

Santiago, seis de octubre de dos mil dieciséis.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que a fojas 23 comparecen XXXX, Ingeniero Civil y XXX, psicóloga, domiciliada en XXXX, comuna de Ñuñoa, e interponen recurso de protección en favor de su hijo XXXX y en contra de Clínica Alemana de Santiago, domiciliada en Avda. Vitacura N° 5951.

Como primera cuestión y previo a entrar al fondo de su arbitrio, hacen presente que si bien el acto impugnado consta físicamente en una carta de fecha de enero último (en realidad corresponde al 08 de abril del año en curso, según consta de fojas 1, lo cierto es que los hechos reprochables y vulneratorios se materializan día a día, ello mientras se mantenga la negativa discriminatoria a no considerar el nombre social de su hija como su identidad actual en sus fichas clínicas, cual es XXXX

Cuentan que su hijo de actuales 5 años de edad es transgenero y por ello solicitaron a la clínica demandada que incorporara su nuevo nombre e identidad a sus fichas clínicas para así cuando fuera llamado lo hicieran por el nombre XXX, sin embargo la clínica se negó sin ningún argumento ni justificación.

Refieren como vulneradas las garantías constitucionales de los N°2, 4 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica y además cita una serie de normas y tratados internacionales.

Piden que se acoja el presente recurso y se ordene a la recurrida a que incluya en la ficha clínica de su hijo su identidad social, esto es XXXX. como asimismo se respete su identidad social en todo ámbito de actuación de esa Clínica.

2º) Que evacuando informe la recurrida pide el rechazo del recurso y refiere que las consideraciones de su parte para no aceptar el requerimiento

del recurrente no ha sido fruto de un acto caprichoso, arbitrario o ilegal sino que responde a un análisis respetuoso y acucioso, tanto respecto a la persona del menor como de sus padres, ello en concordancia con los requerimientos de seguridad de la transmisibilidad en la información médica que no pueda inducir a confusión de ninguna especie.

Alega también que el recurso sería extemporáneo pues su parte dio por primera respuesta a esta solicitud en carta fechada enero de 2016 y el recurso fue presentado el 7 de mayo y aduce también que existe una causa pendiente ante un tribunal civil de rectificación de partida por lo que la competencia ya esta radicada en dicho tribunal.

3°) Que ha de tenerse en cuenta que esta Iltma. Corte solicitó los antecedentes de la causa civil tramitada ante el 7° Juzgado Civil de esta ciudad, específicamente la sentencia recaída en ella, en virtud de la cual consta que se acogió la solicitud de rectificación de la partida de nacimiento N° 6071 del año 2010 de la Circunscripción de Peñalolén correspondiente a un varón, en el sentido de establecer que éste queda inscrito con el nombre de XXXX y que su sexo es femenino. Consta asimismo que dicha sentencia se encuentra ejecutoriada con fecha veintiséis de agosto del año en curso.

4°) Que la recurrente, hace presente a esta Corte que la vulneración denunciada se sigue produciendo ya que la recurrida exige, para llamar a su hija XXXX, que la referida sentencia se encuentre inscrita en el Registro Civil e Identificación, trámite que demora alrededor de setenta días. Agrega que el requerimiento correspondiente se hizo el 28 de agosto del presente año.

5°) Que en este arbitrio de naturaleza cautelar, cobra especial importancia determinar si ha existido un acto ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario producto del mero capricho, y que ocasione una

perturbación o amenaza que afecte a una o más garantías preexistentes protegidas por la Constitución Política de la República

6°) Que, en atención a que la acción que constituye el fundamento del presente recurso, continúa produciéndose la alegación de extemporaneidad será desestimada.

7°) Que el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental, establece que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”

Luego su inciso 3° señala que: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*.

8°) Que luego, el Capítulo III de la Carta Fundamental, en su artículo 19° establece los derechos y deberes constitucionales, consagrando entre otros, las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, entre otras garantías.

9°) Que por su parte, y por remisión expresa del artículo 5° de la Constitución Política de la República, resultan aplicables los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Así entonces, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 7° que *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*.

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José de Costa Rica, publicada

mediante Decreto N° 873 del Ministerio de relaciones Exteriores con fecha 5 de enero de 1991, en su artículo 24 establece que: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.

10°) Que ha de tenerse en cuenta, a fin de resolver esta controversia, que el derecho al completo y total desarrollo de la personalidad va de la mano con un concepto primordial que constituye la base de todos los principios y derechos que la Carta Fundamental y los tratados internacionales ratificados por nuestro país sobre la materia consagran, cual es el de la dignidad de la persona.

11°) Que en este mismo sentido, prioritario es señalar que la igualdad debe entenderse como un principio y como un derecho que demanda ciertos enfoques, reivindicaciones y contenidos sustantivos.

“La noción de igualdad, es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo de, conduzca a tratarlo con privilegio, o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad” (Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC- 4/84 del 19 de enero de 1984.)

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

12°) Que por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño artículo 3° dispone que: *“En todas las medidas concernientes a los niños*

que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el interés superior del niño es un concepto triple; primeramente es un derecho sustantivo, en tal sentido el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, que es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. Luego, constituye un principio jurídico interpretativo fundamental, vale decir si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. Y finalmente se trata de una norma de procedimiento, esto es siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones positivas o negativas de la decisión en el niño o los niños interesados.

El Comité espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” como un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. (Observación general N°5, párr. 12).

13°) Que así las cosas, la actuación de la recurrida en orden a no incorporar en sus diversos registros al niño XXXX, con su nueva identidad

XXXX, establecida por sentencia ejecutoriada, sólo porque no se ha materializado la inscripción correspondiente en el Servicio de Registro Civil e Identificación, según lo aseverado en presentación de fojas 114, resulta completamente infundada, especialmente si se tiene en cuenta que la referida inscripción sólo tiene un sentido de publicidad, la que en caso alguno puede prevalecer sobre la dignidad de la persona, el interés superior del niño y la garantía constitucional de la igualdad; derechos todos que se han conculcado por la recurrida con su negativa caprichosa y antojadiza que sin duda la torna arbitraria, por lo que la acción de protección será acogida.

Por estas consideraciones y de conformidad asimismo con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, **se acoge, con costas**, el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 23 por don XXXX y doña XXXX, en favor de su hija XXXX, debiendo en consecuencia Clínica Alemana de Santiago, inscribir en la correspondiente ficha clínica de la menor su identidad legal XXXX, como asimismo en todo ámbito de actuación de la recurrida para con la niña.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción de la ministra Sra. Book.

Nº Protección XXXX – 2016.

Pronunciada por la **Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la ministro señora Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por la ministro señora Jenny Book Reyes y la ministro(S) señora Nora Rosati Jerez. No firma la ministro (S) señora Rosati, quien concurrió a la vista de la causa y al acuerdo, por haber cesado sus funciones en esta Corte.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Corte de Apelaciones.