Santiago, quince de marzo de dos mil veintiuno.

Vistos:

En autos número de Rol C-10540-2016, caratulados "[redacted] con Bar El Túnel", seguidos ante el Trigésimo Juzgado Civil de Santiago, por sentencia de veintisiete de marzo de dos mil dieciocho, se acogió la demanda por medio de la cual se dedujo acción por discriminación conforme la Ley Nº 20.609, declarando que la demandada "Comercializadora y Administradora Santa Lucía S.A." incurrió en una discriminación arbitraria en contra de la denunciante, en razón de su identidad de género, ordenándole, en lo sucesivo, cesar en dichas conductas, y condenándola al pago de 20 Unidades Tributarias Mensuales por concepto de multa y a la realización de una capacitación a sus trabajadores, con costas; asimismo, rechazó la demanda respecto del denunciado señor [redacted]

Se alzó la parte demandada, y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante decisión de tres de enero de dos mil diecinueve, la revocó sólo en aquella parte que condenó a "Comercializadora y Administradora Santa Lucía S.A." al pago de las costas y a realizar una capacitación a sus trabajadores, confirmándola en lo demás, con declaración de que se rebajó la multa a la suma equivalente a 10 Unidades Tributarias Mensuales.

En contra de esta última decisión, la parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo, y solicita que se lo acoja y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que rechace la demanda en todas sus partes.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la parte recurrente fundó su arbitrio invalidatorio, por un lado, en la infracción del artículo 2º de la Ley Nº 20.609 en relación a la Ley Nº 21.120, y a los artículos 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República y 22 del Código Civil; y, por otro, en la vulneración de los artículos 2º de la Ley Nº 20.609, 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República, artículos 1º, 2º, 105 h), 159 y 161 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, y de las normas que refiere de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción.

Así, en un primer acápite, expresa que el fallo incurre en error de derecho a propósito del concepto de "identidad de género", para lo cual transcribe los preceptos que entiende vulnerados, señalando que dicha noción recién fue

DWLFTRWHPQ

incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, mediante la dictación de la Ley Nº 20.609, pero que dicho cuerpo legal tampoco la definió, sino que lo hizo la Ley Nº 21.120 en el inciso segundo de su artículo 1º, por lo que antes de su entrada en vigencia –lo que no puede ser antes del 9 de abril de 2019 o hasta el 9 de octubre de dicho año–, "*nadie sabe que es realmente la 'identidad de género'. Y lo más importante, tampoco se sabe de qué manera se acredita*", indicando que de dichos preceptos se desprende que su protección sólo se verifica con tal cuerpo legal, y en la medida que se ejerza conforme su articulado, esto es, una vez que haya obtenido la modificación de sus respectivas partidas de nacimiento en dicho sentido, en caso contrario "*no tendrá derecho a que se le reconozca su 'identidad de género', y por ende, no podrá reclamar de discriminación arbitraria*", reprochando que el fallo impugnado haya considerado suficiente para ello, tener "*…la íntima convicción de ser una mujer 'transgénero', o la convicción personal de ser hombre o mujer, independiente del sexo y nombre estampados en la inscripción de nacimiento*", y que, soslayando además el principio de buena fe que consagra nuestro ordenamiento jurídico, no considere lícito y legítimo que una persona actúe basándose en el aspecto exterior de las cosas si carece de maneras para ingresar al fuero interno de su interlocutor, que es lo que sucede con el guardia que viendo a una persona de aspecto masculino vestida de mujer, le impide su entrada al baño de mujeres.

En su segundo extremo, el impugnante se refiere a lo que denomina como segundo error de derecho, relativo a la noción de justificación razonable. Expresa que conforme lo prescribe el artículo 2º de la Ley Nº 20.609, el concepto de discriminación arbitraria, exige que la conducta cuestionada carezca de "justificación razonable", indicando que tendrán tal calificación las distinciones, exclusiones o restricciones que se justifiquen por el ejercicio legítimo de algún otro derecho fundamental "*o en otra causa constitucionalmente legítima*". Asevera, que en la especie, se configura esta última situación, apoyándose en las normas legales que regulan la garantía constitucional del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, concretamente, a las leyes y ordenanzas relativas a la existencia de servicios sanitarios en lugares con afluencia de público, que exigen baños separados para ambos sexos, por lo que conminarlo a usar el baño de hombres no obedece a una discriminación arbitraria, sino al cumplimiento estricto de la normativa legal y reglamentaria que refiere.

DWLFTRWHPQ

Concluye señalando cómo los errores de derecho que denuncia, influyeron de manera sustancial en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, y solicita que se acoja el recurso y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que rechace integramente la demanda.

Segundo: Que para una correcta resolución del asunto, es menester indicar que la presente causa se inició mediante interposición de la acción de no discriminación arbitraria que contempla el artículo 5º de la Ley nº 20.690 en contra de la parte recurrente y otro, que se fundó en la circunstancia de haber sido la actora, víctima de discriminación arbitraria en razón de su calidad de persona transgénero, por cuanto, según explica, por ello se le impidió el acceso a un establecimiento comercial, vulnerando su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho a la integridad síquica y su derecho a la honra, fundado en su identidad de género, solicitando se declare la existencia de dicha conducta prohibida, ordenándose dejar sin efecto tal acción y disponiendo la prohibición de su reiteración, el pago de la multa que señala, y la adopción de las medidas de capacitación que expresa, con costas.

Tercero: Que la judicatura de instancia tuvo por probados los siguientes hechos:

a) El día sábado 13 de febrero de 2016, cerca de la 1:30 horas, la demandante, que a dicha época se llamaba [redacted] de sexo masculino –conforme señalaba su partida de nacimiento y su carné de identidad–, pero que tenía la íntima convicción de ser una "mujer transgénero" y que por ello vestía como tal, concurrió, acompañada de un amiga, al establecimiento comercial administrado por la demandada, llamado "El Túnel".

b) A la entrada, los guardias del local le solicitaron a la actora exhibir su documento de identidad, preguntándole el encargado qué baño pretendía usar, y al responderle que el de mujeres, se le explicó que no podía hacer tal cosa porque era un hombre, respuesta ante la cual la demandante y su amiga decidieron retirarse.

c) Con posterioridad a dicho suceso, la demandante, mediante el proceso pertinente, con fecha 27 de julio de 2016, obtuvo la rectificación de su partida de nacimiento, en el sentido de que su nombre es [redacted] y su sexo registrado es "femenino".

Cuarto: Que, sobre la base de tales fundamentos fácticos, se descartó que la actora haya sido expulsada o que se le haya impedido la entrada al local

DWLFTRWHPQ

comercial administrado por la entidad demandada, pero que, sin embargo "…*la mera circunstancia de exigirle a la demandante su carné de identidad, lo que ciertamente no sucede con la generalidad de los casos y, además, impelerla a usar el baño de hombres, en circunstancias que se trataba de una persona 'transgénero', importa un acto de discriminación arbitraria que la ley 20.609 proscribe*", desde que su artículo segundo, al definir discriminación arbitraria, incluye la distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, entre varias categorías, la de identidad y expresión de género, por lo cual, razona señalando que, tratándose la "identidad de género" de una convicción personal acerca de ser hombre o mujer, conforme la propia percepción de la persona, independiente del sexo y nombre estampados en la inscripción de nacimiento, a la actora, de acuerdo a su propia convicción, se la debía considerar una mujer "…*y, por lo mismo, tanto el pedirle su carné como exigirle el uso del baño de hombres importa una discriminación no permitida por la ley 20.609*".

El tribunal de segunda instancia, confirmó la decisión de primer grado, sólo en cuanto, en lo pertinente, declaró que la recurrida incurrió en discriminación arbitraria en contra de la actora, en razón de su identidad de género, ordenando su cese, y en lo sucesivo, evitar dicha conducta, imponiéndole la multa que se indicó.

Quinto: Que, en lo concerniente al primer extremo del arbitrio, como ya se expresó, se afinca en la denuncia de vulneración del artículo 2º de la Ley Nº 20.609 en relación a la Ley Nº 21.120, y de los artículos 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República y 22 del Código Civil, acusándose la impropiedad de aplicar el concepto de "identidad de género", al tratarse de una noción que sólo se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico con posterioridad a los hechos materia de autos, mediante la dictación de la Ley Nº 21.120, y que la protección de tal categoría sólo se verifica desde la entrada en vigor de tal cuerpo legal y conforme las reglas que estipula, afirmando que para que una persona pueda reclamar reconocimiento a su identidad de género, precisa previamente obtener la modificación de sus partidas de nacimiento, no bastando para ello "…*la íntima convicción de ser una mujer 'transgénero', o la convicción personal de ser hombre o mujer, independiente del sexo y nombre estampados en la inscripción de nacimiento*".

Sexto: Que, al respecto, se debe recordar que, en la especie, se dedujo la acción regulada en el artículo 5º de la Ley Nº 20.609, vigente a la época de los

DWLFTRWHPQ

sucesos en que se funda el presente proceso, la cual, conforme indica su artículo 1º, tiene por objeto el restablecimiento del imperio del derecho frente a actos de discriminación arbitraria, que, según se deriva de su artículo 2º, tiene un aspecto genérico, y otro específico.

A propósito del primero, se define como "*…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…*", para luego, particularizar situaciones específicas, consistentes en "*…motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad*".

De este modo, conforme lo señala la jurisprudencia y la doctrina, para la procedencia de esta acción, es menester acreditar la existencia de una conducta discriminadora, esto es, una que provoque una diferencia de trato que, arbitrariamente afecte, a lo menos, la garantía constitucional de la igualdad de una persona, no siendo necesario probar la afectación de otro derecho ni la pertenencia del afectado a una categoría específica para configurar la conducta prohibida, pero que, claramente, a la luz de lo dispuesto en la parte final del inciso primero del artículo 2º ya transcrito, la distinción efectuada en razón de uno de los tipos o motivos especiales que se enlistan, facilitan su demostración, aunque no es posible entenderlas como categorías sospechosas o privilegiadas (así lo explica, en parte, el profesor José Manuel Díaz de Valdés, en su artículo "Cuatro años de la Ley Zamudio: Análisis Crítico de su Jurisprudencia", en revista Estudios Constitucionales, Año 15, Nº 2, 2017).

Séptimo: Que, a la luz de lo expuesto, corresponde desestimar el acápite que se analiza, por cuanto aún en el evento que se haya utilizado impropiamente la noción "*concepto de identidad de género*", al no encontrarse en vigor a la época de los hechos la Ley Nº 21.120 que "reconoce y da protección al derecho a la identidad de género", de todas maneras se configuró un acto de discriminación arbitraria en los términos del artículo 2º de la Ley Nº 20.609.

DWLFTRWHPQ

En efecto, como se tuvo por establecido, , sólo fundado en la circunstancia de concurrir la demandante en la fecha indicada a un establecimiento comercial vestida conforme los usos de las personas del sexo femenino, fue controlada de manera especial por los guardias del lugar, no sólo solicitándole la exhibición de su cédula de identidad, sino, además, siendo impropiamente consultada acerca del servicio higiénico que eventualmente utilizaría, indicándole que no podía usar los baños destinados a las mujeres.

En criterio de este tribunal, y conforme lo razonado en el considerando precedente, dicha situación fáctica da cuenta de una conducta que por sí sola configura una distinción de trato que provoca una afectación en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales de la actora, pues, cualquiera sea el motivo que lo provoque no parece susceptible de justificación racional, desde que la exigencia arbitraria a una persona de un documento de identidad a fin de entrometerse acerca del tipo de servicio higiénico que se propone utilizar, en un contexto público, en la fila de entrada a un establecimiento comercial, configura en sí un acto de humillación y conculcación a la garantía de igualdad y no discriminación, como al derecho a la honra e intimidad, que se encuentra proscrito por nuestro ordenamiento jurídico, máxime si de lo expuesto queda palmariamente claro que la diferencia de trato se basó solamente en la apariencia de la actora, que fue lo que finalmente motivó el control sobre su identidad y la preferencia acerca del servicio sanitario que utilizaría.

Octavo: Que a la misma conclusión se arriba en lo concerniente a la segunda parte del libelo impugnatorio, por el cual se denuncia la conculcación de los artículos 2º de la Ley nº 20.609, 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República, artículos 1º, 2º, 105 literal h), 159 y 161 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, y de las normas que refiere de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, a través de las cuales intenta demostrar que la conducta reprochada se encuentra apoyada en una justificación razonable, dada la obligación que los textos que cita le imponen para mantener servicios higiénicos diferenciados según sexo.

Noveno: Que, al respecto, conforme ya se expresó, está Corte estima que la conducta acreditada, descrita en el motivo tercero, configura una discriminación arbitraria que carece de justificación plausible, por cuanto, la acción consistente en la distinción de trato que se materializó con la solicitud arbitraria a la demandante del documento de identidad para consultar el baño que eventualmente se

DWLFTRWHPQ

dispondría a usar en el interior del local comercial, configura en sí un acto de humillación que no es posible justificar de modo racional, generando una conducta calificable como discriminación arbitraria que satisface los parámetros que establece la Ley Nº 20.609.

Pues bien, no es posible justificar razonablemente tal comportamiento con los argumentos del recurrente, afincado en el ejercicio de la garantía constitucional del derecho a desarrollar cualquier actividad económica; en efecto, si bien tal derecho fundamental es reconocido por la Carta Fundamental, conforme se lee del numeral 21 de su artículo 19, reconoce como límite que la misma no puede ser contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, ordenando respetar las normas legales que la regulen. En tal sentido, las disposiciones contenidas tanto en la Ley General de Urbanismo y Construcción como en su ordenanza y demás normas, sólo se limitan a establecer una serie de exigencias técnicas respecto las condiciones de higiene de establecimientos comerciales como el administrado por la parte recurrente, pero no autorizan, en caso alguno, a realizar conductas como la antes descrita, pues, conforme se estableció, a la actora no se le exigió su identificación al momento de ingresar a un servicio sanitario, sino que, *a priori* e indebidamente, y solamente en razón de su apariencia física, se le consultó acerca de su intención, en todo caso, eventual, del baño que utilizaría, lo que claramente excede las atribuciones que las normas que se indican conculcadas, concede a la parte recurrente, por lo que el recurso, en el dicho extremo, también debe ser desechado.

Décimo: Que, en otra línea argumental, es necesario recordar que, como esta Corte ya lo ha sostenido con anterioridad, la noción de discriminación arbitraria fundada en la identidad de género se encuentra suficientemente reconocida en la Ley Nº 20.609, por lo que no es efectivo, como lo sostiene el recurrente, que el único instrumento de protección de dicha categoría sea el plasmado en la Ley Nº 21.120.

En efecto, en la sentencia dictada en los antecedentes Nº 4445-19, los tratados internacionales que indica y en el propio ordenamiento legal interno, esta Corte selaó que "*…desde antes de la vigencia de la Ley 21.210, integrando en su interpretación jurisprudencial la normativa nacional con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha reconocido que la valoración y la protección jurídica de la identidad de género se encuentran presentes en nuestro ordenamiento, al tenor de lo prescrito por la Ley Nº 20.609 que, prohibiendo todo acto de*

DWLFTRWHPQ

discriminación arbitraria, expresamente menciona en su artículo 2°, como casos tales, las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en motivos que indica, entre los que incluye 'la identidad y expresión de género'…", añadiendo que, en virtud de ello, se debe admitir que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la existencia de la identidad transgénero, y que en los casos "…*en la que el sexo formalmente establecido y la identidad sobre género no son coincidentes, corresponde al Derecho proveer los medios para evitar que tal discordancia se transforme en fuente de afectación de garantías y de trato peyorativo, para quien vivencia tal realidad*".

Undécimo: Que, de tales consideraciones, aparece con claridad que la circunstancia de no estar vigente La Ley Nº 21.120 a la época de los hechos materia de la causa, no impide considerar que el acto discriminatorio que se acusa fue realizado en razón de la identidad de género de la actora, y, por lo tanto, no se verifican las infracciones de derecho que se denuncian en el primer apartado del recurso, no pudiendo sostenerse que el amparo a las personas transgénero requiera, como exigencia previa, el sometimiento a un proceso de rectificación de partidas de nacimiento, lo cual se contradice con el espíritu y letra no sólo de la Ley Nº 20.609, sino, también, con el texto constitucional, en lo relativo a la protección de las diversas garantías constitucionales, en especial, las de primera generación, como, asimismo, con los diversos tratados y compromisos internacionales que el Estado chileno ha asumido desde entonces hasta esta fecha.

Tampoco se infringen los preceptos que se citan como fundamento del segundo capítulo del arbitrio, pues siendo una obligación de fuente tanto interna como externa la protección de las personas transgéneros, pierde fuerza el intento de justificación racional que propone el recurrente, cuando la categoría de la identidad de género se reconoce como una situación de vulnerabilidad, en especial en los casos de las personas que no se han sujetado a la rectificación registral de sus partidas, quedando en una situación de desmedro, debido a la discordancia que se produce entre lo que formalmente expresan sus documentos de identidad con su convicción de género, lo que no puede explicar racionalmente las conductas asumidas por la parte recurrente, cuando la vulnerabilidad expresada coloca una carga aún mayor que exige el máximo resguardo de sus derechos, en especial los de integridad, dignidad, honra e igualdad ante la ley.

DWLFTRWHPQ

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo deducido contra la sentencia de tres de enero de dos mil diecinueve, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se previene que el Ministro señor Blanco, concurre a la decisión adoptada, pero no comparte el motivo Undécimo.

Regístrese y devuélvanse.

Rol N°12.341-19

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., señora Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C. y señora María Angélica Repetto G. No firman los Ministros señor Blanco y señora Repetto, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con licencia médica el primer y por estar con feriado legal la segunda Santiago, quince de marzo de dos mil veintiuno.

GLORIA ANA CHEVESICH RUIZ
MINISTRA
Fecha: 15/03/2021 16:08:20

ANDREA MARIA MERCEDES MUÑOZ SANCHEZ
MINISTRA
Fecha: 15/03/2021 16:08:20

MAURICIO ALONSO SILVA CANCINO
MINISTRO
Fecha: 15/03/2021 16:07:00

DWLFTRWHPQ

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

MARCELO DOERING CARRASCO
MINISTRO DE FE
Fecha: 15/03/2021 16:26:45

En Santiago, a quince de marzo de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

MARCELO DOERING CARRASCO
MINISTRO DE FE
Fecha: 15/03/2021 16:26:45

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.