

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Santiago, veintinueve de mayo de dos mil dieciocho

Vistos:

Ante el Cuarto Juzgado Civil de Santiago, en autos rol XXXX-2015, don XXXX, presentó solicitud de cambio de nombre y sexo conforme a lo dispuesto en el artículo 1° letras a) y b) de la Ley N° 17.344, a fin que se autorice su cambio de nombre a XXXX y se consigne su sexo como femenino.

El tribunal de primera instancia, mediante fallo de veintidós de febrero de dos mil dieciséis, que se lee a fojas 66 y siguientes, rechazó la solicitud.

Una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de la apelación deducida por la solicitante, confirmó la sentencia de primer grado, por fallo de 6 de agosto de 2016 que rola a fojas 98.

En contra de esta última resolución la solicitante recurre de casación en el fondo a fin que esta Corte la anule y dicte la sentencia de reemplazo que indica.

Se trajeron estos autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la solicitante luego de exponer los antecedentes del caso fundamenta su recurso sosteniendo que los jueces, al confirmar la sentencia de primer grado, incurrieron en infracción de los artículos 1° letras a y b, de la Ley N° 17.344, artículo 31 de la ley 4.808, artículo 19 del Código Civil y los artículos 5, 11 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Respecto de la vulneración del artículo 1 letras a) y b) de la Ley 17.344, la recurrente señala que ésta se produce puesto que no se ha aplicado a pesar que se ha acreditado la concurrencia de las dos causales invocadas. Respecto a la letra a), el menoscabo invocado que se genera a la solicitante, consiste en que su nombre legal es el de un hombre en circunstancias que es una mujer, atendida su condición de transexualismo, lo que la hace padecer constantes situaciones de discriminación y malos tratos acreditados en autos, sin embargo a pesar de ello se rechaza la rectificación sin nombrar esta causal; en cuanto a la letra b) a pesar que la sentencia impugnada tiene por acreditado que la solicitante ha sido conocida por más de 5 años con el nombre de XXXX, hipótesis expresamente contemplada en la referida causal del artículo 1 de la ley 17.344, igualmente se rechaza. La recurrente da cuenta que basta con que se encuentre acreditada una de las dos causales invocadas para que se ordene la rectificación de partida de nacimiento, y que en este caso se acreditaron las dos y aun así se rechazó la solicitud.

Con relación al artículo 31 de la ley 4.808 sobre Registro Civil, la recurrente sostiene que se vulnera dicha norma al no aplicarla, puesto

que se impone a la solicitante mantener en su partida de nacimiento un nombre equívoco respecto del sexo de la solicitante; a pesar de haberse acreditado su identidad de género.

La recurrente señala que se vulnera el artículo 19 del Código Civil, ya que siendo claro el tenor de la ley en el caso de las causales a y b del artículo 1 de la ley 17.344 no corresponde aplicarla en un sentido distinto. La correcta lectura y aplicación de las normas es que se señala que se autoriza a cambiar los nombres o apellidos cuando su nombre legal le menoscabe o cuando la solicitante haya sido conocida durante más de 5 años con un nombre diferente, por lo cual si se accede a rectificar el nombre de XXXX Gonzalo por el de XXXX, debe rectificarse la referencia en cuanto al sexo masculino quedando como sexo femenino dado que así lo señala expresamente la ley.

Con relación a los artículos 5, 11 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la recurrente sostiene que el hecho que la sentencia no reconozca plenamente la verdad personal de la solicitante genera un atentado a su dignidad, a su derecho a la salud, a su bienestar físico y síquico, a su vida privada, al libre desarrollo de su personalidad y a la identidad de género; además se vulnera la igualdad ante la ley ya que se le impone una condición adicional y no contemplada en ella en razón de su condición.

Termina señalando cómo estos errores influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Segundo: Que la sentencia estableció, en lo que interesa al recurso, los siguientes hechos:

a) La recurrente se encuentra en tratamiento psiquiátrico en el C.R. Psiquiatría Salud Mental desde el 10 de diciembre de 2013 hasta la fecha, con el diagnóstico de "Trastorno de la identidad sexual".

b) La recurrente es una persona transexual.

c) La recurrente ha sido conocida por más de 5 años con el nombre de XXXX.

d) La recurrente no se ha realizado cirugía de reasignación genital.

Al tenor de los hechos señalados, la sentencia impugnada concluye que no existiendo norma que regule y autorice la materia, los casos de cambio de nombre y sexo legal de las personas transexuales han quedado entregados al criterio personal de cada juez en lo civil que conoce del caso a través de la respectiva gestión voluntaria.

Sostuvo que siguiendo diversos fallos de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, no es posible acceder a lo pedido, por cuanto no se ha acreditado en autos antecedentes médicos que le otorguen validez a su petición, más allá de haber sido conocido por más de 5 años con el nombre de XXXX y tampoco se han acompañado antecedentes médicos que den

cuenta de la cirugía de reasignación genital o que den fe respecto de las circunstancias psicosociales.

Tercero: Que el conflicto planteado en este juicio, si bien aparece solo como un cambio de nombre, contemplado en la ley N° 17.344, se refiere a un problema para el cual el ordenamiento jurídico nacional no ha dado una solución y que dice relación con la situación especial de la identidad de género, la que puede ser definida como "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento" (Opinión Consultiva N° 24 de la Corte Interamericana).

En este caso se está frente a una persona transgénero femenina quien pide el cambio de nombre y por ende el de sexo, la cual no se ha realizado operación de reasignación sexual, habiendo sí efectuado tratamiento hormonal desde hace ya 5 años.

Cuarto: Que la recurrente sostiene en su primer capítulo de nulidad que se han vulnerado el artículo 1 letra a y b de la ley 17.344 y el artículo 31 de la ley 4.808 sobre Registro Civil. El artículo 1 letra a y b de la ley 17.344 establece "Toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento." 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"; por su parte el artículo 31 inciso segundo de la ley 4808 sobre Registro Civil, señala "No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje"; pues bien, a pesar que la sentencia de primer grado reproducida por la de segunda, estableció en el considerando Décimo Noveno que la solicitante ha sido conocida por más de cinco años por el nombre de XXXX, con lo cual bastaría para acceder al presente recurso, es necesario hacerse cargo de la necesidad del cambio de sexo de la recurrente, para que sea acorde al nuevo nombre tal como lo señala el artículo 31 inciso segundo antes transcrito.

Quinto: Que son muchas las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones que se han referido a este tema, con las cuales se comparte su fundamentación (véase para estos efectos los Roles Nros. 597-2013, 629-3013, 2848-2014, 9901-2014, 4454-2015, 12571-2015, 13001-2015 y 3482-2016, todos de la Corte de Apelaciones de Santiago; 949-2013 y 6809-2014 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso).

Sexto: Que la Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado ya el año 2012 como tema relevante la identidad de género, que define como "la vivencia interna e individual del género, tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento". En el Anexo al comunicado de prensa 36/R emitido al culminar el 144 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 30 de marzo de 2012, se indica que "el

transgenerismo es una categoría dentro de la identidad de género, que incluye a su vez la subcategoría transexualidad y travestismo, así como otras variaciones." El común denominador del transgenerismo, se afirma por la Comisión, es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que le ha sido tradicionalmente asignada a ésta (rol 13001-2015 de la Corte de Apelaciones de Santiago).

Séptimo: Que aún cuando nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente esta situación, la interpretación de la normativa vigente conduce a sostener, razonablemente, que no es posible rectificar el nombre de una persona sin que éste a su vez corresponda al sexo ahí señalado, de lo contrario la norma del artículo 31 inciso segundo del Registro Civil estaría siendo violentada. En tal sentido, los jueces de instancia cometen un error al señalar que no existiendo norma que regule y autorice la materia, el cambio de nombre y sexo legal de las personas transexuales ha quedado entregado al criterio personal de cada juez en lo civil que conoce del caso, toda vez que la interpretación de las leyes nacionales, como ha señalado reiteradamente nuestra jurisprudencia, debe ser efectuada a la luz de los principios constitucionales y legales, comenzando por el derecho a la identidad y la dignidad de las personas que se encuentran en estrecha vinculación, razón por la cual la primera le pertenece a todas las personas sin discriminación.

Octavo: Que el Estado de Chile se ha obligado, a través de la ratificación de distintos tratados de derechos humanos, con la obligación de no-discriminación y la garantía de los derechos humanos para todas las personas "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" (Art. 1.1 Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Estas obligaciones vinculan a todos los órganos del Estado, incluyendo a esta Corte Suprema, tal como se establece en el Artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República: "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."

En cuanto a las personas transgénero, deben ser siempre tratadas con pleno respeto y garantías a sus derechos humanos consagrados en los distintos instrumentos internacionales. Aunque la categoría prohibida de "identidad de género" no esté explícitamente mencionada en los tratados internacionales ratificados por Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha entendido subsumida en "cualquier otra condición social", tal como lo explicitó en el caso "Atala Riffo y otras contra Chile". En esta ocasión, la Corte indicó que "la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante "OEA") ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz

contra actos discriminatorios." (Caso Atala Riffo y otras contra Chile, párr. 86.) Así, la Corte Interamericana concluye que "la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención." (Caso Atala Riffo y otras contra Chile, párr. 91.).

Además, con voto de Chile, el 22 de diciembre de 2008, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la "Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", reafirmando 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".

Esta decisión ha sido reiterada en varios casos y más recientemente, ante la solicitud de Costa Rica para que la Corte manifestara su opinión, se dicta la Opinión Consultiva N° 24 sobre Identidad de Género, e Igualdad y No-Discriminación a Parejas del Mismo Sexo del 24 de noviembre de 2017 (párr. 78).

En relación con el cambio de sexo, la Corte Interamericana ha explicitado que se basa en el "derecho a la identidad" el cual se funda en la autonomía de la persona y cuyos distintos aspectos están protegidos bajo varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a saber, sus artículos 3, 7, 11 y 13. Reitera una resolución adoptada por la Asamblea General de la OEA, incluyendo a Chile, que establece que "que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios [que] facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana". (Asamblea General, Resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), "Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y "Derecho a la Identidad", de 3 de junio de 2008, y Resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), Derechos Humanos, Orientación Sexual, e Identidad de Género de 8 de junio de 2010. Asimismo, OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad", resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3.).

La Corte concluyó en su Opinión Consultiva que:

"a) Se desprende el derecho a la identidad del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada (párrs. 88 y 89);

b) El derecho a la identidad ha sido reconocido por este Tribunal como un derecho protegido por la Convención Americana (párr. 90);

c) El derecho a la identidad comprende, a su vez, otros derechos, de acuerdo con las personas y las circunstancias de cada caso, aunque se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana) (supra párr. 90);

d) El reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas que se encuentra protegido por la Convención Americana en sus artículos 7 y 11.2 (párr. 98);

e) La identidad de género y sexual se encuentra ligada al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones (párr. 93);

f) La identidad de género ha sido definida en esta opinión como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento (párr. 94);

g) El sexo, el género, así como las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente a partir de las diferencias biológicas derivadas del sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada (párr. 95);

h) El derecho a la identidad posee también un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos (párr. 99);

i) El reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans, incluyendo la protección contra la violencia, tortura malos tratos, derecho a la salud, (Para Chile, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 12.) a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación (párr. 98), y

j) El Estado debe asegurar que los individuos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la misma dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas (párr. 100).".

Sobre el particular del cambio de nombre y sexo registral, la Corte Interamericana concluyó 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). Estableció, asimismo, que para este reconocimiento "no [se] podrá[n] requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales" (párr. 146). Más bien, los Estados deben contar "con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, deben cumplir con los requisitos señalados en esta opinión, a saber: a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales." (párr. 160).

En cuanto a la vigencia de esta interpretación para el Estado de Chile, 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 a menos que todos los Estados Partes mediante un protocolo u otro instrumento que enmiende la Convención decidan reemplazar esta interpretación autoritativa por su propia "interpretación auténtica", por lo cual la Corte ha adelantado en este caso su opinión respecto de un tema determinado, el cual en caso de ser llevado por una situación determinada, se fallaría bajo esos argumentos.

Además, Chile ha firmado la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia el 22 de octubre de 2015. Según el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la firma obliga a los Estados a no contravenir el objeto y fin del tratado. En este caso, el objeto y fin del tratado, derivado de su título, preámbulo, obligaciones centrales y sentido global, es la prevención, eliminación, prohibición y sanción de actos y manifestaciones de intolerancia y discriminación. Define discriminación incluyendo a la "identidad y expresión de género", tal como nuestro país lo ha querido plasmar en su Ley 20.609 cuando indica en su artículo 2: "Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los

derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden 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 orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad". En virtud de las cláusulas de interpretación de la CADH y también del PIDESC, si hubiera una definición más favorable de un derecho en la normativa interna del país, ha de usarse ésta última para el cumplimiento del tratado internacional (Art. 29.b CADH, Art. 5.2 PIDESC, Art. 5.2 PIDCP).

Por tanto, queda claro que las obligaciones internacionales que Chile ha contraído abarcan la prohibición de discriminación por identidad de género, incluyendo el derecho a la salud, integridad física y psíquica y la privacidad. En consecuencia, el Estado deberá facilitar el cambio de nombre y sexo registral, sin condicionamiento a una intervención quirúrgica o un tratamiento hormonal.

Noveno: Que por su parte el Tribunal Constitucional chileno ha señalado expresamente la vinculación existente entre el derecho a la identidad y la dignidad de las personas "el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país. La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer. Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" (T.C. rol 1611-10).

Décimo: Que específicamente, en identidad de género, la Ley Nro. 20.609 que establece medidas contra la discriminación, reconoce expresamente la valoración y protección jurídica de la "identidad de género", prohibiendo discriminaciones sobre tal base, de conformidad a su artículo 2° inciso primero, y en su artículo 17, que modifica en la línea expresada el artículo 12 del Código Penal.

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.

Undécimo: Que es en estas situaciones, donde los principios constitucionales y legales entran en juego en un Estado de Derecho, en cumplimiento del mandato del inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución, de encontrarse el Estado al servicio de la persona humana, contribuyendo a crear las condiciones sociales para el mayor desarrollo personal de tipo material y espiritual posible.

En este tipo de situaciones especiales es donde habrá de primar la faz de la identidad de género, precisamente como eje esencial en el autorreconocimiento como persona singular y frente a la sociedad.

En definitiva, si actualmente la ley permite el cambio de nombre y, a la vez, prescribe que el nombre debe ajustarse al sexo, entonces se concluye que todo cambio de nombre debe respetar la realidad que le sirve de parámetro y, si tal realidad se encuentra consignada equivocadamente, debe ser corregido el instrumento respectivo, junto a la modificación del nombre.

Por lo expuesto es que, sin perjuicio de no existir norma legal expresa que faculte el cambio de sexo registral, como sí ocurre respecto del cambio de nombre, no proceder de la forma señalada importaría, como la jurisprudencia ha reiterado, una afectación de las obligaciones contenidas en los tratados internacionales y de los principios constitucionales y legales antes señalados en perjuicio de la solicitante.

Duodécimo: Que en cuanto a la referencia que hace la sentencia de autos en cuanto a no constar una cirugía de reasignación de sexo, debemos señalar que los principios de Yogyakarta sobre la aplicación de las leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, sostienen en su principio número 3 que "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Los Estados: C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que

existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona -incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros- reflejen la identidad de género que la persona defina para sí".

Que, por lo demás, 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.

Lo anterior es plenamente concordante con jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que declaró que la exigencia de someterse a intervenciones quirúrgicas o tratamiento esterilizador, como requisito para reconocer la identidad de género, viola el derecho a la vida privada y familiar (Caso A.P. Garçon and Nicot v. France, N° 79885/12, 52471/13 y 52596/13).

Por lo anterior se estima que los jueces han errado en la correcta aplicación de los artículos 1 letras a y b de la ley 17.344 y 31 de la ley 4808 sobre Registro Civil.

Décimo Tercero: Que tales yerros han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo en estudio, desde que condujeron a los jueces a rechazar la acción intentada.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se acoge, el recurso de casación en el fondo deducido por la solicitante a fojas 99 y siguiente, contra la sentencia de nueve de agosto de dos mil dieciséis, que se lee a fojas 98 de estos antecedentes, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Se previene que el abogado integrante señor Correa concurre a la decisión de la Corte sin necesariamente compartir sus fundamentos, y estima necesario dejar constancia de lo siguiente:

1.-) Para concurrir a la decisión de la Corte en relación con el cambio de sexo legal, tiene presente que éste puede entenderse referido tanto a determinadas características del cuerpo de una persona como a su auto identificación de género. En su opinión, el derecho a la protección de la vida privada favorece la interpretación de la ley que hace prevalecer esta auto identificación de género por sobre las características corporales;

2.-) Para concurrir a la decisión de la Corte en relación con el cambio de nombre, tiene presente que la prohibición del artículo 31 de la ley 4.808 de imponer al nacido un nombre "equivoco respecto del sexo" tiene por objeto la protección del recién nacido y no resulta relevante a

objeto de la ley 17.344 sobre cambio de nombre. Tratándose de una persona transexual es el nombre legal el que, al indicar inequívocamente un sexo reñido con su identidad de género, le causa el menoscabo moral que el artículo primero letra a) de la citada ley señala como justificante del cambio de nombre;

3.-) La decisión de la Corte, en lo que se refiere al cambio de sexo, parece acarrear consecuencias en al menos dos regímenes legales. Por una parte, el solicitante quedaría habilitado a contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto al de su identidad de género. Como consecuencia de ello, importaría también reconocer que, si contrae matrimonio, los cónyuges quedan habilitados a adoptar. Estas son decisiones que corresponden o a la Constitución, y por tanto a su intérprete, o al legislador. Este abogado integrante estima que los regímenes legales aludidos, interpretados a la luz de la Constitución Política, son consistentes con la decisión que adopta la Corte, la que recoge una línea jurisprudencial que ya se había manifestado en al menos dos Cortes de Apelaciones, según indica el motivo quinto de la presente sentencia. Con ello no niega la autoridad del legislador para dictar una ley que impida una decisión como la que aquí se adopta, cuya conformidad o disconformidad con la Constitución Política solo podría ser evaluada por el Congreso Nacional, Presidente de la República y Tribunal Constitucional.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Blanco, quien estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo, teniendo presente que, en su concepto, los sentenciadores no incurrieron en los errores denunciados al rechazar la solicitud de cambio de nombre, toda vez que, de acuerdo con los hechos asentados, correspondía concluir que no concurren los presupuestos previstos en los artículos 1 letras a) y b) de la Ley N° 17.344 y 31 de la Ley N° 4.808, porque el nombre de la persona no debe ser equívoco respecto del sexo y, en la especie, no se acreditó el sexo femenino de la parte recurrente, ni su transexualidad por elementos objetivos. Así las cosas, la resolución adoptada mantiene un equilibrio básico entre el interés general de la sociedad y el del interesado.

Redacción de la abogada integrante señora Leonor Etcheberry Court y de la prevención y disidencia, sus autores.

Regístrese.

N° XXXX-2016.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Haroldo Brito C., Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., y los Abogados Integrantes señora Leonor Etcheberry C., y señor Rodrigo Correa G.

SENTENCIA DE REEMPLAZO:

Santiago, veintinueve de mayo de dos mil dieciocho.

Con arreglo a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo en estos autos.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los fundamentos décimo cuarto en adelante, los que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Los motivos cuarto al duodécimo del fallo de casación que antecede, el que para estos efectos se reproduce.

Conforme al mérito de los antecedentes allegados a este proceso, se revoca la sentencia apelada de veintidós de febrero de dos mil dieciséis, escrita a fojas 66 y siguientes, y acogiéndose la solicitud de fojas 5, se resuelve que se ordena la rectificación de la inscripción de nacimiento N° 36 del año 1988 de la circunscripción de Osorno del Servicio de Registro Civil e Identificación, correspondiente a XXXX de sexo masculino, en el sentido de establecer que el nombre de dicha persona es XXXX, de sexo femenino.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Blanco, quien estuvo por confirmar el fallo en alzada, teniendo presente los fundamentos de su disidencia expresada en la sentencia de casación que antecede.

Redacción de la abogada integrante señora Leonor Etcheberry Court y de la disidencia, su autor.

Regístrese y devuélvase.

N° XXXX-2016.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Haroldo Brito C., Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., y los Abogados Integrantes señora Leonor Etcheberry C., y señor Rodrigo Correa G.