

¹⁹¹ Debido a su extensión y considerando que la normativa ya se encuentra tratada extensamente en el Capítulo II y el punto 1 del Capítulo IV de la presente memoria, nos limitaremos a señalar que el Derecho Internacional aplicable al caso y considerado como fundamento de la decisión del Tribunal: Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Resoluciones de la Asamblea General de la OEA relativas a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género; Convención americana contra toda forma de discriminación e intolerancia; Convención relativa a la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, y la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas.

persona humana y su finalidad es promover el bien común”, quien debe crear las condiciones sociales necesarias “que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías”, en lo particular, a las minorías sexuales y su facultad de elegir y ejercer su orientación sexual.”¹⁹²

Así, se aprecia que la Corte considera que la identidad de género es un derecho humano que se ejerce, entre otras vías, a través del ejercicio e igual acceso que deben tener las personas transexuales a las prestaciones médicas que requieran para conseguir dicho fin.¹⁹³

En el mismo sentido, y en concordancia con lo previamente expuesto, en el considerando 7° la Corte agrega que es deber del Estado velar por la dignidad e igualdad en el trato de las personas transexuales y permitirles el acceso real y efectivo a prestaciones médicas que son necesarias y, en muchos casos, la única vía para mejorar o mantener su existencia física y mental acorde al ejercicio de su libertad de autodeterminarse sexualmente dentro de un género.¹⁹⁴

De este modo, y para efectos de cumplir con dicho deber del Estado, asegurando la debida protección legal de las personas trans en el acceso a la salud, y así velar por las garantías constitucionales, en su considerando 9° la Corte indica que todos aquellos preceptos legales que de cierto modo pueden perjudicar dicho deber,

¹⁹² Considerando 5° del fallo en comento.

¹⁹³ Considerando 6° del fallo en comento.

¹⁹⁴ Considerando 7° del fallo en comento.

deben “(...) enmarcarse en la Constitución Política, que asegura a todas las personas sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la protección de la salud contemplado en el numeral noveno del artículo 19 (...)” . En ese sentido, expresa que la interpretación que se haga de las normas que se refieren a esta garantía constitucional debe ser en beneficio de las personas cuya salud se encuentra en riesgo.

Posteriormente, la Corte estudia la pertinencia de las alegaciones de la recurrida para justificar su negativa a dar cobertura a las prestaciones médicas solicitadas por la actora.

1. Respecto del argumento de que las cirugías sobre las cuales se requirió cobertura son meramente estéticas con fines de embellecimiento y no prestaciones que se sustenten en una patología, y, por ende, la ISAPRE no se encuentra obligada a bonificar prestaciones médicas por tal concepto, la Corte precisa que, si bien la transexualidad no constituye una enfermedad:

“ (...) no es posible desconocer las consecuencias que de esa opción derivan para estas personas, atendida la discordancia que existe entre su cuerpo biológico y la decisión que adoptaron en relación a su orientación sexual, lo cual, evidentemente, puede ocasionar en ellas y, como así lo reconocen los expertos, patologías psíquicas, que se producen entre otras razones, por la imposibilidad de adecuar su físico a la orientación sexual que sienten y resuelven les corresponde, factores externos que les impide, en definitiva, concretar esa libertad y que hace indispensable, que el Estado directamente o a través de quienes ejercer esa función pública, por mandato legal, como lo son las Isapres, deban garantizar el ejercicio de esos derechos, al permitirles acceder a las

prestaciones médicas pertinentes puesto que, por lo demás, constituyen la única vía en virtud de la cual pueden hacerlo, atendida la naturaleza de la asistencia que se pide.”¹⁹⁵

2. Por otro lado, en lo que respecta a la alegación de que el recurso de protección no es la vía idónea para resolver el asunto, la Corte estima que dicho argumento es improcedente, entre otras cosas, porque el asunto compromete derechos fundamentales de la recurrente y porque la propia Constitución ha contemplado expresamente esta acción para su resguardo “sin perjuicio de los demás derechos” que puedan hacerse valer ante los tribunales correspondientes.¹⁹⁶

3. Respecto del argumento que dice que las prestaciones médicas solicitadas por la recurrente son de carácter estético y por tanto en virtud del artículo 190 N°1 del DFL N°1-2005, éstas se encontrarían excluidas de cobertura, la Corte señala que:

“En definitiva los expertos y el Estado chileno concuerdan en que las cirugías de reasignación sexual no son consideradas operaciones con fines cosméticos, porque tienen por objeto maximizar el bienestar psicológico y el sentimiento de autosatisfacción de la persona, concordando su identidad de género con la de su sexo físico, para así disminuir el estrés asociado a dicha incongruencia y brindándole beneficios tanto en aspectos psicológicos como sociales.”¹⁹⁷

¹⁹⁵ Considerando 11° del fallo en comentario.

¹⁹⁶ Considerando 12° del fallo en comentario.

¹⁹⁷ Considerando 14° del fallo en comentario.

La Corte coincide con este razonamiento,¹⁹⁸ sin embargo, hace presente que en el presente caso no todas las cirugías cuya cobertura solicita la actora cumplen aquél objetivo, pues las intervenciones de reconstrucción corporal y facial, “salvo la relativa al implante mamario, desde que esta Corte entiende, que dicho rasgo constituye, efectivamente, uno característico de la femineidad”,¹⁹⁹ constituyen cirugías de carácter cosmético cuyo fin es el embellecimiento de la persona y por tanto no se accederá a su cobertura por estar expresamente excluidas de conformidad con el artículo 190 N° 1 del DFL N° 1-2005.

4. Por último, la Corte analiza la alegación relativa a la falta de codificación de las prestaciones médicas solicitadas, señalando que es efectivo que la genitoplastía feminizante no cuenta con un código único en el arancel del FONASA, pero de acuerdo con lo expuesto en un informe presentado en el marco de la discusión del proyecto de ley de identidad de género²⁰⁰:

“la cobertura existente para la temática del cambio de sexo es a nivel de prestación de salud y no de resolución integral” y que “En este marco, para la valoración de las prestaciones de salud a través del sistema público, se recurrió

¹⁹⁸ En el párrafo final del considerando 14°, la Corte señala que “Por tanto, a diferencia de lo expresado por la recurrida, las cirugías de reasignación sexual no constituyen una de carácter estético con fines de embellecimiento, sino que es una intervención, que en términos jurídicos, debe ser considerada como relevante y un reflejo, por un lado, del deber del Estado de garantizar y asegurar la no discriminación de las personas transexuales y, por otro, el ejercicio que éstas hacen de los derechos fundamentales de la igualdad ante la ley y el de protección a la salud.”

¹⁹⁹ Considerando 15° del fallo en comento.

²⁰⁰ Informe elaborado para la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley de Identidad de Género (Boletín N°8924-07) suscrito por los profesionales Sra. Irina Aguayo Ormeño, economista; Sr. Matías Meza-Lopehandía G., abogado, y doña María Pilar Lampert Grassi, Psicóloga.

a los códigos que tiene el Fondo Nacional de Salud (Fonasa)” de manera individual.”²⁰¹

Siguiendo esa misma línea, la Corte agrega que los autores del mentado informe:

“Explican que los pacientes que requieran de una cirugía para la adecuación de identidad de género, tienen la opción de atenderse mediante la Modalidad de Atención Institucional, en cuyo caso, el costo a pagar dependerá del grupo al que pertenezca (...) y aquellos adscritos a la atención de Libre Elección, pueden optar libremente a los profesionales e instituciones de salud, del sector público o privado, que se encuentran inscritas en el Rol de Fonasa y hayan celebrado un convenio por tipos de prestaciones.”

Por tanto, se colige de lo expuesto en el informe citado que las cirugías de reasignación sexual sí tendrían cobertura previsional.

Por otro lado, en lo que respecta a la cirugía de implantes mamarios, la Corte considera que la defensa de la falta de codificación no es aplicable porque, en el caso particular de las personas transexuales, aquella intervención quirúrgica constituiría una cirugía plástica reparadora y reconstructiva, la cual sí está codificada.²⁰²

Finalmente, haciéndose cargo de la alegación de la recurrente de que en la operatoria de una homologación de prestaciones no aranceladas debe priorizarse la recomendación médica y técnica por sobre la falta de códigos para su bonificación, nuestro Tribunal Supremo determina que ello es efectivo pues:

²⁰¹ Considerando 16° del fallo en comento.

²⁰² *Ídem*.

“Razonar de otra forma importaría aceptar la omisión de la Administración, la cual por medio de su pasividad excluiría determinados medios aptos para mantener o recuperar la salud, con mayor razón si estos tienen décadas que son empleados con un fin terapéutico, como ocurre con la cirugía de adecuación de sexual, que se desarrolla en el sector público desde el año 1976.”²⁰³

Por todo lo anterior, la Corte considera que la negativa de la recurrida de proporcionar a la actora la cobertura solicitada para la realización de las cirugías de genitoplastía feminizante y de implantes mamarios carece de razonabilidad y vulnera las garantías previstas en el artículo 19 numerales 2, 9 y 24 de la Constitución, toda vez que:

“(…) la exegesis relativa a las normas que se refieren a las garantías constitucionales, deben ser siempre interpretadas en beneficio de las personas cuya salud se encuentra afectada, más aun si se tiene presente, que su costo no altera las condiciones pactadas respecto de las prestaciones de salud en el respectivo contrato, porque estas conforme se explicitó se deben incorporar y adaptar a los planes del salud de la usuaria, conforme a la homologación pertinente, razones por las que se impone acoger la presente acción constitucional, en los términos que se expondrá en lo resolutivo del fallo.”²⁰⁴

Por todo lo ya expuesto, la Corte declara que se revoca la sentencia apelada y que en su lugar se acoge el recurso de protección, pero sólo en cuanto se ordena a la ISAPRE recurrida a bonificar, conforme al plan de salud de la actora, las cirugías de genitoplastía feminizante y de implantes mamarios.

²⁰³ Considerando 17° del fallo en comento.

²⁰⁴ Considerando 18° del fallo en comento.

Cabe señalar que la decisión del Tribunal no fue unánime, contando con dos votos en contra que estuvieron por confirmar la sentencia en alzada teniendo como fundamentos que la contienda no refiere a una materia que corresponda ser dilucidada por medio de esta vía cautelar por no ser una instancia declarativa de derechos, sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, hayan sido afectados por una acción u omisión arbitraria o ilegal, y también porque existe un procedimiento especial de lato conocimiento para solucionar controversias que se susciten entre beneficiarios y aseguradores de salud, como la presente.²⁰⁵

2.6. Análisis de las sentencias

Teniendo en consideración todos los antecedentes expuestos precedentemente, se procederá a analizar las sentencias definitivas dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema estudiando el razonamiento contenido en las decisiones de ambos tribunales para denegar y acoger el recurso, respectivamente, a la luz de la normativa interna e internacional que rige en la materia.

²⁰⁵ El voto en contra señala en su punto N° 2 que: “Tal contienda, por su naturaleza, no es una materia que corresponda ser dilucidada por medio de la presente acción cautelar, ya que esta no constituye una instancia de declaración de derechos, sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y, por ende, en situación de ser amparados, presupuesto que en la especie no concurre.

Más si se tiene presente, que conforme al artículo 117 del D.F.L. N° 1 del año 2006 del Ministerio de Salud, se contempla un procedimiento para la solución de las controversias que se susciten entre los beneficiarios y los seguros previsionales de salud, puesto que, no se debe perder de vista que el asunto de fondo consiste en la interpretación del contrato de salud, en cuanto a si se otorga la bonificación requerida por la suscriptora, lo cual amerita, necesariamente, con el fin de resguardar el debido proceso, que sea conocido a través de un procedimiento de lato conocimiento o a través de las demás alternativas que en ese cuerpo legal se contemplan, procedimientos en los cuales para su debida resolución deberán ser materia de análisis y consideración de las normas, garantías, derechos y principios constitucionales y convencionales envueltos en la controversia.”

2.6.1. Análisis de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en primera instancia

Como ya se mencionó anteriormente, la Corte estima que el asunto no es susceptible de ser resuelto por la vía cautelar, ello porque el acto recurrido no constituye una emergencia y, por lo tanto, su solución no es urgente.

Al respecto, a criterio de los autores de la presente memoria, dicho razonamiento carece de fundamento, por cuanto ha quedado en evidencia que el proceso de reasignación sexual para efectos de conseguir exitosamente el proceso de reafirmación de género es fundamental para resguardar y garantizar debidamente la integridad física y psíquica de las personas trans.

Así, y tal y como se ha manifestado en reiteradas oportunidades en la presente memoria, las cirugías cuya cobertura han sido requeridas no se tratan de meros caprichos para mejorar estéticamente la imagen de una persona; sino que repercuten directamente en cómo las personas trans se desenvuelven en su diario vivir y así mejorar su calidad de vida. Bajo ese contexto, la recurrente acertadamente se refirió al estudio efectuado por el Center for Suicide Prevention, en el punto 23 del recurso de apelación, que concluye que: “(i) Casi un 10% de la población trans, en el último año, ha reportado recientemente un intento de suicidio; (ii) Entre un 22 y un 43% de la población trans ha realizado un intento de suicidio a lo largo de su vida; (iii) 2/3 de las personas trans jóvenes, en el último año, se ha provocado daños a sí misma; y, (iv) Las personas trans son 2 veces más vulnerables de pensar y cometer suicidio que las personas lesbianas, homosexuales o bisexuales”.

Por otro lado, respecto a que el acto recurrido no es ilegal, de acuerdo a lo expuesto en el punto 1.5 de la presente memoria, al momento de analizar las leyes

atingentes al caso y sus respectivas interpretaciones, se debe tener en vista no sólo las palabras textuales de una norma como si ella no se vinculara con otras normas de la misma o distinta naturaleza y otros instrumentos aplicables, lo cual se acentúa cuando dicha norma entra en conflicto directamente con los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna y en lo dispuesto por los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile.

Así, sin perjuicio de que cada parte tiene derecho a realizar sus respectivas alegaciones e interpretaciones para conseguir un resultado favorable de conformidad a sus propios intereses, la Corte de Apelaciones tenía el deber de analizar el ordenamiento jurídico en su conjunto, no pudiendo desentenderse de su obligación al estimar la alegación de una de las partes sin fundamentos.

Asimismo, al manifestar la Corte que el actuar de la ISAPRE no es arbitrario, cabe realizar las siguientes precisiones:

Si bien la ISAPRE reconoce que algunas de las prestaciones cuya cobertura solicita la actora se encuentran aranceladas, arguye que éstas sólo serían financiadas cuando tuvieran una finalidad funcional, reparativa o curativa, lo cual en la especie no ocurre pues la transexualidad no es una enfermedad, patología ni condición de salud.

A partir de ello podemos extraer dos ideas relevantes:

1.- La ISAPRE discrimina arbitrariamente a la actora, toda vez que le niega la cobertura previsional a que tiene derecho en su calidad de afiliada únicamente por su condición de mujer transgénero, en otras palabras, la ISAPRE vulnera el derecho fundamental de protección de la salud de la actora teniendo como fundamento su

identidad de género, incurriendo en uno de los supuestos de discriminación arbitraria contenido en el artículo 2° de la ley N° 20.609.²⁰⁶

2.- Si bien es efectivo que la transexualidad no es una enfermedad, las personas trans pueden presentar malestar o incomodidad por la discordancia entre su sexo biológico y su identidad de género, el cual incluso podría estar asociado a situaciones de discriminación de la que han sido víctimas debido a su transexualidad. Este malestar se denomina “discordancia de género” y actualmente está catalogado por la CIE-11 de la OMS como una “condición relacionada con la salud sexual”, el cual puede ser aliviado sustancialmente mediante tratamientos hormonales y procedimientos quirúrgicos de readecuación corporal como los solicitados por la actora.²⁰⁷

Así, podemos observar que, por medio del acto recurrido, la ISAPRE está discriminando arbitrariamente a la actora pues el motivo que subyace a su negativa de otorgarle cobertura es que esta última es una mujer trans, y en tal calidad, no requiere de las prestaciones de asistencia médica curativa que solicita pues no es una mujer enferma, obviando la situación particular de la recurrente, que al igual que muchas otras personas trans, su discordancia de género le genera una incomodidad y malestar persistente, afectando su bienestar y salud.

²⁰⁶ Ley N° 20.609, artículo 2: “Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como (...) la identidad y expresión de género (...)”

²⁰⁷ Esta idea es abordada con mayor profundidad y extensión en el análisis del fallo dictado en segunda instancia por la Corte Suprema.

Finalmente, y en cuanto a que a la actora no le asiste un derecho indubitado de acceder a la cobertura previsional que solicita, debiendo resolverse en un juicio declarativo (juicio arbitral de lato conocimiento ante la Superintendencia de Salud)- es decir, que no quepa dudas de que la recurrente tiene el legítimo ejercicio de un derecho, no necesitando, por tanto, mayores antecedentes a fin de resolver el recurso- hemos arribado a los siguientes razonamientos:

En primer lugar, algunas de las cirugías cuya cobertura solicita la actora sí se encuentran aranceladas por el FONASA en la modalidad de libre elección, que constituye el mínimo de cobertura que una ISAPRE debe otorgar a sus afiliados y beneficiarios.²⁰⁸ De esta manera, sí le asistiría a la actora un derecho indubitado de acceder, a lo menos, al financiamiento de las cirugías de orquiectomía, amputación parcial del pene y mamoplastía de aumento y, en este sentido, la negativa de la ISAPRE a bonificar aquellas cirugías sería arbitraria (por carecer de justificación razonable) e ilegal (por infringir los artículos 171 inciso 1° y 173 inciso 1° del DFL N°1-2005 que la obligan a financiar las prestaciones médicas y beneficios de salud a sus afiliados).²⁰⁹

²⁰⁸ Pues conforme al artículo 189 letra a) del DFL N° 1-2005, en todo contrato de salud de deberá pactar un plan complementario a las Garantías Explícitas de Salud que "(...) deberá contemplar, a lo menos, las prestaciones y la cobertura financiera que se fije como mínimo para la modalidad de libre elección que debe otorgar el Fondo Nacional de Salud, de acuerdo a lo dispuesto en el Régimen General de Garantías en Salud."

²⁰⁹DFL N° 1-2005, artículo 171 inciso 1°: "Las Instituciones de Salud Previsional financiarán las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior convenida, a las personas que indica el artículo 135 de esta Ley."; por su parte, el artículo 173 inciso 1° del mismo cuerpo normativo prescribe que "Las Instituciones tendrán por objeto exclusivo el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud, así como las actividades que sean afines o complementarias de ese fin, las que en ningún caso podrán implicar la ejecución de dichas prestaciones y beneficios ni participar en la administración de prestadores."

Y, en segundo lugar, la ejecución de estas acciones de salud -que constituyen prestaciones médicas curativas en el caso de una persona transexual, pues contribuyen a aliviar la discordancia de género- le permitirían concretizar su derecho fundamental a la protección de la salud, el cual también es un derecho indubitado por estar garantizado a todas las personas por el artículo 19 N° 9 de la Constitución; derecho que está expresamente amparado por el recurso de protección, conforme al tenor literal del artículo 20 de nuestra Carta Política, siendo entonces plenamente procedente esta vía cautelar para el restablecimiento de aquél derecho.

Por todo lo anterior, estimamos que la negativa de la ISAPRE a cumplir sus funciones de promoción, recuperación y rehabilitación de la salud y sus obligaciones legales de financiar las prestaciones y beneficios de salud a la actora, en su calidad de afiliada, es injustificada, ilegal y arbitraria, conculca sus derechos fundamentales de igualdad ante la ley y de protección de la salud y amerita el acogimiento del recurso interpuesto en orden a restablecer el imperio de los derechos vulnerados, especialmente considerando el deber de los órganos del Estado de garantizar que, en el ejercicio del derecho a la identidad de género, “ninguna persona sea afectada por distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable, en los términos del artículo 2° de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.”²¹⁰

²¹⁰ Ley N° 21.120, artículo 5°: “PRINCIPIOS RELATIVOS AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO. El derecho a la identidad de género reconoce, entre otros, los siguientes principios: (...) b) Principio de la no discriminación arbitraria: los órganos del Estado garantizarán que, en el ejercicio del derecho a la identidad de género, ninguna persona sea afectada por distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable, en los términos del artículo 2° de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.”

2.6.2. Análisis de la sentencia dictada por la Corte Suprema en segunda instancia

2.6.2.1. Consideraciones previas relevantes para analizar la decisión del Tribunal

En el considerando 3° del fallo se aprecia, por un lado, que para la Corte el derecho a la identidad de género es un derecho fundamental inherente a la dignidad humana, el cual a su vez deriva del derecho a la no discriminación. En este sentido, la identidad de género, la dignidad humana y la igualdad ante la ley, constituirían derechos que estarían intrínsecamente relacionados, por lo cual, la afectación de uno de ellos implicaría a su vez la conculcación de los otros.

Por otro lado, la Corte indica que la concretización del derecho a la identidad de género, en la especie, se obtendría a través del ejercicio del derecho a la igualdad ante la ley y de la protección a la salud.²¹¹

Cabe señalar que estas garantías fundamentales se encuentran protegidas por nuestra Constitución y por Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.²¹²

Por ello, en virtud de lo prescrito por el artículo 1° inciso 4° y artículo 5° inciso 2° de la Constitución, la Corte expresa que “el Estado se constituye en un garante del resguardo de esas garantías, para lo cual deberá proporcionar al individuo las herramientas necesarias dirigidas a conseguirlo.”²¹³

²¹¹Considerando 3° del fallo en comento.

²¹²En particular: Artículo 19 N° 2 (igualdad ante la ley) y N° 9 (protección de la salud) de la Constitución; Artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (igualdad ante la ley); Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (igualdad ante la ley); Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (protección de la salud).

²¹³ Considerando 3° del fallo en comento.

A mayor abundamiento, nuestro Tribunal Supremo entiende que la identidad de género “constituye un atributo de la personalidad -un derecho humano-, el cual se ejerce, entre otras vías y, en lo pertinente a este caso particular, a través del ejercicio e igual acceso que deben tener las personas transexuales a las prestaciones médicas que requiera para conseguir dicho fin”²¹⁴ y que, en este sentido, “es deber del Estado velar por la dignidad e igualdad en el trato a las personas transexuales (...) y dentro de esa tarea se encuentra el permitirles -como a toda persona que resida en nuestro país-, el acceso real y efectivo a prestaciones médicas que sean necesarias -y en muchos casos, la única vía- para mejorar o mantener su existencia física y mental acorde al ejercicio de su libertad de autodeterminarse sexualmente dentro de un género.”²¹⁵

Asentadas estas ideas esenciales acerca de la comprensión del derecho a la identidad de género como un derecho fundamental que debe ser resguardado por el Estado y de que, en el caso particular de las personas transexuales, el acceso a prestaciones médicas de reasignación sexual permite la materialización efectiva de su identidad de género -así como también de sus derechos de igualdad ante la ley y a la dignidad humana- podemos apreciar que la Corte posee una línea argumentativa que priorizará, en virtud del principio de la primacía constitucional, la protección de los derechos fundamentales vulnerados por el acto recurrido por sobre otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, de menor jerarquía que las garantías constitucionales, como la contenida en el artículo 190 N° 8 del DFL N°1-2005 que alude a la exclusión

²¹⁴ Considerando 6° del fallo en comento.

²¹⁵ Considerando 7° del fallo en comento.

de cobertura de prestaciones médicas por carecer de arancel, pues de aplicarla en el caso concreto, se vulneraría el derecho de protección a la salud toda vez que la actora no podría acceder al financiamiento de intervenciones médicas que, por su condición de transgénero, se tornan indispensables para el mejoramiento, mantención y/o recuperación de su salud.

2.6.2.2. Análisis del fallo

La Corte Suprema estudia los argumentos esgrimidos por la recurrida para fundamentar su negativa de otorgar cobertura previsual a las cirugías de reasignación sexual solicitadas por la actora, a la luz de la normativa nacional e internacional que rige en la materia, y declara que se acoge el recurso de protección y que se ordena a la ISAPRE a bonificar únicamente las cirugías de genitoplastía feminizante y de implantes mamarios pues considera que el acto recurrido carece de razonabilidad y efectivamente vulnera los derechos fundamentales de la actora consagrados en los numerales 2, 9 y 24 de la Constitución.

Lo anterior, habida consideración de que la interpretación de las normas que se refieren a las garantías constitucionales mentadas debe ser en beneficio de las personas cuya salud se encuentra en riesgo, con mayor razón si se tiene presente que, en la especie, el costo de las prestaciones médicas cuya cobertura solicita la actora no altera las condiciones pactadas en el respectivo contrato de salud, por lo cual aquellas prestaciones deberán ser incorporadas y adaptadas al plan de salud de la actora, conforme a la homologación pertinente.²¹⁶

²¹⁶ En el considerando 18° del fallo en comento, la Corte señala: “Que, con estos antecedentes, la negativa de la Isapre recurrida para proporcionar a la recurrente la cobertura solicitada para la

Los autores de la presente investigación, estimamos que la decisión de la Corte es acertada, por las razones que a continuación exponemos:

1. La Corte interpreta los preceptos legales aplicables al caso en beneficio de la persona cuya salud se encuentra en riesgo, en virtud del principio de primacía constitucional

En primer lugar, en lo que respecta a la interpretación de las normas que versan sobre garantías constitucionales, es menester señalar que, en virtud del principio de supremacía constitucional,²¹⁷ dicha interpretación debe efectuarse de conformidad a lo preceptuado por nuestra Carta Fundamental.

realización de las cirugías de genitoplastía feminizante y la de implantes mamarios dispuesto por los médicos tratantes, carece de razonabilidad y vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 numerales 2, 9 y 24 de la Carta Política, porque como se dijo, la exegesis relativa a las normas que se refieren a las garantías constitucionales, deben ser siempre interpretadas en beneficio de las personas cuya salud se encuentra afectada, más aun si se tiene presente, que su costo no altera las condiciones pactadas respecto de las prestaciones de salud en el respectivo contrato, porque estas conforme se explicitó se deben incorporar y adaptar a los planes del salud de la usuaria, conforme a la homologación pertinente, razones por las que se impone acoger la presente acción constitucional, en los términos que se expondrá en lo resolutivo del fallo.”

²¹⁷ Este principio se desprende de los artículos 6° y 7° de nuestra ley fundamental: “Artículo 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”; “Artículo 7°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

En el presente caso, en virtud de mandato constitucional expreso,²¹⁸ el DFL N°1-2005 (que es una norma infra constitucional) regula el ejercicio del derecho fundamental a la protección de la salud.²¹⁹

Sin embargo, si bien es cierto que la Constitución determina que la ley deberá establecer la forma y condiciones en que se ejecutarán las acciones de salud y por tanto es ella la llamada a regular la manera en que se ejercerá el derecho fundamental a la protección de la salud, no podemos desconocer que la propia Constitución nos garantiza también “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”²²⁰

En el caso concreto, los números 1 y 8 del artículo 190 del DFL N°1-2005 limitan el acceso a prestaciones médicas que la actora necesita para la mantención y/o recuperación de su salud, pues permiten a la ISAPRE excluir de cobertura a las cirugías plásticas con fines de embellecimiento y también aquellas prestaciones que no se encuentren aranceladas (argumento principal de la recurrida para fundamentar el acto recurrido).

Al respecto, poniéndonos en la hipótesis de que la Corte hubiera rechazado el recurso por considerar valederos los argumentos de la recurrida en orden a que las

²¹⁸Constitución, artículo 19 N° 9 inciso 4°: “Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.” (énfasis agregado).

²¹⁹*Ibid.*

²²⁰ Constitución, artículo 19 N° 26.

cirugías genitales y de implantes mamarios constituirían cirugías estéticas y que por tanto la exclusión de su cobertura sería legítima, a la actora se le habría limitado el ejercicio del derecho fundamental a la protección de la salud en su esencia,²²¹ por cuanto ella no habría podido acceder al financiamiento de prestaciones médicas que son necesarias para la mantención y/o recuperación de su salud,²²² vulnerándose de esta forma el principio de seguridad jurídica que impone el artículo 19 N°26 de la Constitución.

En ese sentido, el fallo de la Corte nos parece acertado, por cuanto interpreta la ley aplicable al caso en beneficio de la persona cuya salud se encuentra en riesgo, privilegiando la protección de una garantía fundamental por sobre la aplicación de una ley que regula -y limita más allá de lo razonable- el ejercicio de aquella.

2. La Corte declara que las cirugías de reasignación sexual y la de implantes mamarios, en el caso concreto, no tienen carácter de cirugías estéticas

Como se puede apreciar en el fallo en comento, la Corte estima que las cirugías de reasignación sexual y de implantes mamarios no son estéticas ni persiguen el

²²¹ De acuerdo al razonamiento del Tribunal Constitucional contenido en el considerando 21° del fallo en causa Rol N° 43 del 24 de febrero de 1987: "(...) Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consubstancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador la somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica."

²²² En este sentido, la Vía Clínica señala que "La reasignación sexual quirúrgica, es efectiva en disminuir el estrés asociado a la incongruencia entre identidad de género y sexo físico, con beneficios tanto en aspectos psicológicos como sociales." P.10.

embellecimiento de la persona trans, sino más bien tienen una finalidad reparativa o curativa, por lo que a continuación se expone.

En primer lugar, es preciso recordar que la OMS entiende que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.²²³

En este sentido, si bien la transexualidad no constituye una enfermedad, patología o condición de salud mental, dada la reciente actualización de la CIE-11 que desplazó la discordancia de género desde el catálogo de trastornos mentales a la lista de “condiciones relacionadas con la salud sexual”,²²⁴ no podemos desconocer las consecuencias que derivan de esta condición y repercuten directamente en la salud y bienestar físico, mental y social de las personas trans.

Ello habida consideración de que la “discordancia de género” implica un sentimiento persistente y duradero de “Incomodidad o malestar causado por la discordancia entre la identidad de género y el sexo asignado a la persona al nacer (y el rol de género asociado y/o las características sexuales primarias y secundarias).”²²⁵

Lo anterior se traduce en que las personas trans tienen necesidades de salud específicas que pueden ayudar considerablemente a aliviar la discordancia de género

²²³OMS. Preguntas más frecuentes, ¿Cómo define la OMS la salud?. [en línea]. <[²²⁴OMS. 2022. CIE-11 para estadísticas de mortalidad y morbilidad. \[en línea\]. <\[²²⁵WPATH. 2012. Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género. \\[en línea\\]. < \\[https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_Spanish.pdf\\]\\(https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_Spanish.pdf\\)>. \\[Consulta: 19 de enero de 2022\\]. P. 105.\]\(https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http://id.who.int/icd/entity/411470068>”. \[Consulta: 15 de marzo de 2022\].</p></div><div data-bbox=\)](https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions#:~:text=%C2%BFC%C3%B3mo%20define%20la%20OMS%20la,ausencia%20de%20afecciones%20o%20enfermedades%C2%BB.>”. [Consulta: 15 de marzo de 2022].</p></div><div data-bbox=)

como, por ejemplo, la administración de hormonas que su cuerpo naturalmente no puede producir y que le permiten desarrollar rasgos o características sexuales propias del género al que sienten pertenecer²²⁶ o el sometimiento a intervenciones quirúrgicas que permitan hacer concordar su apariencia externa con su identidad autopercibida.²²⁷

En definitiva, una persona trans que sufre de un persistente malestar o incomodidad ocasionado por la discordancia entre su identidad de género y su sexo asignado al nacer es una persona que no se encuentra plenamente en una situación de bienestar y por tanto su salud está en riesgo.

Así, es innegable que las cirugías cuya cobertura solicitó la actora a la ISAPRE recurrida tienen un marcado sustento médico, constituyéndose como prestaciones médicas reparativas o curativas, y no estéticas ni con finalidades de embellecimiento como pretende la recurrida.

Finalmente, cabe señalar que esta última circunstancia es reconocida por nuestro Ministerio de Salud al señalar en la Vía Clínica que “La reasignación sexual quirúrgica, es efectiva en disminuir el estrés asociado a la incongruencia entre identidad de género y sexo físico, con beneficios tanto en aspectos psicológicos como sociales. Las cirugías de reasignación sexual no son consideradas operaciones con

²²⁶En este sentido, la *WPATH* señala que: “La terapia hormonal de feminización/masculinización – que consiste en la administración de agentes endocrinos exógenos para inducir cambios de masculinización o feminización – es una intervención médica necesaria para muchas personas trans y con variabilidad de género que se presentan con molestias o malestar intenso causado por disforia de género.” *En: Ibid.* P. 38.

²²⁷ La *WPATH* añade que: “La cirugía de reasignación de sexo – particularmente la cirugía genital – es a menudo el último paso y el más considerado en el proceso de tratamiento de la disforia de género. Mientras que muchas personas trans y con variabilidad de género se encuentran confortables con su identidad, rol y expresión de género sin necesidad de cirugía, para muchas otras la cirugía es esencial y se hace médicamente necesaria para aliviar el malestar y trastornos que les causa su disforia de género.” *En: WPATH. Op. Cit.* (N°225). P. 62.

finos cosméticos, sino un intervención que favorece la adopción satisfactoria del rol del género con el cual la persona se identifica.”²²⁸

3. La Corte declara que la identidad de género es un motivo prohibido de discriminación dentro de nuestro ordenamiento jurídico

Nuestra Constitución, por un lado, declara que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”²²⁹ y en ese sentido asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, proscribiendo la posibilidad de que la ley o autoridad alguna pudieran establecer diferencias arbitrarias.²³⁰

Por otro lado, nuestra Carta Política indica que:

“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 a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”²³¹

Por su parte, la Convención Americana de DD.HH., reconocida y ratificada por Chile, declara que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia,

²²⁸ CHILE. Ministerio de Salud. *Op. Cit.*, (N° 36). P. 10.

²²⁹ Constitución, artículo 1° inciso 1°.

²³⁰ Constitución, artículo 19 N° 2.

²³¹ Constitución, artículo 1° inciso 4°.

tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”²³², y que para la debida protección de este y de todos los demás derechos y libertades consagrados en este instrumento, prescribe 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.”²³³

En un sentido similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe en el artículo 26 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.”

²³² Convención Americana sobre DD.HH., artículo 24.

²³³ Convención Americana sobre DD.HH., artículo 1º: “Obligación de Respetar los Derechos
1. 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. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

La misma idea es recogida por nuestra legislación interna, pues la ley N° 21.120 contempla diversos principios que protegen la identidad de género, entre ellos, destaca el principio de la no discriminación arbitraria²³⁴ que obliga a los órganos del Estado a garantizar que las personas trans no sean afectadas por distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable, en los términos del artículo 2° de la ley N° 20.609.²³⁵

Es decir, si una persona es afectada por distinciones, exclusiones o restricciones que carecen de justificación razonable y que vulneran sus derechos fundamentales, está siendo discriminada arbitrariamente.

Precisamente en dicha situación se encuentra la actora, toda vez que la recurrida, de manera antojadiza y arbitraria, le denegó la cobertura financiera solicitada para la realización de cirugías de readecuación corporal arguyendo, por un lado, que la discordancia de género no es una enfermedad, patología o condición mental, y por otro, que las prestaciones médicas solicitadas son de carácter estético y por tanto se pueden excluir de cobertura.

Estos argumentos carecen de razonabilidad considerando, en primer lugar, que si bien es efectivo que la discordancia de género no es una enfermedad mental, no

²³⁴ Ley N°21.120, artículo 5° letra b).

²³⁵Ley N° 20.609, artículo 2° inciso 1°: “Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.”

podemos desconocer el hecho de que muchas personas trans pueden presentar un malestar o incomodidad persistente asociado a esta incongruencia entre género experimentado y sexo asignado al nacer²³⁶, y que por lo mismo, la OMS se ha visto en la necesidad de catalogar este diagnóstico como una “condición relacionada con la salud sexual”, y en este sentido, es un problema sanitario que por supuesto amerita el acceso a acciones de recuperación de la salud que en la especie serían las cirugías de reasignación sexual y de implantes mamarios.

En segundo lugar, considerando que sobre la ISAPRE recurrida pesa la obligación legal de financiar las prestaciones y beneficios de salud a sus afiliados,²³⁷ en la forma, modalidad y condiciones que se hayan convenido libremente entre las partes en el respectivo contrato de salud.²³⁸

Sin embargo, debido a que las normas que regulan el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud son de orden público, el legislador ha limitado

²³⁶ *American Psychological Association*. ¿Ser transgénero es un trastorno mental?. [en línea]. <https://www.apa.org/topics/lgbtq/transgenero#:~:text=Transg%C3%A9nero%20es%20un%20t%C3%A9rmino%20global,se%20les%20asign%C3%B3al%20nacer>. [Consulta: 29 de marzo de 2022]

²³⁷ Al respecto, el inciso 1° del artículo 171 del DFL N°1-2005 dispone que “Las Instituciones de Salud Previsional financiarán las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior convenida, a las personas que indica el artículo 135 de esta Ley.”

²³⁸ DFL N°1, artículo 189: “Para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud que norma esta ley, las personas indicadas en el artículo 184 deberán suscribir un contrato de plazo indefinido, con la Institución de Salud Previsional que elijan.

En este contrato, las partes convendrán libremente las prestaciones y beneficios incluidos, así como la forma, modalidad y condiciones de su otorgamiento. Con todo, los referidos contratos deberán comprender, como mínimo, lo siguiente:

a) Las Garantías Explícitas relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad contempladas en el Régimen General de Garantías en Salud, en conformidad a lo dispuesto en la ley que establece dicho Régimen.

Asimismo, se deberá pactar un plan complementario a las Garantías Explícitas señaladas precedentemente, el que incluirá los beneficios del artículo 149 de esta Ley, y los referidos en el artículo 194 de esta ley, en tanto no sean parte de dichas Garantías Explícitas, incluyendo copagos máximos, porcentajes de cobertura y valores sobre los cuales se aplicarán, según corresponda. Este plan deberá contemplar, a lo menos, las prestaciones y la cobertura financiera que se fije como mínimo para la modalidad de libre elección que debe otorgar el Fondo Nacional de Salud, de acuerdo a lo dispuesto en el Régimen General de Garantías en Salud. (...)”

la autonomía de la voluntad de las partes estableciendo un contenido mínimo para este tipo de contratos, señalando entre otras menciones, que se deberá pactar un plan complementario a las Garantías Explícitas de Salud que “deberá contemplar, a lo menos, las prestaciones y la cobertura financiera que se fije como mínimo para la modalidad de libre elección que debe otorgar el Fondo Nacional de Salud, de acuerdo a lo dispuesto en el Régimen General de Garantías en Salud.”²³⁹

La cobertura financiera mínima que el FONASA debe otorgar a sus afiliados en la MLE es la expresada en el inciso 2° del artículo 143 del DFL N°1-2005:

“Dicha modalidad se aplicará respecto de prestaciones tales como consultas médicas, exámenes, hospitalizaciones, intervenciones quirúrgicas y obstétricas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos y demás que determine el Ministerio de Salud, formen parte o no de un conjunto de prestaciones asociadas a un diagnóstico.”²⁴⁰

Estas prestaciones fueron determinadas por medio de la Resolución Exenta N° 1008 de 24 de diciembre de 2019, de los Ministerios de Salud y de Hacienda que fija el Arancel de la Modalidad de Libre Elección para el año 2020, que es el arancel que se encontraba vigente al acaecimiento de los hechos que fundan el recurso.²⁴¹

²³⁹ *Íbid.*

²⁴⁰ Se puede apreciar que estas prestaciones médicas coinciden con las que el artículo 138 del DFL N°1-2005 denomina “prestaciones de asistencia médica curativa”.

²⁴¹ CHILE. Ministerio de Salud y de Hacienda. 2019. Resolución Exenta N° 1008 de 24 de diciembre de 2019 que aprueba Arancel 2020. [en línea]. <<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/prestadores/modalidad-libre-eleccion>>. [Consulta: 29 de marzo de 2022].

Entre aquellas prestaciones, se contemplan códigos para bonificar algunas de las intervenciones quirúrgicas que forman parte de un proceso de readecuación corporal de género masculino a femenino, como las que solicitó la actora a la recurrida.²⁴²

Entonces, relacionando todo lo ya expuesto, queda en evidencia que la negativa de la ISAPRE de otorgar cobertura financiera a las cirugías de readecuación corporal solicitadas por la actora constituye un acto de discriminación arbitraria fundado únicamente en que ésta es una mujer transgénero, pues le niega la posibilidad de financiar prestaciones médicas que se encuentran contempladas en el arancel del FONASA para la Modalidad de Libre Elección -que constituye el piso mínimo de cobertura que por ley una ISAPRE debe otorgar a sus afiliados- asilándose en la despatologización del transgenerismo para restringir a su antojo la cobertura financiera a que por ley tiene derecho la actora.

Los autores de la presente investigación estimamos que efectivamente la ISAPRE se encuentra obligada por ley a financiar las prestaciones médicas cuya cobertura solicitó la actora, pues constituyen prestaciones de asistencia médica curativa que le permitirán hacer efectivo su derecho constitucional de protección de la salud, aliviarán su disconformidad de género y concretizarán su derecho a la identidad, al permitirle vivir y expresarse plenamente como lo que es, una mujer.

²⁴² De acuerdo al arancel del FONASA para la MLE año 2020, se encuentran aranceladas las siguientes intervenciones quirúrgicas que forman parte de una genitoplastia feminizante: orquiectomía y amputación parcial del pene. En lo que respecta a las cirugías de feminización corporal, únicamente se encuentra arancelada la cirugía de implantes mamarios (mamoplastia de aumento unilateral).

4. La Corte declara que el asunto es susceptible de ser conocido y resuelto por la vía cautelar

Finalmente, en cuanto al argumento de la recurrida de que no es pertinente resolver el asunto por la vía cautelar porque no hay en la especie derechos indubitados ni preexistentes, y que en consecuencia, debe ser resuelto en un juicio arbitral de lato conocimiento en que se declare primeramente la existencia del derecho que se alega en el presente recurso, señalamos que ello no es efectivo, toda vez que lo que pareciera plantear la recurrida en sus alegaciones es que no es indubitado el derecho de la actora de acceder a las prestaciones médicas cuya cobertura solicita -por su supuesto carácter de cirugías estéticas y por no estar aranceladas- , cuando en realidad el meollo del asunto es que la negativa de la recurrida de proporcionar aquella cobertura pone en riesgo la seguridad y efectividad de los derechos fundamentales de la actora, que sí son indubitados y preexistentes, como su derecho a la protección de la salud y a la igualdad ante la ley, contemplados y garantizados expresamente en nuestra Constitución²⁴³ y en Tratados Internacionales ratificados y vigentes en Chile,²⁴⁴ cuya concretización en la especie, como bien señala la Corte, “se ejerce entre otras vías y, en lo pertinente a este caso particular, a través del ejercicio e igual acceso que deben tener las personas transexuales a las prestaciones médicas que requiera para conseguir dicho fin.”²⁴⁵

²⁴³ En los números 2 y 9 del artículo 19 de la Constitución, respectivamente.

²⁴⁴ Convención Americana sobre DD.HH., artículo 24: “Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

²⁴⁵ Considerando 6° del fallo en comento.

Por tanto, estimamos que la alegación de la recurrida es impertinente pues los derechos de la actora que han sido vulnerados por el acto recurrido se encuentran expresamente amparados por la acción de protección, en los términos que dispone el inciso 1° del artículo 20 de la Constitución; con mayor razón considerando que esta vía cautelar es procedente “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”²⁴⁶

²⁴⁶Constitución, artículo 20 inciso 1°: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°,12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.”

CONCLUSIONES

Nuestra Constitución establece en su artículo 19 ciertos derechos fundamentales que son reconocidos y asegurados para todas las personas, sin distinción, con la finalidad de que el Estado y sus órganos e instituciones velen por su cumplimiento irrestricto, como lo son el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona, la igualdad ante la ley, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia, y el derecho a la protección de la salud.

Sin embargo, hemos evidenciado a lo largo de esta investigación que aquellos derechos fundamentales no se encuentran debidamente protegidos para las personas trans en Chile, pues enfrentan múltiples y diversos desafíos cada vez que son víctimas de actos de discriminación arbitraria que tienen como única motivación la discordancia entre su sexo y género, viendo frecuentemente vulnerados sus derechos fundamentales en casi todas las esferas de sus vidas, no escapando de aquella realidad, su protección de la salud.

Así, sin perjuicio del reconocimiento expreso de aquellas garantías constitucionales y del deber del Estado de propender a su materialización efectiva, nuestro ordenamiento jurídico contiene severas falencias y carencias al momento de regular el acceso a la salud de las personas trans dejándolas desprotegidas al momento de requerir la satisfacción de sus necesidades médicas, tanto en instituciones de salud públicas como privadas.

En este sentido, la existencia de la ley N° 20.609, cuya finalidad fue establecer medidas de antidiscriminación en las esferas antes referidas; de la ley N° 21.120 que reconoce y da protección a la identidad de género; de la ley N° 20.584 que, en conjunto con las circulares N° 34 y N° 21 del MINSAL, tienen por finalidad, entre otras cosas, garantizar un trato digno respetando la vida privada y honra de las personas trans durante sus atenciones de salud; y de la Vía Clínica para la adecuación corporal de personas con incongruencia entre sexo físico e identidad de género que regula de manera uniforme los procedimientos médicos de adecuación corporal de personas trans que se atienden en el sistema público de salud; se tornan insuficientes para la debida protección del acceso a la salud de las personas trans, quienes en múltiples ocasiones se han visto imposibilitadas de acceder a cobertura financiera para las intervenciones médicas que requieren en su proceso de transición corporal y hormonal por carecer de codificación en los aranceles o porque simplemente las instituciones aseguradoras se niegan a cumplir su obligación de financiarlas por no tener supuestamente una finalidad reparativa o curativa.

De este modo, debido a todo lo expuesto, consideramos que Chile tiene una enorme deuda para con la comunidad trans al no regular ni legislar de manera apropiada su protección en materia de salud, especialmente considerando que el Estado no ha cumplido sus obligaciones y las numerosas recomendaciones emitidas por entidades internacionales para efectos de avanzar en un ordenamiento jurídico más amigable e inclusivo con las diversidades sexuales y de género.

Así, a criterio de los autores de la presente memoria, se deben realizar las siguientes modificaciones con extrema urgencia:

- 1) Sería pertinente que la autoridad sanitaria estableciera un plan nacional de salud trans, que uniformara las normas de trato y respeto del nombre social de las personas trans en todos los establecimientos de salud de la red asistencial de nuestro país.
- 2) Atendida la escasa presencia de programas integrales de salud trans en Chile -que se encuentran focalizados en 3 regiones del país- se torna necesario diseñar e implementar este tipo de programas en todos los Servicios de Salud de la Red Asistencial, de manera que todos los usuarios trans tengan acceso, con igualdad de oportunidades, a las atenciones médicas que requieren para sus procesos de adecuación corporal.
- 3) Debido a la antigüedad y carencias sustanciales que presenta la Vía Clínica, se hace necesaria la actualización e incorporación de un protocolo que regule la adecuación corporal hormonal y quirúrgica de los menores de edad transgéneros en este instrumento técnico.
- 4) Es necesario legislar para que los Centros de Salud Privados tengan la obligación de respetar el nombre social de las personas trans. Al respecto, se encuentra pendiente de tramitación un proyecto de ley que modifica la ley N° 20.584 en lo relativo a la incorporación del nombre social en la ficha clínica de los pacientes.
- 5) Sería pertinente la incorporación de un código que contemple la genitoplastía como una resolución integral, pues actualmente sólo es posible bonificar determinadas prestaciones que la componen de manera individual, habiendo otras prestaciones que carecen de arancel, generando conflictos de cobertura

previsional entre afiliados o beneficiarios y las instituciones aseguradoras de salud.

- 6) Finalmente, se hace necesaria la incorporación de asignaturas que aborden la salud trans de manera específica en los planes de estudio de las escuelas y facultades de Medicina y de Salud de las Universidades chilenas, además de una adecuada difusión de las normas legales y administrativas relativas al trato digno y de respeto que merecen las personas trans durante sus atenciones de salud.

BIBLIOGRAFÍA

- *AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION*. ¿Ser transgénero es un trastorno mental?. [en línea]. <[https://www.scielo.br/j/cpa/a/nkbQgnc3btMTbGr3yJL3kKG/?lang=es&format=pdf](https://www.apa.org/topics/lgbtq/transgenero#:~:text=Transg%C3%A9nero%20es%20un%20t%C3%A9rmino%20global,se%20les%20asign%C3%B3%20al%20nacer.>>• AMIGO, A. 2019. Un recorrido por la historia trans: desde el ámbito biomédico al movimiento activista social. <i>Cadernos pagu</i> /57. [En línea] <
- ARGENTINA, Ministerio de Salud y Desarrollo Social. 2018. Atención Integral de la salud de las personas trans: Recomendaciones para los equipos de salud. [En línea] < https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2018-10/0000000877cnt-2018-10_atencion-personas-trans.pdf >
- Atención de salud de personas transgéneros para médicos no especialistas en Chile. 2019. Por Antonio Zapata “et al”. *Revista Médica de Chile*. Volumen 147. (1). Santiago, Chile. [En línea] <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872019000100065&lang=pt>
- BACIGALUPI, M. 2020. Surgimiento y evolución del concepto trans y su expresión en Uruguay. Trabajo final de Grado, Universidad de la República de Uruguay. Febrero, 2020. Montevideo, Uruguay. [En línea]

<https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/25199/1/trabajo_final_de_grado_matias_bacigalupi_2-1.pdf>

- Barreras en la asistencia sociosanitaria en personas transexuales: revisión sistemática de estudios cualitativos. 2017. Por Marina Aylagas-Crespillo “et al”. Enfermería Clínica. Volumen 28. (4). [En línea] <<https://daneshyari.com/article/preview/8568710.pdf> >
- BERREDO DE TOLEDO, L. 2011. Dificultades administrativas enfrentadas por las personas trans en la Región Metropolitana de Chile. Tesis para acceder al Grado Académico de Licenciado en Comunicación Social. Santiago de Chile. Noviembre de 2011. [En línea] <<http://bibliotecadigital.academia.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/2188/TPERIO%2096.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
- CHILE. Proyecto de Ley Derogación de Art. 365 y 373 del Código Penal por discriminación a homosexuales. Liceo Diego de Almeida. Diego de Almagro, Región de Atacama. [En línea] <https://www.bcn.cl/delibera/show_iniciativa?id_colegio=3392&idnac=2&patro=0&nro_torneo=2019>
- CHILE, Departamento de estudios, extensión y publicaciones de Biblioteca del Congreso Nacional. 2019. Evolución del Concepto de Género: Identidad de género y la orientación sexual. Septiembre, 2019. Santiago de Chile. [En línea] <<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=56104>>

- CHILE, Ministerio de Relaciones Exteriores. Información sobre La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile. [En Línea] < https://www.minrel.gob.cl/informacion-sobre-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/minrel_old/2009-04-22/085224.html>
- CHILE ATIENDE. 2022. Cambio de nombre y/o apellido y rectificación de la partida de nacimiento. [en línea]. <<https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/3379-cambio-de-nombre-yo-apellido-y-rectificacion-de-la-partida-de-nacimiento>>.
- COBOS, A. 2017. Hijaras, entre los discursos occidentales y la realidad: El difícil encaje de la emancipación LGTBI occidental y el tercer género indio. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. España. [En línea] < https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/35815/Cobos_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- CORDERO, E. 2019. Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional. Revista Ius et Praxis. Año 25. (1): 285 – 334.
- DE BENITO, E. 2018. La OMS saca la transexualidad de la lista de enfermedades mentales. [En línea] El País en Internet. 19 de junio, 2018. <https://elpais.com/internacional/2018/06/18/actualidad/1529346704_000097.html>
- EGEEA, A. 2005. Eufratense et Osrhoene: Poblamiento romano en el Alto Éufrates Sirio Antig. Crist. Universidad de Murcia XXII. [En línea] <https://www.academia.edu/1638591/Eufratense_et_Osrhoene_Poblamiento_rom>

ano_en_el_Alto_%C3%89ufrates_sirio_Eufratense_et_Osrhoene_Roman_Settlement_in_the_Upper_Syrian_Euphrates>

- ETEROVIC, P. 2017. El derecho al nombre social en las atenciones de salud de pacientes transgéneros menores de edad. Anuario de DDHH. N° 13: 149-160.
- FERNÁNDEZ, M. y GARCÍA-VEGA, E. 2012. Surgimiento, evolución y dificultades del diagnóstico de transexualismo. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. Volumen 32. (113). Madrid. [En línea] <https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352012000100008>
- FONASA. 2022. Modalidad de Libre Elección. [en línea]. <<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/prestadores/modalidad-libre-eleccion>>.
- FONASA. 2022. Tramos 2022. [en línea]. <<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/tramos>>.
- GALAZ, C. 2019. Suicidio de joven trans y la tiranía del modelo heterosexual. Columna de opinión Universidad de Chile. 6 de junio de 2019. [En línea] <<https://www.uchile.cl/noticias/154486/columna-suicidio-de-joven-trans-y-la-tirania-del-modelo-heterosexual>>
- La Transexualidad, transexualismo o trastorno de la identidad de género en el adulto: Concepto y características básicas. 2006. Por Esther Gómez “et al”. Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace (78):7-12. Barcelona.

- LAMAS, M. 1994. Cuerpo: diferencia sexual y género. [En línea] <<https://www.icmujeres.gob.mx/wp-content/uploads/2020/05/2.-Cuerpo-Diferencia-sexual-y-genero.pdf>>
- Los cuerpos trans femenino/masculino mayores de 18 años y los significados construidos por las instituciones de salud pública en la comuna de Quilicura en el 2019. 2019. Por Javiera González “et al”. Memoria de título para optar al título profesional de Trabajadora Social, Universidad Andrés Bello. Santiago, Chile. [En Línea] <https://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/18631/a131969_Gonzalez_J_Los_cuerpos_trans_femenino_masculino_2019_Tesis.pdf?sequence=1>
- MARTÍNEZ, L. y ARREDONDO, A. 2021. Barreras de acceso a los servicios de salud para mujeres transgénero. Horizonte Sanitario. Volumen 20. (1). Instituto Nacional de Salud Pública, Mexico. [En línea] <<https://www.redalyc.org/journal/4578/457868616002/html/>>
- MEYER et., al. 2001. The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's Standards Of Care For Gender Identity Disorders. Sexta versión. [en línea]. <<https://www.cpath.ca/wp-content/uploads/2009/12/WPATHsocv6.pdf>>. Febrero de 2001.
- MISSÉ, M y COLL-PLANAS, G. 2010. La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas. Universitat Autònoma de Barcelona. Norte de Salud mental. Volumen XIII. (38):44-55.

- MOVILH, Chile. 2018. Histórico: La OMS deja de considerar a la transexualidad como una enfermedad mental. [En línea] <<https://www.movilh.cl/historico-la-oms-deja-de-considerar-a-la-transexualidad-como-una-enfermedad-mental/>>
- OMS. 2022. CIE-11 para estadísticas de mortalidad y morbilidad. [en línea]. <<https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http://id.who.int/icd/entity/411470068>>.
- OMS. 2022. La OMS mantiene su firme compromiso con los principios establecidos en el preámbulo de la Constitución. [En línea] <<https://www.who.int/es/about/governance/constitution#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,o%20condici%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20o%20social>>
- ORGANIZANDO TRANS DIVERSIDADES. 2021. Mapa de Salud Trans. [en línea]. <<https://otdchile.org/mapa-trans-otdchile/>>.
- PINTO R. y PINTO, L. 2014. Theoretical Roman Archaeology Journal. Transgendered Archaeology: The Galli and the Catterick Transvestite. [En Línea] <https://www.researchgate.net/publication/320359751_Transgendered_Archaeology_The_Galli_and_the_Catterick_Transvestite>
- RODRÍGUEZ, J. 2015. Escalas de Depresión y Ansiedad para Personas Transexuales. En Psicología desde el Caribe. Volumen 32. (1). Barranquilla. [En línea] <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-417X2015000100003>
- RUEDA, A. 2015. Derechos de las personas trans. [En Línea] <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34727.pdf>>

- Una reflexión sobre el concepto de género alrededor de la transexualidad. 2008. Por Trinidad Berguero “et al”. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. Volumen 28. (1). Madrid. [En línea] <https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352008000100013>
- VALENZUELA, M. 2020. La Sodomía en el derecho penal chileno del siglo XIX. Revista de estudios histórico-jurídicos. (42). Valparaíso. Agosto 2020. [En línea] <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552020000100635&lang=pt>
- VARAS, P., y MOHOR, S. 1998. La esencia de los derechos constitucionales, artículo 19 N° 26 de la Constitución. Repositorio académico UGM. Número 1 – 2: 151-164.
- WPATH. 2012. Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género. [en línea]. <https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_Spanish.pdf>.

LEGISLACIÓN Y NORMAS ADMINISTRATIVAS INTERNAS

- Constitución Política de la República de Chile.
- DFL N°1-2005 del Ministerio de Salud.
- Ley N° 21.120
- Ley N° 20.584

- Ley N° 20.609
- Decreto Supremo N° 140 del año 2004 del Ministerio de Salud
- Vía Clínica para la adecuación corporal en personas con incongruencia entre sexo físico e identidad de género.
- Circular N° 34 del Ministerio de Salud.
- Circular N° 21 del Ministerio de Salud.
- Circular IF N° 336 de la Superintendencia de Salud.
- Resolución exenta N° 89 del año 2022 de los Ministerios de Salud y Hacienda.
- Resolución exenta N° 1717 del año 1985 del Ministerio de Salud.

TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

- Convención Americana sobre DD.HH.
- Opinión Consultiva N° 24 de la Comisión Interamericana de DD.HH., presentada por el Estado de Costa Rica.
- Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.
- Principios de Yogyakarta

JURISPRUDENCIA

- Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 61.389-2018. Sentencia de 19 de octubre de 2018.

- Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 27.405-2020. Sentencia de 8 de agosto de 2020.
- Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 35.639-2016. Sentencia de 6 de octubre de 2016.
- Excma. Corte Suprema. Rol N° 97.283-2020. Sentencia de 10 de noviembre de 2020.
- Excma. Corte Suprema. Rol N° 70.584-2016. Sentencia de 29 de mayo de 2018.
- Excma. Corte Suprema. Rol N° 79.930-2016. Sentencia de 14 de noviembre de 2016.