

Santiago, tres de enero de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción del párrafo segundo de su motivo décimo, del párrafo primero del considerando decimocuarto y del razonamiento trigésimo, que se eliminan.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

1°) Que lo que realmente está probado -por reconocimiento de la parte demandada pues no hay rendición de probanzas en autos-, es aquello asentado en el motivo séptimo del fallo en alzada, reproducido por esta sentencia de segunda instancia y que básicamente consiste en el siguiente hecho: el sábado 13 de febrero de 2016, cerca de la 1:30 horas, una persona llamada entonces Ivo y de sexo masculino según señalaba su partida de nacimiento y su carné de identidad, que tenía la íntima convicción de ser una "mujer transgénero" y que por ello vestía como tal, acompañado de un amiga, fue al establecimiento llamado "El Túnel", una discoteca, ubicado en Santo Domingo N° 439, Santiago, solicitándosele su documento de identidad por una persona encargada de la entrada al lugar, carné en el que figuraba su nombre y sexo de entonces ya dichos, preguntándole el guardia o encargado qué baño pretendía usar y al responderle la actora 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 irse del lugar. Hoy, después de un proceso de rectificación de partida, la demandante se llama Ninoska y su sexo registrado es "femenino", según da cuenta el certificado de fojas 86.

2°) Que, entonces, no está demostrado que la demandante señorita Ninoska, antes señor Ivo, haya sido expulsada del local o que se le haya impedido la entrada.

3°) Que, empero, 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 proscribire. El artículo 2° de la citada legislación refiere que 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 orientación sexual, **la identidad de género**, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad*".

4°) Que luego, entendiendo la "identidad de género" como la convicción personal de ser hombre o mujer, de acuerdo a la propia percepción de la persona, independiente del sexo y nombre estampados en la inscripción de nacimiento, a la demandante, a pesar de llamarse a la fecha de los hechos Ivo y aparecer en su inscripción y carné de entonces que su sexo era el masculino, de acuerdo a su propia convicción, se la debe considerar una mujer y, por lo mismo, tanto el pedirle su carné como exigirle el uso del baño de hombres importa una discriminación de aquellas no permitidas por la ley 20.609.

5°) Que la situación conocida en autos ocurrió el 13 de febrero de 2016, y consta de la documentación acompañada en segunda instancia que Comercializadora y Administradora Santa Lucía S.A. no se encuentra ya a cargo de la administración de la discoteca "El Túnel", por lo que carece de sentido ordenarle una capacitación a sus trabajadores, como lo dispone el fallo de primer grado, sin que sea constitucionalmente procedente, además, obligar al personal de la sociedad demandada a tomar cursos sin su consentimiento.

6°) Que, de otro lado, la sanción pecuniaria aplicada debe ser rebajada pues, como se dijo, no es efectivo que se le haya impedido el ingreso a la demandante o que se le hubiera expulsado de la discoteca; solamente se le pidió su carné y al señalarse en ese documento su nombre y su sexo, ambos masculinos, se le señaló que debía usar el baño de hombres. Luego, la conducta, que efectivamente constituye una discriminación arbitraria, debe ser castigada con una multa inferior a la impuesta por la juez *a quo*.

7°) Que, finalmente, atendido lo expresado y al no ser la demandada vencida totalmente, no procede que pague las costas de la causa.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 144 del Código de Procedimiento Civil y 13 de la ley 20.609, **se revoca** la sentencia de veintisiete de marzo de dos mil dieciocho, escrita de fojas 149 a 173, en aquella parte que condenó a la sociedad demandada a la realización de una capacitación de su personal en la Fundación Transitar y al pago de las costas de la causa y se decide, en cambio, que Comercializadora y Administradora Santa Lucía S.A. no está obligada a dicha capacitación y que se la absuelve del pago de las costas de la causa.

Se confirma, en lo demás apelado, la misma sentencia **con declaración** que se reduce el monto de la multa impuesta a la demandada a diez Unidades Tributarias Mensuales.

Se confirma, asimismo, en lo apelado, la resolución de veintiocho de septiembre de dos mil dieciocho, escrita a fojas 190.

Acordado con el voto en contra del Ministro señor Mera, quien estuvo por revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda en todas sus partes, con costas. Tuvo presente para ello:

1.- Que el hecho en cuestión ocurrió el 13 de febrero de 2016, esto es, antes de la dictación de la ley 21.120 sobre el reconocimiento y protección al derecho a la identidad de género, ley que definió este último concepto en su artículo 2°: "se

entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento". O sea, al 13 de febrero de 2016 no existía ninguna legislación que definiera el concepto citado y había que recurrir a lo que la llamada "ideología de género" ha señalado al respecto para entender lo que la ley 20.609 en su artículo 2° describió como "identidad de género".

2.- Que de acuerdo a esta ideología, el sexo ha dejado de ser una característica que depende de la biología, sino que se trata de un rol social que se decide autónomamente y en forma independiente de la genitalidad. Empero, lo cierto es que en febrero de 2016 no existía ninguna norma legal que definiera este concepto y ello sólo vino a ocurrir el 10 de diciembre de 2018 con la publicación de la ley 21.120, ley que en todo caso, de acuerdo a su disposición tercera transitoria, aun no entra en vigencia.

3.- Que, en consecuencia, si lo único probado en autos es que al entonces señor Ivo, hoy señorita Ninoska, le pidieron su carné de identidad para entrar a la discoteca "El Túnel" y se le instó a que usara el baño de hombres, ninguna discriminación arbitraria ha existido pues al ser efectivamente un hombre, en aquél entonces, ese era el baño que debía usar, de acuerdo con toda la reglamentación que señala la demandada en su apelación y, específicamente la Ordenanza 102 de 2005 de la Municipalidad de Santiago, que exige en discotecas y salones de bailes, en su artículo 43, baños separados para hombres y mujeres.

4.- Que, en efecto, al 13 de febrero de 2016 la demandante no tenía el reconocimiento jurídico de mujer, lo que logró con posterioridad, de modo que exigirle el carné de identidad para verificar su sexo -que era masculino- y conminarlo a usar el baño de hombres -que es lo que realmente está demostrado- no obedece a discriminación arbitraria alguna sino al estricto cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria vigente a la sazón, sin que exista evidencia que a la demandante se la haya prohibido la entrada al local o, peor aún, se la haya expulsado del mismo.

Redacción del Ministro señor Mera.

Regístrese y devuélvase.

N° 13.924-2018.

No firma el Ministro señor Mera, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse haciendo uso de permiso del artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales.

Pronunciada por la Segunda Sala de la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la Ministra señora Jenny Book Reyes y por el Abogado Integrante señor Jorge Norambuena Hernández.