



2024

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 14.395-2023

[9 de mayo de 2024]

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 12, 13, 14,
15, 16, Y 17, DE LA LEY N° 21.120, QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL
DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO**

**PEDRO MALDONADO ESCUDERO, JUEZ TITULAR DEL
CUARTO JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO**

**EN EL PROCESO RIT R-9-2023, RUC 23-2-3679477-6, SEGUIDO ANTE EL
CUARTO JUZGADO DE FAMILIA SANTIAGO.**

VISTOS:

Que, con fecha 5 de junio de 2023, Pedro Maldonado Escudero, Juez Titular del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, ha solicitado pronunciamiento de esta Magistratura respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 12, 13, 14, 15, 16, y 17 de la Ley N° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, en el proceso RIT R-9-2023, RUC 23-2-3679477-6, seguido ante el Cuarto Juzgado de Familia Santiago;

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

“Ley N° 21.120

“Artículo 12.- DE LA SOLICITUD DE RECTIFICACIÓN DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO DE LAS PERSONAS MAYORES DE CATORCE Y MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. Las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad podrán solicitar la rectificación del sexo y



nombre con que aparezcan individualizadas en su partida de nacimiento para que sea coincidente con su identidad de género. Con todo, una vez que alcancen la mayoría de edad, podrán requerir una nueva rectificación en conformidad a los procedimientos que correspondan.

Los documentos de identificación y cualquier otro instrumento público o privado que se emitan una vez llevada a cabo la rectificación de que trata esta ley deberán reconocer y respetar el nuevo sexo y nombre del mayor de catorce y menor de dieciocho años.

Artículo 13.- DEL TRIBUNAL COMPETENTE Y SUPLETORIEDAD. En caso de solicitudes de personas mayores de catorce y menores de dieciocho años, será competente para conocer la solicitud el tribunal con competencia en materias de familia correspondiente al domicilio del solicitante.

El procedimiento se tramitará en conformidad a las reglas de este Título y a las del Título I de esta ley.

En lo no regulado por la presente ley, se aplicará supletoriamente lo dispuesto en los Títulos I y III de la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

Artículo 14.- “LEGITIMACIÓN ACTIVA. La solicitud de rectificación de las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años deberá ser presentada por sus representantes legales o alguno de ellos, a elección del mayor de catorce y menor de dieciocho años, si tuviere más de uno.

Artículo 15.- CONTENIDO DE LA SOLICITUD. La solicitud deberá ser fundada, exponiendo con claridad y precisión los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se apoya, con indicación precisa de las peticiones concretas que se someten al pronunciamiento del tribunal. Además, deberá señalar las razones conforme a las cuales, a juicio del solicitante, la pretensión hecha valer es beneficiosa para el mayor de catorce y menor de dieciocho años, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 3° y 4° de la presente ley.

En la solicitud se podrán acompañar los antecedentes que se estimen pertinentes, especialmente aquellos que den cuenta del contexto psicosocial y familiar del mayor de catorce y menor de dieciocho años y de su grupo familiar. También se podrán acompañar los informes señalados en el inciso tercero del artículo 17 de esta ley.

Artículo 16.- AUDIENCIA PRELIMINAR. Recibida la solicitud, y habiéndose cumplido con lo dispuesto en el artículo anterior, el juez la admitirá a tramitación y citará al mayor de catorce y menor de dieciocho años, junto a quien o quienes presentaron la solicitud, a una audiencia preliminar dentro de un plazo de quince días.

En la misma resolución que admitiere a tramitación la solicitud en conformidad al inciso anterior, el tribunal deberá, de oficio, citar, para la misma fecha de la audiencia preliminar, al mayor de catorce y menor de dieciocho años y al padre o madre o representante legal que no hayan accedido a la solicitud, a una audiencia



preparatoria, la que se celebrará con las partes que asistan, inmediatamente después de la celebración de la audiencia preliminar.

En la audiencia preliminar el juez deberá informar al mayor de catorce y menor de dieciocho años y al o a los solicitantes sobre las características de la rectificación y sus consecuencias jurídicas.

Asimismo, en la audiencia preliminar el mayor de catorce y menor de dieciocho años podrá ejercer su derecho a ser oído directamente ante el juez y un consejero técnico, y manifestará su voluntad de cambiar su sexo y nombre registrales, como también se le consultará el o los nombres de pila con los que pretende reemplazar aquellos que figuren en su partida de nacimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 6° de esta ley. El tribunal deberá procurar que toda actuación del mayor de catorce y menor de dieciocho años sea sustanciada en un ambiente adecuado que asegure su salud física y psíquica y en condiciones que garanticen su participación voluntaria, su privacidad y su seguridad.

No obstante lo señalado en el inciso anterior, el mayor de catorce y menor de dieciocho años tendrá derecho a ser oído en todas las etapas del procedimiento, debiendo el juez considerar sus opiniones, en atención a su edad y grado de madurez.

Artículo 17.- AUDIENCIA PREPARATORIA Y DE JUICIO. *Inmediatamente después de terminada la audiencia preliminar, el tribunal celebrará la audiencia preparatoria con las partes que asistan.*

En la audiencia preparatoria el tribunal, de oficio o a petición del o los solicitantes, podrá ordenar la citación a la audiencia de juicio a personas determinadas para que declaren sobre los antecedentes de hecho expuestos en la solicitud a que se refiere el artículo 15, en conformidad al objeto del juicio establecido por el tribunal.

Si no se hubieren presentado con la solicitud, el tribunal, en la audiencia preparatoria, podrá ordenar que se acompañen los siguientes informes:

a) Un informe psicológico o psicosocial que dé cuenta que el mayor de catorce y menor de dieciocho años y su entorno familiar han recibido acompañamiento profesional por, al menos, un año previo a la solicitud. Lo anterior se entenderá cumplido si se hubiere acompañado en la solicitud u ofrecido en la audiencia preparatoria, el original o copia auténtica del informe de participación en el programa de acompañamiento profesional a que se refiere el artículo 23 de la presente ley, y

b) Un informe psicológico o psicosocial que descarte la influencia determinante de terceros, como el padre, madre, representante legal, o quien tenga legalmente el cuidado personal del mayor de catorce y menor de dieciocho años u otros adultos significativos para él, sobre la voluntad expresada por éste en cuanto a su identidad de género.

Asimismo, en la audiencia preparatoria, el juez podrá ordenar la realización de una o más diligencias que estime necesarias para la acertada resolución de la causa. Con todo, en ningún caso podrá decretar la realización de exámenes físicos al mayor de catorce y menor de dieciocho años.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez podrá, previo acuerdo de las partes, desarrollar la audiencia de juicio inmediatamente después de finalizada la preparatoria.



En la audiencia de juicio, se oirá a quienes hayan sido citados a la misma y se rendirá la prueba admitida por el tribunal.

La sentencia definitiva deberá ser fundada y en ella deberá constar el hecho de haberse oído la opinión del mayor de catorce y menor de dieciocho años, así como los motivos que el tribunal ha considerado para decidir conforme a esa opinión o en contra de ella. Para resolver, el tribunal deberá tener a la vista los informes que consten en el proceso.

La sentencia podrá ser impugnada de acuerdo con el régimen de recursos aplicable a los asuntos contenciosos en materias de familia. La apelación de la sentencia definitiva se concederá en ambos efectos y gozará de preferencia para su vista y fallo.

El tribunal, en la sentencia definitiva que acoja la solicitud, ordenará al Servicio de Registro Civil e Identificación la rectificación de la partida de nacimiento, oficiando para tales efectos a que se proceda al cambio de sexo y de nombre, o sólo del sexo, según corresponda, y que se efectúen las respectivas subinscripciones al margen.

El Servicio de Registro Civil e Identificación procederá sólo en virtud de una sentencia firme. Una vez practicadas las rectificaciones y subinscripciones señaladas en el inciso anterior, se emitirán los nuevos documentos de identidad, de conformidad a lo establecido en esta ley.”

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Por oficio N° 1-2023, de 3 de junio de 2023, don Pedro Maldonado Escudero, Juez Titular del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, remite auto motivado en el cual solicita pronunciamiento de esta Magistratura respecto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 12, 13, 14, 15, 16 y 17 de la Ley N° 21.120, sólo respecto de la exclusión a las personas menores de catorce años del acceso al procedimiento de cambio de nombre y sexo registral.

En la resolución remitida se relata que con fecha 19 de abril de 2023 compareció M.A.M.F., actuando en representación de su hija menor de edad de iniciales F.M.M, solicitando al tribunal la rectificación de la partida de nacimiento de la niña y que se ordene al Registro Civil que proceda a la rectificación en lo referente a su nombre y sexo registral, a fin de que en definitiva quede con nombre femenino y sexo femenino.

Indica que la causa se encuentra en la fase de audiencia preliminar.

Hace presente que en la solicitud se indica que la niña nació el 6 de mayo de 2015, y que fue inscrita con nombre y sexo masculino. Agrega que desde que tenía dos años comenzó a notar que manifestaba preferencias diferentes a las que tradicionalmente se asocian con su sexo biológico. Agrega que las señales de la niña eran cada vez eran más evidentes, sentía rechazo por el género que tenía asignado y lo sentía como un error.

Añade que cuando la niña tenía cuatro años se contactó con la Fundación Selenna para que le brindaran acompañamiento durante su proceso de cambios, junto con una serie de evaluaciones que confirmaron que era evidente su identificación con roles y estereotipos femeninos, junto con una marcada preferencia por ser tratada como niña.



Se señaló que la familia comprendió este proceso y decidieron acompañarla activamente en sus inquietudes, tanto a nivel social, familiar y educativo, y que actualmente la niña está en etapa de adaptación psicoemocional asistida por psicólogo en su grupo de pares.

Posteriormente, en noviembre de 2022, dada la necesidad de abordar el ámbito médico, se señala que la madre recurrió al Centro de Medicina Reproductiva y Desarrollo Integral de la Adolescencia de la Universidad de Chile (CEMERA), donde múltiples doctores evaluaron a la niña, a saber, pediatra, psiquiatra, matrona, enfermera, todos quienes la reconocieron como una niña normal que cumplía con todas las facultades necesarias para ser parte del programa.

Indica que el padre de la niña en un primer momento no estuvo de acuerdo con esta situación, pero que en la actualidad la acompaña durante este proceso.

En la solicitud, la madre expresó la urgencia de rectificar la partida de nacimiento de su hija, debido a que ha sufrido diversas discriminaciones que le han significado un gran menoscabo, las que ha debido saber sobrellevar a su corta edad y que, por su bienestar emocional y psíquico, no desea que continúen prolongándose.

El juez requirente refiere como derecho invocado en la solicitud, en primer lugar lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 21.120, el cual contempla el derecho de toda persona cuya identidad de género no coincida con su nombre y sexo registral, para solicitar la rectificación de éstos.

Sin embargo, señala que el artículo 12 y siguientes de la citada ley limita el derecho concedido, puesto que solo regula el procedimiento cuando se trata de personas mayores de catorce y menores de dieciocho años.

Se señala que la limitación referida, es contraria a lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, que consagra el principio de igualdad y no discriminación arbitraria.

Indica que la solicitante argumenta que Ley N° 21.120 discrimina a los menores de catorce años en el ejercicio del derecho a la identidad de género, en razón de la edad, y los ha privado de poder gozar de los derechos y garantías que esta ley otorga en el artículo 3°, con lo que se contraviene la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y otros Tratados Internacionales ratificados por Chile, y con ello, los principios de no discriminación arbitraria, interés superior del niño y autonomía progresiva. En particular, señala que los artículos cuestionados sólo contemplan dentro de sus procedimientos el caso de los niños de más de catorce y menos de dieciocho años de edad, de modo que en este caso concreto, la niña, de actuales ocho años, al estar fuera del rango etario señalado, no puede acceder a este procedimiento.

Finaliza señalando que con lo dicho, queda de manifiesto la transgresión a los artículos 1° y 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, al vulnerarse la igualdad de toda persona en dignidad y derechos.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por resolución de la Segunda Sala de 20 de junio de 2023, a fojas 75, ordenándose la suspensión del procedimiento, y posteriormente se hizo parte doña M.M.F., solicitante en la gestión pendiente, a fojas



70, reiterando los argumentos expuestos en el requerimiento, que materializan lo relatado en la solicitud ante el tribunal de instancia.

Con fecha 10 de julio de 2023, a fojas 85, la Segunda Sala declaró admisible el requerimiento, y confirió los traslados de fondo a las partes de la gestión pendiente, y a los órganos constitucionales interesados, sin que se efectuaran presentaciones.

A fojas 94, con fecha 7 de agosto de 2023, se ordenó traer los autos en relación.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 27 de septiembre de 2023 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos de la abogada Lorena Lorca Muñoz, por la parte solicitante en la gestión pendiente, y se pospuso el acuerdo.

En sesión de Pleno de 26 de octubre de 2023 se adoptó acuerdo, conforme fue certificado por la relatora de la causa.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: El requerimiento del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, plantea a esta Magistratura un cuestionamiento de constitucionalidad de los artículos 12 al 17 de la Ley N° 21.120 (D. Oficial, incardinados ellos en el Título IV de dicha Ley, “Del procedimiento administrativo de rectificación de la inscripción relativa al sexo y nombre solicitada por la persona menor de edad”. El cuestionamiento reprocha que el procedimiento regulado por la Ley N° 21.120 no permita a los menores de catorce años, cual es el caso de la persona para quien se solicitó la rectificación de la partida de nacimiento (quien cuando se inició el procedimiento tenía siete años de edad), acceder a la rectificación de partidas de nacimiento. Señala el requerimiento que “se produce una diferencia arbitraria en el trato respecto de F. M. M. y de todos los niños y niñas menores de catorce años, al verse privados de poder acceder al procedimiento de rectificación de nombre y sexo registral tan solo por su edad, pese a que son titulares de todos los derechos humanos, y de aquellos que especialmente les han sido reconocidos en su condición de niños, sin que el elemento edad aparezca como una razón justificada para hacer tal diferencia”. Complementa esta argumentación la referencia al artículo 5° de la Constitución en relación con la Convención de los Derechos del Niño, cuyos artículos 2, 3 y 4 reconocen el derecho a la no discriminación y el deber del Estado de tomar como consideración primordial el interés superior del niño, lo que comprende también el derecho personalísimo a la identidad.

SEGUNDO: Cabe observar de manera preliminar que la competencia de este Tribunal se limita a resolver la inaplicabilidad de los preceptos legales cuya aplicación en la gestión concreta resulte contraria a la Constitución. El ejercicio de esta competencia implica un escrutinio de los preceptos legales impugnados en un



contexto determinado y tomando siempre como parámetro el texto de la Constitución, según manda el artículo 92 N° 6.

No corresponde, por tanto, a esta Magistratura pronunciarse respecto de la eventual contradicción entre los preceptos impugnados con otras normas legales contenidas en la misma Ley o en leyes anteriores o posteriores y con los que pudieren ser confrontados en sede judicial. Tal es el caso del artículo 1° de la Ley N° 21.120 o del artículo 8° de la Ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. La resolución de esas antinomias legales, de haberlas, corresponden al Tribunal de la gestión en ejercicio de la facultad para determinar el Derecho aplicable que es propia de la jurisdicción en conformidad al artículo 76 de la Constitución. Del mismo modo, el enjuiciamiento de la vulneración constitucional, como condición previa al alzamiento del deber judicial constitucional de aplicar las leyes vigentes y eventualmente como presupuesto de una futura declaración de inconstitucionalidad, es de competencia exclusiva de esta Magistratura al tenor de lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución.

TERCERO: Con relación al contexto en que opera el ejercicio de la potestad declaratoria de inaplicabilidad, esta Magistratura ha de pronunciarse necesariamente a la luz de los antecedentes fácticos y normativos que dan cuerpo a la gestión pendiente y que permiten el discernimiento constitucional justo. Los antecedentes fácticos permiten a este Tribunal imponerse de la realidad que hay detrás del expediente, mientras que los antecedentes normativos conforman todo el ordenamiento jurídico en el que se enmarca la gestión. Este último ordenamiento, que es la parte normativa del caso, permite al Tribunal calibrar la existencia y, en su caso, la magnitud del efecto contrario a la Constitución; y si bien, como ha quedado dicho, es al juez de la gestión al que corresponde el análisis de legalidad, no es menos cierto que esta Magistratura toma en cuenta ese contexto para los efectos de enjuiciar la existencia o inexistencia de un efecto contrario a la Constitución causado por los preceptos legales impugnados.

De acuerdo con lo anterior, el nudo de la cuestión constitucional que plantea el requerimiento reside en determinar si los preceptos legales que restringen el acceso al procedimiento de rectificación de inscripción a los menores de catorce años producen o no un efecto contrario a la Constitución. Para resolver esta cuestión se procederá en primer lugar a analizar la diferencia de trato a la luz de las exigencias de no arbitrariedad que impone el artículo 19 N° 2 de la Constitución, para luego descender al análisis de la necesidad, adecuación y proporcionalidad estricta de esa regulación.

CUARTO: La cuestión plantea en primer lugar la existencia de una posible vulneración al derecho a no ser discriminado arbitrariamente, por cuanto los preceptos legales impugnados no permitirían a los menores de catorce años el acceso a los procedimientos de rectificación de la partida de nacimiento que el Título IV de la Ley N° 21.120 regula para los menores de dieciocho años y los mayores de catorce años. La respuesta a este reproche presupone, admitida que es la diferencia de trato respecto de los menores de catorce años, discernir si la diferencia de trato tiene o no el carácter de arbitraria. Para ello, esta Magistratura debe resolver si la regulación tiene un fundamento razonable que la justifique, lo que se traduce en examinar si resulta necesaria e idónea para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador en una perspectiva de proporcionalidad, y si la diferencia es tolerable para el destinatario (SSTC Roles N°s 790, 825, 829, 834, 1.340, 1.463, 1.584, 1.656 y 1968, entre muchas otras).



QUINTO: No es inusual en la legislación nacional el restringir el acceso a ciertas facultades legales en razón de la edad de la persona. Tratándose de niños en general y de no adolescentes o impúberes en particular (los menores de catorce años, de acuerdo con la regulación civil) existen variadas reglas que, en abstracto y de manera general, limitan facultades que van desde derechos de naturaleza patrimonial o económica (como la capacidad civil o la facultad de testar en los artículos 1.447 y 1.005 del Código Civil, la capacidad de trabajar en el artículo 13 del Código del Trabajo, la capacidad para comprar y vender tabaco o alcoholes en las Leyes N° 19.419 y 19.925) hasta decisiones vitales individuales de naturaleza personal o colectiva.

Las decisiones personales relacionadas con la identidad de género ciertamente que no son comparables con las decisiones patrimoniales como la de testar o con el ejercicio de actividades sujetas a permiso como la de conducir un vehículo motorizado, pero sí lo son con decisiones vitales como la de someterse a un sistema educativo (Ley N° 5.291), consentir una relación sexual (artículo 362 del Código Penal), unir la vida propia a la de otra persona mediante el matrimonio (artículo 5° de la Ley 19.946 que establece la nueva Ley de Matrimonio Civil, recientemente reformada por la Ley N° 21.515 que estableció la mayoría de edad para contraer matrimonio), consentir libremente un tratamiento médico (artículo 14 de la Ley N° 20.584), solicitar un anticonceptivo de emergencia en las más absoluta privacidad (artículo 2° de la Ley N° 20.418), ejercer el derecho de sufragio para influir en los destinos de la Nación (artículo 13 de la Constitución) o participar de un partido político (artículo 18 de la Ley N° 18.603), por mencionar algunos ejemplos significativos. En todos estos casos se observan restricciones más o menos severas para los niños y niñas menores de catorce años o no adolescentes, para tomar la nomenclatura de la Ley N° 19.968.

SEXTO: Las limitaciones generales y abstractas basadas en la edad de los niños, niñas y adolescentes se justifican en dos tipos de razones que se complementan. En primer lugar, dichas regulaciones buscan asegurar un régimen igualitario, cierto y, por lo tanto, de efectos previsibles. Como enseña la teoría del Derecho, en la necesidad de garantizar la igualdad y la certeza radica la preferencia del legislador por las regulaciones abstractas y de aplicación general (Bobbio, N. *Teoría generale del Diritto*, Torino: Giappichelli, 1993, p. 149). El legislador puede entonces razonablemente optar por fijar líneas etarias claras para regular el ejercicio de derechos si con ello pretende aspirar a ofrecer criterios generales e igualitarios que garanticen una respuesta homogénea y no arbitraria. Esta técnica normativa resulta, en línea de principio, constitucionalmente admisible por cuanto en más de una oportunidad la Carta Fundamental atribuye derechos tomando en cuenta, sin más, la edad de las personas. Así sucede, en materia de acceso a la ciudadanía o al derecho a optar a ciertos cargos de elección popular. Como veremos a continuación, algo similar puede decirse del Derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, la Convención de los Derechos del Niño, obliga en ciertos casos a los estados a establecer una edad mínima como criterio para el ejercicio de ciertos derechos (artículo 32) o como estándar para presumir la incapacidad de infringir las leyes penales (artículo 40), todo ello a la par de tomar el criterio etario para definir cuándo estamos ante un niño o niña (artículo 1°). El Comité de Derechos del Niño, por su parte, entiende que los mínimos de edad convencionales no son taxativos y propone a los estados, por ejemplo, la fijación de una “edad mínima aceptable” para el consentimiento sexual (Observación General 20, *Sobre la efectividad de los*



derechos del niño durante la adolescencia, 6 de diciembre de 2016, párr. 40), el matrimonio o la posibilidad de acceder a un tratamiento médico sin el consentimiento de los padres (Observación General N° 4, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 21 de julio de 2003, párr. 9). Por otro lado, y aun cuando no ha sido la pretensión del Comité de Derechos del Niño el definir qué es la infancia o la adolescencia, dicho organismo también aplica el criterio etario para analizar la realización de los derechos de los niños en la “primera infancia” (período comprendido desde el nacimiento hasta los ocho años de edad, Observación General 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 20 de septiembre de 2006, párr. 4) o en la adolescencia (donde toma como punto de partida, para la recolección de datos, los diez años, Observación General 40, *Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, 6 de diciembre de 2016, párr. 5).

Este recurso a la edad mínima como criterio de condicionamiento para el ejercicio de ciertos derechos tanto en la Constitución Política como en el Derecho internacional de los derechos humanos, es un indicio suficientemente persuasivo para sostener que el legislador estatal también puede tomar ese criterio como parámetro para tomar decisiones respecto de la protección de los niños (Neuman, G. y Ibrahim, A. “When use Age Discrimination a Human Rights Violation?”, *Harvard Human Rights Journal* 36, 2023, p. 244).

La segunda razón que justifica la limitación general y abstracta para acceder al procedimiento regulado por los preceptos cuestionados reside en el carácter “dinámico” de la autodeterminación de los niños y niñas (Schmahl, S., *United Nations Convention on the Rights of the Child. Article by Article Commentary*. Londres: Bloomsbury, p. 113). Este carácter progresivo de la autonomía del niño o niña explica que, aunque ellos o ellas sean sujetos de derechos, carecen de la autonomía del adulto (Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 12, *El derecho al niño de ser escuchado*, 2009, CRC/C/GC/12, párr. 1), lo que se constata a partir de un desarrollo intelectual distinto y que se proyectaría, según la ciencia, hasta entrados los veinte años (Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 24, *Los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil*, párr. 32). Esta autonomía progresiva otorga razonabilidad a la distinción en razón de la edad, explica el carácter “escalado” de los derechos que puede reconocer la legislación (Barcia, R. *Estructura del Derecho de familia y de la Infancia*. Santiago: Thomson Reuters, 2020. Tomo II, pp. 798 y ss.) y justifica normativamente la segmentación interna de la niñez, que va desde la primera infancia y se proyecta hasta llegar a la adolescencia.

A partir de estas razones es que la limitación general, en razón de una cierta edad, para acceder a un procedimiento de rectificación de partida de nacimiento no es arbitraria y posee un fundamento razonable. Por lo tanto, ella cumple con el primer cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse una medida de trato diferenciado o desigualitario (SSTC Rol N° 1.365, c. 29°, con referencia a las SSTC Roles N° 28, N° 53 y N° 219).

SÉPTIMO: Las características del caso concreto permiten además descartar la falta de adecuación o necesidad de la medida legislativa, dimensiones necesarias de un escrutinio constitucional estricto que, en atención a la condición del niño o niña, obligan a una revisión más intensa que el solo examen de no arbitrariedad del artículo 19 N° 2 de la Constitución. En efecto, el delicado juicio constitucional que entraña el escrutinio de la necesidad y la adecuación, frente a las decisiones políticas



del legislador, se contextualiza en una gestión iniciada en beneficio de una persona que transita entre dos condiciones de especial vulnerabilidad que se acumulan, ya sea desde la perspectiva de la infancia o desde la perspectiva de su identidad de género. Esta condición múltiple de vulnerabilidad, que como categoría ha sido analizada por esta magistratura en otras oportunidades (SSTC Roles N° 11.859, c. 24°), hace necesario indagar, con especial atención, por la adecuación y necesidad de la restricción que entrañan los preceptos reprochados. El análisis de estos elementos de juicio favorecerá la comprensión de las normas diferenciadoras y permitirá superar un juicio común contra las normas que se sustentan en la edad mínima cual es que se trataría, al fin y al cabo, de otra forma de consagrar estereotipos (Schauer, F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge: Belknap, p. 121).

De acuerdo con los antecedentes de la gestión pendiente, la solicitud de rectificación se ha presentado respecto de una persona que se encuentra, según como se quiera ver, en el tramo superior de la primera infancia o en el tramo inferior de la impubertad. Dicho de otro modo, la beneficiaria de la acción se encuentra todavía lejos de la edad a partir de la cual el niño o la niña pasa a considerarse adolescente y donde los enfoques de protección pueden diferir “significativamente” (Observación General 20, *Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, 6 de diciembre de 2016, párr. 1). Esta circunstancia permite concentrar el análisis constitucional en la etapa más temprana del ciclo vital, descartando el escrutinio de los efectos que pueden generar los preceptos legales impugnados en las fases superiores de la impubertad o en la fase etaria de quien se encuentra *ad portas* de la adolescencia legal. Pues bien, dado que esa etapa temprana del ciclo vital y del desarrollo cognitivo del individuo se encuentra todavía lejos de las zonas grises de *sobreinclusión* o *subinclusión* que pueden llevar aparejadas las reglas de edad, no hay razón para afirmar que la medida sea inadecuada e innecesaria para proteger al niño o niña que recién comienza a encaminarse hacia la madurez intelectual que le permita tomar decisiones vitales. Por el contrario, la restricción utiliza un indicador que es confiable como criterio para acceder a una manifestación de la identidad de género como es la rectificación de la partida de nacimiento.

Luego, en las condiciones descritas la medida se demuestra como idónea y necesaria para resguardar la autonomía del niño y asegurar que la decisión de requerir la rectificación registral sea tomada autónomamente teniendo conocimiento y entendimiento suficiente para ponderar su genuino alcance.

OCTAVO: De acuerdo con lo razonado, no aparecen motivos suficientes para reemplazar, mediante la vía y por los fundamentos de la inaplicabilidad, una decisión de política legislativa por no ser adecuada o necesaria. En efecto, el propósito protector de las reglas impugnadas se ve cumplido si la decisión autónoma se posterga hasta una edad en la que exista certeza, al menos jurídica, del discernimiento libre a través de una decisión no subrogada. En este último sentido se explica que sea, en último término, la propia niña o niño, mayor de catorce y menor de dieciocho años quien “manifestará su voluntad de cambiar de sexo y nombre registrales” (artículo 16 inciso 4°, Ley N° 21.120).

Esta conclusión se ve ratificada si se toma en cuenta la globalidad del diseño legislativo dentro del cual se inserta la exclusión de las personas menores de catorce años para acceder al procedimiento regulado en su Título IV. Analizada en su conjunto, la Ley N° 21.120 configura un sistema de reconocimiento de la identidad de género que es fragmentado y escalonado. Es fragmentado porque la identidad de género no se protege en una sola dimensión y porque en manifestaciones distintas a



la rectificación registral no se aplica la restricción a los menores de catorce años. Por otro lado, a partir de las cláusulas generales relativas al interés superior del niño y a su autonomía progresiva (artículo 5º de la Ley Nº 21.120), resulta el rasgo escalonado o graduado respecto de aquella expresión del género que se manifiesta frente a la Administración del Estado. Esta graduación se aprecia también en el régimen de acompañamiento profesional (artículo 23), cuya utilidad tributa a los fines de la letra a) del artículo 17.

La sola edad, por lo tanto, no es un criterio que excluya el ejercicio del derecho a la identidad sino que lo restringe como único indicador en una de sus manifestaciones y hasta que la llegada de la adolescencia permite acceder a un modelo en que la edad opera como gatillante de un proceso judicial de supervisión. Ese indicador, de acuerdo con la normativa nacional y comparada, sigue siendo un criterio razonable y confiable en las etapas tempranas de desarrollo cognitivo del niño o niña.

NOVENO: Con relación al escrutinio de proporcionalidad es necesario recordar que este método no puede fungir como un sustituto del examen político de la legislación o como herramienta de subrogación del Parlamento en lo que toca a sus decisiones políticas. En materia de infancia, la literatura académica y la doctrina del Comité de los Derechos del Niño han insistido en el carácter evolutivo de las facultades o capacidades del niño (las otras versiones oficiales de la Convención se refieren a *capacities* o *capacités*) a que se refieren los artículos 5 y 12 de la Convención de Derechos del Niño, proposición que también sirve de principio político para orientar, entre otras materias, las leyes sobre edad mínima (Varadan, Sh., “The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child”, *International Journal of Children’s Rights* 27, 2019, p. 326). Siendo así, el Poder Legislativo está autorizado para tomar decisiones y adoptar regulaciones diferenciadas en razón de la evolución de esas capacidades sin que se advierta que la regulación sea manifiestamente innecesaria o inadecuada para conseguir el fin.

DÉCIMO: Ciertamente es posible argumentar y debatir, en el terreno de la crítica y de la política legislativa, que el diseño legal reprochado no es el único posible ni el único constitucionalmente admisible, o que hay alternativas mejores al diseño legislativo impugnado (véase por ejemplo, Ravetllat, I. “La identidad de género de niñas, niños y adolescentes trans en la Ley Nº 21.120, de 10 de diciembre de 2018, en Ravetllat, I. y Lepin, C. *Identidad de género*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 296-297). En el mismo sentido, se puede sostener que hay mejores prácticas comparadas que admiten el trámite de rectificación registral a toda persona menor de dieciocho años (como ha expresado de la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-24, 24 de noviembre de 2017 respecto de la legislación argentina). Con todo, la variedad y la relativa novedad de las regulaciones comparadas evidencia que todavía se está lejos de un consenso generalizado que pueda demostrar, para esta Magistratura, un carácter manifiestamente arbitrario y desproporcionado de los preceptos impugnados (véase para Latinoamérica: Cárdenas, A., “El reconocimiento de la identidad de género en América Latina”, *Derechos y Libertades* 47, 2022, 273-305 y, para Europa: Steering Committee on Antidiscrimination Diversity and Inclusion, *Thematic Report on Legal Gender Recognition in Europe*. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2022). Así por ejemplo la Ley francesa de 18 de noviembre de 2016, modificó el artículo 61-5 del Código Civil, pero con restricciones para los menores no emancipados; la más reciente Ley española 4/2023, de 1 de marzo de 2023, sobre igualdad real y efectiva de las personas trans, también somete a



restricciones al menor de doce años; y más últimamente el proyecto de Ley alemán sobre autodeterminación (*Selbstbestimmungsgesetz*), también propone regulaciones especiales para los menores de catorce años.

El juicio de constitucionalidad, en definitiva, no es un juicio político o de mérito respecto de diseños legislativos que, optando por la edad como criterio de regulación, son siempre mejorables y que, en este caso, resultaron de un acuerdo que justamente tuvo por objeto permitir que se aprobara una ley que, en un principio, negaba el acceso al cambio de sexo registral a los menores de dieciocho años (véase el Informe de la Comisión Mixta de 17 de agosto de 2019, Boletín N° 8.924-07).

DÉCIMO PRIMERO: Cabe por último detenerse a analizar si la limitación de edad para acceder al procedimiento de rectificación de sexo registral impone una diferencia que resulte intolerable para el destinatario. Este análisis resulta determinante en casos sensibles, donde se cruzan distintos factores de vulnerabilidad, como el que ha planteado el auto motivado y cuyos argumentos han sido compartidos en estrados por la representante de una madre que reclama el derecho, sin discriminación en razón de la edad, a la identidad de género de su hija F.M.M. Para discernir esta cuestión es imprescindible volver al contexto normativo en que funcionan las reglas impugnadas, con el objeto de determinar los efectos que produce la regulación en el caso concreto. Es ese contexto el que permite determinar si los preceptos legales impugnados privan a la persona de su derecho a la identidad o si solamente lo restringen, y de manera temporal, respecto del acceso a una de sus manifestaciones cual es la rectificación del llamado sexo registral.

DÉCIMO SEGUNDO: Esta Magistratura ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la identidad como comprensivo de la “posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro” (STC Rol N° 834.c. 15°), derecho “estrechamente ligado a la dignidad humana”(STC Rol N° 1.340, c. 9°), con fundamentación internacional, pero también constitucional al emanar de la naturaleza humana (STC Rol N° 2.105, c. 6°). Con relación específica a la identidad de género, esta Magistratura ha señalado que ella “emana de la dignidad humana (artículo 1° inciso 1°); reviste un carácter personalísimo, ya que moldea la vida de cada persona, constituyendo por ello uno de los aspectos más determinantes que permiten el desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad y, al encontrarse recogido implícitamente en diversos tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, es uno de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a los que alude el artículo 5° inciso 2° constitucional” (STC Rol N° 7.670, c. 14°).

El caso en examen conduce a esta Magistratura a un segundo escalón de análisis, pues él refiere al alcance de la potestad legislativa para regular el ejercicio de un aspecto de la identidad de género, el referido a la modificación registral, por parte de niños que no han alcanzado la edad de catorce años. Sobre este punto cabe afirmar de entrada que, siguiendo las definiciones de la Convención de Derechos del Niño, el niño es titular de derechos y lo es también, en específico, del derecho a la identidad y sus proyecciones. De ese aspecto, no se sigue sin embargo que la legislación no pueda configurar, en atención a la evolución de las facultades del niño, un procedimiento de acceso parcelado y graduado a las distintas manifestaciones de esa identidad. El que un individuo sea titular de derechos no inhibe al Legislador en su función de imponer restricciones a esos mismos derechos si con ello pretende proteger fines constitucionalmente admisibles, entre los cuales



se encuentra sin lugar a dudas la protección de la niñez. Este último fin halla su respaldo tanto en la propia Constitución (artículo 1) como en la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que desde su Preámbulo hasta su articulado, insiste en la necesidad de otorgar protección y cuidados especiales. La titularidad de derechos no es incompatible, entonces, con la existencia de medidas legislativas de protección si ellas cumplen con los estándares que ha explicitado esta Magistratura.

Para este Tribunal, el dato normativo que la legislación reconozca el derecho a la identidad y, con fundamento razonable, lo gradúe en razón de un criterio confiable en fases tempranas de la vida del niño o niña es razón suficiente para estimar que la carga de espera que impone la normativa impugnada no es desproporcionada.

DÉCIMO TERCERO: La proporcionalidad de la regulación, dentro del juicio de inaplicabilidad, ha de ponderarse en el caso concreto de manera sistémica. Esto significa que el análisis concreto de la constitucionalidad de los efectos que produce la aplicación de los preceptos legales no se realiza en abstracto ni se limita a las solas normas reprochadas. Por el contrario, el juicio sobre la constitucionalidad de los efectos de un precepto legal se realiza sobre unos hechos concretos, sobre una gestión puntual y sobre un ordenamiento jurídico determinado. Para responder a la pregunta por la proporcionalidad estricta, no basta con analizar solamente la edad como factor de regulación o con argumentar que el niño o niña es sujeto de derechos y que la no discriminación impide la utilización legislativa del criterio etario. Por el contrario, es preciso revisar si los preceptos legales impugnados producen un efecto que se agota en la regulación que ellos proporcionan (como si esos preceptos privaran al niño o niña de toda expresión de la identidad de género) o si, por el contrario, si los efectos se incardinan en un sistema mayor que atenúa, reduce o elimina el juicio conclusivo de inconstitucionalidad.

En el caso planteado la normas de restricción de acceso al procedimiento judicial de rectificación funcionan en un contexto que inhibe un eventual efecto contrario a la Constitución. En efecto, la propia Ley N° 21.120 reconoce al menor de catorce años otros aspectos del derecho a la identidad que no están asociados al Registro y que no dependen de su rectificación. Así por ejemplo sucede con la coincidencia de imágenes y datos informáticos (artículo 3°), con las expresiones de género, particularmente el libre desarrollo de la persona (artículo 4°), la no patologización, la no discriminación y la confidencialidad (artículo 5°) y el acceso a los programas de acompañamiento profesional (artículo 23), acompañamiento al que se reconoce efectos precisamente en el procedimiento judicial posterior. A lo anterior ha de sumarse el reconocimiento específico de la identidad de todo niño, niña o adolescente, que comprende la identidad de género, que otorga la Ley N° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia (artículo 26) y el reconocimiento general que a la identidad y expresión de género concede la Ley N° 20.609 (reiterada por la Ley N° 21.430). Adicionalmente, esa identidad está protegida mediante la integración e inclusión del sistema educativo, la Ley N° 20.370 (artículo 3°). Por cuanto se refiere al nombre social, siguen vigentes las reglas de las Leyes N° 4.808 y N° 17.344 que permiten el cambio de nombre bajo las reglas preexistentes a la Ley N° 21.430).

En el contexto normativo descrito, los preceptos legales impugnados no producen entonces un efecto contrario a la Constitución sino que limitan, de manera



razonable, un aspecto parcial del derecho a la identidad, cual es que se relaciona con el reconocimiento administrativo del género en la partida de nacimiento.

DÉCIMO CUARTO: En el contexto normativo descrito, no se advierte tampoco menoscabo a la dignidad del niño o niña, la que ha quedado a salvo, lo mismo que su capacidad dinámica para el libre desarrollo de su personalidad, merced de la respuesta que el ordenamiento jurídico ha dado a la cuestión de la identidad de género y que no se niega en términos absolutos a los menores de catorce años. Ciertamente que la eficacia real de dicho ordenamiento depende de su respeto horizontal así como del resguardo efectivo del niño frente a riesgos, amenazas o vulneraciones, lo que es de responsabilidad de la propia Administración del Estado y, preferentemente, de sus tribunales de justicia. En este sentido, es pertinente insistir en lo afirmado por este Tribunal en la STC Rol N° 12.818, pues “es el juez quien —en ejercicio de sus facultades privativas de cautela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes— tiene la facultad exclusiva para decidir y declarar si es necesaria una medida de protección judicial o administrativa” (c. 14°).

DÉCIMO QUINTO: De lo señalado puede concluirse que los preceptos impugnados no producen un efecto contrario a la Constitución, razón por la cual el requerimiento de fojas 1 no podrá prosperar.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUERENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA (Presidenta), y señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y NELSON POZO SILVA, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, por las siguientes razones:

I.- CONFLICTO CONSTITUCIONAL

1°. Se deduce acción de inaplicabilidad sustentada en la circunstancia que la exclusión a las personas menores de catorce años en un procedimiento de rectificación de partida de nacimiento con relación tanto al nombre y sexo registral por no coincidir con la identidad de una menor de catorce años, infringe el derecho a



la identidad de género e igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria basado en los artículos 1 y 19 número 2 de la Carta Fundamental y en el artículo 5, inciso segundo de mismo cuerpo constitucional en relación a diversos tratados internacionales ratificados por Chile.

La parte requirente señala que lo preceptuado en las disposiciones impugnadas de la Ley N° 21.120 no resultan compatibles, sino más bien contradictorias con el derecho a la identidad de género establecido en el mismo cuerpo normativo recién citado, en su artículo primero, se afectaría el derecho que tendría toda persona, sin diferencia alguna, lo cual es ratificado en los artículos 3 y 4 de la mencionada ley, que establecen garantías concretas asociadas al derecho; Asimismo se vulneran los principios de no discriminación, interés superior y autonomía progresiva que prevé el artículo 5 de la Ley cuestionada. En suma la actora constitucional es titular del derecho a su identidad de género, careciendo de justificación su exclusión respecto al tema registral relativo a su nombre y sexo, dado que fácticamente no coinciden con su identidad de niña, sexo femenino ni con el nombre con el que ella desea ser conocida y reconocida en el ámbito de su vida.

Por último resulta manifiesto, en criterio de la requirente una afectación de la Convención sobre los Derechos del Niño que consagra que los derechos allí resguardados no pueden ser aplicados arbitrariamente, atendido el interés superior que protege tal convención internacional.

II.- MÉTODO PARA ABORDAR EL ASUNTO CONSTITUCIONAL

2°. Que para abordar el tema que se nos ha traído a resolver es preciso considerar elementos fácticos y normativos. Fácticos en el sentido que las premisas utilizadas sobre los hechos aseverados sean verdaderas. Normativos, justificar que una o más normas individuales resultan posibles de aplicar a un hecho si este ha ocurrido realmente y que la decisión judicial como acto no admite una noción en la cual el contenido de aquella producirá los efectos jurídicos que se generan a partir de esa divergencia.

3°. Que el acto de decisión y el contenido de la norma, esto es la premisa fáctica que se introduce en el razonamiento decisorio está justificada a partir de elementos que resultan contradictorios con la solución normativa que plantea el ordenamiento jurídico, en este caso, los artículos 12, 13, 14, 15, 16 y 17 de la Ley N° 21.120.

III.- EL DERECHO A LA IDENTIDAD

4°. La identidad es “un elemento esencial del derecho de las personas, para ser únicas en su especie, para poder diferenciarlas del resto de los componentes de la sociedad, haciéndolos objeto de derechos y obligaciones concretas en tanto a su identificación individual, a las relaciones jurídicas de las que sea parte o en las que como tercero, sea afectado. Esta visión pragmática de la identidad sirve al derecho como medio de determinación de aquellos que son sujetos tanto de derechos, como de obligaciones” (Marcela Leticia López Serna y Julio César Kala, “Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad” (2018), en Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato, México, Año 7, núm. 14, p. 68).

5°. La identidad como derecho implica reconocer las características y rasgos que son los propios de una determinada persona y que constituyen atributos suyos que la diferencian del resto, ya sea del orden físico, biológico, social o jurídico. Respecto del aspecto jurídico, a través del nombre puede relacionarse a una persona



con un entorno familiar y las consecuencias jurídicas que ello conlleva, como son las que derivan de la filiación. A su respecto, la Corte Interamericana, ha señalado que, si bien este derecho no se encuentra expresamente contenido en la Convención Americana, lo cierto es que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana)” (Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017).

6°. Que esta Magistratura reconoce el derecho a la identidad como “uno de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza a los que aluden el artículo 5, inciso segundo constitucional” [STC 7670-19, c. 9°], declarándose directamente que “existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana.” [STC 834, c. 15].

No cabe duda que la identidad personal implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra. Eso se manifiesta en el derecho a ser inscrita después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, circunstancia que emana del artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estamos en presencia de un derecho personalísimo inherente a toda persona sin exclusiones, independiente de su edad, sexo o condición social. [STC 1.340, cc. 10, 25 y 27].

IV.- DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

7°. Esta Magistratura constitucional, ha señalado que “(e)l derecho a la identidad de género, como emanación del derecho a la identidad personal, ha ido recibiendo en este último tiempo reconocimiento tanto en el ámbito del Derecho Internacional como en la legislación comparada. Así Ximena Gauché Marchetti y Domingo Lovera Parmo señalan que “la identidad de género, qué duda cabe, es una manifestación específica de este derecho a la identidad general” (“Identidad de género de niños, niña y adolescentes: una cuestión de derechos”, en *Ius et Praxis*, vol. 25 No.2 Talca, 2019). Se trata entonces de un derecho que, aunque es expresión del derecho a la identidad personal, tiene particularidades propias, conllevando su vulneración además diversas formas de discriminación y atropello a otros derechos fundamentales como son los derechos a la integridad física y síquica, a la propia imagen, a la honra y a la vida privada de las personas.” (STC 7076, c. 10).

8°. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, no consagra expresamente el derecho a la identidad de género, sin embargo, su alcance y protección se ha construido a través de distintos fallos e instrumentos emanados de ella.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la identidad de género, ha señalado que esta se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría o no corresponder al sexo asignado al nacer, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones del género con el cual la persona se identifica (CIDH, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en Américas*, 12 de noviembre de 2015, párr. 20.); Y en particular observa que las niñas, niños y adolescentes LGBTI suelen enfrentar el rechazo de sus familias y su comunidad, quienes desaprueban su orientación sexual, identidad de género o diversidad corporal, lo que “tiende a conducir a situaciones generalizadas de discriminación,



estigmatización, intimidación, acoso, abuso, maltrato y violencia física, psicológica, sexual, y en casos extremos incluso la muerte” (Véase CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, 30 de noviembre de 2017, párr. 299.). Así lo ha entendido, y en Opinión Consultiva OC-24/17, afirmó que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida; derecho que debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios de interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación.

Asimismo, la Comisión ha reiterado que el proceso de aceptación, articulación y reconocimiento de la orientación sexual y/o la identidad de género es un proceso sumamente personal y puede surgir en diferentes momentos de la vida dependiendo de la persona. Asimismo, este proceso puede diferir de la manifestación y expresión abierta de la orientación sexual o identidad de género dentro de la familia o comunidad (CIDH, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en Américas, 12 de noviembre de 2015, párr. 309.).

9°. A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 7° y 8°, reconoce la preservación de la identidad del niño y ha llamado a su respeto y reconocimiento, destacándose lo señalado en la Observación General N° 15, de 2013, que en el N° 8 señala que, a fin de lograr la plena realización del derecho de todos los niños a la salud, “Los Estado partes tienen la obligación de asegurar que la salud del niño no quede minada por la discriminación, importante factor que contribuye a la vulnerabilidad”. Y entre diversos motivos respecto de los cuales está prohibido discriminar, se encuentra la identidad de género.

10°. El derecho a la identidad de género se considera un derecho fundamental implícito, que se entiende como un atributo de la personalidad. Ello implica que se constituye en una de las vías más representativas del ejercicio de la igualdad ante la ley, porque refleja el derecho de todo individuo de autodeterminar su orientación sexual, desde que se reconoce en él un ser racional, capaz de decidir y elegir su existencia. Asimismo, se ha señalado que la identidad de género constituye una categoría aplicable a los niños, niñas y adolescente (NNA), por tratarse de sujetos de derechos, es decir, personas con derechos y dignidad humana que requieren, además, atendida su autonomía progresiva de una protección especial, la que, a su vez, descansa sobre la base del principio denominado del interés superior del NNA. (Corte Suprema, Rol 127.174-2020).

V.- EL NOMBRE Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD

11°. La personalidad es entendida como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico y, por atributo de personalidad, se entiende la cualidad que poseen los seres humanos y que los diferencian de los demás seres, siendo esencial e inherente a cada persona.



Nuestra doctrina ha definido los atributos de la personalidad como las propiedades o características inherentes a toda persona y que, como tales, siempre la acompaña; traen consigo una serie de ventajas o prerrogativas y un conjunto de deberes y obligaciones. (Vodanovic H., Antonio, Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H., Tomo Segundo, Ediar-Conosur Ltda., Santiago, 1991, Quinta Edición, N° 594, p. 389; Ducci Claro, Carlos, Derecho Civil. Parte General, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1984, N° 117, p. 111.). Estos no coinciden necesariamente con derechos fundamentales, puesto que su principal finalidad es la individualización de la persona en la vida social y el tráfico comercial, y así han sido concebidos por el Derecho civil del siglo XIX. Sin embargo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, han sido interpretados también a la luz de los derechos fundamentales, dando origen a la idea de “derechos de la personalidad”.

12°. El nombre, es el atributo de la personalidad por excelencia, por cuanto permite distinguir a una persona en relación a otra y se ha entendido como una denominación que individualiza a una persona en la vida social y jurídica. Está formado por el nombre propio (“nombre de pila”) y el apellido (nombre patronímico o de familia). El primero es determinado por los padres a su libre voluntad, sin embargo, el apellido está ligado a la filiación y revela los orígenes del individuo.

13°. El nombre es un atributo de la personalidad, que bien pudiera analizarse desde un punto de vista constitucional como derecho fundamental porque está vinculado a la personalidad del ser humano y en la actualidad se concibe también como un derecho fundamental de la persona, ello se encuentra especialmente consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 7.1 y 8.1), al establecer que “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre”.

14°. Los atributos de la personalidad permiten que el sujeto de derechos sea determinado, esto es, individualizado en una situación jurídica y además, de tenerlos todo sujeto como consecuencia inherente de su personalidad jurídica, tienen la característica necesaria de individualizar, preciar, distinguir, diferenciar al ser en el ámbito jurídico o en cualquier situación o relación de derecho. (Domínguez Guillen, M. C. Los atributos de las personas. En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. N° 147. Caracas, Venezuela, (2009). p.204 y 205). El nombre es un atributo de la personalidad, que puede variar esencialmente al depender de la identidad sexual del individuo y una discordancia entre el nombre y la identidad sexual genera problemas graves para quienes se ven enfrentados a ella.

Los atributos de la personalidad tienen como fin específico el poder determinar cuál será el rol de una persona frente al ordenamiento jurídico y a partir de ello es posible analizar la identidad de género como un atributo de la personalidad, por tratarse de un elemento fundamental en la identificación de la persona.

VI.-JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD



15°. Sin perjuicio de que el derecho a la identidad personal no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución chilena, diversas sentencias de esta Magistratura lo han reconocido como un derecho de carácter implícito, ya que emana de la dignidad humana y, al encontrarse recogido implícitamente en diversos tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, es uno de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a los que alude el artículo 5° inciso 2° constitucional.

En tal sentido, nuestra jurisprudencia ha dicho al efecto que *“el derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio- la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales- pues esta solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad”* (STC Rol N° 834, c. 15°).

16°. Asimismo, se ha señalado “que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental. La afirmación precedente se concilia perfectamente con 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” (STC Rol N° 1340, c. 9°).

Incluso se ha sostenido que “aun cuando se negara el reconocimiento a la identidad personal en virtud de tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque no lo mencionan en forma expresa, igualmente habría que reconocer que el ejercicio de la soberanía, por parte del legislador, se encuentra limitado por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como es el caso de la identidad personal(...)” (STC Rol N° 2105, c. 6°). Agregándose que “la estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar el reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer” (c. 10°, STC 1340).



17°. En cuanto al derecho a la identidad de género, esta Magistratura en causa Rol STC 7670-19, afirmó que es una derivación del derecho general a la identidad personal, entendiendo que emana de la dignidad humana (artículo 1°, inciso 1° de la Constitución), y que reviste un carácter personalísimo, ya que moldea la vida de cada persona, constituyendo por ello uno de los aspectos más determinantes que permiten el desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad y, al encontrarse recogido implícitamente en diversos tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, es uno de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a los que alude el artículo 5° inciso 2° constitucional (c. 13).

En el mismo fallo se señala, en cuanto a la Ley 21.120 que no sólo vino a reconocer el derecho a la identidad de género, sino que, al protegerlo, busca que la legislación chilena se ajuste a los compromisos internacionales asumidos en materia de igualdad y no discriminación, solucionando la larga carencia de un procedimiento que permita cambiar, en la partida de nacimiento, el nombre y sexo de aquellas personas que lo requieran para adecuarla a su identidad de género.

VII.- AUTONOMÍA PROGRESIVA E INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

18°. El artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la autonomía progresiva para el ejercicio de sus derechos fundamentales, disponiendo en su texto que “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Dicha norma, expresamente se señala que la “dirección y orientación” de los padres o de los adultos deben ser “apropiadas”, y en consonancia con la “evolución de las facultades del niño” y con los demás derechos recogidos en la Convención.

19°. Este principio, nuevo en el derecho internacional, tiene notables implicaciones para los derechos humanos del niño. Establece que, a medida que los niños adquieren competencias cada vez mayores, disminuye su necesidad de dirección y orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, tomando decisiones que afectan su vida. La Convención reconoce que los niños que viven en ambientes y culturas diferentes y que, por consiguiente, se enfrentan con vivencias diversas, adquirirán competencias a distintas edades, y su adquisición de competencias variará en función de las circunstancias. También constata el hecho de que las facultades del niño pueden diferir según la naturaleza de los derechos ejercidos. Por ende, los niños necesitan varios niveles de protección, participación y oportunidades, a fin de tomar decisiones autónomamente en los diferentes contextos que los rodean y en los distintos ámbitos de la toma de decisiones.” (Gerison Lansdown, La evolución de las facultades del niño, UNICEF, Centro de Investigaciones Innocenti, 2005).

20°. En lo concerniente al principio del interés superior del niño, esta Magistratura ha señalado en cuanto a su contenido, que: “ (...) Consiste en el respeto y protección del niño y de los adolescentes, donde su bienestar es el motivo prioritario de quienes sean sus responsables, y cuya exigencia alcanza también a toda



autoridad”. Agregando que “el bienestar de un niño, tiene directa relación con su ambiente familiar en que lleva a cabo su existencia, el que irá marcando su personalidad y sus rasgos más característicos. Al ordenamiento jurídico sólo le cabe establecer reglas que fomenten y protejan su esfera de existencia, es decir, donde el niño desarrolla su vida. Desde la perspectiva constitucional sólo se admite reseñar que el Estado debe contribuir a crear las condiciones para que el niño alcance su mayor realización espiritual y material posible, y en ese contexto no se divisa que los preceptos legales objetados vulneren el interés superior del niño.” (STC 7774 c. 30).

21°. La autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes (reconocida en los artículos 5 y 12 de la Convención de Derechos del Niño) se refiere a la capacidad y facultad de éstos para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente a las facultades de quienes son responsables de su dirección y orientación. La autonomía importa la participación en carácter personal de los niños y los adolescentes en la realización de sus derechos, atendiendo al grado de desarrollo madurativo y discernimiento alcanzado y se vincula con el interés superior de los menores, por cuanto se trata de que estos logren un pleno desarrollo, en cada una de las etapas de su vida. Lo anterior implica reconocer a los niños la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho, como asimismo la posibilidad de que en un momento determinado decidan no hacerlo.

VIII.- MENORES DE EDAD Y PROCEDIMIENTO DE CAMBIO REGISTRAL DE SEXO Y NOMBRE. LEY 21.120.

22°. La Ley 21.120 reconoce la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos; definiendo la identidad de género como 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 u nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento. (Rebolledo Rojas, Macarena. “Implementación judicial de la Ley N. 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género de los y las adolescentes” "Manual sobre Derechos de la Infancia y la Adolescencia. Con esquemas y casos prácticos". Editorial Tirant lo Blanch en : <https://editorial.tirant.com/cl/libro/manual-de-derechos-sobre-la-infancia-y-la-adolescencia-con-esquemas-y-casos-practicos-isaac-ravetllat-ballest-9788411691666>.).

Su Título IV establece el procedimiento administrativo de rectificación de la inscripción relativa al sexo y nombre solicitada por menor de edad, quedando excluidos los niños y niñas trans menores de 14 años, decisión legislativa que tendría fundamento principalmente, en aprensiones relacionadas con la prescindencia de la opinión de los padres y la falta de madurez de los menores de edad.

Dicha exclusión ha sido objeto de críticas por la doctrina, en particular Gómez de la Torre, ha señalado que la decisión Legislativa de excluir a los menores de 14 años infringe el principio de la autonomía progresiva, al no permitirse el ejercicio de sus derechos a los niños de acuerdo a su desarrollo y madurez. La madurez no tiene que ver con límites etarios, sino con la evolución, sentimiento y conciencia. En este caso, no es un capricho infantil, sino una convicción de pertenecer a otro género que no coincide con su sexo biológico. (Gómez de la Torre, Maricruz. La Ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”. En: Identidad de Género, Tirant Lo Blanch, 2021. Ravetllat y Lepín, directores, pp. 110-120).



23°. En cuanto a la situación de los menores de 14 años, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 21.120, desde el año 2013, por la vía jurisprudencial, se acudió a las reglas generales sobre cambio de nombre. Así, ante el vacío legal existente en Chile, los Juzgados de lo Civil y las Cortes de Apelación comenzaron a admitir un cambio registral del sexo y nombre de niñas y niños, sin estipular edad mínima. Ciertamente, aun reconociendo que la Ley N°. 17.344, que autoriza el cambio de nombre y apellidos, jamás tuvo como uno de sus fines específicos la regulación del cambio de nombre y/o sexo registral de las personas trans, y menos de niñas y niños, sus previsiones, en la práctica, se enfocaban a resolver estas cuestiones.

Particularmente, para el caso de las personas menores de edad trans, la línea jurisprudencial favorable a permitir su cambio de sexo y nombre registral, se fundamentó en la idea de que el sexo mostrado por esos niños, niñas o adolescentes en la realidad extrarregistral, que es la que ha de predominar sobre la registral cuando esta sea errónea, es la que se correspondía a su identidad de género (principio de exactitud registral). De suerte, el nombre (social) usado y solicitado por esas niñas, niños o adolescentes no inducía a error en cuanto a su sexo, sino que, por el contrario, el nombre que figuraba en la partida de nacimiento registral es el que suscitaba tal confusión. Por ello, el no permitir la adaptación del sexo inscrito originariamente en el Registro Civil al nombre y género efectivamente sentido, es lo que sería contrario a las previsiones del artículo 31 de la Ley N°. 4.808, sobre Registro Civil, y no precisamente lo contrario. Además, se entendía que la no admisión de ese cambio de nombre y sexo registral estaría perjudicando gravemente el desarrollo integral de la personalidad de la niña o el niño, o, en otros términos, supondría un menoscabo moral o material del mismo. (Sentencia Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N°. 496-2014, 26 de noviembre de 2014; y Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°. 12.571-2015, 27 de enero de 2016.).

24°. Atendida la línea jurisprudencial asentada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 21.120, aparece que se estaría en presencia de una situación desmejorada de los menores de 14 años, respecto de aquella anterior a diciembre de 2019, cuando los tribunales superiores efectuaban una interpretación de los artículos 1 de la Ley 17.344 y 31 de la Ley 4808 de forma tal de hacer prevalecer el derecho de identidad de género, procediendo a ordenar la rectificación del sexo registral.

25°. Si bien, se argumenta que, a partir de las reglas generales de cambio de nombre los niños y niñas menores de 14 años mantendrían intacto su derecho a la identidad de género, quienes disienten del fallo de mayoría estiman que ello sería insuficiente por cuanto la normativa establecida en la Ley 21.120, es la llamada a reconocer el derecho a la identidad de género y su protección, encontrándose en ella establecido un procedimiento administrativo de rectificación de la inscripción relativa al sexo y nombre solicitada por menor de edad de competencia especial de los tribunales de familia, cuya tramitación se rige conforme reglas especiales que consagran el deber de información y el derecho a ser oído del menor, así como una serie de programas de acompañamiento a este y en que se consagran principios relativos a la identidad de género, que tienen por objeto llenar vacíos procedimentales que presenta la ley; y que son de aplicación general.

Estos principios son: a) Principio de la no patologización: el reconocimiento y la protección de la identidad de género considera como un aspecto primordial, el



derecho de toda persona trans a no ser tratada como enferma, por tanto, no pueden ser enviados por el tribunal a terapia o exigir exámenes o pericias en el Servicio Médico Legal o de profesionales de la salud; b) Principio de la no discriminación arbitraria: eso implica que no sólo en este procedimiento, sino en cualquier otro (por ejemplo régimen comunicacional, cuidado personal, causas laborales, etcétera), no podrán realizarse diferencias que carezcan de justificación razonable, remitiéndonos acá a la protección de las llamadas categorías sospechosas; c) Principio de la confidencialidad: las causas deben ser reservadas, principio que se encuentra mencionado expresamente en la OC 24/17 de la Corte IDH; d) Principio de la dignidad en el trato: se ha considerado que el uso del nombre social debe ser el único utilizado en todo el procedimiento, y en cualquier otro en que intervenga una persona trans, aunque se consigne en el acta de la audiencia respectiva, su nombre legal; y e) Principio de interés superior del niño y de la autonomía progresiva, los que resultan imprescindibles para fundamentar las demandas y resoluciones, especialmente en situaciones que a priori no serían explícitamente consideradas por la ley, como la de personas adolescentes no binarias, que se encuentran en hogares de protección, o cuyos representantes legales se oponen a la petición.

26°. Que, en el caso concreto, ante el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, se tramita causa Rit R-9-2023, sobre procedimiento de cambio de nombre y sexo registral presentada por doña M.M.F., actuando en representación de su hija menor de 14 años, solicitando al tribunal la rectificación de la partida de nacimiento de la niña en lo referente a su nombre y sexo registral, para que en definitiva quede registrada con sexo femenino y el nombre que la identifica con dicho género.

En los hechos relatados en la demanda, se indica que la menor, de actuales 8 años de edad, al nacer fue inscrita con un nombre masculino y sexo masculino, nombres y sexo que no le identifican, puesto que desde los 2 años de edad ha manifestado preferencias asociadas al género femenino, además de querer vestir y lucir como mujer. Así, a los 4 años de edad, la madre se contacta con una Fundación que le brindara acompañamiento durante su proceso de cambios, encontrándose actualmente en etapa de adaptación psicoemocional asistida por psicólogo en su grupo de pares para conocer de mejor forma sus necesidades emocionales y poder brindarle una mejor atención de padres y familia.

Se refiere que cuando la niña tenía 5 años, decide ser llamada como Florencia, comprometiéndose la madre a ayudarla a efectuar su transición. Tiempo después la menor ingresa a kínder con su transición ya realizada, siendo aceptada, por la comunidad educativa, con su nombre social. Indica que ante la necesidad de abordar el ámbito médico recurre, en noviembre de 2022, a un centro de medicina reproductiva y desarrollo integral, en que su hija es evaluada por un equipo multidisciplinario quienes reconocen a la niña como una niña normal que cumple con todas las facultades necesarias para ser parte del procedimiento y paralelamente la menor es incluida en un programa de acompañamiento para personas transgénero y diversidades sexuales. Destaca el hecho de que el padre de la menor, en la actualidad, ha manifestado su apoyo en acompañarla y prestar su apoyo en el cambio de su hija.

En lo medular, la madre expresa en su solicitud, que rectificar la partida de nacimiento de su hija es necesario y urgente, por cuanto ha sufrido diversas discriminaciones que le han significado un gran menoscabo, las que ha debido



sobrellevar a su corta edad y que, por su bienestar emocional y psíquico, no desea que continúen prolongándose.

27°. Que la igualdad ante la ley garantiza la protección constitucional de la igualdad “en la ley”, prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria. (STC 968, C. 30).

Que, siendo el derecho a la identidad de género, un derecho fundamental implícito en el esquema constitucional chileno y que se extiende a niños y niñas, estos disidentes estiman que la norma impugnada establece una diferencia de trato que deriva en arbitraria y discriminatoria, al restringir el acceso de la menor a un procedimiento de rectificación de partida de nacimiento con relación a nombre y sexo registral, cuando no coincidan con su identidad de género, que asegure la tutela de sus derechos y garantías constitucionales.

IX.- DEFERENCIA AL JUEZ DE FONDO

28°. Que, existen cláusulas abiertas que dan al juez un margen de discrecionalidad legítima para optar entre varias interpretaciones posibles de una determinada norma, pudiendo recurrirse a valores o fuentes no explícitas en el texto constitucional como valoraciones sociales, culturales, políticas; se trata de una jurisprudencia de valores, de una interpretación axiológica receptiva, de una interpretación progresista. El juez constitucional en este esquema, no puede jugar un rol de espectador pasivo. Por vía de una interpretación dinámica inteligente, el juez puede extender el mandato constitucional a hipótesis no previstas originalmente por el constituyente.

29°. Para Hesse, la interpretación constitucional, se plantea cada vez que ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente (donde no hay dudas no se interpreta) y su importancia deriva del carácter abierto y amplio de las constituciones, y su cometido es hallar el resultado correcto constitucionalmente a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable. Para dicho autor, salvo en un enfoque exclusivamente conceptual, no es posible separar la interpretación constitucional del problema concreto a resolver. No existiría interpretación constitucional desvinculada de los casos concretos. Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha declarado que un precepto constitucional puede sufrir un cambio de significado “cuando en un ámbito surjan nuevos hechos, no previstos, o bien cuando hechos conocidos, como consecuencia de una inserción en el curso general de un proceso evolutivo, se muestran con un significado o en una nueva relación” (BVerGE 2, 380). (Risso Ferrand, Martín. (2017). Mutación e Interpretación Evolutiva de la Constitución dos Casos Uruguayos. Estudios constitucionales, 15(1), 217-254. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100008>).

30°. Sin perjuicio de lo recién razonado resulta atingente destacar algún grado de deferencia al juez del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago quien en su



libelo requirente hace patente a fojas 3 a 26 inclusive, las circunstancias susceptibles de un pronunciamiento de esta Magistratura vía inaplicación de la norma. Que existiendo, además, un conflicto constitucional a resolver es pertinente proceder a singularizar los siguientes hitos invocados en los antecedentes de autos: a.- un cuestionamiento sobre la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad que consagra el artículo 1º de nuestra Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales según consigna a fojas 41 de su presentación; b.- incidencia como principio rector en materias del derecho de familia del interés superior del niño; c.- invocación del derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación a la luz de los tratados vinculantes que se invocan a fojas 44 de expediente constitucional; d.- derecho y protección a la vida privada en virtud del artículo 19 N° 4 de la Constitución y en concordancia sistemática con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principalmente en lo establecido en la causa caratulada “Atala Riffo vs Chile”, en el párrafo 162; e.- derecho a la vida y a la integridad física y psíquica en los términos deducidos a fojas 46 por la peticionaria; f.- principios de Yogyakarta, invocado a fojas 46 y 47; y g.- el principio de la realidad controvertido a fojas 48.

Que en tales circunstancias no cabe más que inferir que el juez Pedro Maldonado Escudero recurre a la judicatura constitucional para solucionar un problema real y patente sobre el cual debe pronunciarse, y ante esa premisa se encuentra con un conflicto normativo de naturaleza constitucional que solo compete resolver a esta Magistratura razón por la cual, en virtud de la normativa invocada y los principios que la sustentan a nivel nacional e internacional, al sentenciador en cuestión no le cabe más que esperar la deferencia que este órgano se pronuncie positivamente al respecto.

X.- CONCLUSIÓN

31º. Que, en razón de lo antes expuesto y los razonamientos consignados, quienes suscriben este voto, estiman que el requerimiento interpuesto a fojas 1 y ss. de los autos constitucionales, debió ser acogido respecto de la expresión “mayores de catorce y”.

PREVENCIÓN

El Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR concurre al voto disidente que está por acoger la acción de inaplicabilidad deducida sólo compartiendo los considerandos 1,2,3,11,12,13,14,15,18,19,20,21,22,23,26,27,28,29, y 30,y teniendo presente, además, que el caso concreto constituye una situación del orden familiar que requiere la comprensión del Estado teniendo aplicación lo dispuesto en el inciso final del artículo 1º de la Carta Fundamental en cuanto el Estado tiene la obligación de dar protección a la familia; en el caso traído a esta Magistratura existiendo las condiciones que permitan a la persona menor mutar de sexo, el orden estatal no puede impedir que eventualmente se produzcan daños que puedan afectar a una familia. El principio de la realidad nos muestra que aún en comunidades apegadas a las formas tradicionales ,por vía excepcional, se aceptan circunstancias que es necesario atender, como lo es el hecho de la persona menor, planteado por el juez requirente en este proceso constitucional.



Redactó la sentencia el Suplente de Ministro señor MANUEL NÚÑEZ POBLETE, la disidencia el Ministro señor NELSON POZO SILVA, y la prevención, el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 14.395-23-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señor Raúl Eduardo Mera Muñoz, Suplente de Ministro señor Manuel Antonio Nuñez Poblete, señor Cristian Omar Letelier Aguilar y señor Nelson Roberto Pozo Silva.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.



EA335F17-E7ED-48B0-82C2-C342AA076863

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalconstitucional.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.