

LEY 21.120, QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO: COMENTARIOS CRÍTICOS ANTES DE SU ENTRADA EN VIGENCIA.

CHILE'S BILL 21.120, THAT RECOGNIZES AND PROTECTS THE RIGHT TO A GENDER IDENTITY: CRITICAL COMMENTS BEFORE THE LAW GOES INTO EFFECT.

SEBASTIÁN CATALÁN ZAPATA * **
Universidad de La Serena - Chile

RESUMEN: El presente trabajo busca analizar la Ley de Identidad de Género, actualmente en un periodo de vacancia legal. El trabajo identifica el procedimiento judicial que se ha realizado previo a la Ley 21.120, realiza un análisis crítico de la nueva Ley, consigna los procedimientos administrativos y judiciales que se establecerán cuando la normativa entre en vigencia, así como las consecuencias de ejercer estas acciones y las falencias que la norma posee.

PALABRAS CLAVES: Identidad de Género, Ley 21.120, sexo registral, nombre.

ABSTRACT: This paper aims to analyze Chile's Gender Identity Act, currently on a legal vacancy period. This paper identifies the judicial procedure done before Bill 21.120, does a critical analysis of the new Bill, identifies the new administrative and judicial procedures established on this Bill, and the consequences of exercising these actions, and the problems this law has.

KEYWORDS: Gender Identity, Bill 21.120, gender registration, name.

* Estudiante de 5to año y Alumno Ayudante de la Carrera de Derecho, Universidad de La Serena, Chile. Correo electrónico: scatalan1@alumnosul.cl .

** Este trabajo corresponde al texto de la ponencia presentada en el 1er Congreso Estudiantil de Derecho Privado de la Universidad de Concepción, los días 29 y 30 de agosto de 2019.

I.- INTRODUCCIÓN

El 10 de diciembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial la Ley 21.120, que Reconoce y da Protección al Derecho a la Identidad de Género – en adelante la Ley-. La Ley fue un largo anhelo de la comunidad *trans*¹ del país, pero que sin embargo tuvo una discusión extensa, desde la presentación de la moción parlamentaria que le dio origen, hasta su despacho y promulgación final.

La Ley reconoce el derecho a la identidad de género, y a su vez, establece derechos y garantías derivados del reconocimiento del derecho a la identidad de género, además de reconocer ciertos principios derivados del mismo, pero por sobre todo, establece los procedimientos administrativos y judiciales, según el caso, que le permiten al individuo que así lo requiera, solicitar hasta por un máximo de dos ocasiones, la rectificación de su partida de nacimiento, en virtud del cambio de sexo y nombre con los cuales fue inscrito ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, para que estos concuerden con la Identidad de Género que el solicitante percibe como propia.

En este momento, la Ley –o Ley de Identidad de Género como se le conoce periódicamente–, se encuentra en un periodo de vacancia legal, a la espera de los reglamentos que regulen tanto los programas de acompañamiento para niños, niñas y adolescentes que lo requieran para asistir su tránsito de género, así como la regulación del procedimiento administrativo de solicitud de rectificación de la partida de nacimiento.² Sin embargo, ello no es impedimento para analizar este producto legislativo.

El objetivo de este trabajo es, en primer lugar, identificar el procedimiento realizado hasta ahora para obtener la rectificación de la partida de nacimiento; en segundo lugar, analizar la Ley y sus características, así como los procedimientos administrativos y judiciales para obtener el cambio de sexo y nombre registral; y finalmente, analizar los efectos de esta solicitud, conforme a los casos que contempla la Ley, realizando críticas al producto legislativo.

¹ Se habla de *personas trans* para agrupar tanto a personas transexuales y personas transgénero. Siguiendo el concepto que nos entrega el Movimiento de Liberación Homosexual (MOVILH), estas serían aquellas personas que “tienen una identidad de género distinta a la del sexo biológico y al sexo y nombre legal asignados al nacer”. Se habla de *personas transgénero* cuando estas no se han realizado cirugías o tratamientos de reasignación de género, lo que sí se verifica en el caso de las personas transexuales. Véase la voz “transexual” en documento: “GLOSARIO”, Página web de *Chiletrans*, en línea: <http://www.movilh.cl/trans/conceptos.html>, consultada: 8 de junio de 2019.

² Artículo zero Transitorio de la Ley: “La presente ley entrará en vigencia transcurridos ciento veinte días después de la última publicación en el Diario Oficial de los reglamentos a que hace referencia el artículo 26”.

II.- SITUACIÓN ACTUAL DE LA RECTIFICACIÓN DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO POR MOTIVO DE CAMBIO DE SEXO Y NOMBRE.

Hasta hoy, quienes buscaban cambiar de sexo y nombre registral, recurrían a alguna de las causales de la Ley 17.344 de 1970, la cual contiene tres motivos para proceder al cambio de nombre, en conjunto con la Ley 4808 de 1930 sobre el Registro Civil.³ Quienes requerían la rectificación utilizaban la causal contemplada en el artículo 1° letra b) de la Ley 17.344: “cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios”.

La tendencia mayoritaria de nuestros tribunales ha sido la de autorizar el cambio de sexo en conjunto con el cambio de nombre. Sin embargo, en lo que no existe acuerdo en nuestra jurisprudencia, es sí, para realizar el cambio del sexo registral, se requiere que el solicitante se haya practicado una cirugía de reasignación de sexo, o hubiese iniciado algún tipo de tratamiento hormonal. En este sentido, TAPIA⁴ realiza un análisis en el que identifica la tendencia de nuestros tribunales, a la hora de resolver estos casos.

Al realizar el análisis de estos grupos de tendencias jurisprudenciales de nuestros tribunales de justicia, TAPIA identifica las motivaciones de los tribunales de primera instancia para rechazar la solicitud de cambio de nombre y de sexo, por no verificarse la realización de una cirugía de reasignación de sexo. El fundamento principal se basa en el artículo 31 de la Ley 4808, el cual establece la imposibilidad de imponer nombres equívocos respecto del sexo del nacido. En cambio, las que sí acceden, en las que se verifica la realización de este procedimiento quirúrgico, señalan que, si bien la ley no autoriza a realizar el cambio de sexo, tampoco hay normativa que lo prohíba, y ya habiéndose realizado esta cirugía, no hay razón para impedir esta rectificación.⁵

Hasta el año 2011, en los tribunales superiores de justicia, se observaba como tendencia dominante la de exigir la cirugía de reasignación de sexo para acceder a la petición de cambio de sexo, sin embargo, desde ese año en adelante, se pudo observar un cambio en la tendencia jurisprudencial de estas cortes, así como en los juzgados civiles, donde han accedido a estas peticiones sin necesidad de estos procedimientos.

Las motivaciones que fundamentarían estas peticiones de cambio de nombre y sexo registral, se basan en una disconformidad entre el sexo y nombre legal, así como un

³ ESPEJO, Nicolás; LATHROP, Fabiola, “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de Ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2015, N°2, p. 395.

⁴ TAPIA, Javiera, “Reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, no publicada, 2015, pp. 18-24.

⁵ *Ibid.*, p. 18.

sentimiento profundo de sentirse pertenecientes a un género opuesto, y que, por este motivo, han sido víctimas de discriminación y humillaciones.⁶

MUÑOZ⁷ en su trabajo nos provee de cifras de estas solicitudes: a través de su búsqueda en la base de datos del Poder Judicial, obtuvo 86 solicitudes de cambio de sexo y de género, las que fueron presentadas por 47 personas transexuales femeninas y 39 personas transexuales masculinas. De este universo de solicitudes, 69 fueron acogidas, 11 fueron rechazadas, mientras que 6 fueron acogidas parcialmente.⁸ Sin embargo, no todas las sentencias identifican si quien las solicita ha debido realizarse una cirugía de reasignación de sexo o algún tratamiento tendiente a un cambio permanente de sexo.

MUÑOZ se atreve a aventurar las motivaciones que tendrían los tribunales, pues como bien señala el autor, citando a HILBINK,⁹ “los tribunales chilenos, históricamente, se han caracterizado por su reticencia a interpretar las leyes de manera creativa”,¹⁰ la que este atribuye a la sumisión de los tribunales de primera instancia a las Cortes de Apelaciones y, en última instancia, a la Corte Suprema, lo que, en opinión de este autor, ha construido una jurisprudencia poco original, con aversión al riesgo.

En su trabajo, MUÑOZ atribuye la tendencia para acoger estas solicitudes a dos factores: el primero, una especie de empatía judicial, por la cual los jueces son capaces de imaginar el sufrimiento del peticionario, y, por lo tanto, amplían sus criterios interpretativos para resolver el conflicto. Por otro lado, estaría lo que el autor llama “la complementariedad epistemológica entre ciencias del cuidado de la salud y el saber jurídico”,¹¹ ya que las solicitudes de cambio de sexo analizadas, recibidas por los tribunales de justicia, presentan una serie de antecedentes sobre los tratamientos e intervenciones quirúrgicas tendientes a la asignación de sexo, y que al ser sometidos al conocimiento del juez, y a falta de normativa que resuelva el conflicto, le permiten a este, sustentado en los conocimientos científicamente asentados de la ciencia médica, someter la materia, en este caso la biología, al designio humano.¹² Esto apoyado, además, en que en los casos analizados en que se rechaza el cambio de sexo, este rechazo se funda en la falta de la cirugía de reasignación de sexo. Precisamente, por esta razón, y

⁶ *Ibid.*, p. 19.

⁷ MUÑOZ, Fernando, “El reconocimiento legal de la transexualidad en Chile mediante el procedimiento judicial de cambio de nombre. Un caso de complementariedad epistemológica entre medicina y derecho”, *Revista Médica de Chile*, 2015, vol. 143 N°8, pp. 1015-1019.

⁸ *Ibid.*, p. 1017.

⁹ HILBINK L., “Jueces y política en democracia y dictadura: lecciones desde Chile”, FLACSO, Ciudad de México, México, 2014. En MUÑOZ, cit. (N. 7), p. 1018.

¹⁰ MUÑOZ, cit. (n. 7), p. 1018.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

por los análisis que se realizaban en el Servicio Médico Legal durante la tramitación de esta solicitud, este proceso se califica como atentatorio de los derechos humanos.¹³

En el campo doctrinal, ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, a propósito de los atributos de la personalidad y, en específico, el nombre, tratan el caso del *cambio de nombre propio de los transexuales*.¹⁴ Los autores señalan que si bien ninguna ley¹⁵ trata el caso que una persona demande el cambio de nombre propio, como una acción consecuencia del cambio de su identidad física, “*la equidad y la lógica elemental obligan a reconocer ese derecho junto con el de solicitar la rectificación de la mención del sexo asentada en la inscripción de nacimiento del Registro Civil*”.¹⁶ Estos autores se centran en un único caso, que es el caso en que una persona, mediante tratamientos hormonales y quirúrgicos, realiza un cambio, “*si no de sexo estrictamente hablando, uno irreversible de la apariencia y la identidad física*”.¹⁷

Los anteriores autores establecen dos motivaciones legales para solicitar el cambio de nombre, y consecuentemente el cambio de sexo: un error sobreviniente respecto a la inscripción de nacimiento y de los nombres del inscrito, así como también, el caso del art 1° letra a) de la ley 17.344, que permite el cambio de nombres u apellidos cuando unos u otros sean ridículos, o menoscaben moral o materialmente a la persona.¹⁸ Finalmente, estiman que lo que se debería hacer, es que se pida el cambio de sexo y de nombres armonizados con dicho nuevo sexo registral, como un hecho nuevo, a partir de cierta fecha.

Por otro lado, CORRAL difiere de la posición de aquellos que estiman que es posible solicitar el cambio de sexo, en conjunto con la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento, por cambio de nombre.¹⁹ En este sentido, señala que si bien se puede proceder al cambio de nombre por el que la persona haya sido conocida por más de cinco años, en su opinión, sería improcedente realizar el cambio de sexo registral, pues la legislación vigente no le permite al juez autorizar, en conjunto con la rectificación del nombre, una rectificación del sexo registral, y donde el legislador no se ha pronunciado, no le corresponde al juez legislar. Así este autor entiende que debe mantenerse el sexo biológico y genético con el cual la persona fue inscrita ante el Servicio de Registro Civil e Identificación.²⁰

¹³ *Ibid.*, p. 1019. Véase para mayor abundamiento, RIVERA, Andrés, “Informe sobre Chile – Violación a los DDHH de Personas Transexuales. Quinta Ronda del Examen Periódico Universal ONU (Organización de las Naciones Unidas)”, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago, 2012, en línea: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/03/EPU-OTD.pdf>, consultada: 9 de mayo de 2019.

¹⁴ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015, 8ª ed., T.I, pp. 409-522.

¹⁵ Al momento de la redacción de la octava edición del *Tratado de Derecho Civil*, en 2015.

¹⁶ ALESSANDRI y otros, cit. (n. 14), p. 433.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 434.

¹⁹ CORRAL, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte general*, Legal Publishing, Santiago, 2018, 1ª ed., pp. 351-411.

²⁰ *Ibid.*, p. 351.

Es posible comprender que los autores clásicos no se refirieran al concepto de género a la hora de analizar los atributos de la personalidad, pues en ese tiempo no se tenía la sensibilidad que hoy tenemos de este concepto, por lo que bien podríamos concluir que el elemento del sexo del individuo era algo que se daba por supuesto, a la hora de determinar el nombre del sujeto recién nacido. Pero en nuestros días, ya no es posible pasar este elemento por alto.

Sexo y género son conceptos relacionados, más no iguales, algo de lo cual debemos ser conscientes. RAVETLLAT²¹ señala que el sexo sería el elemento biológico, que demuestra la dualidad hombre/mujer, permitiendo clasificar a las personas en hombre, mujer y -si se quiere- intersex, utilizando para esta clasificación las características biológicas y anatómicas del individuo;²² mientras que el género, en palabras de APARISI, “conduce a una representación psicológico-simbólica, una construcción histórica y antropológico-cultural. Integra, asimismo, roles y pautas de comportamiento, con los condicionamientos sociales que ello conlleva”.²³

Acorde a la diferenciación entre los conceptos de sexo y de género que realizamos en el párrafo anterior, debemos entender al sexo como un elemento físico y biológico, mientras que el género es una construcción cultural. Siguiendo a RAVETLLAT, la expresión identidad de género “hace referencia al sentimiento de pertenecer a un determinado género, biológica o físicamente”.²⁴ Esto es muy relevante, pues en palabras del mismo autor, “toda persona para alcanzar un nivel pleno de bienestar necesita que exista una cierta coherencia entre lo que es y lo que siente que es, e incluso lo que otros piensan que es”.²⁵ Asimismo, ESPEJO y LATHROP consideran que “...el género de una persona es también un elemento de su identidad toda vez que los sujetos se vinculan con otros desde su pertenencia a un género, la cual puede ser exteriorizada y conocida por esos terceros”.²⁶

III.- ANÁLISIS DE LA LEY 21.120 O LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO.

La Ley²⁷ se compone de siete títulos, 29 artículos y tres disposiciones transitorias. El Título I, del Derecho a la Identidad de Género, establece en primer lugar el derecho a

²¹ RAVETLLAT, Isaac, “Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile”, *Ius et Praxis*, 2018, N°1, pp. 397-436.

²² *Ibid.*, p. 403.

²³ APARISI, Ángela, “Del igualitarismo al postfeminismo de género, al modelo de la igualdad en la diferencia”, *Education Sciences and Society*, 2018, vol. 7, N° 1, pp. 37-49. En RAVETLLAT, cit. (n. 21), pp. 397-436, p. 403.

²⁴ RAVETLLAT, cit. (n. 21), p. 404.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ ESPEJO y otro, cit. (n. 3), p. 397.

²⁷ A la fecha de redacción del presente trabajo, la Ley se encuentra dentro de un periodo de vacancia legal, véase artículo tercero transitorio Ley 21120, cit. (n. 2). A su vez, el artículo al que hace referencia esta disposición señala: “Artículo 26.- MATERIAS DE REGLAMENTO. Un reglamento dictado por el Ministerio de Desarrollo Social y suscrito también por el Ministerio de Salud regulará las acciones mínimas que deberán contemplar los programas

la identidad de género, en el artículo 1°, señalando que: “consiste en la facultad de toda persona cuya identidad de género no consista con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de estos”.

Además, esta Ley nos da una definición de qué se entenderá por identidad de género. El artículo 1° inciso segundo prescribe que “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”. Este concepto, sin embargo, no está exento de críticas. RIVERA, por ejemplo, es detractor de este, puesto que encierra el concepto de *identidad de género* como convicción personal, dentro de la teoría binaria de ser solo hombre o mujer, cuando entiende que existen otros tipos de género que no necesariamente comparten esta visión.²⁸ Hubiera sido más adecuado, y respetuoso de la dignidad y diversidad de las personas transgénero, haber señalado en la Ley como definición de Identidad de Género, el tener la convicción personal e interna de tener un género, que puede o no corresponder con el que biológicamente posee, y con aquel sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento.

En el inciso tercero del artículo 1°, la Ley señala que esto puede o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal de la persona, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos. Tal y como señalamos, un cambio en la identidad de género no implica necesariamente realizar un cambio de carácter inalterable en la persona, a través de modificaciones corporales permanentes o tratamientos hormonales tendientes a la permanencia, sino que está relacionado con un sentir interno que rechaza el sexo que biológicamente posee, sintiendo que pertenece a un género diverso, lo que clínicamente se conoce como *disforia de género*,²⁹ la que puede incluir, pero no necesariamente, el

de acompañamiento de los que trata el artículo 23, así como los requisitos, vigencia y cancelación de la acreditación de las personas jurídicas sin fines de lucro que prestarán dichos programas. Asimismo, dicho reglamento regulará cualquiera otra materia necesaria para la correcta aplicación de los programas de acompañamiento profesional establecidos en el referido artículo 23.-Un reglamento emitido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos regulará el procedimiento contenido en el Título III y cualquiera otra materia necesaria para la correcta aplicación de la presente ley, sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior”.

²⁸ RIVERA, Andrés, “Derechos Humanos de las transdiversidades: Empoderamiento y la Ley de Identidad de Género”, 2019, en línea: <https://www.facebook.com/Diveuls1/videos/293969284842314/>, minuto 37:10 (aprox.), consultada: 16 de mayo de 2019.

²⁹ “[La disforia de género es] Una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa y el que se le asigna, de una duración mínima de seis meses, manifestada por un mínimo de dos de las características siguientes: 1. Una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa y sus caracteres sexuales primarios o secundarios (o en los adolescentes jóvenes, los caracteres sexuales secundarios previstos). 2. Un fuerte deseo por desprenderse de los caracteres sexuales propios primarios o secundarios, a causa de una marcada incongruencia con el sexo que se siente o se expresa (o en adolescentes jóvenes, un deseo de impedir el desarrollo que los caracteres sexuales secundarios previstos). 3. Un fuerte deseo por poseer los caracteres sexuales, tanto primarios como secundarios, correspondientes al sexo opuesto. 4. Un fuerte deseo de ser del otro sexo (o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna). 5. Un fuerte deseo de ser tratado como del

deseo de querer modificar su cuerpo para que concuerde con la identidad percibida por sí mismo. Esta idea es reiterada tanto en el artículo 2° inciso segundo de la Ley, indicando que ningún órgano administrativo o judicial podrá exigir modificaciones a la apariencia o función corporal del solicitante, así como su artículo 4° inciso tercero, en similar tenor.

Consideramos que estas disposiciones, que respetan la identidad de género del individuo sin necesidad de que el solicitante inicie tratamientos farmacológicos o intervenciones quirúrgicas permanentes, son acertadas, pues son respetuosas de las diversas situaciones de las personas transexuales e *intersex*, pues en el primer caso, el transexual opta por pertenecer a un sexo distinto del que biológicamente posee, y siguiendo a RAVETLLAT, en algunos casos necesita adoptar los rasgos del otro sexo, y pueden para ello -aunque no ocurre en todos los casos de personas transgénero³⁰ realizarse tratamientos con hormonas o reasignación física del sexo; y en el segundo, en el caso de niñas o niños que si bien tienen una convicción interna de pertenecer a un sexo determinado, estos nacen con características sexuales no definidas claramente, por lo que en su caso existe un proceso de adecuación.³¹

Los artículos 3° y 4° de la Ley establecen garantías respecto al derecho a la identidad de género. El primero de ellos establece una garantía específica derivada de la identidad de género, a que esta persona sea reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación de su partida de nacimiento; y el segundo reconoce una serie de garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género. La persona tiene derecho al reconocimiento y protección de la identidad y expresión de género, a ser reconocida e identificada conforme a su identidad y expresión de género en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto de su nombre y sexo, y al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad y expresión de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible.

El artículo 5° de la Ley reconoce principios relativos al derecho a la identidad de género. Establece, entre otros, los siguientes: el principio de la no patologización, el principio de la no discriminación arbitraria, el principio de la confidencialidad, el principio de la dignidad en el trato, el principio del interés superior del niño, y el principio de la autonomía progresiva.

otro sexo (o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna). 6. Una fuerte convicción de que uno tiene los sentimientos y reacciones típicos del otro sexo (o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna)". AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (Eds.), *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5*, A.P.A., Chicago, 2014, p. 239. DSM-5 es el *Manual de Diagnóstico y Estadísticas de Trastornos Mentales*.

³⁰ Algunos autores prefieren llamar como personas *transgénero* a aquellas que se sienten de un género diverso al que biológicamente poseen, pero que no desean someterse a un tratamiento. En palabras de SOLEY-BELTRÁN, "la categoría 'transgénero' es utilizada con una voluntad política por jóvenes e individuos que rechazan ser clasificados como 'transexuales', cuestionan la medicalización de la migración de género y lo que perciben como una reproducción acrítica de los roles de género". SOLEY-BELTRÁN, Patricia, "Transexualidad y Transgénero: una perspectiva bioética", *Revista de Bioética y Derecho* (Universitat de Barcelona), 2014, N°30, pp. 21-39, p. 32.

³¹ RAVETLLAT, cit. (n. 21), p. 406.

La Ley en los títulos II, III, y IV, plantea los procedimientos de rectificación de sexo y nombre registral. El título II establece los requisitos generales de la solicitud, que básicamente son que ésta, sin importar el tipo de procedimiento por el cual se deba tramitar, debe contener el o los nombres de pila³² con los que el interesado pretende reemplazar aquellos que figuran en la partida de nacimiento, así como la petición de rectificar los documentos que identifiquen a la persona ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. Además, delimita sus efectos para los ciudadanos extranjeros que tramiten esta solicitud, a los documentos emitidos en Chile, debiendo previamente para ello inscribir su nacimiento en la oficina de Santiago del Servicio de Registro Civil e Identificación, y que, adicional a este requisito, en la petición correspondiente se debe acreditar la permanencia definitiva en el país. Finalmente, todos los procedimientos tienen el carácter de reservado, y la información relacionada a estos deberá ser tratada como datos sensibles, conforme a la Ley 19.628 de tratamiento de datos personales y protección de la vida privada.

Los títulos III y IV de la Ley plantean los procedimientos para solicitar la rectificación del sexo y del nombre. Para efectos de facilitar su comprensión, los trataremos de forma conjunta, sin embargo, señalaremos a que procedimientos corresponde cada título:

Título III: Procedimiento administrativo de rectificación de la inscripción relativa al sexo y nombre solicitada por persona mayor de edad sin vínculo matrimonial vigente. Este procedimiento, tal como el nombre del título señala, es un procedimiento de carácter administrativo, el cual debe tramitarse ante el Servicio de Registro Civil e Identificación.

Título IV: De los procedimientos judiciales de rectificación de la inscripción relativa al sexo y al nombre. Estos comprenden tanto la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento de las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, tratada en el párrafo primero, como la solicitud de rectificación de las personas con vínculo matrimonial vigente tratada en el párrafo segundo. Ambas son tramitadas ante los Tribunales de Familia.

En el caso del título III, del procedimiento administrativo para la solicitud de rectificación, presentado por persona mayor de edad sin vínculo matrimonial vigente, la ley lo habilita para solicitar hasta por dos veces la rectificación de su sexo y nombre en la partida de nacimiento correspondiente, para que concuerden con su identidad de género. Esta solicitud debe ser presentada ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, el cual debe verificar que el solicitante sea mayor de edad, que no posea un vínculo matrimonial vigente, y en el caso de los solicitantes extranjeros, que tengan la calidad de permanencia definitiva en el país. Posterior a ello, se citará al solicitante y a dos testigos hábiles, a una audiencia especial en donde el solicitante deberá declarar que

³² Se entenderá por nombre de pila aquel nombre distinto del nombre patronímico o de familia, el cual es designado arbitrariamente por los padres del recién nacido. En palabras de ALESSANDRI y otros, cit. (n. 14), p. 427.

conoce los efectos jurídicos que implicaría la solicitud de rectificación de su partida de nacimiento, si es acogida.

Es en este último punto, vale decir, el requerimiento de una audiencia especial, y la concurrencia de testigos que declaren que el solicitante conoce plenamente las consecuencias que tiene la solicitud administrativa de rectificación de su partida de nacimiento, donde observamos un elemento cuestionable de la Ley. En su historia legislativa podemos ver que el fundamento de esta solemnidad es que estos testigos “... den cuenta que la persona lo hace en forma libre y voluntaria, dada las consecuencias jurídicas y sociales que ello implica.”³³ Asimismo, otro de los fundamentos que justificaban la presencia de testigos, en palabras de la Subsecretaria de Derechos Humanos de la época, es que “... se siguió como modelo el contrato de matrimonio, que también se ejecuta ante el oficial del Servicio de Registro Civil y ante dos testigos, a fin de garantizar con la fe pública que quien está pidiendo el cambio de sexo lo hace a través de una voluntad libremente manifestada, sin que medie coacción, ni engaño”.³⁴ En respuesta a la consulta de la Senadora Muñoz, finalmente señala que “... no se trata de una traba administrativa, ni burocrática”.³⁵

Considerando que en ese momento de la tramitación legislativa, se entendía que el cambio de sexo y nombre registral por una solicitud de rectificación podría realizarse por única vez, y por tanto, no sería reversible, era -hasta cierto nivel- comprensible la necesidad de testigos, sin embargo, la Ley, tal como fue promulgada, permite hasta en dos ocasiones realizar la rectificación, por lo que esta solicitud, en caso que la persona así lo quisiera, podría revertir los efectos de esta rectificación. Además, el argumento de haber seguido como modelo al contrato de matrimonio, no resiste mayor análisis, puesto que, si analizamos el Acuerdo de Unión Civil, consagrado en la Ley 20.830 de 2015, que tiene efectos homologables al contrato de matrimonio, no se observa en ningún aspecto de la Ley la exigencia de testigos al momento de celebrar el acuerdo. Incluso, para garantizar la fe pública, basta con la sola presencia del Oficial del Servicio de Registro Civil, en conjunto con la declaración jurada del propio solicitante, manifestando conocer sus efectos.

Respecto a los procedimientos judiciales del Título IV, se contempla una tramitación que en principio debiera ser no contenciosa, no obstante, la estructura de su tramitación es más concordante con un procedimiento contencioso, contemplando para este efecto una audiencia preliminar, una audiencia preparatoria y una audiencia de juicio.

Es comprensible considerar una tramitación contenciosa en el caso que existiese oposición de uno de los padres respecto al cambio de sexo y nombre de un mayor de

³³ Ministro de Justicia de la República de Chile, Sr. Hernán Larraín, en sesión de Comisión Mixta del 9 de abril de 2018. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley 21.120*, BCN, Santiago, 2018, p. 478, en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7600/>, consultada: 16 de mayo de 2019.

³⁴ Subsecretaría de Derechos Humanos, Sra. Lorena Recabarren, en sesión de Comisión Mixta. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, cit. (n. 33), p. 1151.

³⁵ *Ibid.*

catorce y menor de dieciocho años de edad, pero, si existe acuerdo de ambos padres en que su hijo realice esta solicitud, sería más prudente concentrar las actuaciones en solo una audiencia. En cambio, en la tramitación de la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento de una persona mayor de edad con un vínculo matrimonial vigente, también aplicable a menores mayores de dieciséis años, pero menores de dieciocho, con vínculo matrimonial vigente, el procedimiento contencioso se encuentra justificado, por las consecuencias jurídicas que esta solicitud tendrá, las que analizaremos más adelante en este trabajo.

Finalmente, otro aspecto del Título IV donde tenemos objeciones respecto a la redacción final del texto legal, es el caso de la legitimación activa para realizar la tramitación de las solicitudes de rectificación de la partida de nacimiento de las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, ante el tribunal de familia competente. Esta, conforme al artículo 14 de la Ley, es entregada a sus representantes legales o alguno de ellos, a elección del menor interesado. Sin embargo, no se considera el caso en que ambos padres presentaren oposición a la voluntad del menor de realizar esta solicitud. En la tramitación legislativa se consideró introducir la figura del Curador *ad litem*, sin embargo, se consideró que si bien no se incluiría en la Ley propiamente tal, este curador igual podría presentarse, en aplicación de las reglas generales de la Ley 19.968, que crea y regula los Tribunales de Familia.³⁶ En nuestra opinión, hubiera sido preferible considerar explícitamente en la Ley la posibilidad que el Curador *ad litem* pudiese intervenir en favor del menor interesado, en caso de oposición de ambos padres a su pretensión de cambiar de sexo y nombre, rectificando la partida de nacimiento.

³⁶ Subsecretaría de Derechos Humanos, Sra. Lorena Recabarren, en sesión de Comisión Mixta. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, cit. (n. 33), p. 1175. En particular, se refiere al Artículo 19 de la Ley de Tribunales de Familia, Ley N° 19.968 de 2004: “Artículo 19.- Representación. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados. -El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. -La persona así designada será el curador *ad litem* del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal. -De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello. -En los casos del inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, aquél de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad se entenderá legitimado, por el solo ministerio de la ley, para demandar, cobrar y percibir alimentos de quien corresponda, en interés del alimentario, sin perjuicio del derecho de éste para actuar personalmente, si lo estima conveniente. Si el alimentario no actúa personalmente se entenderá que acepta la legitimación activa del padre o madre junto a quien vive.”

IV.- CONSECUENCIAS DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE LA LEY. CRÍTICAS AL PRODUCTO LEGISLATIVO.

El principal efecto que produce la Ley conforme a su artículo 20, es que una vez realizado el procedimiento administrativo o judicial que corresponda, dependiendo de la situación particular en la que se encuentre el solicitante, es decir, si es este mayor o menor de edad, y si se encuentra sujeto a un vínculo matrimonial o no, es que acogiéndose la solicitud administrativa por el Servicio de Registro Civil e Identificación, o habiéndose notificado la sentencia judicial firme que acoja el cambio de nombre y sexo,³⁷ según corresponda al caso concreto, el servicio anteriormente mencionado deberá realizar la modificación de la partida de nacimiento del interesado, así como las subinscripciones que correspondan, para posteriormente emitir los nuevos documentos de identificación del sujeto.

Para este efecto, el mismo artículo 20 establece que el Servicio de Registro Civil debe citar a la persona interesada para concurrir personalmente a la oficina de su preferencia del Servicio antes mencionado, para emitir los nuevos documentos de identidad, reemplazando a los anteriores para todos los efectos legales.

Además de realizar el cambio de la partida de nacimiento y la emisión de nuevos documentos de identidad, el Servicio de Registro Civil e identificación, debe informar de la circunstancia de haberse rectificado la partida de nacimiento, así como la emisión de nuevos documentos, a una serie de instituciones tanto públicas como privadas, cuando corresponda, a saber:³⁸ El Servicio Electoral, el Servicio de Impuestos Internos, la Tesorería General de la República, a las policías, tanto Carabineros de Chile como la Policía de Investigaciones de Chile; la Gendarmería de Chile, las Superintendencias de Salud y de Pensiones, al Fondo Nacional de Salud (FONASA), al Ministerio de Educación, al Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, la Corporación de Universidades Privadas, el Consejo de Instituciones Privadas de Formación Superior, así como toda otra institución pública o privada que el Servicio de Registro Civil e Identificación estime pertinente, o que el propio interesado requiera al Servicio que le deba ser notificada la circunstancia del cambio de sexo y nombre.

En el caso que sea notificada la circunstancia del cambio de sexo y nombre registral a la Superintendencia de Salud, esta debe informar a la Institución de Salud Previsional (ISAPRE) respectiva en la que el sujeto interesado cotice, para que esta institución registre la realización del cambio. Similar procedimiento deberá cumplir la

³⁷ El Artículo 20 de la Ley: “Acogida la solicitud de rectificación o recibida la sentencia judicial firme, según corresponda...”. El énfasis es nuestro.

³⁸ El Artículo 20 de la Ley en su inciso 4° cita estas instituciones, las que nosotros mencionamos en el mismo orden, salvo los casos de las instituciones de salud y previsión tratados en las letras g), h) y i) del citado artículo, en que el órgano administrativo debe realizar actuaciones posteriores una vez informados de la circunstancia del cambio de nombre y sexo del solicitante. Por ello las analizamos separadamente al terminar esta enumeración.

Superintendencia de Pensiones, respecto a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) o al Instituto de Previsión Social (IPS) en las cuales el interesado cotice, dependiendo del caso respectivo. En cambio, si se le notifica al Fondo Nacional de Salud, esta institución deberá registrar la circunstancia del cambio de sexo y nombre de forma directa.

En todos los casos mencionados, la comunicación entre el Servicio de Registro Civil e Identificación con las instituciones a las cuales deba notificar de la realización del cambio de sexo y nombre registral, ya sean públicas o privadas, deberá tener tratamiento de datos sensibles, rigiéndose conforme a las disposiciones de la Ley 19.628, sobre protección de la vida privada.

El artículo 21 de la Ley contempla los efectos de la rectificación de la partida de nacimiento. Este artículo prescribe que una vez realizadas las modificaciones y subinscripciones contempladas en el artículo 20, el interesado debe ser reconocido e identificado conforme a su identidad de género. Además, en su inciso segundo ese artículo 21 señala que *“las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en registros públicos y privados deberán ser coincidentes con dicha identidad”*.

Cabe preguntarse respecto de lo señalado en el artículo 21 de la Ley, cómo el Servicio de Registro Civil deberá resolver el caso de los certificados de nacimiento de aquellos descendientes de personas a las que se les haya concedido la solicitud de cambio de sexo y nombre, ya que estos contienen las identidades de los padres, consignadas utilizando la concepción binaria del género, es decir, señalan casillas denominadas “nombre del padre”, y “nombre de la madre”. Este tipo de certificados se utilizan diariamente ante una serie de instituciones públicas y privadas, y en el caso de que uno de los progenitores haga uso de una de las acciones señaladas en esta Ley, podría el menor ser víctima de burlas o menoscabo, al señalarse como padre o madre a una persona que en principio tiene un género diverso al que el certificado hace referencia. En ese caso, sería bienvenido que se realizara un cambio en este tipo de instrumento, señalando en vez de los nombres del padre o de la madre, la idea del nombre de los progenitores, lo que es un concepto género-neutral.

En cuanto a la oponibilidad frente a terceros de la rectificación de la partida de nacimiento, se encuentra regulada en el artículo 22 de la Ley. En este caso, los efectos serán oponibles a terceros desde el momento en que se extienda la inscripción rectificada, conforme al artículo 104 del DFL 2128 de 1930, del Ministerio de Justicia.³⁹ Es

³⁹ Artículo 104 del DFL 2128 de 1930, del Ministerio de Justicia: *“Cuando hubiere de rectificarse una inscripción de acuerdo con lo dispuesto en resolución judicial ejecutoriada, se extenderá nueva inscripción con las rectificaciones del caso y se practicará al margen de la antigua, la subscripción a que se refiere el N.º 9 del artículo 204. -En la nueva inscripción se pondrá una nota en el casillero de las subscripciones (sic) que diga: “Inscripción judicial que rectifica la inscripción N.º ___ del año ___ según orden archivada bajo el N.º ___ del legajo de documentos del presente año”. -El Oficial Civil hará las inscripciones y anotaciones marginales a que*

decir, una vez que se verifique esta inscripción administrativa, el cambio de sexo y nombre del interesado surte plenos efectos frente a terceros.

El artículo 20 en su inciso cuarto establece que *“la rectificación de la partida de nacimiento y de los documentos de identificación de que trata esta ley no afectará el número del rol único nacional de la persona interesada, el cual se mantendrá para todos los efectos legales”*. Asimismo, el artículo 22 inciso segundo de la Ley, regula los efectos de la rectificación de la partida de nacimiento respecto de terceros,⁴⁰ pues señala que *“la rectificación en la partida de nacimiento no afectará la titularidad de los derechos y obligaciones patrimoniales que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio, ni afectará las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables”*.

En teoría, conforme a las disposiciones de los artículos 20 inciso cuarto y 22 inciso segundo de la Ley, no deberían existir mayores inconvenientes respecto a los derechos originados de las relaciones patrimoniales que la persona haya tenido hasta el momento de la rectificación de la partida de nacimiento respecto de su nombre y sexo registral, así como de sus relaciones familiares, originadas en el derecho de familia, sin embargo, nosotros observamos una circunstancia en la cual se podrían originar conflictos debido al cambio de nombre y sexo registral, el cual es el caso particular de una asignación testamentaria realizada a una persona que no es un legitimario forzoso.

En el caso de aquellas personas que tienen la calidad de legitimarios forzosos, que conforme al artículo 1182 del Código Civil son los hijos, personalmente o representados por su descendencia, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, estas deben ser consideradas a la hora de realizar un testamento, y en caso de existir conflicto respecto de a quienes son nombrados en este instrumento solemne que señala la última voluntad del causante respecto de su patrimonio, deberíamos entender que, conforme al artículo 22 inciso segundo de la Ley, aunque el sujeto se llame de distinta forma a la señalada en el testamento, sus derechos se originan conforme al grado de parentesco que posea con el causante. Así, lo que el artículo anteriormente mencionado señala explícitamente es que estos derechos se mantendrían inmodificables.

Sin embargo, la solución señalada en el párrafo anterior no es tan clara respecto de un asignatario testamentario que no es un legitimario forzoso. Siguiendo a SOMARRIVA, el asignatario debe ser determinado o determinable. Determinado, mediante la designación del nombre del asignatario, o determinable, conforme a disposiciones que permitan identificar al asignatario. Estas disposiciones deben provenir de indicaciones claras del testamento.⁴¹ El artículo 1056 del Código Civil es claro en prevenir respecto a las consecuencias que tiene la imposibilidad de identificar al destinatario de una

se refiere este artículo, en ambos ejemplares del Registro, si ellos estuvieren en su poder. Si el ejemplar B no estuviere en su poder, procederá a dar el aviso prescrito por el artículo 210”.

⁴⁰ El artículo 22 de la Ley se denomina: *“de los efectos de la rectificación de partida respecto de terceros”* (sic).

⁴¹ SOMARRIVA, Manuel, *Derecho Sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, 7ª edición, T.I, p. 264.

asignación testamentaria, ya sea por una designación directa, o por indicaciones que consten en el testamento: *“De otra manera la asignación se tendrá por no escrita”*.

Si bien es cierto, el uso del testamento es relativamente infrecuente en nuestro tráfico jurídico, no deja de ser importante el hecho de que, si un testamento le deja una parte de una herencia, o un legado, haciendo uso de la cuarta de libre disposición a un sujeto que a la fecha de la muerte del causante ha hecho uso de esta la Ley para cambiar su nombre y su sexo a la identidad de género por la cual este se percibe, pueden existir conflictos al ya no existir la identidad previa del sujeto beneficiado con esa asignación, y no existir otros elementos que permitan identificar al sujeto dentro del propio testamento -como por ejemplo podría ser el Rol Único Nacional, también conocido como RUN- pudiendo interpretarse la asignación como no escrita por el testador, o a lo menos generar un conflicto respecto de a quien esta corresponde.

Una posible solución interpretativa al conflicto que analizamos en el párrafo anterior es lo que señala el artículo 1057 del Código Civil, respecto al error en la persona: *“El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona”*. En este caso, si se tiene claro a quien correspondería la asignación, por mucho que se le llame con su nombre anterior, debería conservar su derecho a ella. Sin embargo, es una materia que, en nuestro criterio, está abierta a interpretación, pudiendo generarse conflictos.

Con todo, la consecuencia más grave originada del ejercicio de la Ley ocurre respecto de aquellos solicitantes que se encuentren sujetos a un vínculo matrimonial. En el caso de personas mayores de edad, o menores de edad mayores de 16 años, que poseen un vínculo matrimonial actualmente vigente, la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento en razón de cambio de sexo y nombre deberá ser conocida por el tribunal de familia competente, correspondiente a cualquiera de los cónyuges, a elección del solicitante, debiendo solicitarse mediante un escrito fundado, presentando los argumentos de hecho y de derecho que correspondan. En este caso, se debe individualizar al cónyuge no solicitante en el escrito, el cual, una vez verificado por el tribunal que cumple con los requisitos legales del artículo 19 inciso primero de la Ley, además de los requisitos comunes a todo escrito, así como los de la Ley de Comparecencia en Juicio, deberá citar, en conjunto con el solicitante, a una audiencia preparatoria.

El problema ocurre una vez que se tramita esta solicitud. Una vez que el juez ha analizado los antecedentes, y en la sentencia definitiva decide finalmente acoger la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento, ordenando cambiar el nombre y el sexo del solicitante, en el mismo acto deberá declarar la terminación del matrimonio.

Para efectos de terminación del matrimonio, la Ley en su artículo 27, modifica el artículo 42 de la Ley 19,947 que estableció la Nueva Ley de Matrimonio Civil,⁴² el cual regula las causales de terminación del matrimonio, añadiendo a las ya existentes, vale decir, la muerte de uno de los cónyuges, la muerte presunta de uno de los cónyuges, una sentencia firme de nulidad y la sentencia firme de divorcio, una quinta causal, que es “*por sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género*”. Además, también agrega un numeral séptimo al artículo 1792-27 del Código Civil, que regula las causales de término del régimen matrimonial de participación en los gananciales, declarando su terminación “*por disolución del matrimonio en el caso previsto por el numeral 5° del artículo 42 de la Ley de Matrimonio Civil, contenida en el artículo primero de la Ley 19.947*”.

Además de los cambios a diversos cuerpos legales, la propia Ley en su artículo 19 inciso quinto, prescribe que en la tramitación de la solicitud de rectificación de personas con vínculo matrimonial vigente: “*En virtud de la causal del numeral 5° del artículo 42 de la referida Ley de Matrimonio Civil, los comparecientes se entenderán para todos los efectos legales como divorciados*”. Previo a ello, dentro de la tramitación de la solicitud, el inciso tercero señala que los cónyuges tendrán derecho a solicitar compensación económica, lo que es entendible si lo que se tramitará finalmente es el divorcio de los cónyuges, y a lo cual tendrían derecho conforme a las reglas generales, sin embargo, es incomprensible la especial preocupación patrimonial del legislador al explicitar la posibilidad de solicitar la compensación económica, en vez de pronunciarse respecto de otros aspectos de un divorcio, como sería, en el caso de que producto del matrimonio existan niños, niñas u adolescentes, el cuidado personal de los menores, así como la relación directa y regular de los padres con ellos. En nuestra opinión, estos son aspectos trascendentales y de mayor relevancia en la relación familiar, posterior al quiebre matrimonial, que la compensación económica.

Igualmente, respecto de la compensación económica, el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil señala que para que uno de los cónyuges tenga el derecho a solicitar la compensación del menoscabo económico producido durante el matrimonio, debe producirse este perjuicio como consecuencia de “*... haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común*”, y que por este motivo, uno de los cónyuges no haya podido realizar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o haberlo hecho en menor medida de lo que quería y podía. Cabe preguntarse entonces, ¿Cuál es la justificación de enfatizar el derecho a solicitar la compensación económica, cuando se está realizando una solicitud de rectificación de sexo registral que tiene como consecuencia directa, pero no necesariamente buscada por el cónyuge solicitante, la declaración de divorcio?

⁴² Si bien la Ley 19.947 cumplió en 2019 quince años desde su promulgación y posterior publicación en el Diario Oficial, la “*nueva Ley de Matrimonio Civil*” es el nombre que se le otorgó al momento de su publicación.

En este caso, la motivación que tuvo el legislador para mencionar la posibilidad de exigir la compensación económica en la tramitación de la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento de personas con vínculo matrimonial vigente, no es muy clara. No obstante, en algún momento de la discusión parlamentaria, se pensó en la posibilidad de que los cónyuges pudieran renunciar a la compensación económica, o incluso, que se mencionara explícitamente que si el cónyuge no solicitante no concurría a una audiencia especial de terminación de matrimonio, se continuaría el procedimiento sin su intervención, entendiéndose renunciado el derecho a demandar compensación económica.⁴³ Estos aspectos analizados durante la tramitación, finalmente no se vieron reflejados en la redacción final de la Ley.

Un aspecto en que existe mayor claridad respecto de los fundamentos del legislador, es respecto al establecimiento de una quinta causal de terminación del matrimonio, conforme al artículo 42 de la Ley de Matrimonio Civil. Este aspecto no se consideraba en la moción parlamentaria original, sino que fue una indicación introducida por el Poder Ejecutivo durante la tramitación en el Senado. En la discusión en el Senado del proyecto de Ley, el Ministro Secretario General de Gobierno de la época, ante una consulta de uno de los senadores, que se preguntaba qué pasaría si los cónyuges buscaban mantener su vínculo matrimonial vigente, señaló que “... ello no será posible porque si el matrimonio subsistiese se incumpliría una de las normas de la esencia del contrato de matrimonio, cual es que se trata de un contrato solemne que se celebra entre un hombre y una mujer”.⁴⁴ El Senador Juan Pablo Letelier incluso habló en esa misma sesión señalando que en su opinión, el texto planteado tenía serios vicios de constitucionalidad, pues lo que se fijaría es una causal de término de matrimonio que opera de pleno derecho, manifestada en la voluntad de un juez, y no necesariamente de los cónyuges.

Como bien sabemos, uno de los requisitos de existencia del matrimonio, junto con el consentimiento para celebrar este contrato, y la presencia del oficial del Registro Civil, es la diversidad de sexo entre los contrayentes. De hecho, RAMOS PAZOS señala que la ausencia de este requisito produce como efecto la inexistencia del matrimonio, no su nulidad, operando desde el momento en que se produce, sin necesidad de ser declarada por un juez.⁴⁵ Es más, el autor señala que precisamente la teoría de la inexistencia nace justamente para explicar que sucedería en el caso que el matrimonio se celebre entre dos personas del mismo sexo.⁴⁶ En este sentido, un matrimonio que nace válidamente a la vida del derecho, si se realizara el cambio de sexo durante la vigencia del matrimonio, se tornaría inexistente, con las consecuencias jurídicas que ello implica. Por ello, el

⁴³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, cit. (n. 33), pp. 602-603.

⁴⁴ Ministro Secretario General de Gobierno, Sr. Marcelo Díaz, ante una consulta del Senador Alejandro Navarro. Informe complementario de Comisión de Derechos Humanos del Senado. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), cit. (n. 33), p. 478.

⁴⁵ RAMOS, René, *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, 7ª edición. T.I, pp. 29-100, p. 34.

⁴⁶ *Ibid.*

legislador intenta darle una solución a este potencial problema, declarando el término del matrimonio en conjunto con la sentencia que acoja la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento por cambio de sexo y nombre.

Ahora bien, esta solución no tiene en cuenta la voluntad de los contrayentes que quisiesen mantener su vínculo matrimonial, a pesar del cambio de nombre y sexo de uno de los cónyuges. En la historia de la Ley la discusión legislativa respecto de este artículo se centró en la idea de “evitar la discusión del matrimonio igualitario”,⁴⁷ sobre todo en los representantes del Poder Ejecutivo involucrados en la discusión, especialmente cuando ante el Senado, se reconoce que, si se aprobase la idea del matrimonio igualitario, habría que incluir en esa potencial ley un artículo transitorio que derogue este aspecto de la Ley.⁴⁸ Esto revela la necesidad de que se discuta y se legisle respecto del matrimonio entre personas del mismo sexo, conocido como *matrimonio igualitario*, a fin de evitar conflictos de normas de este tipo.

Previo a establecer las conclusiones del presente trabajo, es necesario señalar que el hecho de que nuestro país cuente con una ley, que reconozca y proteja *la identidad de género*, y que establezca procedimientos que permitan realizar el cambio de sexo y de nombre en la partida de nacimiento, en razón de este derecho, es algo digno de celebración, considerando nuestra tradición legislativa, en la cual los temas considerados *valóricos* tienen una discusión extensa. Además, también es digno de destacar que se permita a las personas que requieran realizar este cambio, la posibilidad de hacerlo, sin necesidad de realizarse una cirugía de reasignación de sexo, u otro tipo de tratamientos tendientes a la permanencia. Sin embargo, la Ley, no está exenta de falencias, como se resumen a continuación.

V.- CONCLUSIONES

En primer lugar, la definición del artículo 1° de la Ley, sobre que se entenderá por identidad de género, se encierra dentro de las categorías binarias hombre-mujer, siendo que en los colectivos LGBT incluso se discute la existencia de más géneros, o más bien, la no categorización entre un género u otro. En ese sentido, hubiera sido más adecuado una definición género-neutral. Proponemos como definición de identidad de género, *la convicción personal e interna de pertenecer a un género diverso al biológicamente asignado, el que puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento*. Esta definición se basa en la señalada en el artículo 1° de la Ley, pero aporta elementos de neutralidad.

En segundo lugar, respecto a la solicitud administrativa de rectificación, no se logra comprender la citación a una audiencia especial y la necesidad de testigos, para certificar que se tiene conciencia de los efectos de la solicitud. El fundamento de los

⁴⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), cit. (n. 33), p. 478, 479 y 496.

⁴⁸ Véase nota al pie n. 44.

representantes del Poder Ejecutivo de la época fue que se había equiparado esta formalidad a aquellas necesarias para la celebración del matrimonio, sin embargo, este argumento no resiste análisis, ya que el Acuerdo de Unión Civil contemplado en la Ley 20.830 no contempla esta formalidad. Además, ya que la Ley permite realizar este cambio hasta por dos ocasiones, sus efectos en caso de que el interesado cambie de parecer, podrían ser revertidos. Entendemos que este requisito así establecido solo dilata el proceso, algo reprochable que debería ser corregido a la brevedad posible.

En tercer lugar, otro elemento de la Ley sobre el cual tenemos objeciones, es respecto del procedimiento aplicable a los mayores de catorce y menores de dieciocho años, en cuanto a la legitimación activa de la acción judicial de rectificación de la partida de nacimiento. En este sentido, el problema se produce cuando ninguno de los representantes legales, quienes tienen la legitimación activa de la acción, está de acuerdo con la solicitud del menor, lo que, en nuestra opinión, dejaría al menor desprovisto de la posibilidad de entablar la acción. En la tramitación legislativa, se señaló que mencionar que un curador *ad litem* dentro de quienes podían presentar la solicitud no era necesario, pues la Ley 19.968 contempla esta figura en todos aquellos casos donde aparezcan involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes, sin embargo, la redacción del artículo 14 de la Ley es clara en señalar que esta acción debe ser presentada por los representantes legales del menor, o uno de ellos, a elección de este.

Finalmente, el defecto de mayor gravedad que establece la Ley, se observa en el caso de aquellas personas sujetas a un vínculo matrimonial vigente, en el que una de las partes desea realizar esta solicitud. El efecto de acoger esta solicitud, es la terminación del matrimonio, en virtud de una nueva causal del artículo 42 de la Ley de Matrimonio Civil, que es “*por sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género*”. El problema se produce respecto de aquellos casos en que el cónyuge no solicitante está de acuerdo con la solicitud del cónyuge que requiere la rectificación de la partida de nacimiento por cambio de sexo y nombre, pero que, sin embargo, no teniendo la voluntad de disolver el vínculo matrimonial, es forzado a hacerlo, en virtud de evitar una causal sobreviniente de inexistencia del matrimonio, la que sería el no existir diversidad de sexos entre los contrayentes. Incluso, en la tramitación legislativa de la Ley, se reconoce que, si se llegase a legislar respecto al *matrimonio igualitario*, esta disposición tendría que ser derogada.

Quizás la mayor conclusión de este trabajo, es que se hace necesario y urgente la discusión legislativa del Matrimonio entre personas del mismo sexo, pues vendría a solucionar múltiples problemas que sufren las parejas homosexuales, y ciertos aspectos que el Acuerdo de Unión Civil no logra resguardar, además de salvar el mayor inconveniente de la Ley, que es la disolución del matrimonio en el caso de personas unidas por este vínculo.

BIBLIOGRAFÍA

a) Doctrina

- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015, 8ª ed., T.I.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (Eds.), *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5*, Apa, Chicago, 2014.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley 21.120*, BCN, Santiago, 2019, 478 p., en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7600/>, consultada: 16 de mayo de 2019.
- CORRAL, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte general*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2018, 1ª edición.
- ESPEJO, Nicolás; LATHROP, Fabiola, “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de Ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2015, N°2, pp. 393-418.
- “GLOSARIO”, Pagina web de *Chiletrans*, en línea, <http://www.movilh.cl/trans/glosario/>, consultada: 8 de junio de 2019.
- MUÑOZ, Fernando, “El reconocimiento legal de la transexualidad en Chile mediante el procedimiento judicial de cambio de nombre. Un caso de complementariedad epistemológica entre medicina y derecho”, *Revista Médica de Chile*, 2015, vol. 143, N°8, pp. 1015-1019.
- RAMOS, René, *Derecho de Familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, 7ª edición, T.I.
- RAVETLLAT, Isaac, “Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile”, *Ius et Praxis*, 2018, N°1, pp. 397-436.
- RIVERA, Andrés, “Derechos Humanos de las transdiversidades: Empoderamiento y la Ley de Identidad de Género”, 2019, video, en línea: <https://www.facebook.com/Diveuls1/videos/293969284842314/>, minuto 37:10 (aprox.), consultada: 16 de mayo de 2019.
- RIVERA, Andrés, “Informe sobre Chile - Violación a los DDHH de Personas Transexuales. Quinta Ronda del Examen Periódico Universal ONU (Organización de las Naciones Unidas)”, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago, 2012, en línea: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/03/EPU-OTD.pdf>, consultada: 9 de mayo de 2019.
- SOLEY-BELTRÁN, Patricia, “Transexualidad y Transgénero: una perspectiva bioética”, *Revista de Bioética y Derecho (Universitat de Barcelona)*, 2014, N°30, pp. 21-39, p. 32.
- SOMARRIVA, Manuel, *Derecho Sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, 7ª edición, T.I.

TAPIA, Javiera., “Reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, no publicada, 2015.

b) Legislación

DFL 2128, Aprueba reglamento orgánico del servicio de registro civil, 1930.

Ley 19.968, Crea los tribunales de familia, 2004.

Ley 19.947, Establece nueva ley de matrimonio civil, 2004.

Ley 21.120, Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, 2018.

