

Santiago, diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada de diecisiete de noviembre de dos mil quince, escrita a fojas 210 y siguientes, previa eliminación de los motivos quinto, sexto y octavo, que se eliminan, y se tiene, en su lugar, y además presente:

1° Que, en forma previa, se debe tener presente que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 20.609, corresponde entender por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funde en los motivos que señala a título ejemplar.

Desde luego, la identidad de género es una de tales motivaciones, y debe entenderse por tal, conforme la definición dada por la Unidad LGTBI (lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que sea libremente escogida) y otras expresiones de género, que comprende la vestimenta, el modo de hablar y los modales. El transgenerismo, por su parte, es un término que se usa para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la disconformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que de manera tradicional ha sido asignado a éste; siendo la intervención médica -hormonal, quirúrgica o ambas- que adecue la apariencia física-biológica a la realidad psíquica, emocional, espiritual y social, sólo una opción para construir la identidad; y existe cierto consenso en los especialistas en la materia que para referirse o autoreferirse a las personas transgénero, es correcto referirse como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans si el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; y persona trans o trans cuando no existe convicción de identificarse dentro de la categorización binaria masculino-femenino.

2° Que el acto discriminatorio para ser sancionable conforme a la Ley N° 20.609, debe vulnerar necesariamente un derecho fundamental establecido en la Carta Fundamental o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; la que no eleva a la categoría de fundamental el derecho a la identidad; y sólo es el artículo 8 de la Convención

sobre los Derechos del Niño el que impone a los Estados Partes el compromiso de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, en los términos que señala.

Pues bien, a propósito del derecho a la identidad se ha sostenido que es *"...el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social..."* (sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de abril de 2012).

"También, que es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, por lo que es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro; por lo tanto, se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción donde están las raíces y los condicionamientos pero traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro." (Fernández Sessarego, C., Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Astrea, 1992, PAG. 113 y 114.).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, al relacionar el derecho a la identidad con la dignidad humana, noción esta última que considera como la "piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales", concluye que aunque nuestra Carta Fundamental carece de una referencia o reconocimiento expreso de la identidad como prerrogativa humana básica, ello no obstaculiza su protección constitucional, debido justamente a la estrecha vinculación entre ambos conceptos, y, además, por la expresa protección con que cuenta en diversos tratados internacionales vigentes, en nuestro país (sentencia de 13 de mayo de 2008, antecedentes Rol 834-07);

3° Que, entonces, como el artículo 1 de la Constitución Política de la República establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y el de identidad es uno personalísimo, inherente a toda persona, independiente de su edad, sexo o condición social, por lo tanto, está íntimamente vinculado a la dignidad humana, la inferencia lógica es que debe ser considerado entre aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a que se refiere el inciso 2° del artículo 5 de la misma, que, conforme a su tenor, se erigen como límite al ejercicio de la soberanía, imponiendo a los órganos del Estado respetarlos y promoverlos.

Además, como el artículo 19, números 1 y 2, asegura a todas las personas el derecho a la integridad psíquica y la igualdad ante la ley, que resultarán conculcados si no se respeta el derecho a la identidad, pues el fuero interno de la agraviada experimentará sentimientos de aflicción, generando una suerte de discriminación a su respecto, se debe concluir que el referido derecho se encuentra protegido constitucionalmente, con ello, el colectivo formado

por personas lesbianas, gays, bisexuales, trans (que comprende travestis, transexuales y transgéneros) e intersexuales. Por lo tanto, si con motivo de su identidad de género experimentan una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que les cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales señalados, corresponde entender que se configuró un acto de discriminación arbitraria, atendido los términos del artículo 2 de la Ley N° 20.609;

4° Que, como se señaló, es un hecho pacífico que en las reuniones del concejo municipal se refieren a la parte demandante con su nombre legal, no obstante que ha solicitado que se use el social.

Además, con la prueba documental rendida precisamente por la parte demandada, consistente en tarjeta de visita de la parte demandante, impresión de su página de Facebook e instrumento que demuestra cómo se presentó ante la comunidad en la campaña electoral, que dan cuenta que su aspecto físico es la de mujer, pues se maquilla y viste como tal, se debe tener por acreditada esa circunstancia, con ello, que en esa condición se desenvuelve en la sociedad; apariencia conforme a la cual también se presenta y participa en las sesiones llevadas a cabo en el concejo municipal. Lo anterior, además, lo corrobora el mérito que surge de los documentos emanados de la Contraloría General de la República como de particulares, acompañados por la parte demandante, que dan cuenta que están dirigidos a ella con su nombre social, a saber, Eileen , y no con el legal, Santino .

Entonces, si el aspecto físico de la parte demandante es la de una mujer, se presenta como tal ante la comunidad, y solicita que se utilice su nombre social, y no se accede a ello, e incluso en una sesión del concejo municipal, a la "hora de incidentes", ante las diferencias de opinión surgidas con motivo de su solicitud de que se refieran a ella con su nombre social, la alcaldesa le responde con una pregunta "¿concejal o concejala?", conforme se consigna en el documento que se nomina Acta N° NUM000 , de 12 de mayo de 2014, que corresponde sea calificada de irónica, precisamente por la oportunidad y contexto en que se dio, a saber, aquél en que una persona solicita que se la respete como tal, con sus distintivos y características, a juicio de esta Corte, dicha negativa importa un acto de discriminación, en la modalidad de distinción, esto es, en los términos del Mensaje de la Ley N° 20.609, de una diferenciación sobre la base de una particularidad, su identidad de género, con la finalidad de afectar su dignidad como persona y que carece de justificación razonable, pues no puede ser considerado como tal que haya postulado con su nombre legal al cargo de representación popular que actualmente desempeña, pues no tenía otra opción conforme a la legislación electoral; tampoco que no se haya sometido a una intervención quirúrgica para adecuar de manera definitiva su apariencia físico-biológica a su realidad psíquica, emocional, espiritual y social, menos que no haya recurrido al procedimiento que le permitiría cambiar su nombre, porque

no hay norma legal que la obligue a adoptar dichas decisiones, por lo que se encuentra sometido a su libre albedrío.

Incluso, en tal sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la exigencia de someterse a intervenciones quirúrgicas o tratamiento esterilizador, como requisito para reconocer la identidad de género, viola el derecho al respeto a la vida privada y familiar (Caso A.P., Gargon and Nicot V. France, N°79885/12, 52471/13 y 52596/13).

5° Que, sin embargo, como la prueba rendida no permite concluir que el administrador municipal, señor Fernando Salamé Saldías, incurrió en alguna de las conductas en las condiciones señaladas en el artículo 2 de la Ley N° 20.609, se desestimaré la demanda dirigida en su contra.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 20.609 y en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de diecisiete de noviembre de dos mil quince, escrita a fojas 210 y siguientes, y acogiéndose la demanda se declara que la demandada doña Graciela Fernanda Ortúzar Novoa, alcaldesa de la comuna de Lampa, incurrió en un acto discriminatorio respecto de doña Eileen (Santino , en razón de su identidad de género, debiendo cesar en dicha conducta y dirigirse a ella con su nombre social. Además, se la condena al pago de una multa equivalente a cinco unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, sin costas.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Blanco, quien fue de opinión de confirmar la sentencia apelada por compartir sus fundamentos.

Regístrese y devuélvanse, con su agregado.

Redactó la ministra Gloria Ana Chevesich R.

Rol N° 38.238-16

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Haroldo Brito C., Ricardo Blanco H., señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., y la Abogada Integrante señora Leonor Etcheberry C. No firma el Ministro señor Brito, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios. Santiago, diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete.