Santiago, diecisiete de septiembre de dos mil veinte.

VISTOS:

EN CUANTO AL RECURSO DE CASACION EN LA FORMA:

PRIMERO: Que en estos antecedentes Rol C-11730-2019, seguidos ante el Vigésimo Segundo Juzgado Civil de esta ciudad, sobre acción de no discriminación arbitraria, el juez de la causa rechaza la excepción de incompetencia y la excepción de prescripción y acoge la demanda de autos ordenando que el acto discriminatorio cometido por la demandada, no sea reiterado en los sucesivo y le impone una multa de 10 UTM, a beneficio fiscal. Cada parte soportará sus costas.

SEGUNDO: Que el abogado Daniel Lagos Sandoval, en representación de la demandada Colegio Dunalaister Sp., deduce recurso de casación en la forma, en contra de la sentencia definitiva, de fecha 7 de octubre de 2019, fundada en la causal establecida en el artículo 768 Nº 1, del Código de Procedimiento Civil, esto es, haber sido pronunciada la sentencia por un tribunal incompetente, por cuanto existe una reclamación pendiente ante un órgano administrativo, iniciada con anterioridad a la presentación de esta demanda, sobre los mismos hechos y deducida por los mismos antecedentes.

TERCERO: Que la investigación que se lleva ante la Superintendencia de Educación, puede producir diversos efectos jurídicos, pero en ningún caso dichos efectos dicen relación con la competencia, esto es la facultad jurisdiccional del Tribunal Civil, para conocer de este asunto, facultad que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de la ley 20.609, que establece medidas contra la no discriminación, la entrega al juez de letras del domicilio del afectado o del domicilio del responsable de dicha acción u omisión, por lo que la causal de casación formal, será desestimada.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACION:

CUARTO: Que es posible advertir que el Colegio Dunalastair, pudo haber adoptado otras medidas, o *"ajustes razonables y adecuados"*, en favor de su alumna Leonor Rojas Contreras, quien sufría de una discapacidad física, a fin de garantizarle sin discriminación, el goce y ejercicio de sus derechos y la plena inclusión y participación en el colegio, en igualdad de condiciones, con las demás alumnas.

La negativa a efectuar esos ajustes, constituye una forma de discriminación, por discapacidad.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 768 Nº 1 y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y artículos 2º y siguientes de la Ley 20.609, se decide que:

ROXLGWFXDV

I.-Se **rechaza** el recurso de casación en la forma.

II.-Se **confirma** en todas su partes, la sentencia apelada de siete de octubre de dos mil diecinueve.

Acordada, en aquella parte que se confirma el fallo de primer grado, con el voto en contra del Ministro señor Mera, quien estuvo por revocarlo y rechazar la demanda en todas sus partes. Tuvo presente para ello:

A.- Que la ley 20.609 entrega una definición de "discriminación arbitraria" en su artículo 2°: "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 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 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".

B.- Que, luego, la judicatura debe estarse estrictamente a la definición anterior, pues es la que ha dado la ley, sin que pueda ampliarse su concepto a categorías elaboradas por doctrinas de autores o jurisprudenciales pues, ciertamente, ni los aquellos ni los jueces pueden aplicar una sanción a hipótesis que el legislador no ha previsto.

C.- Que conforme a la definición legal, la discriminación en sí no es reprochable, no puede serla, desde que se emplea en todo momento y en todo lugar para tomar una u otra decisión en todos los ámbitos, como por ejemplo, en la educación, en la que sólo podrán aprobar una determinada asignatura aquellos seleccionados (discriminar es "seleccionar excluyendo", dice el diccionario) por su nota más alta; o en determinados deportes, en que se seleccionará únicamente a los que sean físicamente aptos para practicarlo. Luego, lo que la ley repugna, y de hecho lo hace la Constitución Política de la República en el N° 2° de su artículo 19, es la discriminación arbitraria, aquella que atenta contra la igualdad ante la ley, la que "carece de justificación razonable" y, en particular, cuando se funde en los ilegítimos motivos indicados en la norma legal citada.

ROXLGWFXDV

D.- Que no hay prueba de ninguna naturaleza que permita sostener que el colegio demandado haya condicionado la permanencia de la niña Leonor Rojas a que controlara su esfínter y, al contrario, es inconcuso que estuvo dispuesto a que uno de los padres o un tercero designado por ellos se encargara de asistir a la menor para llevarla al baño o para mudarla de ropa, sin que le competa esa labor al colegio, tratándose de una alumna que cursa el Primer Año Básico, debiendo recordar que el establecimiento ha hecho ver que la Superintendencia de Educación, mediante Ordinario N° 2357 de 29 de diciembre de 2017, dispuso que los establecimientos 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, por lo que, a contrario sensu, el colegio estaba autorizado para condicionar, impedir, obstaculizar o suspender el acceso o permanencia de alumnos que no controlen esfínter si no son párvulos, como es el caso de la niña de autos.

E.- Que, en todo caso, el colegio no hizo nada de lo anterior, no condicionó, no impidió, no obstaculizó, no suspendió el acceso o la permanencia de Leonor Rojas al establecimiento sino que, al contrario, ofreció una posibilidad a sus padres para que la niña siguiera cursando sus estudios pero en la medida que se encargaran ellos o un tercero designado por ellos de llevarla al baño o de asearla, debiendo tenerse presente que existe un protocolo en el colegio por el cual ningún niño, que no sea párvulo, puede ser mudado o asistido en el baño por personal del establecimiento.

F.- Que, entonces, no ha sido un mero capricho del colegio basado en una enfermedad o discapacidad que afecte a la niña lo que ha llevado a tomar la decisión anterior sino precisamente al revés, el colegio no ha hecho distinción entre la niña y los demás alumnos, no prestando ayuda a ningún menor para ir al baño o mudarlos, debido a los protocolos existentes al respecto, y ni ha expulsado ni suspendido a la alumna: sólo ha pedido a los padres que ellos y no el colegio deben hacerse cargo de la situación.

G.- Que lo anterior no es discriminación arbitraria pues no está contemplado como tal en la definición legal y podrá argüirse que hay un incumplimiento del contrato de prestación de servicios educacionales, y discutirse ello en el juicio correspondiente, mas no existe por parte del colegio una selección excluyendo a la niña de su educación por razones espurias, en los términos del artículo 2° de la citada ley 20.609, lo que debe bastar para rechazar la demanda.

Regístrese y comuníquese.

ROXLGWFXDV

Redacción de la Fiscal Judicial M. Loreto Gutiérrez A. y del voto disidente, su autor.

Nº 14.456-2019

JUAN CRISTOBAL MERA MUÑOZ
MINISTRO
Fecha: 17/09/2020 15:24:59

LILIAN ATENAS LEYTON VARELA
MINISTRO
Fecha: 17/09/2020 14:33:47

MARIA LORETO GUTIERREZ ALVEAR
FISCAL
Fecha: 17/09/2020 15:40:18

ROXLGWFXDV

Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Juan Cristobal Mera M., Lilian A. Leyton V. y Fiscal Judicial Maria Loreto Gutierrez A. Santiago, diecisiete de septiembre de dos mil veinte.

En Santiago, a diecisiete de septiembre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

ROXLGWFXDV

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa.
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl