Santiago, cinco de noviembre de dos mil veintiuno.

Visto:

Ante el Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Santiago, en autos Rol N° 11.730-2019, por sentencia de siete de octubre de dos mil diecinueve, se acogió la demanda interpuesta por don Rodrigo Rojas Audry y doña María Fernanda Contreras Serrano, en representación de su hija doña Leonor Rojas Contreras, en contra del colegio Dunalastair SPA., ordenando que el acto discriminatorio no sea reiterado, aplicándole una multa de 10 unidades tributarias mensuales a beneficio fiscal.

Conociendo de recursos de casación en la forma y de apelación deducidos por el demandado, una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por decisión de diecisiete de septiembre de dos mil veinte, rechazó el primer arbitrio y la confirmó.

En contra de esta última resolución la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando su invalidación y la consecuente dictación de la de reemplazo que describe.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en este arbitrio el recurrente acusa la vulneración del artículo 2 de la Ley N° 20.609, y del Ordinario N° 2357 de la Superintendencia de Educación.

Señala que el artículo 2 de la Ley N° 20.609 contiene la definición que el legislador hizo del concepto de discriminación arbitraria, según el cual se requiere que la distinción, exclusión o restricción que se impugna debe carecer de justificación razonable, sea efectuada por agentes del Estado o particulares y debe buscar la privación, perturbación a amenaza de los derechos fundamentales del afectado o afectada.

Sostiene que la magistratura infringió la norma referida "*al considerar que la solicitud efectuada por el colegio a los padres de la alumna Leonor Rojas en cuanto que sea capaz*

JZOKWWOEXZ

de controlar su esfínter o, en caso de no lograrlo, sean sus padres o un tercero designado por ellos quienes se hagan cargo de su asistencia al baño del colegio y muda de sus ropas, carece de justificación razonable, y, al hacerlo, condenó injustificadamente … al pago de una multa por infracción a la Ley N° 20.609".

En relación con las justificaciones de la medida impugnada, afirma que no se condicionó la permanencia de la niña en el colegio a que controlara su esfínter sino que sólo se consideraron alternativas.

Indica que según el Ordinario N° 2357, de 29 de diciembre de 2017, de la Superintendencia de Educación, los establecimientos educacionales no pueden " … condicionar, impedir, obstaculizar o suspender el acceso o permanencia de los párvulos a los niveles medio y de transición que no controlan esfínter … ", de manera que, "*a contrario sensu, nada impedía al colegio condicionar, impedir, obstaculizar o suspender el acceso o permanencia de alumnos que no sean párvulos (precisamente el caso de Leonor), si no son capaces de controlar esfínter*", de manera que "*si la intención del colegio, como malamente razonó la sentencia, hubiese sido la de condicionar (o derechamente poner fin) la permanencia de Leonor al control de esfínter, le hubiese bastado con invocar el aludido Ordinario N° 2357, para informar a sus padres que ella ya había cumplido la etapa de párvulos y de pre-básica sin poder controlar su esfínter, por lo que debería dejar el colegio*".

Además, agrega, se acreditó la existencia de un "Protocolo contra Abusos" que impide a los funcionarios del colegio asistir con los alumnos a los baños con el objeto de cuidar su integridad y seguridad sexual, que se aplica a todos los integrantes de la comunidad escolar, por lo que ningún niño o niña que asiste al establecimiento educacional es mudado o asistido por su personal, incluso aquellos que padecen la misma condición de Leonor por lo que no se puede afirmar que existió una discriminación arbitraria.

JZOKWWOEXZ

Finaliza señalando cómo los yerros denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Segundo: Que la sentencia estableció como hechos de la causa, en lo que interesa al recurso, los siguientes:

1°.- Leonor Rojas Contreras ingresó al colegio Dunalastair SPA. por la vía normal;

2°.- El establecimiento educacional adoptó una política de cooperación con sus padres tendiente a ofrecer condiciones de igualdad para propender a su normal desarrollo en el plan de estudios, lo que implicaba asistirla en su control de esfínter, para lo cual hizo algunas adecuaciones que consistían en que era asistida por una enfermera en el baño para realizar el cambio de pañales, que ocupara el baño de la enfermería porque era más amplio con condiciones adecuadas, y la constante retroalimentación con los padres;

3°.- Desde el ingreso de la niña el demandado hizo hincapié en que debía avanzar en el control de esfínter;

4°.- El colegio Dunalastair SPA. implementó para el año 2018 un protocolo con el objeto de evitar situaciones que favorezcan la ocurrencia de abusos sexuales, en cuya sección "*denominada "Prevención y Actuación 2018", capitulo II, punto V "procedimientos internos" contempla que en baños, camarines y sala de primeros auxilios "El personal del colegio se abstiene de ingresar a los baños de los estudiantes cuando éstos están dentro. Sin perjuicio de lo anterior, el personal del colegio debe ingresar a baños y camarines cuando se detecte algún peligro, tales como humo, fuego, inundación o que se vea desde afuera que se está produciendo algún desorden, pelea o se está dañando las instalaciones de los baños y camarines. En todas las anteriores, deberá llamar a otro adulto para respaldarlo*"";

5°.- El 3 de enero de 2019 el establecimiento educacional comunicó a los padres de la niña que ya no contaría con apoyo de una persona adulta en sus mudas, que se le exigiría un nivel de autonomía del que carecía cuando pasara a primero básico en otra sede, y, que en caso de

JZOKWWOEXZ

necesidad, se los llamaría o a un adulto que ellos indicaran para hacerse cargo de la situación.

Tercero: Que la judicatura de fondo concluyó que "n*o correspondía que el demandado cambiara su política respecto a las asistencias otorgadas a la menor, y menos condicionar el desarrollo educativo de esta a lograr una capacidad que por naturaleza su organismo no posee, por lo que esta decisión supone una discriminación arbitraría en los términos de la Ley N° 20.609, que no encuentra justificación suficiente en el hecho de existir un protocolo de prevención de abusos sexuales como el implementado, esto por cuanto esa misma normativa interna admite excepciones y la condición de Leonor Rojas, es justamente una excepcional, que requiere se otorguen condiciones especiales como las que se habían proporcionado con anterioridad a la comunicación de fecha 3 enero de 2019, para su correcto desarrollo estudiantil, en un contexto de igualdad con sus pares*", agregando que "*queda de manifiesto que el actuar del colegio demandado no se ajusta a la conducta exigida por la ley en un caso como el de autos, razón por la cual se puede establecer que el actuar del colegio Dunalastair al decidir dejar de prestar asistencia a Leonor Rojas en su proceso diario de muda, considerando la discapacidad padecida por esta, supone una discriminación arbitraria*".

Cuarto: Que, para resolver, es necesario señalar que el artículo 2 de la Ley N° 20.609 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 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*

JZOKWWOEXZ

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 de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad".

Quinto: Que, según lo expresado por el recurrente, es necesario determinar si la niña fue objeto o víctima de un acto de discriminación arbitraria, fuera de toda justificación razonable, causando privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, en este caso, específicamente el derecho a la igualdad, a la no discriminación arbitraria y a la integridad física. Corresponde, entonces, determinar si la conducta de la demandada, esto es, la modificación del criterio de acompañamiento de la niña cuando debe concurrir al baño y la exigencia de control de esfínter para ser promovida a primer año de enseñanza básica, resultó discriminatoria, y si dicho actuar se subsume en las hipótesis del artículo 2 de la Ley N° 20.609.

En efecto, la referida disposición 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 cuando se funde en los motivos que señala a título ejemplar, entre ellos, la discapacidad, y debe considerase por tal, conforme la definición dada por el artículo 1, número 1., de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, "… una deficiencia física, mental o sensorial,

JZOKWWOEXZ

ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social".

Sexto: Que, como ha dicho la doctrina internacional, para que el trato diferenciado no constituya discriminación, no sólo requiere de una justificación objetiva y razonable, sino también, debe perseguir un fin legítimo. (Nash, Claudio y David, Valeska, "Igualdad y no Discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos", en Nash Claudio y Mujica Ignacio (eds.) "Derechos humanos y juicio justo", Lima, Colam, pág.169, citado en "Análisis crítico de la acción de no discriminación arbritraria a la Luz de los primeros casos", Anuario de Derechos Humanos, N° 10, 2014, páginas 127-237, Casas y Lagos).

En el caso de autos, del discurso del demandado y de los hechos asentados en la sentencia, no fluye con claridad que la preocupación principal sea buscar mejores condiciones para el desarrollo de la niña, atendida su discapacidad física, en la medida que está presente una dimensión menos evidente o explicitada que dice relación con el proyecto educativo del establecimiento educacional, particularmente en lo que dice relación con la prevención de los abusos sexuales en su interior.

La responsabilidad asumida por el demandado al aceptar a Leonor como parte de la comunidad escolar implica que debía hacer, progresivamente, los ajustes pertinentes en su proyecto educativo, en su personal docente, en la comunidad escolar y en las exigencias hacia la familia de la niña, para que no quedara excluida, y precisamente hizo lo contrario, esto es, modificó unilateralmente las condiciones en las que fue aceptada justificándolas sólo en la adopción de un protocolo para impedir abusos sexuales.

Desde esa perspectiva, al demandado correspondía acreditar, despejando las dudas planteadas, la justificación razonable del cambio de criterio adoptado en relación con

JZOKWWOEXZ

Leonor, cuestión que, como lo señaló la magistratura, no logró justificar, atendido que las medidas para prevenir situaciones de abuso sexual, principal argumento desarrollado por el demandado para explicarse, no obsta a que en un caso especial, como sin duda es el de Leonor se podía autorizar al personal del colegio para ayudarla en el proceso de muda o implementar otros apoyos para lograr así su pleno desarrollo educativo.

Séptimo: Que en relación con la infracción de lo dispuesto en el Ordinario N° 2357 de la Superintendencia de Educación, para su desestimación basta con considerar que su denuncia no está amparada en lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, que sólo habilita la interposición de un recurso de casación en el fondo en caso de "infracción de ley".

Octavo: Que, atendido lo expuesto, el recurso de casación en el fondo no puede prosperar y debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764, 765, 770, 771, 772 y 783 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza el recurso de casación en el fondo**, deducido por la parte demandada en contra de la sentencia de diecisiete de septiembre de dos mil veinte, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 138.349-20.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., María Angélica Cecilia Repetto G., y los Abogados Integrantes señora María Cristina Gajardo H., y señor Gonzalo Ruz L. No firma la Ministra señora Muñoz, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con feriado legal. Santiago, cinco de noviembre de dos mil veintiuno.

JZOKWWOEXZ

GLORIA ANA CHEVESICH RUIZ
MINISTRA
Fecha: 05/11/2021 15:21:23

MARIA ANGELICA CECILIA REPETTO GARCIA
MINISTRA
Fecha: 05/11/2021 15:21:24

MARIA CRISTINA GAJARDO HARBOE
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 05/11/2021 15:52:59

GONZALO ENRIQUE RUZ LARTIGA
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 05/11/2021 15:21:24

JZOKWWOEXZ

En Santiago, a cinco de noviembre de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

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.

JZOKWWOEXZ