

Santiago, diecisiete de noviembre de dos mil veinte.

Al escrito folio N° 172933-2020: a lo principal, téngase presente; al otrosí, no ha lugar a los alegatos solicitados.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada.

Y se tiene, además, presente:

Primero: Que se dedujo recurso de protección en contra de la Fundación Educacional PERSONA_JURIDICA000, sostenedora del Colegio PERSONA_JURIDICA001, porque negó el acceso a una adolescente transgénero, de 13 años de edad, al establecimiento educacional debido a que concurrió vestida con el uniforme femenino del plantel, lo cual se indica que vulnera sus garantías fundamentales contempladas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

La recurrente solicitó el rechazo de la presente acción, porque considera que su actuar se ajustó a lo acordado por las partes el 4 de marzo del año en curso, en que se convino con la apoderada de la adolescente que asistiría con buzo al colegio; conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Convivencia Escolar del establecimiento; en la Circular N° 768 de la Superintendencia de Educación y la Ley N° 21.120, que reconoce la posibilidad de ejercer los derechos que en ella se contemplan a partir de los 14 años de edad.

Segundo: Que, del mérito de lo obrado en el proceso, constituyen hechos no discutidos por las partes los siguientes:

- 1) La adolescente tiene 13 años de edad y cursa octavo año de enseñanza básica en el colegio recurrido.
- 2) Inició su transición de identidad de género de masculino al femenino a fines del año 2019.
- 3) El 4 de marzo de 2020, la madre de quien en favor se recurre y el Director del colegio, acordaron lo siguiente: a) se pondría a disposición de la adolescente el uso exclusivo de servicios higiénicos; b) se aceptó el uso de su nombre social y c) en relación a sus vestimentas, se le permitiría asistir con buzo.
- 4) El día 11 de marzo de 2020, la adolescente se presentó al establecimiento educacional vestida con el uniforme femenino.
- 5) En razón de lo anterior, el Director no le permitió el ingreso, fundado en que no se habría dado cumplimiento al acuerdo de asistir con buzo.
- 6) La apoderada y su hija se retiraron y efectuaron una denuncia ante la Superintendencia de Educación.
- 7) La Superintendencia de Educación, a través de su Dirección Regional, informó que, el 11 de marzo de 2020, la apoderada de la adolescente de autos efectuó una denuncia en contra de la recurrente, fundada en los mismos hechos que se conocen por la presente acción constitucional, razón por la cual se inició una investigación cuyo informe técnico concluyó que, en el caso, se transgreden las disposiciones contenidas en el ORD. N° 0768, que regula los "Derechos de niñas,

niños y estudiantes trans en el ámbito de la Educación", desde que no se habrían respetado los preceptos normativos contemplados en la letra a) del artículo 10 D.F.L. N° 2 de 2010 del Ministerio de Educación: "Los alumnos y alumnas tienen derecho a recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral; a recibir una atención y educación adecuada, oportuna e inclusiva, en el caso de tener necesidades educativas especiales; a no ser discriminados arbitrariamente; a estudiar en un ambiente tolerante y de respeto mutuo, a expresar su opinión y a que se respete su integridad física y moral, no pudiendo ser objeto de tratos vejatorios o degradantes y de maltratos psicológicos. Tienen derecho, además, a que se respeten su libertad personal y de conciencia, sus convicciones religiosas e ideológicas y culturales."

Hace presente que debido a la pandemia el procedimiento administrativo fue suspendido.

Tercero: Que, de la normativa que latamente transcribe el fallo que se analiza, se desprende que el reconocimiento y la suscripción de diversas Tratados Internacionales unido a la legislación interna, permite concluir que el Estado chileno ha reconocido que "la identidad de género" constituye un derecho fundamental implícito, puesto que se trata de un elemento inherente a la dignidad humana que deriva del derecho a la igualdad ante la ley, cuyo reflejo se traduce en el respeto al principio de no discriminación arbitraria y que, en la especie, se concretiza en el ejercicio del derecho a la educación que tiene todo niño, niña y adolescente (NNA) de asistir a clases conforme a la identidad de género que han optado.

Para precisar lo anterior, cabe señalar que el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental prescribe que "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Agrega su inciso cuarto 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."

Esta norma es fundamental para nuestro ordenamiento jurídico, porque representa una fuente de derechos y una herramienta de interpretación, desde que, de su lectura, en primer lugar, se extrae la idea esencial que rige y sostiene nuestra Carta Fundamental, esto es, que las personas constituyen un fin en sí mismas y, por tanto, de ello emanan los conceptos de dignidad, libertad e igualdad de la cual gozan. En segundo término, se extrae la premisa, en virtud de la cual el Estado se constituye en un garante del resguardo de esas garantías, para lo cual deberá proporcionar al individuo las herramientas necesarias dirigidas a conseguirlo.

Cuarto: Que, en ese orden de ideas, el artículo 5° inciso segundo de la Constitución reafirma lo expuesto, al prescribir que: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de

la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Por tanto, el derecho de igualdad representa el eje sobre el cual se estructura la dignidad humana, pero al mismo tiempo constituye la herramienta indispensable por medio de la cual se protege a la persona en su calidad de tal, al reconocerle, atendida la calidad de ser pensante, la facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad. Entre esos aspectos se encuentra, justamente, la libertad de determinar su identidad de género, siendo el Estado, en su condición de garante -porque, como se dijo "está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común"-, el que debe crear las condiciones sociales necesarias "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", en lo particular, a las minorías sexuales y su facultad de elegir y ejercer su orientación sexual (vid SCS Rol N° 97.283-2020).

Quinto: Que, sobre la base de lo expuesto, surge de manera lógica y consecuente, como derecho fundamental implícito, el de la identidad de género, definida 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 y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento" (artículo 1 de la Ley N° 21.120), entendiéndolo como un atributo de la personalidad - derecho humano-. En otras palabras, la identidad de género constituye 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.

En este sentido, dicha categoría es aplicable a los NNA, porque se trata 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, considerado por los autores como un derecho sustantivo en la materia; un criterio rector para la elaboración de leyes en favor de aquéllos y una norma de procedimiento a la que se debe acudir para resolver en todos los órdenes relativos a la vida de éstos.

Máxima que cabe destacar, atendida su naturaleza, se encuentra en constante evolución y adaptación a las necesidades de dichas personas, conforme evoluciona, al mismo tiempo, la sociedad en su conjunto y que debe ser entendida de manera independiente del ejercicio que de esos derechos puedan realizar los NNA conforme a la ley como es el caso de la Ley N° 21.120, porque dicha situación no les impide ser titular del derecho a elegir -como a todo ser humano- su identidad género.

Sexto: Que, siguiendo ese razonamiento, el derecho a la educación de los NNA está consagrado en los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales reseñan en lo pertinente que:

Artículo 28:

"1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular [...]

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención. [...]

Y el artículo 29 agrega que:

"1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena [...]

Séptimo: Que, del mismo modo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N° 13, desarrolla el contenido del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el sentido que la educación, en todas sus formas y en todos los niveles, debe tener, como características interrelacionadas, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

La accesibilidad significa que las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito estatal, que se traduce en tres dimensiones: i) no discriminación, esto es, que la educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos vulnerables de hecho y de derecho, sin diferencia por ninguno de los motivos prohibidos de hacerlo, ii) accesibilidad material en términos geográficos o por medio del uso de tecnología, y iii) accesibilidad económica, esto es, que la educación ha de estar al alcance de todos (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1999. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto).Observaciones generales 13 (21º período de sesiones, 1999), párr. 6).

Para este análisis, resulta pertinente destacar la primera dimensión de la no discriminación, que refiere a las denominadas "categorías sospechosas", como aquellas características o rasgos personales que, por regla general, "no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, tales como la raza, el sexo y la religión y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria. Tal y como su nombre indica, el empleo de tales categorías resulta "sospechoso" por se en razón de una probable discriminación. Ello no significa, claro está, que toda discriminación exija la presencia de una categoría sospechosa" (Díaz de Valdés, José Manuel. Las categorías sospechosas en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible en formato digital: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512018000100189&lng=es&nrm=iso.ISSN0718-6851).

Octavo: Que, por tanto, el sistema educacional chileno, ha declarado tener como una de sus bases, el pleno desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad de los estudiantes, en especial de los NNA, entendiendo que la identidad de género es un derecho fundamental, que constituye un atributo inherente a la personalidad humana de todo individuo, sin excepción.

Es bajo esta premisa que el Ministerio de Educación, en cumplimiento de la "Política Nacional de Niñez y Adolescencia Sistema Integral de Garantías de Derechos de la Niñez y Adolescencia", ha implementado en su normativa elementos que van dirigidos a proteger ese derecho. Así es como el D.F.L N° 2 de la referida cartera ministerial, ratifica lo que hasta aquí se ha desarrollado, expresando en su artículo 3 que: "El sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza", destacando como uno de los principios que lo inspira: "k) Integración e inclusión. El sistema propenderá a eliminar todas las formas de discriminación arbitraria que impidan el aprendizaje y la participación de los y las estudiantes, y posibilitará la integración de quienes tengan necesidades educativas especiales. Asimismo, el sistema propiciará que los establecimientos educativos sean un lugar de encuentro entre los y las estudiantes de distintas condiciones socioeconómicas, culturales, étnicas, de género, nacionalidad o de religión".

Siguiendo esta línea de protección, la Superintendencia de Educación dictó la Circular N° 768 de 27 de abril de 2017, la que trata los derechos de niñas, niños y estudiantes trans en el ámbito de la educación, fijando los principios orientadores para la comunidad educativa: a) la dignidad del ser humano; b) interés superior del NNA; c) no discriminación arbitraria y d) propiciar buena convivencia escolar. Igualmente establece los derechos que les asisten, entre los cuales se enumeran: a) el de acceder o ingresar a los establecimientos educacionales, a través de mecanismos de admisión transparentes y acorde a la normativa

vigente; b) a permanecer en el sistema educacional formal, a ser evaluados y promovidos mediante procedimientos objetivos y transparentes de igual manera que sus pares, sin que el ser una persona trans, implique discriminaciones arbitrarias que afecten este derecho; c) a recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral, atendiendo especialmente las circunstancias y características del proceso que les corresponde vivir; d) a participar, a expresar su opinión libremente y a ser escuchados en todos los asuntos que les afecten, en especial cuando tienen relación con decisiones sobre aspectos derivados de su identidad de género; e) a recibir una atención adecuada, oportuna e inclusiva en el caso de tener necesidades educativas especiales, en igualdad de condiciones que sus pares; f) a no ser discriminados o discriminadas arbitrariamente por el Estado ni por las comunidades educativas en ningún nivel ni ámbito de la trayectoria educativa; g) a que se respete su integridad física, psicológica y moral, no pudiendo ser sujeto de tratos vejatorios o degradantes por parte de ningún miembro de la comunidad educativa; h) a estudiar en un ambiente de respeto mutuo, con un trato digno e igualitario en todos los ámbitos, en especial en el de las relaciones interpersonales y de la buena convivencia e i) a expresar la identidad de género propia y su orientación sexual.

La Circular en comento, igualmente, expresa que es deber de los sostenedores y directivos de establecimientos educacionales, resguardar los derechos de niñas, niños y estudiantes, protegiéndolos de toda forma de acoso discriminatorio, tales como, prejuicios, abuso físico o mental, trato negligente, vulneración de su intimidad y privacidad y/o malos tratos; velando por su integridad psicológica y física y dirigiendo todas las acciones necesarias que permitan la erradicación de tales conductas del ámbito educativo, debiendo incorporar medidas y programas de apoyo pertinentes a la etapa que transita el estudiante en su identidad de género, debiendo fijar un procedimiento para el reconocimiento de la identidad de género en la institución educativa.

Noveno: Que, asentadas las ideas anteriores, se evidencia correcta la decisión de los jueces de base de acoger la presente acción constitucional, desde que, como se dijo, es deber del Estado velar por la dignidad e igualdad en el trato a las personas transexuales en el ámbito educacional, porque la identidad de género constituye un elemento intrínseco de la naturaleza humana y, como tal, constituye una garantía fundamental que no puede ser renunciada o desconocida por ninguna persona natural o jurídica, porque lo contrario importaría transgredir la dignidad de ese ser humano en su ineludible e integral generalidad y, en este caso particular, además, el principio rector que rige la materia, esto es, el de la protección del interés superior de NNA.

De manera que, si bien, constituyen un avance los acuerdos que suscribieron la madre y apoderada de la adolescente con el Director del colegio, en cuanto a disponer de servicios higiénicos para ella y aceptar el uso de su nombre social. El no permitirle el ingreso al colegio con la vestimenta acorde a su identidad

de género, desconoce su derecho fundamental sobre dicha identidad, puesto que esa decisión, tal como se desprende de la normativa expuesta, corresponde a una prerrogativa que es de exclusiva potestad de la adolescente porque representa, justamente, su autodeterminación en relación a su género, la que es parte de su dignidad como persona humana y que, por tanto, así entendida no puede ser condicionada en su ejercicio y menos por el establecimiento educacional, cuyo actuar debe ceñirse a la Constitución Política de la República y la ley, la que conforme a lo dicho ordena el respeto a la identidad de género de los NNA.

Décimo: Que, con estos antecedentes, la negativa del Director de permitirle a la adolescente entrar al colegio vestida del uniforme femenino, fundada en que no se "respetó" el acuerdo adoptado con la apoderada en relación a ese aspecto, es contrario a la ley, carece de razonabilidad y vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 numerales 1, 2 y 4 de la Carta Política, desconociendo con ello su interés superior porque, se reitera, dicho actuar devela una discriminación arbitraria que se traduce en la no aceptación de la decisión de la adolescente en relación a su identidad de género, afectando con ello el derecho que tiene a elegirlo, razones por las que se impone acoger la presente acción constitucional, en los términos que se expondrá en lo resolutivo.

Y de conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **confirma** la sentencia apelada de veinticinco de septiembre de dos mil veinte que acogió el recurso de protección **con declaración** que se ordena a la recurrida que adopte sólo las siguientes medidas:

I.- Deberá permitir, en su oportunidad, el ingreso de la adolescente al colegio vestida conforme a su identidad de género.

II.- Dará cumplimiento a los acuerdos que se adoptaron por las partes en el Acta que suscribieron el día 4 de marzo de 2020.

III.- Adecuará su actuar en esta materia a lo prescrito en la Circular N° 0768 de 27 de abril de 2017 de la Superintendencia de Educación.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco.

Rol N° 127.174-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., y Sra. Adelita Ravañales A., y el Abogado Integrante Sr. Pedro Pierry A. Santiago, 17 de noviembre de 2020.