

# PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES

Flavio Quezada

*Profesor, Universidad de Valparaíso, Chile*

**Resumen:** el presente trabajo expone el régimen jurídico de protección de la identidad de género en los establecimientos educacionales que componen el sistema educacional formal chileno, en los niveles de educación parvularia, básica y media. Para estos efectos, se desarrolla tanto el marco constitucional, legal y administrativo vigente, como el diseño institucional dispuesto para su efectividad.

**Palabras clave:** derecho a la identidad de género, derechos del niño, niña y adolescente, normativa educacional, Superintendencia de Educación.

Cítese como: Quezada, F. (2017) “Protección jurídica de la identidad de género en los establecimientos educacionales”, en *Derecho y Crítica Social* 3(2) 261-289. ISSN 0719-5680. Recibido el 1 de agosto de 2017, aprobado para su publicación el 12 de enero de 2018. Contacto del autor: flavioqr@gmail.com. Este artículo es el resultado de la presentación efectuada en el *VII Congreso de Derecho y Cambio Social* (Valdivia, 2016) y el *Encuentro de Investigadores Jóvenes de Derecho Público y Teoría del Derecho* (Santiago, 2016). Agradezco los comentarios, preguntas y sugerencias de los asistentes a ambas instancias, que han permitido pulir las ideas que motivaron esta investigación. Agradezco los comentarios y la revisión de aspectos formales a Paula Gutiérrez y Alan Castro, ayudantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso.

## LEGAL PROTECTION OF GENDER IDENTITY IN CHILEAN SCHOOLS

Flavio Quezada

*Profesor, Universidad de Valparaíso, Chile*

**Abstract:** This work describes the legal regime for protection of gender identity in Chile's educational establishments that compose the formal Chilean educational system. For these purposes, the work develops the constitutional, legal and administrative regime as well as the institutional design set for its efficacy.

**Keys words:** right to gender identity, rights of children and adolescents, educational legal framework, Superintendence of Education.

Cite as follows: Quezada, F. (2017) "Protección jurídica de la identidad de género en los establecimientos educacionales", in *Derecho y Crítica Social* 3(2) 261-289. ISSN 0719-5680. Received on Ago 1, 2017 and approved for its publication on Jan 12, 2018. Corresponding author contact: [flavioqr@gmail.com](mailto:flavioqr@gmail.com). A previous of this paper was presented in two venues: VII *Congreso de Derecho y Cambio Social* (Valdivia, 2016) and *Encuentro de Investigadores Jóvenes de Derecho Público y Teoría del Derecho* (Santiago, 2016). I thank the comments, questions and suggestions received in those seminars which helped me to improve the final version. I also thank comments and formal revisions of Paula Gutiérrez and Alan Castro, my assistants of the Universidad de Valparaíso.

**SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO Y LA PROTECCIÓN A LA IDENTIDAD DE GÉNERO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA, A MODO DE INTRODUCCIÓN.**

El derecho administrativo actual ha centrado su discusión en las coordenadas asentadas, durante la dictadura cívico-militar, por uno de los juristas más destacados entre aquellos afines a dicho régimen. En un primer momento fue desarrollando sus ideas y deduciendo sus consecuencias, con gran influencia en la judicatura; luego negándolas en cada uno de sus ámbitos. Sin embargo, a pesar de ese decidido y loable avance, se sigue centrando en las mismas coordenadas, aunque la realidad social, política y jurídica de la Administración ha cambiado radicalmente.

Una de las consecuencias de ese estado de cosas es que los principales problemas jurídicos que convocan a los administrativistas son funcionales al orden social imperante, en especial, a los intereses de los “grandes litigantes”, sin asumir un rol democratizador; en otros términos, sin realizar dogmática respecto a sectores de la realidad marcados por la intervención administrativa dirigida a incluir a marginados o personas cuyos derechos se vulneran cotidianamente. Y aquello acontece a pesar de la dictación de diversas leyes cuyos objetivos apuntan a la democratización social. Pareciera que al Derecho Administrativo chileno, como ciencia jurídica, no le interesa por igual todo el Derecho Administrativo legislado.

Un ejemplo de lo anterior es la protección constitucional, legal y administrativa de la identidad de género de niños, niñas y adolescentes, marcada por una reciente modificación legal con una gran potencialidad democratizadora y garantizadora de un sector particularmente vulnerado y vulnerable de nuestra sociedad, y que si no es estudiada y difundida puede quedar en el olvido y, peor aún, en su ineffectividad. De esta forma, se espera que este trabajo sirva como un pequeño aporte inicial en la democratización del Derecho Administrativo chileno.

De esta forma, el objeto del presente artículo es exponer el régimen jurídico de protección de la identidad de género en los establecimientos que proveen servicio educacional en los niveles parvulario, básico y medio. Para ello, (i) se

pasará a explicar por qué la escuela es un dispositivo institucional clave para avanzar en la erradicación de las ilegítimas discriminaciones que sufren cotidianamente las personas transexuales y transgénero; luego (ii) se afirmará que el legislador ha identificado este dispositivo y, en razón de aquello, ha introducido modificaciones a su régimen legal, que robustecen la protección de la identidad de género al interior de los establecimientos educacionales; a continuación (iii) se analizará en detalle tanto las nuevas disposiciones legales como (iv) el diseño institucional dispuesto para su efectividad, consistente en el rol de la Superintendencia de Educación y sus atribuciones; finalmente (iv) se expondrán las normas administrativas dictadas por dicho organismo, analizando la más relevante de ellas.

### **I. LA ESCUELA COMO DISPOSITIVO INSTITUCIONAL REPRODUCTOR DE DESIGUALDADES.**

Como lo explican las aproximaciones críticas al derecho, existe un conjunto de adscripciones sociales a ciertas identidades que, estableciendo diversas jerarquizaciones, impide una comunidad de iguales en dignidad y derechos<sup>1</sup>. Ciertas identidades son consideradas “normales” o “aceptables”, y otras resultan “anormales” o “inaceptables”, solo por ser “raras”. Así, las identidades transexuales y transgéneros son marginadas y excluidas de la plena ciudadanía<sup>2</sup>. Por cierto, lo anterior acontece ante cierta “ceguera” del derecho, toda vez que no existe norma positiva que establezca lo anterior e, incluso, en aquellos ámbitos (como el educacional), en las que existen normas que, desde una interpretación razonable podrían amparar abusos, algunos operadores jurídicos se niegan a darles una aplicación ajustada al principio de igualdad.

Ahora, dicha adscripción social no tiene por causa (únicamente) relaciones interpersonales entre un sujeto “malo” que discrimina y una “víctima” que sufre la discriminación, sino más bien es el resultado de una determinada estructura política y social cuyo resultado concreto, en la cotidianidad, es

---

<sup>1</sup> Salazar (2012). 45-81.

<sup>2</sup> Spade (2015).

dicha adscripción discriminatoria. De este modo, como lo han planteado dichas aproximaciones críticas, para poder avanzar hacia una comunidad de iguales, que incluya a todas las identidades, es necesario identificar, denunciar y modificar aquellos dispositivos institucionales que producen y reproducen el contexto discriminador y que, en definitiva, excluyen<sup>3</sup>.

Por lo anterior, más urgente que avanzar en reformas legales que se aproximen a este problema desde dicha relación interpersonal (victimario-víctima), como acontece con las leyes antidiscriminación y de tipificación de los delitos de odio, resultan necesarias modificaciones legales respecto a dichos dispositivos que producen y reproducen la discriminación y exclusión de la ciudadanía plena a dichas identidades que la hegemonía imperante indica como “anormales”. Solo de esa forma es posible avanzar decididamente en la construcción de una sociedad que respete y proteja los derechos fundamentales de todas las personas, sin ninguna distinción ilegítima.

En esta ocasión, lo que se pretende exponer es una reforma legal en dicho sentido, que se produjo recientemente y que exige una dogmática que permita su operatividad. En específico, se explicarán modificaciones introducidas por la ley N° 20.845 de Inclusión Escolar, que Regula la Admisión de los y las Estudiantes, Elimina el Financiamiento Compartido y Prohíbe el Lucro en Establecimientos Educacionales que Reciben Aportes del Estado (en adelante, LIE). Dicha ley modificó diversos cuerpos legales, entre ellos, el que establece las normas generales que regulan todo el sistema educacional: el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación<sup>4</sup>, reforzando la prohibición de discriminación arbitraria en el seno de la comunidad escolar.

---

<sup>3</sup> Spade (2015).

<sup>4</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005.

## II. LA LEY DE INCLUSIÓN ESCOLAR Y EL PRINCIPIO DE INCLUSIÓN E INTEGRACIÓN.

La reforma legal antes señalada, no obstante lo escueta y aparentemente menor ante las demás modificaciones que contiene la LIE, identifica un dispositivo clave en la producción y reproducción de la discriminación contra identidades de género minoritarias, en especial, las transexuales y transgénero: la escuela. En efecto, se trata de un dispositivo clave, toda vez que por sus fines propios debe ser el lugar de genuina socialización en la comunidad política. En ella se forman no solo “buenas” personas, sino, y ante todo, “buenos” ciudadanos<sup>5</sup>. En la medida que las reformas legales apunten a que aquello sea real, el horizonte de realización de la comunidad de iguales será más cercano<sup>6</sup>.

La LIE introdujo dos modificaciones claves: (i) un nuevo principio básico del sistema educacional, denominado de integración e inclusión; y (ii) la delimitación de los proyectos educativos que deberán resguardar siempre el principio de no discriminación arbitraria, de conformidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El artículo 3° del DFL N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación establece 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. Se inspira, además, en un conjunto de principios, entre los cuales se incorporó el de integración e inclusión en los siguientes términos:

“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.

---

<sup>5</sup> Russell (2004) 11-34.

<sup>6</sup> Reboul (2014) 19-24. En este mismo sentido, el artículo 13 del PIDESC y el artículo 29 de la Convención sobre Derechos del Niño.

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, de nacionalidad o de religión”.

Como puede verse, el legislador ha decidido ampliar la protección de la igualdad, no sólo imponiendo una prohibición de discriminaciones arbitrarias, sino, además, asignándoles a todos quienes integran el sistema educacional la tarea de asumir un rol activo en la eliminación de aquellas discriminaciones. Es decir, no basta con no incurrir en aquellas, es necesario que todo el sistema propenda a eliminarlas: se tratan tanto de obligaciones negativas consistentes en no discriminar por motivos prohibidos, como de obligaciones positivas destinadas a erradicar aquellas discriminaciones. Todo lo cual, atendido el carácter de principio de esta disposición, se determinará caso a caso, dependiendo de la específica situación fáctica de que se trate.

De esta forma, considerando que el sistema educacional está integrado tanto por las comunidades educativas y sus respectivos integrantes (profesionales de la educación, asistentes de la educación, estudiantes, equipos docentes directivos, sostenedores, padres, madres y apoderados<sup>7</sup>), como por las instituciones públicas con competencia en este sector (a lo menos, la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, el Consejo de Monumentos Nacionales, la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, la Junta Nacional de Jardines Infantiles, el Consejo Nacional de Educación, la Agencia de la Calidad de la Educación y la Superintendencia de Educación), es que serán todos ellos quienes tendrán prohibido incurrir en discriminaciones, entre ellas, las motivadas por razones de género, y deberán, a la vez, en el ámbito de sus respectivas competencias, según corresponda, implementar medidas que tiendan a erradicarlas.

Lo anterior se debe a la inteligente decisión legal de introducir este principio en el artículo 3° del DFL N° 2, de 2009, del MINEDUC, por cuanto, atendido su ámbito de aplicación se trata de una norma legal que obliga tanto los establecimientos educacionales, independientemente de sus naturalezas

---

<sup>7</sup> Artículo 9° del DFL N° 2, de 2009, del MINEDUC.

jurídicas<sup>8</sup> (municipales, subvencionados o particulares), a la organización administrativa en el sector educacional, como a los integrantes de las comunidades educativas<sup>9</sup>. Todos deben asumir un rol activo en la erradicación de las discriminaciones arbitrarias.

Resulta del todo razonable una aproximación legal en este sentido (estableciendo un principio), atendida la complejidad y heterogeneidad de la realidad propia de cada establecimiento educacional, y del sistema en su conjunto, lo cual convertiría en infructuoso cualquier esfuerzo de enlistar circunstancias o hechos específicos que se prohibiesen por considerarse ilegítimamente discriminatorios. En esta materia, el legislador ha optado por establecer una finalidad u objetivo a alcanzar (erradicar las discriminaciones fundadas en razones de género, entre otras), de manera que cada persona, institución o grupo realice las acciones positivas que correspondan para su efectiva consecución.

### **III. DELIMITACIÓN DE LOS PROYECTOS EDUCATIVOS: HACIA LA INCLUSIÓN EN LA ESCUELA Y LA NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA.**

Como concreción del principio anterior, el legislador también realizó un fortalecimiento de la prohibición de las discriminaciones arbitrarias, al constituirlo en una limitación expresa de los proyectos educativos de cada establecimiento educacional. Dichos proyectos constituyen uno de los

---

<sup>8</sup> De esta forma se cumple con un mandato impuesto por la Convención sobre Derechos del Niño, la cual, según la interpretación que de ella se ha hecho por el Comité sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, impone a los Estados parte el deber de velar que proveedores privados actúen de conformidad a sus disposiciones. En efecto, ha señalado: “[...] que los Estados Partes en la Convención tienen la obligación jurídica de respetar y promover los derechos del niño con arreglo a lo dispuesto en la Convención, lo que incluye la obligación de velar por que los proveedores privados de servicios actúen de conformidad con sus disposiciones, creándose así obligaciones indirectas para esas entidades” (Párrafo 43 de la Observación General N° 5 sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas).

<sup>9</sup> Bilbao (2015) 393-409.



requisitos legales para el reconocimiento oficial de dichos establecimientos, autorización operativa que les permite acceder a beneficios (subvenciones) y certificar autónoma y válidamente la aprobación de los ciclos y niveles que componen la educación formal<sup>10</sup>.

De esta forma, la LIE modificó el literal b) del artículo 46 del citado DFL, precisando que los proyectos educativos deberán, en todo caso, resguardar el principio de no discriminación arbitraria, no pudiendo incluir condiciones o normas que afecten la dignidad de la persona. Se reenvía, para su entendimiento, a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El legislador estableció expresamente lo siguiente:

---

<sup>10</sup> El artículo 45 del DFL 2, de 2010, del MINEDUC, define legalmente el reconocimiento oficial como “[...] el acto administrativo en virtud del cual la autoridad confiere a un establecimiento educacional la facultad de certificar válida y autónomamente la aprobación de cada uno de los ciclos y niveles que conforman la educación regular [...]”.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado, respecto a la naturaleza de esta técnica que constituye una autorización, toda vez que en “[...] ella, el particular interesado en obtenerla, debe suministrar a la administración una serie de antecedentes destinados a evitar que ciertos riesgos, considerados como potencialmente lesivos al interés público, se materialicen. La autorización implica un intenso control preventivo, pues antes de disponer este acto administrativo favorable, el órgano encargado de otorgarla debe examinar que un riesgo eventual de la actividad sometida a esta técnica de policía, no se materialice, afectando con ello derechos de terceros o el interés general (STC 1413/2010). Lo que busca la autorización es que la autoridad condicione o limite los efectos perjudiciales de una actividad. La autorización, por una parte, permite desarrollar una actividad. En este sentido, es un título habilitante, pues levanta una prohibición relativa de llevarla a cabo. Por la otra, es un título constitutivo, en el sentido que establece las condiciones conforme a las cuales ésta se va a llevar a cabo (Laguna de la Paz, José Carlos; *La autorización administrativa*; Editorial Thomson/Civitas, Navarra, 2006)” (STC Rol N° 2731, c. 11).

Luego precisa que “[...] el reconocimiento oficial, como el dispuesto por la Ley N° 20.370, es una autorización sometida a un procedimiento administrativo reglado, en que la administración debe comprobar el cumplimiento de una serie de requisitos. Una vez obtenida, el titular queda habilitado para desarrollar la actividad. Pero se trata de una autorización de funcionamiento, toda vez que queda sujeta a una intensa fiscalización, quedando expuesto incluso a la revocación, si incumple los supuestos que llevaron a su otorgamiento” (STC Rol N° 2731, c. 11)

“b) Contar con un proyecto educativo, el que, en todo caso, deberá resguardar el principio de no discriminación arbitraria, no pudiendo incluir condiciones o normas que afecten la dignidad de la persona, ni que sean contrarios a los derechos humanos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en especial aquellos que versen sobre los derechos de los niños”.

Lo anterior es relevante, por cuanto es precisamente el proyecto educativo el que finaliza la autonomía que constitucionalmente ampara la libertad de enseñanza, constituyéndose, de este modo, en una delimitación de dicho derecho (es decir, un límite interno que opera de forma previa a cualquier restricción externa que establezca el legislador). Así se sigue de la jurisprudencia constitucional, que ha señalado:

“[...] la libertad de enseñanza supone el respeto y protección de la plena autonomía, garantizada por la Constitución en favor del fundador o sostenedor del establecimiento respectivo, para la consecución de su proyecto educativo, en los ámbitos docente, administrativo y económico, porque sin gozar de certeza jurídica en el cumplimiento de tales supuestos esenciales tampoco es realmente posible afirmar que existe aquella libertad”<sup>11</sup>.

Como puede apreciarse, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la autonomía de cada establecimiento educacional, configurada por la libertad de enseñanza, tiene por finalidad “la consecución de su proyecto educativo”. Es decir, no se trata de una autonomía otorgada para cualquier fin y, obviamente, menos para realizar actuaciones contrarias a los mandatos constitucionales, como serían aquellas que discriminen arbitrariamente a algún miembro de la comunidad educativa. De esta forma, se compatibiliza

---

<sup>11</sup> STC Rol N° 410, c. 10.

dicha libertad con los fines propios de la educación<sup>12</sup>, a los cuales debe responder toda institución educativa, sea pública o privada<sup>13</sup>.

Así, jurídicamente, con la nueva modificación legal cuya constitucionalidad fue declarada expresamente por el Tribunal Constitucional<sup>14</sup>, al ser controlada preventivamente, en tanto materia propia de ley orgánica constitucional, se precisa que aquella libertad no puede amparar proyectos educativos que discriminen arbitrariamente, afecten la dignidad de sus estudiantes o sean contrarios al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de conformidad a los instrumentos ratificados por Chile y que se encuentren

---

<sup>12</sup> Dichos fines se encuentran establecidos en el párrafo 1º del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “[...] la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”. En el caso de los niños y niñas, aquello se precisa en el párrafo 1º del artículo 29 de la Convención sobre Derechos del Niño: “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;
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural”.

<sup>13</sup> Así lo precisa el párrafo 4º de la Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

<sup>14</sup> STC Rol N° 2781.

vigentes. Estas nuevas disposiciones se suman a otras previamente existentes en la normativa educacional y que, desde ahora, constituyen también concreciones del principio de integración e inclusión, como es el inciso final del artículo 11 del DFL N° 2, de 2009, del MINEDUC, que prohíbe al Estado y a los establecimientos educacionales discriminar en el trato que deben dar los estudiantes y demás miembros de las comunidades educativas (i. e. profesionales de la educación, directivos, asistentes de la educación, padres, madres y apoderados).

En este mismo sentido, también concretan en el ámbito escolar la interdicción de discriminaciones arbitrarias las normas relativas al acoso escolar, establecidas en el párrafo 3° del Título Preliminar del DFL N° 2, de 2009, del MINEDUC. Esto es relevante a efectos de la construcción dogmática de la figura del acoso discriminatorio<sup>15</sup> (“bullying”) y sus consecuencias jurídicas, consistentes principalmente en obligaciones positivas por parte de todos los integrantes del sistema educacional para su erradicación.

Explicado entonces cómo se ha consagrado legalmente la prohibición de discriminar arbitrariamente en el sistema educacional chileno, corresponde preguntarse si aquello incluye como categoría prohibida a la identidad de género de los niños, niñas y adolescentes trans que ejercen su derecho humano y constitucional a la educación. Como se explicó, la legislación nacional ha reenviado a disposiciones contenidas en tratados internacionales y ha precisado como categoría prohibida de discriminación la consideración del género de las personas. Es por ello que resulta aplicable a nuestro medio las conclusiones arribadas por los expertos en derecho internacional, materializadas en los principios de Yogyakarta, y que definen a la identidad de género como:

“[...] la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole,

---

<sup>15</sup> ROBLES, M. (2014) 805-846.

siempre que la misma sea libremente elegida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”<sup>16</sup>.

En este mismo sentido, debe considerarse que el derecho constitucional a la igualdad y su consecuente la prohibición de discriminar arbitrariamente deben sistematizarse con el derecho que todo niño, niña y adolescente tiene a su propia identidad, derivado tanto del inciso primero del artículo 1° de la Constitución, como de los artículos 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado ratificado por Chile y que se encuentra vigente, siguiendo la nomenclatura del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución<sup>17</sup>.

En efecto, la Convención sobre Derechos del Niño establece en sus artículos 7° y 8° el derecho a la identidad:

“Artículo 7.- 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8.- 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

De esta forma, niños y niñas también son titulares del derecho a la identidad, razón por la cual sus derechos cruzan toda la declaración de Yogyakarta<sup>18</sup>, la cual luego de afirmar que la identidad de género que cada persona defina para sí resulta esencial para su personalidad, constituyendo uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, dignidad y libertad, establece que “una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y

---

<sup>16</sup> Salazar (2015) 75-107; Manzano (2009) 151-178; Rey (2005) 111-156.

<sup>17</sup> Espejo y Lathrop (2015) 406-408.

<sup>18</sup> Así lo explica Regueiro de Giacomi (2012) 107.

niñas será el interés superior del niño o niña y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez”.

A este respecto, el Comité sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, en un sentido similar, ha señalado que el derecho a la identidad se expresa en el ámbito sexual, al referirse a la protección de los adolescentes<sup>19</sup>.

Por otro lado, respecto al derecho a la identidad y su titularidad, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que:

“[...] el reconocimiento del derecho a la identidad personal –en cuanto emanación de la dignidad humana- implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del artículo 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social” (STC Rol N° 1340, c. 10)<sup>20</sup>.

Siguiendo una argumentación similar se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo confirmado por la Corte Suprema:

“[...] la actuación de la recurrida en orden a no incorporar en sus diversos registros al niño [...], con su nueva identidad [...], 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” (SCA Santiago, Rol N° 35.639-2016, c. 13. Confirmada por la SCS Rol N° 79.930-2016).

---

<sup>19</sup> Ver la Observación General N° 4 sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial sus párrafos 1º y 2º, del Comité sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

<sup>20</sup> En este mismo sentido: STC Roles N° 834, c. 15; 2035, c. 2; 2105, c. 2; y 2690, c. 21).

En este mismo sentido, construyendo la categoría desde la Convención Americana de Derechos Humanos, pacto internacional ratificado por Chile y vigente en nuestro ordenamiento jurídico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

“[...] la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual [...] la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido” (CIDH. Caso Karen Atala e hijas vs. Chile).

De este modo es posible concluir que la Constitución prohíbe, directamente, que cualquier órgano estatal, persona, institución o grupo discrimine arbitrariamente. Una de aquellas discriminaciones carentes de justificación serán las fundadas en los elementos constitutivos de la identidad de las personas, como es su respectiva identidad de género u orientación sexual. De aquel mandato constitucional, por su amplitud, se deriva su aplicación a los niños, niñas y adolescentes trans que ejercen su derecho a la educación en el sistema educativo formal y así ha sido precisado en materia educacional en diversas disposiciones legales vigentes, cuya última expresión, que permite descartar cualquier duda, son las recientes reformas establecidas mediante la LIE.

Abona a lo anterior la ley que establece medidas contra la discriminación (Ley N° 20.609) que expresamente reconoce la identidad de género como categoría prohibida de discriminación y, dada la modificación de los límites del proyecto educativo, no obstaría a ello la libertad de enseñanza<sup>21</sup>. Debe hacerse presente

---

<sup>21</sup> “Artículo 2º.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende 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

que, atendido el ámbito de aplicación de aquella ley, resulta relevante en esta discusión, por cuanto es aplicable a todos los órganos administrativos dentro de sus competencias lo cual incluye, por cierto, a los que integran el sistema educacional.

#### **IV. EL ROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN.**

La Superintendencia de Educación fue creada mediante la Ley N° 20.529, y es un servicio público funcionalmente descentralizado y territorialmente desconcentrado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y que se relaciona con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Educación. Constituye una institución fiscalizadora en los términos del Decreto Ley N° 3.551, de 1981, y está afecta al Sistema de Alta Dirección Pública.

De acuerdo con el artículo 48 de la ley que la crea, en su objeto se contempla la tarea de fiscalizar, de conformidad a la ley, que los sostenedores de establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado se ajusten a las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la Superintendencia, en adelante "la normativa educacional". Por su parte, el artículo 50 del DFL N° 2, de 2009, del MINEDUC, precisa, en consonancia con lo anterior, que

---

cuando se funden 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 orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.



le corresponde a dicho organismo fiscalizar la mantención de los requisitos que dieron origen al reconocimiento oficial del Estado.

De este modo, como puede verse, tanto el principio de inclusión e integración, como la delimitación de los proyectos educacionales a no discriminar arbitrariamente y erradicar ese tipo de prácticas, se han convertido en un objetivo legalmente impuesto a este organismo. En otros términos, el legislador ha diseñado un sistema integrado por un organismo cuya finalidad es lograr la efectividad de las regulaciones del sistema educacional: que no resulten meras declaraciones, sino una realidad efectiva en la cotidianeidad de los establecimientos educacionales.

En esta materia resulta de particular relevancia la actuación administrativa a través de la Superintendencia de Educación, toda vez que el acceso a la jurisdicción se caracteriza por cierto sesgo de clase que profundiza la discriminación (su contexto y dispositivos institucionales) en el caso de niños o niñas transexuales provenientes de sectores desfavorecidos socio-económicamente<sup>22</sup>. Dicho sesgo de clase es menor ante la Administración interventora (Superintendencias), toda vez que mediante sus atribuciones intrusivas pueden actuar en casos ante carencia de denuncias de afectados o adoptar medidas ante denuncias, y en ambos casos, sin que sea necesario que afectados desembolsen recursos propios, toda vez que en nuestro medio rige el principio de gratuidad (artículo 6° de la ley N° 19.880).

De esta forma, la administración interventora para la efectividad de derechos sociales juega un rol clave para romper los círculos discriminatorios concéntricos a los cuales se enfrentan las identidades de género minoritarias: la familia nuclear, luego la de origen, la escuela, la administración pública y los jueces<sup>23</sup>. En efecto, en la mayoría de los casos, los niños, niñas y adolescentes

---

<sup>22</sup> En una perspectiva teórica: Abramovich y Courtis (2004); Pisarello (2007). Desde un análisis empírico que considera diversos estudios en la materia, se afirma que uno de los principales problemas del sistema judicial chileno serían “[...] las diversas barreras para acceder a la justicia civil que la ciudadanía en general, y los sectores de menos recursos o menor integración social en particular [...]”, en: Riego y Lillo (2015) 11.

<sup>23</sup> Alventosa (2016) 153-186.

trans chocan con su propia familia nuclear, que son los primeros en discriminarlos, no aceptando su identidad y, por lo mismo, obstando al pleno desarrollo de su personalidad de forma clave y decisiva. En esos casos, esperar que, por ejemplo, un niño o niña que no cuenta siquiera con el apoyo de su padre o madre acuda ante un juez a ejercer su derecho a la educación y a no sufrir discriminaciones arbitrarias resultará una simple quimera.

Por ello, la Superintendencia de Educación juega un rol sistémico relevante para la efectividad de los derechos de quienes están en posiciones más desaventajadas en el sistema educativo. Cumpliendo su rol fiscalizador y sancionador ante infracciones a los derechos de dichos estudiantes estará rompiendo diversos círculos discriminatorios, desarticulando entramados institucionales que perpetúan la discriminación y avanzando en la erradicación de aquellas de una forma mucho más rápida y eficiente que la intervención judicial.

En efecto, como se expondrá en el apartado siguiente, la Superintendencia de Educación ha ejercido sus atribuciones en esta materia, y estará por verse la efectividad sistémica de su intervención, mediante estudios empíricos de permitan demostrar o refutar lo que acá se ha señalado.

## **V. LAS REGULACIONES ADMINISTRATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN.**

Como se explicó, atendida la heterogeneidad de la realidad escolar, resultaría infructuoso que el legislador regulase una detallada lista de medidas precisas para la erradicación de las discriminaciones fundadas en razones de género, como acontece con aquellas identidades de género minoritarias. Por ello, se optó por establecer un principio como un límite y configurador de los proyectos educativos de cada establecimiento, que podrá ser concretado, caso a caso, para cada realidad educativa.

Sin embargo, en muchos casos puede acontecer que los propios sostenedores o equipos directos de las comunidades educativas no sepan qué medidas adoptar para no incurrir en conductas prohibidas respecto a los niños, niñas y adolescentes transexuales y transgéneros. Por ello resulta fundamental el

ejercicio de la potestad reglamentaria legalmente atribuida a la Superintendencia de Educación que, por su carácter técnico y profesional especializado, podrá instruir estándares generales y básicos en esta materia, entregando seguridad a estudiantes y comunidades educativas en general, y en especial a los sostenedores, para evitar que estos últimos infrinjan la ley y, en consecuencia, sean sancionados administrativamente. Así, el sistema educacional contará con herramientas adecuadas para erradicar discriminaciones arbitrarias.

Como se señaló, uno de los objetos de la Superintendencia es fiscalizar el cumplimiento de la normativa que rige el sistema educacional (normativa educacional, en la terminología del legislador). Aquella, por su parte, está integrada por las instrucciones que dicte dicho organismo, las cuales de conformidad al artículo 48 de la Ley N° 20.529 “[...] deberán resguardar el derecho a la educación, la libertad de enseñanza y los principios establecidos en el artículo 3° de la ley N° 20.370, General de Educación”.

Posteriormente, el literal m) del artículo 49 de la misma ley precisa dicha atribución señalando que a este organismo le corresponde:

“m) Aplicar e interpretar administrativamente la normativa educacional cuyo cumplimiento le corresponde vigilar, e impartir instrucciones fundadas de general aplicación al sector sujeto a su fiscalización, sin perjuicio del ejercicio de las facultades propias del Ministerio de Educación. Las instrucciones y resoluciones que emanen de la Superintendencia serán obligatorias a partir de su publicación y deberán ser sistematizadas, de tal forma de facilitar el acceso y conocimiento de ellas por parte de los sujetos sometidos a su fiscalización”.

Entonces, siguiendo todo lo desarrollado previamente en este trabajo, sistematizándolo con las normas recién citadas, se puede concluir que corresponde a dicha Superintendencia impartir instrucciones que deban resguardar el derecho a la educación de todas las personas titulares de aquel, sin discriminación arbitraria alguna, como la libertad de enseñanza y los principios establecidos en el artículo 3° de la Ley N° 20.370, General de Educación.

Por su parte, la Ley N° 20.370 ha sido refundida, coordinada y sistematizada en el DFL N° 2, de 2009, del MINEDUC, de manera que el referido artículo 3° se contiene en este último cuerpo legal y es, precisamente, en el cual se incorporó el principio de integración e inclusión ya explicado.

Como puede verse, de conformidad a lo expuesto ha de concluirse que la Superintendencia, en tanto organismo que integra el sistema educacional, no puede adoptar una actitud pasiva o reactiva ante las discriminaciones arbitrarias que impiden el aprendizaje y la participación de todos los y las estudiantes. Por el contrario, debe propender a eliminarlas, porque la finalidad que le impone el legislador es que los establecimientos educativos sean un lugar de encuentro entre los y las estudiantes de distintas condiciones de género. Aquello es un mandato legal vigente e ineludible.

Sin embargo, para cumplir con aquel mandato legal, se hizo necesario instruir medidas respecto a un universo de estudiantes particularmente discriminados de forma arbitraria y que viven diversos tipos de vulneraciones a sus derechos: los niños, niñas y adolescentes trans que integran las comunidades educativas del país. Aquello se ha materializado en una reciente resolución, el Ord. N° 768, de 2017, que regula los derechos de niñas, niños y estudiantes trans en el ámbito de la educación. Esta norma administrativa es fundamental, por cuanto desarrolla correctamente todo el marco legal aplicable a esta situación. Por su relevancia, se pasará a exponer brevemente su contenido.

#### **VI. EL ORD. N° 768, DE 2017, DE LA SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN.**

En pleno cumplimiento de los mandatos legales y constitucionales antes explicados, la Superintendencia de Educación, en el ejercicio de sus atribuciones, ha emitido diversas normativas administrativas, entre las cuales destaca el Ordinario N° 768, del 27 de abril de 2017, que regula los derechos de niños, niñas y estudiantes trans en el ámbito de la educación.

El primer antecedente en esta materia, emitido antes de la entrada en vigencia de la norma recién señalada, es el Ord. N° 476, de 29 de noviembre de 2013, que actualiza el instructivo para los establecimientos educacionales sobre Reglamento Interno, en lo referido a Convivencia Escolar. Dicho instructivo establecía en su punto N° 8 literal m) que contraviene la normativa educacional las disposiciones en los reglamentos internos que establezcan criterios o tratos discriminatorios de carácter arbitrario en relación con los

alumnos(as) de un establecimiento educacional, fundado en su orientación sexual o identidad de género.

Con posterioridad, luego de la entrada en vigencia de la LIE, se emitió el Ordinario N° 768, de 2017, una norma que constituye un hito jurídico por varias razones: (i) concreta un mandato legal vigente a la realidad específica del aula y de cada comunidad educativa, equilibrando, de esa forma, la heterogeneidad propia de un sistema que reconoce la autonomía de los establecimientos educacionales, con la efectiva protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes trans que sean estudiantes; y (ii) otorga certeza jurídica a las comunidades respecto a los estándares mínimos que imponen las leyes vigentes, de manera que la autoridad administrativa autorrestringe su discrecionalidad legalmente conferida para enviar una señal pedagógica y preventiva al sistema. De este modo, se prefiere un rol que vaya guiando a los establecimientos hacia el cumplimiento de la ley previo a la afectación de derechos, antes que una actitud punitiva posterior a aquella: se pretende evitar, de este modo, una intervención tardía.

Si bien la denominación de esta norma dice relación con su forma, sustancialmente se trata de un reglamento dictado mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria legalmente conferida con la que cuenta la Superintendencia<sup>24</sup>; el que da cuenta de la operativización de mandatos legales finalistas que otorgan un importante grado de discrecionalidad a este organismo<sup>25</sup>.

Expuesta su relevancia, y aquilatado su régimen jurídico, se pasará a exponer brevemente su contenido, para dar cuenta de la específica protección jurídica a la identidad de género de estudiantes en el sistema educacional chileno.

Este reglamento comienza explicando la terminología que se utilizará. Así, se define (i) identidad de género; (ii) expresión de género; y (iii) trans<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Se sigue en este punto a Cordero (2010) 21-50.

<sup>25</sup> Se sigue: Guiloff (2012) 127-147.

<sup>26</sup> Los define de la siguiente forma: “(a) Identidad de género: se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría

Posteriormente, desarrollando el marco legal aplicable a este tema, expone los principios orientadores para la comunidad educativa respecto a los niños, niñas y estudiantes trans, que serían (i) dignidad del ser humano; (ii) interés superior del niño, niña y adolescente; (iii) no discriminación arbitraria; y (iv) buena convivencia escolar. Este acápite es relevante por desarrollar, en los términos acá expuestos, el marco constitucional y legal vigente en esta materia.

Luego, enlista un conjunto de derechos que asisten a los niños, niñas y estudiantes trans. Estos son: (1) Derecho a acceder o ingresar a los establecimientos educacionales, a través de mecanismos de admisión transparentes y acorde a la normativa vigente; (2) Derecho 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; (3) Derecho 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; (4) Derecho a participar, a expresar su opinión libremente y a ser escuchados en todos los asuntos que les afectan, en especial cuando tienen relación con decisiones sobre aspectos derivados de su identidad de género; (5) Derecho a recibir una atención adecuada, oportuna e inclusiva en el caso de tener necesidades educativas especiales, en igualdad de condiciones que sus pares; (6) Derecho a no sufrir discriminación arbitraria por el Estado, ni por las comunidades educativas en ningún nivel ni ámbito de su trayectoria educativa; (7) Derecho 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; (8) Derecho a estudiar en un

---

corresponder o no con el sexo asignado al nacer, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.  
(b) Expresión de género: se refiere al cómo una persona manifiesta su identidad de género y la manera en que es percibida por otros a través de su nombre, vestimenta, expresión de sus roles sociales y su conducta en general, independientemente del sexo asignado al nacer.  
(c) Trans: Término general referido a personas cuya identidad y/o expresión de género no se corresponde con las normas y expectativas sociales asociadas con el sexo asignado al nacer”.

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; y (9) Derecho a expresar la identidad de género propia y su orientación sexual.

Como contrapartida a dichos derechos, se señalan las obligaciones que corresponderán a los sostenedores y directivos de los establecimientos educacionales, que consisten en respetar dichos derechos y tomar las medidas necesarias para su efectividad. En efecto, se señala que:

“[...] deben tomar las medidas administrativa, sociales y educativas apropiadas para proteger y garantizar los derechos de los niños, niñas y estudiantes contra toda forma de acoso discriminatorio, tales como prejuicios, abuso físico o mental, trato negligente, vulneración de su intimidad o privacidad y/o malos tratos; velando por el resguardo de su integridad psicológica y física, y dirigir todas las acciones necesarias que permitan su erradicación en el ámbito educativo”.

Adicionalmente, se regula un procedimiento interno a cada establecimiento para el reconocimiento de la identidad de género de estudiantes, el cual es iniciado a solicitud de quien tenga bajo su cuidado al niño, niña o adolescente, a menos que éste último sea un mayor de edad, que en dicho evento, podrá incoarlo directamente. Sin embargo, un punto jurídico no resuelto es cómo compatibilizar esta disposición reglamentaria con el artículo 20 de la Ley N° 19.880, respecto de los establecimientos públicos. En efecto, este último otorga una capacidad para actuar a los niños y niñas ante los órganos administrativos para el ejercicio y defensa de aquellos derechos e intereses “[...]cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”.

Luego, el procedimiento discurre en una reunión con la “máxima autoridad educativa” del establecimiento, en la cual se acordarán medidas y plazos para su implementación y seguimiento. Se debe levantar un acta que debe ser firmada por todas las partes, entregándosele copia a quien haya iniciado el procedimiento. Sin perjuicio de lo que se acuerde en dicha instancia, se deben adoptar, a lo menos, las medidas que establece este instructivo general. Serán principios rectores en este procedimiento, tanto el interés superior de la niña o niño, como el respeto a su privacidad, lo que implica “[...] velar por el

respeto del derecho a su privacidad, resguardando que sea la niña, niño o estudiante quien decida cuándo y a quién comparte su identidad de género”.

El piso mínimo de medidas a adoptar en la reunión con la autoridad educativa del establecimiento está establecido en el punto 6 de este instructivo. Ahí se indica las siguientes:

(1) Apoyo a la niña, niño o estudiante y a su familia: las autoridades del establecimiento deben velar porque exista un diálogo permanente y fluido entre la o el profesor jefe, o quien cumpla labores similares con la niña, niño o estudiante y su familia. Aquello tiene por fin coordinar y facilitar acciones de acompañamiento y su implementación en conjunto, que tiendan a establecer los ajustes razonables en relación con la comunidad educativa, tal como la utilización de lenguaje inclusivo para eliminar estereotipos de género, entre otros.

(2) Orientación a la comunidad educativa: se deben promover espacios de reflexión, orientación, capacitación, acompañamiento y apoyo a los miembros de la comunidad educativa, con el objeto de garantizar la promoción y resguardo de los derechos de las niñas, niños y estudiantes trans.

(3) Uso del nombre social en todos los espacios educativos: las niñas, niños y estudiantes trans mantienen su nombre legal en tanto no se produzca el cambio de partida de nacimiento en los términos establecidos en la ley que regula esta materia. Sin embargo, como forma de velar por el respeto a la identidad de género, las autoridades de los establecimientos educacionales pueden instruir a los profesionales de la educación responsables de impartir clases en el curso al que pertenece la niña, niño o estudiante, para que usen el nombre social correspondiente; lo cual debe ser solicitado por el padre, madre, apoderado, tutor legal o estudiante que cuente con mayoría de edad.

En los casos que corresponda, esta instrucción debe ser impartida a todos los funcionarios del establecimiento, procurando siempre mantener el derecho de privacidad, dignidad, integridad física, moral y psicológica del niño, niña o estudiante.

Todas las personas que componen la comunidad educativa, así como aquellos que forman parte del proceso de orientación, apoyo, acompañamiento y



supervisión del establecimiento educacional, deberán tratar siempre y sin excepción a la niña, niño o estudiante con el nombre social que ha dado a conocer en todos los ambientes que componen el espacio educativo.

(4) Uso del nombre legal en documentos oficiales: el nombre legal de la niña, niño o estudiante trans debe seguir figurando en los documentos oficiales del establecimiento, tales como el libro de clases, certificado anual de notas, licencia de educación media, entre otros, en tanto no se realice el cambio de identidad en los términos establecidos en la normativa vigente.

Sin perjuicio de lo anterior, se permite que los establecimientos puedan agregar en el libro de clases el nombre social de la niña, niño o estudiante, para facilitar su integración y su uso cotidiano, sin que este hecho constituya una infracción administrativa. Asimismo, se autoriza el uso del nombre social en cualquier otro tipo de documentación afín, tales como informes de personalidad, comunicaciones al apoderado, informes de especialistas de la institución, diplomas, listados públicos, entre otros.

(5) Presentación personal: el niño, niña o estudiante tiene derecho a utilizar el uniforme, ropa deportiva y/o accesorios que considere más adecuado a su identidad de género, independientemente de la situación legal en que se encuentre. Por lo cual se espera que sus manuales de convivencia escolar se ajusten a ello.

(6) Utilización de los servicios higiénicos: se debe dar las facilidades a las niñas, niños y estudiantes trans para el uso de baños y duchas de acuerdo a las necesidades propias del proceso que esté viviendo, respetando su identidad de género. El establecimiento educacional, en conjunto con la familia, debe acordar las adecuaciones razonables procurando respetar el interés superior de la niña, niño o estudiante, su privacidad, e integridad física, psicológica y moral. Las adecuaciones pueden considerar baños inclusivos u otras alternativas.

Finalmente, se hace mención a la potestad sancionadora con que cuenta el organismo, la cual lo habilita a imponer sanciones administrativas a aquellos sostenedores que no den cumplimiento, o no hagan cumplir en sus respectivos establecimientos, la normativa educacional vigente, que

incorpora, además del marco constitucional y legal acá expuesto, las instrucciones generales recién explicadas.

## CONCLUSIONES

De lo previamente desarrollado es posible arribar a un conjunto de conclusiones, a saber:

- (1) La LIE ha introducido modificaciones legales con potencialidad democratizadora y garantizadora de derechos de un sector particularmente vulnerado y vulnerable en nuestra sociedad: aquellas personas que tienen una identidad de género minoritaria.
- (2) En dicha tarea, el legislador ha identificado un dispositivo institucional reproductor de desigualdad: la escuela. Por ello, interviene protegiendo la identidad de género, entre otras categorías prohibidas de discriminación.
- (3) La LIE realiza lo anterior mediante la introducción de nuevo principio fundante del sistema educacional chileno y a través de la modificación de uno de los requisitos del reconocimiento oficial de establecimientos educacionales.
- (4) Dichas modificaciones legales cuentan con respaldo constitucional, toda vez que una de aquellas discriminaciones prohibidas por el texto fundamental, corresponde a las fundadas en los elementos constitutivos de la identidad de las personas, como es su respectiva identidad de género u orientación sexual.
- (5) La Administración interventora para la efectividad de derechos sociales juega un rol clave para romper los círculos discriminatorios concéntricos a los cuales se enfrentan las identidades de género minoritarias: la familia nuclear, luego la de origen, la escuela, la administración pública y los jueces. Ese rol le corresponde, en nuestro caso, a la Superintendencia de Educación mediante sus facultades normativa, fiscalizadora y sancionadora.
- (6) En efecto, el legislador le ha impuesto a dicha Superintendencia, a través del principio de integración e inclusión, en tanto organismo que integra el sistema educacional, un rol activo en la erradicación o eliminación de las discriminaciones arbitrarias que impiden el aprendizaje y la participación de los estudiantes, lo cual evidentemente incluye a las identidades de género

minoritarias. De esta forma, el legislador pretende que la escuela sea un lugar de encuentro de la diversidad de género, entre otras categorías.

(7) Cumpliendo los mandatos constitucionales y legales vigentes, la Superintendencia de Educación decidió regular de forma general esta materia, dictando para estos efectos un reglamento aplicable a todos los establecimientos educacionales, independientemente de su naturaleza jurídica, mediante el cual se podrá guiar al sistema educacional hacia el cumplimiento de la normativa, actuando antes de la ocurrencia de infracciones a los derechos de niños, niñas y adolescentes trans. Ello, por cierto, sin perjuicio de las sanciones que correspondan una vez acaecido un acto vulneratorio.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2º ed. Madrid: Editorial Trotta.
- Alventosa, J. (2016), “Menores transexuales. Su protección jurídica en la Constitución y legislación española” en *Revista Española de Derecho Constitucional* 107: 153-186.
- Bilbao, J. M. (2015), “Discriminaciones en las relaciones entre particulares” en *Revista Española de Derecho Constitucional* 105: 393-409.
- Cordero, E. (2010), “Las normas administrativas y el sistema de fuentes” en *Revista de derecho (Coquimbo)*, 17(1): 21-50.
- Espejo, N. y Lathrop, F. (2015), “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes: comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género” en *Revista de Derecho (Coquimbo)* 22(2): 393-418.
- Guiloff, M. (2012), “Operativizando la relación ley-reglamento: una propuesta de redifinición del rol de la reserva legal” en *Revista de Derecho (Valdivia)* 25 (1): 127-147.
- Manzano, I. (2009), “La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 32: 151-178.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta.
- Reboul, O. (2014). *La philosophie de l'éducation*. 10º edición, Paris: PUF.

- Regueiro de Giacomi, I. (2012), “El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes” en *Revista de Derechos Humanos* 1: 101-115.
- Rey, F. (2005), “Homosexualidad y Constitución” en *Revista Española de Derecho Constitucional (nueva época)* 73: 111-156.
- Riego, C. y Lillo, R. (2015), “¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile? Aportes para la reforma” en *Revista Chilena de Derecho Privado* 25: 9-54.
- Robles, M. (2014), “El concepto de acoso en el Derecho de la Unión Europea” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 49: 805-846.
- Russell, Bertrand (2004) *La educación y el orden social*. Barcelona: EDHASA.
- Salazar, Octavio (2012), “El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva y sexual” en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 157: 45-81.
- Salazar, Octavio (2015) “La identidad de género como derecho emergente” en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 169: 75-107.
- Spade, Dean (2015) *Una vida “normal”. Violencia administrativa, políticas transcríticas y los límites del Derecho*. Barcelona: Edicions Bellaterra.