

INCLUSIÓN ESCOLAR EN CHILE. NOTA DE JURISPRUDENCIA

JORGE PRECHT PIZARRO*

DOI: 10.7764/RLDR.2.22

1. INTRODUCCIÓN

El 8 de junio de 2015 fue publicada en el Diario Oficial la ley 20.845 que regula entre otras materias la inclusión escolar en la admisión de los estudiantes. Esta ley modifica en muchos aspectos la Ley General de Educación 20.370 de 12 de septiembre de 2009. En ella se contienen en el nuevo artículo 3° diversas menciones a la inclusión. Así en la letra k) se lee: “Integración e inclusión. El sistema propenderá a eliminar todas las formas de discriminación arbitraria que impidan el aprendizaje y la participación de los estudiantes”.

En el artículo 4° se leen expresiones como “Es deber del Estado propender a asegurar a todas las personas una educación inclusiva de calidad.”; “debiendo el Estado financiar un sistema gratuito destinado a asegurar un acceso equitativo, inclusivo y sin discriminaciones arbitrarias” que permite el acceso a él a toda la población y que promueva la inclusión social, la equidad, la libertad y la tolerancia. En el artículo 5° nuevamente se habla de educación inclusiva. Como si no bastara, el artículo 10 se vuelve a mencionar una educación adecuada, oportuna e inclusiva.

Esta repetición constante revela a lo menos 3 cosas: a) que a juicio de los legisladores, el sistema educativo actual no es inclusivo; b) que los legisladores chilenos emplean una pésima técnica legislativa y c) que la cabeza dura de los chilenos necesita que se le repitan muchas veces las cosas, a fin de que dando vueltas y vueltas con el arca de la inclusión caigan por cansancio las murallas de Jericó.

Recordemos que la ley 20.845 entró en vigencia sólo el 1 de marzo de 2016.

* Profesor titular de Derecho Público. Pontificia Universidad Católica de Chile

2. PRESENTACIÓN DE LOS CASOS DE JURISPRUDENCIA

En la jurisprudencia que relato a continuación, los demandantes emplearon la acción constitucional de protección, alegando que se habían violado sus derechos fundamentales. En general, los recursos han sido acogidos por los tribunales, obligando a los establecimientos educacionales a poner en práctica la mencionada inclusión. La igualdad ante la ley (la no discriminación arbitraria) es la causal normalmente invocada y acogida. Si se examinan los casos siguientes se puede comprobar que la apreciación judicial sobre lo que es “discriminación arbitraria” y lo que no es arbitrario se ha mantenido dentro de los límites razonables.

2.1 COLEGIO SEMINARIO MENOR. TROPA SCOUT RUCAMANQUI

Así, en la protección n° de ingreso Protección 58789-2015, Corte de Apelaciones de Santiago, un colegio católico se encuentra con un alumno que repite curso en 2014 y el Rector señala a la madre que en el 2015 el colegio no tiene vacantes disponibles y que debe buscar otro colegio. El repitente había ingresado a la tropa scout del establecimiento en el segundo semestre del 2014. El alumno asistió al campamento de verano el 2015 y siguió participando en el campamento de inicio del año escolar. Por instrucciones del Rector los ex alumnos serán desvinculados del grupo y como el grupo scout se resiste, la Rectoría le envía una carta diciendo que si ex alumnos continuaban participando, evaluaría si podrían los scouts continuar funcionando en el colegio. La madre que interpone el recurso añade que exalumnos más antiguos, en la misma situación, se han mantenido en la tropa de scouts, sin ser objeto de medidas de exclusión.

En el derecho, la requirente utiliza la acción de amparo (o protección) constitucional (Art. 20 de la Constitución chilena). Alega que se veía afectada la igualdad ante la ley y que la decisión era además arbitraria ya que existían exalumnos que continuaban en la tropa scout mencionada.

El colegio, en su informe al tribunal, señala que la actividad scout es parte del proyecto educativo del colegio, integrante de la comunidad educativa y del plan educativo del mismo. En la declaración de principios del grupo Rucamanqui de 11 de octubre de 2014 se lee: *“somos un grupo educativo, un conjunto de hombres y mujeres que compartimos el ideal de persona, sociedad e Iglesia del Escultismo Católico y asumimos el compromiso de desarrollar y extender el proyecto educativo institucional del Colegio Seminario Pontificio Menor”*. El Rector señala que de acuerdo a la ley el colegio sería solidariamente responsable si algo ocurriera en la actividad scout no solo dentro del colegio, sino también fuera de él y que la participación de ex-alumnos volvería difícil de asumir dicha responsabilidad. En estas actividades externas, el colegio está regido por la Circular N° 2 de la Superintendencia de

ISSN 0719-7160

Educación, que obliga a los colegios particulares pagados a adoptar medidas para resguardar la seguridad e integridad de quienes participen en dicha actividad (13 de marzo de 2014) y a la Circular N°1 de la Superintendencia de Educación Escolar que le obliga a dar cuenta de cambios de actividades, informando en el plazo de 10 días hábiles que está sujeto a los procesos administrativos sancionatorios y aplicación de sanciones.

La Corte en su Sentencia de 19 de octubre de 2015 (Rol 58789-2015) luego de señalar las condiciones para que opere el recurso de protección, acota la litis diciendo: “En la especie, el acto que se considera arbitrario e ilegal consiste en la comunicación de fecha 10 de junio del año en curso, dirigida a la recurrente por el Padre Rector del Colegio Seminario Pontificio Menor, en cuanto a desvincular al exalumno de ese establecimiento educacional... por ser los scouts un grupo cerrado , integrado solo por alumnos de la comunidad educativa”.

El considerando quinto da por probado que el grupo forma parte de las actividades extra-programáticas que el colegio ofrece a educandos que deben pertenecer al colegio, por ser un grupo cerrado.

El considerando sexto señala que aunque el alumno dejó de serlo, concurrió a actividades del grupo scout, hasta que en abril y luego en junio de 2015 se le comunica a los padres que esa situación no puede continuar.

En la segunda parte del considerando sexto y en el considerando séptimo realiza la Corte un cotejo de textos entre lo que sostiene la declaración de principios del grupo Rucamanqui y lo que dispone la Convención Internacional de los Derechos del Niño, artículo 29, 1 y 2 y artículo 28.

El considerando octavo llega a la conclusión que existe plena armonía entre la declaración interna del grupo y la Convención Universal ya citada: “8° Como puede apreciarse, la similitud de objetivos entre la Declaración de Principios del Grupo Scout “Rucamanqui” y los del artículo 29 de la Convención es notable, ya que en ambos se persigue desarrollar al menos en el máximo de sus posibilidades, nobles propósitos que sin duda tienden al bienestar del menor, lo que redundará en preocuparse del “interés superior del niño” como principio rector de la Convención y a la cual están obligados –según el artículo 3° de ese instrumento internacional- “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos...” (...).”

El fallo de la Corte es interesante, pues si bien se apoya en la violación del artículo 19 N°2 de la Constitución, lo hace asimismo en una Convención Internacional, invocada directamente, no como un obiter dicta, cosa rara en Chile. Obiter dicta, esto es, a mayor abundamiento.

En el considerando 9° se apoya el tribunal en la igualdad ante la ley “... considera esta Corte que la decisión del Padre Rector del establecimiento educacional recurrido es arbitraria, en su dimensión de imprudente e injustificada, al separar en forma abrupta a un integrante de un grupo de intereses comunes, que aunque no pertenezca a ese establecimiento, lo mismo puede hacerse cuando termine el año lectivo”.

“En efecto, si bien es cierto que el grupo scout está concebido como un grupo cerrado, ha sido acreditado que las actividades de esa agrupación culminan con el campamento de verano del año siguiente, en este caso el año 2016, por lo que es obviamente más razonable extender la permanencia al grupo scout del niño afectado hasta ese período, fecha en que el menor afectado podrá despedirse de sus amigos y compañeros de ruta al terminar su paso en esa agrupación, asumiendo la recurrente la responsabilidad de su hijo, durante el Campamento de verano 2016 ... Lo anterior logra conciliar no solo los propósitos del grupo scout “Rucamanqui”, sino también el interés superior del niño, valor que este órgano jurisdiccional debe hacer prevalecer en la especie, por aplicación de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República”.

En consecuencia, el Colegio es obligado a permitir la permanencia del alumno en la tropa de escultismo desde la fecha de notificación de esta sentencia hasta el Campamento de Verano de 2016. La sentencia, como está dicho, es del diecinueve de octubre de 2015.

2.2. CASO COLEGIO MARIA AUXILIADORA DE VALDIVIA

El 10 de febrero de 2016, la Corte de Apelaciones de Valdivia, acoge un recurso de protección a favor de una alumna del Colegio María Auxiliadora, administrado por el Centro de Estudios San Ignacio. Los hechos son los siguientes: El padre de una alumna, como apoderado de su hija suscribe un contrato de servicios educacionales el 29 de diciembre de 2014 con el colegio mencionado. Dicho contrato –en un colegio de financiamiento compartido entre el Estado y los padres- le obliga a pagar el monto del servicio en cuotas mensuales dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes, estableciéndose que el pago realizado fuera de plazo devengaría intereses. El apoderado se atrasa y al pagar una cuota, se da cuenta que los intereses son enormes y por lo tanto su deuda ha crecido substancialmente.

El 21 de diciembre de 2015 el director del colegio le informa que si no cancelaba dicho monto, su hija no podría matricularse para el curso 2016.

El padre recurre al Tribunal alegando que se ha violado la igualdad ante la ley (artículo 19 n°2 de la Constitución) por cuanto existen alumnos con pagos atrasados a los que no se les cancela la matrícula y el derecho de propiedad (19 N°24 de la Constitución), ya que la hija

ISSN 0719-7160

sería dueña de una cosa incorporal, cual es el derecho a matricularse, ello derivado de la celebración del contrato de prestación de servicios.

Esta base jurídica parece extraña, pero debe tenerse presente que los tribunales chilenos han aceptado la doctrina llamada “propietarización de los derechos”. Ello por la forma de interpretar el artículo 19 N°24 de la Constitución que dice que ésta asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”. Y como por ejemplo, el usufructuario ejerce una especie de propiedad, se ha deducido que existe una especie de propiedad sobre bienes incorporales.

El 28 de enero de 2016, responde el colegio diciendo que no ha sido expulsada dicha alumna por lo que no cabe su reincorporación y que existe una segunda fecha de matrícula para marzo de 2016.

Además agrega que el recurrente interpuso en contra del colegio una denuncia administrativa que fue rechazada por la Superintendencia de Educación como consta en el acta de fiscalización respectiva. Se apoya en los artículos 8, 10 b) de la Ley General de Educación y 32.2 de la Circular N°1 de la Superintendencia de Educación.

Sostiene la parte requerida que por no haberse precisado la persona respecto a la que la alumna es discriminada, no se infringe la igualdad ante la ley ni tampoco se produce una vulneración de su derecho de propiedad.

La Corte indica que un colegio particular subvencionado está regulado, en este caso, por una convención, pero que debe conforme a derecho asegurar el derecho a la educación a las personas que eligen el sistema de educación privado (artículo 19 n°10 de la Constitución).

Resalta, en el considerando tercero, que la alumna no ha sido sancionada disciplinariamente y mantiene un rendimiento académico suficiente conforme al certificado anual de estudios de 25 de enero de 2016.

La Corte restringe, como objeto de la controversia, a si el no pago de la colegiatura en los términos fijados por el Colegio es una causa que justifique la decisión del colegio de no renovar la matrícula de la alumna.

Deja de lado el argumento de no haberse determinado la persona respecto a la cual es discriminada, porque existe jurisprudencia en contrario y desecha el argumento que órganos

administrativos han rechazado el reclamo de la afectada, porque se está en sede jurisdiccional y a la Corte no le empece lo que decidan las instancias administrativas.

Sostiene en el considerando séptimo que tratándose de protección de derechos humanos debe hacer una interpelación “pro homine” y cita el artículo 11 de la Ley 20.370 que dispone en los incisos 3° y 4° lo siguiente: “Del mismo modo, durante la vigencia del respectivo año escolar y académico, no se podrá cancelar la matrícula ni suspender o expulsar alumnos por causales que se deriven del no pago de obligaciones contraídas por los padres o del rendimiento de los alumnos. El no pago de los compromisos contraídos por el alumno o por el padre o apoderado no podrá servir de fundamento para la aplicación de ningún tipo de sanción a los alumnos durante el año escolar y nunca podrá servir de fundamento para la retención de su documentación académica, sin perjuicio del ejercicio de otros derechos por parte del sostenedor o de la institución educacional, en particular los referidos al cobro de arancel o matrícula, o ambos, que el padre o apoderado hubiese comprometido”.

A pesar de que el artículo mencionado habla que ello debe acaecer durante “año escolar” la Corte en el considerando séptimo hace una interpretación por analogía y además extensiva razonando como sigue: “... luego, ante la pregunta si se puede no renovar la matrícula para el próximo año escolar, aplicando la interpretación por analogía, esto es, donde existe la misma razón ha de aplicarse la misma disposición (ubi eadem ratio, eadem dispositio) la respuesta ha de ser la misma, esto es, negativa, más aun si el citado artículo proscribiera toda sanción contra los alumnos por compromisos dinerarios de los apoderados”.

En el considerando décimo la Corte aduce que a otros alumnos no se les ha coaccionado con la no renovación de la matrícula pese a encontrarse en la misma situación académica, y que por lo tanto se afecta seriamente el derecho de la hija del requirente a la igualdad ante la ley.

En el considerando noveno la Corte argumenta que el acto de cancelación es arbitrario e ilegítimo por cuanto el colegio ha hecho ejercicio de manera ilegal de la autotutela, existiendo en el ordenamiento procedimientos ordinarios para el cobro de sus derechos patrimoniales.

Decide, entonces, que la dirección del Colegio deberá renovar la matrícula para el año 2016 y otorgarle matrícula como alumna regular en dicho establecimiento para el período escolar 2016.

Adviértase que el argumento de la requirente en torno al derecho de propiedad no fue tomado en consideración en la sentencia.

ISSN 0719-7160

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia fue recurrida por el Colegio María Auxiliadora para ante la Corte Suprema.

2.3. CASO COLEGIO ALBORADA DE LINARES

La Corte de Apelaciones de Talca dictó sentencia el 24 de febrero de 2016 sobre el caso que relato a continuación.

Los padres de un alumno accionan de protección por haber el colegio anulado la matrícula de su hijo del año escolar 2016. El niño era alumno regular desde marzo de 2013 en tercero básico. En quinto año, el 2015, se destaca por su rendimiento escolar. Sin embargo, el alumno presenta signos y tiene conductas de gran irritabilidad y de intolerancia a la frustración, por lo cual el colegio presta apoyo psicológico. A su vez, los padres contratan a un psicólogo profesional. En octubre de 2015 los padres firman el contrato de prestación de servicio educacional con la parte recurrida, matriculando al menor para el año académico 2016 en 6° Básico. Pagan la matrícula de él y de su hermano menor, e íntegramente el año escolar para ambos.

El 16 de diciembre de 2015 el colegio les señala que ha procedido a anular la matrícula, y deposita en la cuenta corriente del padre el valor de la matrícula y les solicita que acudan a la oficina de contabilidad para realizar el cambio de cheques dejados por la anualidad 2016.

Nótese que se trata de un establecimiento particular pagado, sin aportes estatales.

El requirente entabla, entonces, un recurso de protección señalando que se han vulnerado los artículos 19 n°24 de la Constitución, el 19 n° 3 inciso 5°, el 19 n°11 y no se ha tomado en cuenta el interés superior del niño consagrado en el artículo tercero de la Declaración Universal de los Derechos del Niño.

En la Constitución chilena el artículo 19 n°24 se refiere al derecho de propiedad en sus diversas especies, incluyendo los bienes incorporales. En este caso, se ve el afectado agraviado en su derecho de propiedad respecto de la matrícula 2016 y a la prestación de servicios educacionales.

El requirente alega que se ha violado el artículo 19 n°3 inciso quinto que establece que todo órgano que ejerce jurisdicción debe atenerse a un debido proceso. En el caso no ha existido ese debido proceso ya que las faltas o hechos que se sancionan deben ser tipificadas con

anterioridad por una norma y que no existe en el reglamento de convivencia del colegio la sanción de “anulación de matrícula”, sino de “no renovación de matrícula”. Al operar como lo ha hecho (aceptar el contrato de prestación de servicios educacionales) el colegio ha renovado la matrícula, la que no puede anular arbitrariamente. Además se ha vulnerado el derecho de defensa y no se han señalado los actos que se sancionan ni el contexto en que se dieron.

Finalmente, alega el requirente que se ha violado el derecho de los padres a elegir el establecimiento educacional del menor (artículo 19 n°11 de la Constitución).

A su vez el colegio, como parte requerida, presenta un detallado recuento de los actos de indisciplina del menor desde el año 2014, el aumento de las reacciones descontroladas que llevan a la atención psicológica interna y externa del menor durante el año 2015, las anotaciones de los profesores, los informes de la psicóloga del colegio, la decisión de condicionalidad de la matrícula por el consejo de profesores y del consejo disciplinario (este último ya en el 2014). Informan que pese a conocer los padres de la condicionalidad de la matrícula, deciden igual matricularlo dirigiéndose directamente al área administrativa del establecimiento, departamento de contabilidad y finanzas.

Estima el requerido que no ha habido acto arbitrario sino una decisión tomada por todos los estamentos del colegio. Alega que el establecimiento ha ejercido el derecho a la libertad de enseñanza, regulado en el artículo 19 n°11 de la Constitución Política de la República, que incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, lo que de acuerdo a su autonomía le permite establecer normas educacionales. Además ha actuado conforme a la Ley General de Educación que permite establecer normas disciplinarias, dentro de dichas normas educacionales.

Explica que no ha habido violación del derecho de propiedad, ya que si bien el proceso de matrícula 2016 permitió el firmar el contrato de prestación de servicio, ello se debe a que ese trámite debe efectuarse en octubre 2015 para que el colegio conozca los alumnos con que contará y las vacantes de las cuales dispondrá. Ello no es óbice a que si un alumno está condicional pueda ver su matrícula anulada con posterioridad, ya que la prestación de servicios esta también firmada bajo la condición antedicha.

Sostiene que el debido proceso del artículo 19 n°3, inciso quinto, no está contemplado para el procedimiento sancionatorio de un colegio, sino para el órgano público que ejerce tal potestad jurisdiccional, lo que no es el caso. Por otra parte frente a la invocación por la parte requirente del artículo 19 n°11 inciso 4° (libertad de los padres para elegir el colegio de su opción), ello no es un derecho absoluto, sino que debe estarse al cumplimiento de los reglamentos del colegio.

ISSN 0719-7160

En su considerando cuarto, la Corte fija los términos de la litis, a saber si hay agravio al requirente en razón de los artículos constitucionales invocados, agravios por la determinación del colegio de no matricular para el año lectivo 2016 al menor referido, en circunstancias que ya lo estaba, incluyendo pagos anticipados de matrícula y colegiaturas. La decisión unilateral del colegio es comunicada a los padres el día 16 de diciembre de 2015.

En su considerando quinto, afirma que la no renovación de matrícula solo se contempla en el artículo 24 literal 1 del reglamento interno de convivencia, en casos de bajos rendimientos o conducta calificada de negativa y reiterada respecto de la normativa del colegio.

El considerando sexto de la sentencia de la Corte de Talca admite la alegación del requirente en torno al debido proceso: “Que, respecto de los hechos que afectan al menor éstos no le fueron explicitados formalmente a sus padres de manera que les permitiera impugnarlos, mediante un debido proceso al interior del Colegio, ofrecer prueba, rendirla, obtener respuesta a sus planteamientos y recurrir jerárquicamente de la determinación adoptada, elementos mínimos que en un plano de igualdad son esperables respecto de todo alumno”.

Une este razonamiento al alegato de violación de la igualdad ante la ley y señala que habiendo acontecido los hechos anteriores se ha producido una acción arbitraria y discriminatoria respecto de los alumnos y sus padres que son y deben ser tratados conforme a un debido procedimiento. Afirma lo siguiente: “Que la carencia indicada deja en un plano de desigualdad el trato recibido por el menor por parte del Colegio. La garantía de igualdad se ha visto afectada, puesto que debe esperarse que todas las personas sean tratadas igualitariamente y un trato gravemente represivo es concebible ante razones y fundamentos acordes a la decisión adoptada, por lo que ante la inexistencia o falta de suficiencia de las misivas la determinación pasa a tener una connotación discriminatoria”.

La sentencia acoge el recurso de protección entablado en relación al 19 N°2 y “sin que resulte necesario entrar a analizar los demás derechos que se dicen vulnerados”.

La parte final del considerando sexto dice: “Que, en efecto, no se advierte razón que justifique tal determinación, habida consideración de la calificación académica del educando y del compromiso asumido por los padres, conculcándose su derecho a la igualdad ante la ley, en el entendido que la institución recurrida no pudo desconocer que el menor tiene derecho a continuar con su desarrollo educativo, lo que la obliga como ente responsable de su proceso formativo – obligación asumida en el contrato de prestación de servicios educacionales- a brindarle los espacios necesarios para su adecuada educación integral y a utilizar hasta agotar todos los instrumentos necesarios para modificar su conducta, lo que

no se advierte se haya hecho en la especie, sin perjuicio de las medidas que les incumbe adoptar a los padres”.

No consta que la sentencia haya subido en apelación para ante la Corte Suprema.

2.4 CASO COLEGIO VERBO DIVINO Y COLEGIO SAGRADOS CORAZONES DE MANQUEHUE

Se trata de un recurso de protección en contra del Rector del Colegio del Verbo Divino y del Rector del Colegio de los Sagrados Corazones- Manquehue, para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 35935-2015.

Los hechos son los mismos, si bien la reacción de ambos colegios difiere.

Un padre de familia deduce recurso de protección a favor de su hijo que padece síndrome de Down y que durante las mañanas asiste a la Fundación Excepcionales y por las tardes al Jardín Mackenzie, que es un jardín regular sin cupos de integración. El niño está en perfecto estado de salud, habla, canta, corre, nada y se desarrolla normalmente. Los padres de este hijo único deciden adelantar la búsqueda de colegio con cupos de integración, para determinar en cuales podría postular en el año 2016 para ingresar el 2017.

Ambos colegios responden que son colegios en los que es necesario tener un hermano mayor en ese colegio o ser hijo de un exalumno.

El requirente sostiene que se vulnera su garantía de igualdad y no discriminación arbitraria.

El primero de los colegios (Verbo Divino), a través del Subdirector de Admisión contesta a la pregunta de la madre “si es posible postular a un niño con Síndrome de Down” que “no tiene cupos para alumnos nuevos con Síndrome de Down” y cuando se insiste se le dice que “no tenemos vacantes para el año 2017, los cupos son limitados y son ocupados por hermanos de alumnos”.

El segundo de los colegios (Sagrados Corazones-Manquehue) responde a través de la Jefa de Departamento de Necesidades Educativas Especiales e Integración: “Estamos comenzando un camino hacia la inclusión... Nos estamos abriendo primero a nuestra comunidad, es decir, a los hermanos de nuestros alumnos... si necesitas que nos juntemos y poder contarte en qué estamos como colegio o comentarte de otros que están más avanzados en este camino, ningún problema”.

ISSN 0719-7160

El requirente se remite además a la Ley General de Educación, a la ley N° 20.422 que estableció normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, en especial al artículo 36 que establece que “los establecimientos de enseñanza regular deberán incorporar las innovaciones y adecuaciones curriculares, de infraestructura y los materiales de apoyo necesarios para permitir y facilitar a las personas con discapacidad el acceso a los cursos o niveles existentes, brindándoles los recursos adicionales que requieren para asegurar su permanencia y progreso en el sistema educacional”.

Alega el requirente la violación de su derecho a la igualdad ante la ley e invoca adicionalmente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por la vía del artículo 5° inciso segundo de la Constitución de Chile: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

En el informe al tribunal el Colegio Verbo Divino aduce que es una institución educacional, con autonomía consagrada en la Constitución por ser grupo intermedio y atribución para dictar su propia normativa. Asimismo tiene la facultad para organizarse de acuerdo a su proyecto educacional. No se define su proyecto educativo como de integración escolar y en conformidad a la Ley General de Educación no ha adoptado programas para “modalidades especiales”.

Se erige como un colegio de familia, que no ha excluido a alumnos con Síndrome de Down siempre que ellos sean hijos de exalumnos o hermanos de alumnos del colegio.

Adicionalmente, el artículo 34 de la ley N°20.422 dispone que el Estado garantizará a las personas con discapacidad el acceso a los establecimientos educacionales que reciban subvenciones del Estado, pero este colegio es un colegio privado, no es un colegio de integración, ni recibe subvenciones del Estado.

El informe del Colegio Sagrados Corazones indica que no ha existido una respuesta denegatoria de la posibilidad de postular. Se trató de averiguaciones y no de postulación propiamente tal. Señala que “el año 2016, se abrirá un proceso de postulación en el que el niño podrá participar, aplicándose a su respecto los criterios de selección ya mencionados y que se encuentran disponibles en la página web del establecimiento. Pide se omita pronunciamiento por haber perdido oportunidad o se rechace el recurso”.

En el considerando cuarto, la Corte describe lo que exige el artículo 20 de la Constitución en el recurso de protección y en el considerando quinto fija la litis en si los recurridos han negado la posibilidad que el menor pueda participar para el curso de prekinder correspondiente al año 2017 y si ello viola el artículo 19 n°2 y mediante el artículo 5° inciso segundo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo y la Convención sobre Derechos de los Niños.

En el considerando sexto dado que el Colegio de los Sagrados Corazones ha sostenido en su informe que no hay ningún inconveniente que el menor participe en dicho proceso, la Corte estima que no hay ninguna medida que pueda adoptar respecto de esa institución, por lo que el recurso por tales motivos y a su respecto, es desestimado.

No sucede lo mismo con el Colegio Verbo Divino. Como el colegio indica que recibe niños con Síndrome de Down, hijos de exalumnos o hermanos de alumnos, pero al mismo tiempo indica que no tiene un proyecto o Programa de Integración Escolar, el tribunal desecha el argumento esgrimido por el Colegio que no tiene tal programa y que no posee personal para ejecutarlo, (considerandos séptimo, octavo y noveno).

En el considerando décimo sostiene que el colegio realiza el proceso de postulación todos los años, en forma genérica para los futuros alumnos sean o no hijos de ex alumnos o hermanos mayores. Sostiene que el hijo de la requirente va a postular para ingresar el 2017 y ese proceso no está siquiera abierto, porque recién este año 2015 se está ejecutando para el 2016 el procedimiento correspondiente, por lo cual no puede el colegio sostener que “no hay vacantes” (considerando 11). Afirma que los padres solo piden que dejen postular a su hijo y que no es requisito para postular el hecho del parentesco, ya que el niño tiene necesidades especiales, en las cuales no rige ese requisito.

La sentencia, en el considerando décimo tercero hace referencia a la ley 20.422 que “Establece las normas sobre “oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad” en su artículo 1° y en especial en su artículo 24, inciso 1°: “Toda persona o institución pública o privada que ofrezca servicios educacionales, capacitación o empleo, exigiendo la rendición de exámenes u otros requisitos análogos, deberá realizar los ajustes necesarios para adecuar los mecanismos y procedimientos y prácticas de selección en todo cuanto requiera para resguardar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que participen en ellos”.

En el considerando décimo cuarto explica las bases constitucionales del principio de igualdad ante la ley (artículo 19 n°2) y lo vincula con el artículo 1° inciso 1° que dispone que: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En el considerando décimo quinto indica que los niños con necesidades especiales se encuentran en igualdad de oportunidades

con los otros alumnos y que la igualdad de trato no se ha cumplido en el colegio, al imponer la exigencia de parentesco que no se requiere respecto de los niños que tienen esa enfermedad. Se le niega al hijo de la requirente desde ya toda oportunidad, señalándose que el cupo al que podría postular ya está ocupado, a pesar que el proceso recién se abre el próximo año (considerando décimo sexto y séptimo). El derecho a la educación en Chile no solo es deber del Estado el respetarlo sino también de los establecimientos educacionales que prestan ese servicio (ibídem). Por el considerando décimo octavo declara al acto, además de arbitrario, ilegal (por ser contrario al artículo 24 de la ley 20.422) y agravante para el requirente, en virtud del artículo 19 n°2 de la Constitución, por todo lo cual acoge el recurso en contra del Colegio Verbo Divino y se le señala que debe disponer que el hijo del requirente pueda participar en el proceso de selección.

2.5. CASO COLEGIO SANTIAGO COLLEGE

Se recurre de protección (rol 10698-2015) por parte de los apoderados de una alumna y contra la Fundación Educacional Santiago College por acto arbitrario e ilegal consistente en comunicar en forma extemporánea, personal y verbalmente al apoderado y éste a su vez a la alumna que reprobaba el 4° año de enseñanza media.

La alumna reveló trastornos psicológicos a raíz de la separación y divorcio de sus padres en el año 2012, requiriendo apoyo docente y psiquiátrico. Debió cerrar anticipadamente el año escolar. El año 2014 el colegio decidió no renovar la matrícula por no cumplir la alumna los estándares académicos del colegio. La alumna pudo continuar en ese año en el colegio, debido a un recurso de protección acogido en dicha oportunidad.

El año 2015 la alumna tuvo diversas crisis de pánico y ansiedad y debió ser medicada. El primer semestre obtuvo 6 asignaturas no aprobadas sobre 9 asignaturas. Quitados los medicamentos, el segundo semestre 2 asignaturas sobre 9 no fueron aprobadas.

El requirente acusa irregularidad en la colocación de notas, ya que no fue evaluada igual que sus compañeros, con la totalidad de las notas, y que no se le dio la posibilidad de ser reevaluada en las notas particularmente bajas, conforme al Manual de Instrucción del colegio. Indica "que la obligación de mantener la matrícula de la alumna respecto de todo el año 2014 contribuyó a la animadversión de los profesores y Directora en contra de ella quienes la incentivaron a dar exámenes libres, como asimismo quisieron evitar a toda costa que ella rindiera la prueba de selección universitaria, la que igual rindió, siendo ello lamentado por el colegio".

El requerimiento estima vulnerado el artículo 19 N°1, fundado en el impacto emocional que produjo la decisión del colegio y que la alumna tuvo que volver a consumir medicamentos; 19 N°2 discriminación sufrida por la afectada en relación al trato en las evaluaciones; 19 N°24 ya que la alumna es propietaria de su derecho a la educación.

El informe del colegio indica que las notas fueron comunicadas a la afectada durante todo el año escolar, y en todo caso con anterioridad al 30 de octubre de 2015 y en el mejor de los casos a más tardar el 1 de octubre del mismo año por lo cual la interposición del recurso de protección el 27 de noviembre de 2015 lo ha sido en forma extemporánea.

En cuanto al fondo, señala el informe del colegio que no existió acto arbitrario e ilegal en su actuar por cuanto la alumna fue correctamente evaluada durante todo el año escolar y aporta el colegio los antecedentes respectivos (no entrega de trabajos, la no rendición de la prueba de aptitud para entrar en la educación superior por petición del apoderado a fin de evitar una mayor presión sobre la alumna etc.). Alega el establecimiento educacional que la medida de repetición no es arbitraria e ilegal sino que se fundó en sus calificaciones y se estableció en beneficio del desarrollo personal de la alumna y por ello, tampoco se han infringido las garantías constitucionales mencionadas en el recurso.

El considerando tercero explica el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución, lo mismo que el considerando cuarto que señala que el recurso debe ser deducido dentro del plazo de treinta días corridos desde la ejecución de dicho acto u omisión.

Dado que las Autoridades del colegio informaron a la afectada de su repitencia el 30 de octubre y como el recurso de protección fue deducido el 27 de noviembre, la Corte consideró que el recurso no fue extemporáneo, como lo pretendía del colegio (considerando quinto).

El considerando undécimo señaló lo siguiente: "Que, de los antecedentes acompañados por la recurrida, consistentes en registro de entrevista de apoderados y correos electrónicos, que se guardan en custodia, se advierte que durante el año 2015 existió un contacto permanente entre la apoderado de la alumna y su Profesor Jefe. En ellos se constata la preocupación manifestada por el bajo rendimiento demostrado y la posibilidad de tener que repetir el año escolar. Por otra parte, en copias de correos electrónicos del año 2014, se lee que fue a instancias del apoderado de la alumna, que ésta no fue preparada para la PSU (prueba de suficiencia universitaria)".

El considerando duodécimo continúa: "Que esta Corte no ha logrado convicción de la existencia de un acto arbitrario o ilegal de parte de la recurrida, toda vez que en la especie del análisis de los antecedentes ya referidos y del Manual de Convivencia, Evaluación, Promoción y Políticas Académicas del colegio correspondiente al año 2015, no se evidencia

ISSN 0719-7160

la conculcación de las garantías constitucionales que aparecen denunciadas. Por el contrario ellos demuestran la permanente y constante preocupación de la recurrida por la situación personal y educacional de la alumna, instando en todo momento a apoyarla para elevar su rendimiento académico".

La decisión final de la Corte de Apelaciones de Santiago no recoge la extemporaneidad del recurso alegada por la recurrida y rechaza, sin costas, el recurso de protección deducido en favor de la alumna y en contra de la Fundación Educacional Santiago College.

Esta decisión fue apelada, para que los autos se eleven para ante la Excma. Corte Suprema, a fin de que la dicha Corte enmiende con arreglo a derecho la resolución recurrida.

En el escrito de apelación el demandante ahonda en sus consideraciones sobre la evaluación discriminatoria de la alumna, objeta los considerandos de la sentencia de la Corte de Apelaciones ya descrita de 9 de febrero de 2016 números duodécimo, décimo tercero y décimo cuarto ya analizados.

En el derecho nuevamente invoca el artículo 19 N°1; 19 N°2; 19 N°24 y solicita, en general, una reevaluación de la alumna.

La Corte Suprema rechazó la apelación por sentencia de 6 de abril de 2016 y confirmó la sentencia apelada.

3. ALGUNAS OBSERVACIONES Y VARIOS TEMORES:

1. Al analizar estos casos de inclusión uno nota la enorme regulación que tiene la educación particular en Chile. Así por ejemplo, he tenido a la vista la Circular N°1 para establecimientos educacionales subvencionados municipales y particulares, de 21 de febrero de 2014, emanada de la Superintendencia de Educación Escolar (129 páginas de normas para la gestión educacional derivadas de las leyes y reglamentos vigentes) la Circular N°2 para establecimientos educacionales particulares pagados, del 13 de marzo de 2014, emanada de la misma Superintendencia (82 páginas).

2. Los directores de colegios particulares, en especial católicos, se quejan de un encarnizamiento fiscalizadorio, lo que lleva a preguntarse si ello es producto de un fenómeno burocrático o encierra un esfuerzo de entorpecer y disminuir la enseñanza católica, lo que es propio de una laicización inducida.

3. El hecho que un colegio particular tenga autonomía, no significa que dicha autonomía sea absoluta. El artículo sexto de la Constitución chilena en su inciso segundo dispone que los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo. Por lo tanto en caso de concurrencia de derechos, la normativa interna del establecimiento debe interpretarse en el marco de la Constitución en su conjunto, de la normativa chilena interna (ejemplo Ley General de Educación, Ley antidiscriminación, Ley sobre discapacidad, etc.) y de los tratados internacionales vigentes en Chile (ejemplo Convención de los derechos del niño, Convención sobre personas con discapacidad, Convenio 169 sobre pueblos indígenas OIT, etc.). Cada vez es más frecuente que las Cortes chilenas fundamenten sus sentencias también en la normativa internacional.

4. La inclusión ha traído un aumento de la elephantiasis del recurso de protección¹. No encontré, en este rápido recuento, que se hubiere utilizado la ley de no discriminación (ley 20.609). Para la aplicación 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 y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes".

A mi entender está claro que la invocación de esta ley en casos sobre inclusión, unidas al 19 N°2 de la Constitución, cae de cajón, sobre todo porque dicha ley estima como arbitraria una discriminación "cuando se funda "en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología 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". Esta ley crea una acción especial anti-discriminación.

Es probable que se haya usado la acción de no discriminación arbitraria en materias de inclusión, con mayor frecuencia de lo que yo he detectado.² Esta acción se ejerce ante el juez de letras del domicilio del afectado por la discriminación entendida como arbitraria o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión. Es evidente que su costo es bastante

¹ Al cierre de esta nota de jurisprudencia tomo conocimiento de otro recurso de protección en temas de inclusión presentado por los apoderados de una alumna que sufre de epilepsia contra el colegio Dunalastair de Las Condes, Colegio Particular. El recurso ha sido presentado en la Corte de Apelaciones de Santiago. Una nota de jurisprudencia sobre el tema de inclusión educacional e identidad de género se encuentra en preparación.

² Sin embargo, el caso contra el Colegio Pumahue de Chicureo (Caso ANDY) fue fallado por el Juez de Letras de Colina, porque se usó la acción especial anti-discriminación. Véase Escalona/Colegio Pumahue-Chicureo rol C-1165-2015, Sentencia de 22 de enero de 2016, a fojas 347 y ss.

ISSN 0719-7160

menor que un recurso de protección y por lo tanto más asequible a sectores populares. Esta acción ha sido muy poco utilizada. La no utilización en materias de inclusión sigue, entonces, la regla general.

5. Finalmente, en derecho, el término "inclusión" es un concepto jurídico indeterminado. Éste término, al parecer, proviene de la UNESCO, como tantos otros que se extraen del trabajo de las organizaciones internacionales y los comités de los Pactos. La UNESCO define, más bien, describe la inclusión educativa de la manera siguiente: "la inclusión se ve como el proceso de identificar y responder a la diversidad de todos los estudiantes a través de la mayor participación en el aprendizaje, las culturas y las comunidades y reduciendo la exclusión en la educación. Involucra cambios y modificaciones en contenidos, aproximaciones, estructuras y estrategias, con una visión común e incluye a todos los niños de rango de edad apropiado y la convicción de que es la responsabilidad del sistema regular, educar a todos los niños".

La "definición" de la UNESCO es un término extraordinariamente abierto, además de la impropiedad de decir que la inclusión es un proceso para "reducir la exclusión", lo cual es un obvio de aquellos que un periodista brasileño colocaría en lo que él llama "obvio ulutante". El término "inclusión" es presentado como distinto de "integración". Advierto que del 25 a 28 de noviembre de 2008, Ginebra, se celebró la 48ª reunión de la Conferencia Internacional de Educación bajo el tema: "Educación Especial, Integración y Educación Inclusiva: delicadas opciones y equilibrios".

En dicha reunión se señaló que las escuelas especiales generan discriminación, ya que son un refugio y un lugar de "colocación" de grupos vulnerables. Por su parte el término integración se utiliza cuando un individuo con necesidades educativas especiales es trasladado a un establecimiento educacional que no sufre modificaciones sustanciales y el alumno debe concordar con las políticas de la escuela.

Éste término "integración" me parece haber sido tomado de los análisis de la multiculturalidad (Taylor, Kymlicka, McClure). También se habla de "inclusión social" y no sólo educacional.

El problema surge cuando el individuo con necesidades educativas especiales choca en su comportamiento en aula o fuera de ella con el "ideario" o "proyecto educacional" del centro educativo. Es un área particularmente sensible para la educación católica, especialmente cuando el Estado impone por vía de circulares o normas infra reglamentarias la inclusión o

condiciona en el caso de la educación subvencionada el aporte de fondos públicos a los centros educativos. Es particularmente peligroso el término "identidad de género" que en la Ley contra la discriminación figura entre las categorías de discriminación arbitraria específicas.

6. A fin de cuentas será el juez el que determine caso a caso si existe o no la inclusión exigible conforme a la ley o si una acción u omisión es discriminatoria o no lo es. Pero, no hay que ser ingenuo: para el laicismo "duro" este tema forma parte de su concepto de laicidad, como expresamente lo señala el numeral 9 de la Declaración Universal de la Laicidad en el siglo XXI, manifiesto firmado en el 2005 por 248 profesores universitarios de una treintena de países, por iniciativa y bajo la batuta del autor más conocido de esta corriente del laicismo, el francés Jean Baubérot.

Dice ese número 9: "El respeto concreto a la libertad de conciencia y a la no discriminación, así como la autonomía de la política y de la sociedad frente a normas particulares, debe aplicarse a los necesarios debates que conciernen a las cuestiones relacionadas con el cuerpo y la sexualidad, la enfermedad y la muerte, la emancipación de las mujeres, la educación de los niños, los matrimonios mixtos, la condición de los adeptos de minorías religiosas o no religiosas, los "no creyentes" y aquellos que critican la religión.

Uno no esperaría, a priori, que bajo el concepto de laicidad referente a las relaciones Iglesia-Estado se encontraran cada uno de estos temas. Los canadienses hablan de un pluralismo de "acomodamientos necesarios". Pero resulta que siempre es de un mismo lado del tablero que deben producirse los acomodamientos.

Por todo lo dicho es necesario tener presente lo que nos enseñara Benedicto XVI en su última conferencia antes de renunciar: "El concepto de discriminación se amplía cada vez más y así la prohibición de la discriminación puede transformarse progresivamente en una limitación de la libertad de opinión y de la libertad religiosa" (Conferencia en el Monasterio de Santa Escolástica, al recibir el premio "San Benito por la promoción de la vida y de la familia en Europa", el 1 de abril de 2005).

Bajo el sombrero de la "laicidad del Estado " y de la "igualdad de trato" pueden esconderse muchas insospechadas novedades, entre ellas que este "laicismo duro" habla del respeto de la libertad de conciencia, pero no del respeto de la libertad religiosa, la cual no sólo tiene una dimensión individual, sino también una dimensión institucional y social.