

CORTE DE APELACIONES

Caratulado:

BASIC/FUNDACION CATALINA DE MARIA

Rol:

207-2024

Fecha de sentencia:	04-06-2024
Sala:	Primera
Tipo Recurso:	Protección-Protección
Resultado recurso:	ACOGIDA
Corte de origen:	C.A. de Copiapó
Cita bibliográfica:	BASIC/FUNDACION CATALINA DE MARIA: 04-06-2024 (-), Rol N° 207-2024. En Buscador Corte de Apelaciones (https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dgvt0). Fecha de consulta: 18-06-2024



Utilice una aplicación QR desde su teléfono para escanear este código y consultar la sentencia desde el sistema.

[Ir a Sentencia](#)

C.A. de Copiapó

Copiapó, cuatro de junio de dos mil veinticuatro.

Vistos y teniendo presente:

Comparece Julio Landaeta Pastene, abogado, en representación convencional de doña Antiza Nevenka Basic Álvarez, a su turno en representación de su hija Emma Agustina Núñez Basic e interpone recurso de protección en contra de "Fundación Catalina de María", en su calidad de sostenedora legal del establecimiento educacional denominado "Liceo Sagrado Corazón de Copiapó", representada por Manuel Guajardo Espejo, en adelante e indistintamente, "la Fundación" o "la Recurrída", solicitando se restablezca el imperio del derecho y se asegure la debida protección a la afectada, permitiendo la asistencia de Constanza Quinteros Ramírez, Psicopedagoga, en calidad de tutora de la citada niña al establecimiento.

Indica que Emma asiste al Liceo desde el año 2018, año que fue bastante complejo pues, a partir del segundo mes de asistencia, comenzó con un cuadro ansioso que derivó en un Trastorno Obsesivo Compulsivo (TOC) y Trastorno Opositor Desafiante, después de consultar entre 4 a 5 psiquiatras infantiles, Emma comenzó un tratamiento con la doctora Rina Francos Steisapir y asimismo, debido a las conductas disruptivas del año 2018, se decidió como familia, junto a la autorización del colegio, contratar a una persona que hiciera la tarea de tutora "sombra" o asistente de co-docencia y a contar del año 2019, Emma va a clases acompañada de Constanza Quinteros Ramírez, psicopedagoga, en calidad de tutora, esto último autorizado año a año por el Proyecto de Integración (PIE) y la Dirección del recinto educacional. Aclara que la citada tutora es contratada directamente por los padres de Emma y en tal calidad ha sido parte de los cursos de los que Emma ha formado parte todos estos años, sin que hubiera tenido algún problema con alguna alumna o apoderados.

Añade que dicha situación (asistencia con tutora sombra) siempre fue solicitada e informada a las

instancias correspondientes, es decir se solicitaba la autorización al PIE y dirección del colegio y ellos enviaban todos los antecedentes tanto al Ministerio de Educación y/o a la Superintendencia de Educación. Precisa que dentro de los antecedentes que se acompañaban al colegio estaba el contrato de trabajo de Constanza Quinteros Ramírez; certificado de antecedentes; título profesional, etc.

Hace presente que el curso de Emma está compuesto de 1 profesor y 40 alumnas, 3 de ellas con diagnóstico TEA. A su vez, la atención PIE (de especialistas) es de 3 horas a la semana.

Continuando, indica que el día 28 de noviembre de 2023, la psiquiatra de Emma, Dra. Rina Francos Steinsapir, emitió un certificado médico donde establece como un valor relevante, a fin de que no pierda su potencial cognitivo, su asistencia al colegio con tutora o asistente educativo particular, información que se comunicó al Liceo el día 10 de diciembre de 2023 a través del envío de una carta a la directora del colegio Sra. Ana María Donoso, en la que solicitaba autorización para que Emma pudiera asistir con tutor este año 2024. Indica que a pesar de solicitarle una reunión, la Directora no accedió y derivó los antecedentes a la Sra. Pía Guerrero, quien coordina el PIE y que el día 20 de diciembre de 2023, su representada recibió una respuesta negativa de parte del Liceo respecto a dicha solicitud, bajo el argumento de lo establecido en el Ordinario N°05/001698, de fecha 8 de septiembre de 2023, emanado del Ministerio de Educación.

Sin embargo, agrega que el día 9 de enero de 2024, el citado Ministerio dio pie atrás y publicó el Ordinario N°05/000036, en que deja sin efecto el Ordinario N°05/001698, por lo que el motivo del rechazo de la Dirección del Liceo desapareció.

Añade que el 6 de marzo de 2024, su representada concurrió a la Seremi de Educación de Atacama, lugar en el que fue atendida por don David Astorga, Coordinador Regional del Departamento de Educación de la Seremi de Educación, Región de Atacama, quien el día 18 de marzo de 2024, vía mail le hace llegar los lineamientos sobre esta materia, esto es:

- 1.- Posibilidad de contratar a un/a “tutor/a sombra” con recursos de apoderados y
- 2.- Si la contratación la hace el apoderado, cómo puede el establecimiento autorizar

administrativamente esta función y el ingreso al aula, a lo que responde: “En lo pertinente a ambos temas, tenemos a bien informar lo siguiente: “Dictamen de CGR 002769/2019 y se ñala que esta autorización debe constar por escrito firmada por las partes, mediante la cual el representante legal del sostenedor (también podría ser el director) autoriza el ingreso al establecimiento educacional del asistente técnico y a permanecer en el tiempo necesario para cumplir con la función para la cual fue contratado y por otra parte el padre, madre o tutor a pagar la remuneración, debiendo reunirse además otros requisitos como idoneidad psicológica, moral, técnica y no encontrarse inhabilitado/a para trabajar con menores de edad, además de dar cumplimiento a los reglamentos internos del establecimiento educacional, en lo tocante a su función.

El mismo día 18 de marzo de 2024, su representada le escribió al colegio, dándole a conocer a la directora Sra. Donoso que no había objeción por parte del Ministerio de Educación a los 2 planteamientos hechos valer ante dicha Seremi de Educación, pero el 19 de marzo de 2024, nuevamente la respuesta de la dirección del Liceo fue negativa. Esta vez la explicación era que de requerir apoyo adicional, el colegio la entregaría.

A raíz de la respuesta de la dirección del Liceo, el jueves 21 de marzo, se solicitó una reunión con la directora, la que se concretó el día lunes 25 de marzo, instancia en la que se explicó tanto a la directora del establecimiento como a la Jefa de UTP las razones de solicitar dicha autorización especial para su hija Emma, siendo nuevamente negativa la respuesta, aduciendo que, a su juicio, la niña recibe el apoyo que requiere del Liceo.

Por lo anterior, el día 25 de marzo, su representada concurrió nuevamente a la Seremi de Educación, siendo atendida por el Sr. David Astorga, confirmando que no había objeción para que los padres financiaran un asistente educativo privado, precisando solo la autorización del Colegio e indicó que él mismo podía aclarar a la Dirección del Colegio los lineamientos del Ministerio. Asimismo, su representada acudió a la Superintendencia de Educación, donde ratificaron que no había problemas en aceptar su solicitud, pero dependía del colegio.

Refiere también la actora que la sicóloga de Emma, Carla Partarrieu Hubel ha informado, con fecha 17 de abril de 2024, frente a la imposibilidad de que la menor ingrese con su tutora al Liceo recurrido que, debido a cambios desde el establecimiento educacional, Emma no ha podido ser apoyada por la tutora, se observan importantes cambios tanto a nivel escolar como emocional, a pesar de los apoyos entregados por el colegio y que con relación a su desempeño académico, se observa un descenso con respecto a su funcionamiento en años anteriores, no completa sus tareas, llega con actividades en blanco, entre otros.

En el área emocional es donde más afectación se observa, aumento de la irritabilidad, cambios en sus patrones de sueño y descanso, negativas a asistir a clases en ocasiones, onicofagia, aumento moderado de la ansiedad. Todo lo anterior da cuenta de un nivel de afectación importante asociado a este cambio en su dinámica escolar, no favoreciéndola.

Debido a lo anterior y teniendo en cuenta sus necesidades educativas especiales, asociadas a su diagnóstico clínico, se sugiere reincorporar sus apoyos particulares: Tutora; Con la finalidad de que mantenga sus avances escolares y psicológicos (cognitivos y emocionales) y sobre todo prevenir un deterioro emocional en la paciente”.

De ahí, que el reclamo de sus padres no se debe a una tozudez, sino por una necesidad de protección hacia su hija, en orden de no verse privada del apoyo que le entrega la tutora, con la cual mantiene un arraigo, la auxilia no solo en su formación académica, sino también en su vinculación social con sus compañeros de curso.

En cuanto al derecho, afirma que la Fundación recurrida, a través de los actos de su directora, ha privado y perturbado las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 numerales 1, 4 inc. 1º; 5 inc. 2º y 9 de la Carta Política.

Pide acoger el recurso y, en definitiva, ordenar que cese la afectación a la niña de autos, permitiendo la asistencia de Constanza Quinteros Ramírez, psicopedagoga, en calidad de tutora de la citada niña, al

Liceo Sagrado Corazón de Copiapó y tomar todas las medidas que, en concepto de la Corte sean conducentes al restablecimiento y la protección de los derechos invocados como conculcados, con costas del recurso.

Acompaña los documentos que sustentan su acción.

Informando Manuel Ignacio Rojas Carvajal, abogado, en representación de la recurrida “Fundación Catalina de María”, afirma que no ha existido ningún acto u omisión ni ilegalidad de parte del establecimiento que constituya una vulneración de alguno de los derechos garantizados por la Constitución, cuyo titular sea la estudiante.

Respecto a la tutoría, en específico, indica que por diversos motivos –pandemia incluida– las clases presenciales solo se comenzaron a retomar el año 2022 y que el año 2023 fue el primero, en que la alumna asistió a clases de forma presencial, respetándose en todo momento su jornada escolar reducida, adaptada en conformidad a sus propias necesidades educativas, por lo que el acompañamiento de la tutora no se ha realizado en su totalidad en las dependencias del colegio.

A continuación, alega la extemporaneidad de la acción, desde que consta de la documentación y del propio libelo, que el supuesto hecho vulneratorio consiste en el rechazo por parte del liceo de que la alumna pudiera asistir con tutor este año 2024, lo que acaeció el día 20 de diciembre de 2023, momento en el cual la apoderada tomó conocimiento sobre la postura desfavorable a la presencia del tutor sombra por parte de la recurrida, habiendo transcurrido más de 30 días. Ello sin perjuicio de la insistencia por parte de la recurrente.

En seguida, hace notar que lo pedido excede de una acción de naturaleza cautelar, como lo es el recurso de protección y requiere un pronunciamiento en un juicio de lato conocimiento; colige que la cuestión planteada requiere del conocimiento y ponderación de prueba, particularmente la científica y pericial. Asimismo, de una decisión compleja acerca de materias que se relacionan con el desarrollo de Emma, todo lo cual excede el acotado marco de un procedimiento como es el de estos autos.

Finalmente señala que no hay en la especie un derecho que tenga el carácter de indubitado. Muy por el contrario, estamos en presencia de una controversia planteada por la recurrente que, para poder ser acogida, requiere que exista un consenso de las necesidades educativas y terapéuticas de Emma, cuestión que precisamente su parte controvierte, por todo lo cual no es esta la vía procesal idónea para la resolución del presente conflicto y alude a la acción especial contenida en el artículo 57 de la ley 20.422.

Respecto del fondo y refiriéndose a la arbitrariedad, precisa que el rechazo de la solicitud de la apoderada de autos no se debe a razones antojadizas o carentes de justificación, por el contrario, la institución se encuentra preocupada por la falta de monitoreo y evaluación de las actividades desarrolladas por la tutora en cuestión, pues esta no es parte del personal contratado por la institución educativa.

Indica que durante el año 2023, su labor fue desproporcionadamente desvirtuada, convirtiéndose en una profesional de la cual no se podía hablar ni informar sobre el estado de la menor al colegio por los canales oficiales los cuales son usados por el programa PIE, aspecto normal de una dinámica escolar. Refiere que siempre se le indicó a la recurrente los motivos del rechazo de la tutora. En primer término, por la falta de lineamientos claros respecto a la utilización de ella en las dependencias de un establecimiento educacional, partiendo por la decisión del Ministerio de Educación de dejar sin efecto la ordenanza N° 5/ 1698 del 8 de septiembre del 2023 que regulaba la contratación de tutores por parte del colegio, esto mediante la ordenanza N° 5/36 del 9 de enero del 2024 en la que en definitiva indica que han decidido estudiar y analizar nuevamente las orientaciones emitidas sobre la materia tutores-sombra, su utilización y el pago de estos.

De manera que, en definitiva, no existen lineamientos, requisitos ni un proceso administrativo que indique cómo proceder respecto a un profesional.

Añade que, por otra parte, el actuar de su representada ha obedecido también a la decisión de fortalecer el equipo de asistentes profesionales, tanto en el equipo de PIE, contratando mayor personal

e incluso asistentes que están en la actualidad trabajando con las tres alumnas con TEA (incluida la menor involucrada en autos) de forma personalizada y presencial, como también fortaleciendo la dirección de UTP donde también se está gestionando la contratación de una psicopedagoga al tiempo que releva la inconveniencia de que exista una tutora por cada una de las alumnas pertenecientes al espectro autista, en el aula.

Aclara que en términos normativos la figura de tutor sombra para un o una estudiante en particular no está contemplada entre los recursos humanos posibles de contratar con los recursos asociados a subvención de educación especial, subvención que cubre la exigencia de horas de profesionales mínimas para dar los apoyos. Esto porque los profesionales que se contratan para implementar la modalidad de educación especial (Programas de integración escolar, escuelas especiales de discapacidad) conforman un equipo multiprofesional (quienes conforman el equipo de aula) que brinda apoyos especializados. Sin embargo, estos apoyos se deben distinguir según la intensidad requerida y no corresponden a una labor de asistencia permanente durante todos los momentos de la jornada escolar, por ejemplo, a un estudiante con discapacidad motora se le pueden dar apoyos para desplazarse o para resolver algunas de sus necesidades personales de alimentación o rutinas de baño. Los estudiantes que presentan necesidades educativas especiales de carácter permanente podrían requerir más o menos horas de apoyo o necesidad de apoyo individual (por ejemplo, para la alimentación o muda).

Afirma que la negativa de la recurrida es manifestación de una preocupante observación que se ha realizado por parte la comunidad educativa en torno a la figura de la tutora sombra, considerando que en el caso en cuestión de la alumna, su labor se ha visto desvirtuada, en razón de que los padres han hecho de la tutora sombra una necesidad en la niña y más aún en parte de su rutina, sin antes haber evaluado el desempeño de esta alumna por sus propios medios y recursos en el aula, infringiendo en parte el principio de la autonomía progresiva establecida en la letra b del artículo 3 de la ley 21.545.

Añade que se ha podido observar que la tutoría en cuestión más que ser un apoyo pedagógico y terapéutico necesario, propio si fuese parte de un equipo interdisciplinario, a largo plazo asume a un rol

prácticamente de cuidadora, actuando a modo de contención de la alumna, para que ésta no “interfiera” ni “perjudique” al normal desarrollo de la clase, es decir, invisibilizando a la niña y a sus necesidades educativas reales, pudiendo ser cómodo para todos a su alrededor, pero no necesariamente beneficioso para la alumna, la que puede volverse presa al estar siempre vigilada, monitoreada y controlada volviendo incluso dependientes a las familias quienes en algunos casos no pueden desarrollar pautas de crianza o interacción positivas coordinada con el colegio.

Por otro lado, si bien reconoce la necesidad de apoyo adicional para el curso de la alumna de autos, busca que este apoyo no sea exclusivamente para ella, sino para las tres alumnas que tienen diagnóstico TEA, evitando de esta manera que el resto del grupo vea diferente a la menor por tener tutora, pues se debe reconocer que es una situación anómala dentro de la sala de clases, más aún cuando la alumna posee capacidades y aptitudes para desenvolverse con cierta autonomía dentro del establecimiento.

Señala no haber incurrido en acto ilegal o arbitrario que concluye que las garantías de la alumna que se indican como afectadas.

Acompaña los documentos que sustentan su informe.

Se trajeron los autos en relación, y agregada extraordinariamente para el día 28 de mayo de 2024, la causa quedó en estudio, y posteriormente, pasó a estado de acuerdo.

CONSIDERANDO:

1º) El recurso de protección de garantías constitucionales se define como una acción cautelar de derechos fundamentales, frente a los menoscabos que puedan experimentar las personas como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares, y tiene por objeto restablecer el imperio del derecho y dar protección al afectado.

2º) Son presupuestos de la acción cautelar: a) Que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria

atribuible al recurrido; b) Que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; c) Que dicho derecho esté señalado en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República; y d) Que exista posibilidad de que el órgano jurisdiccional ante el cual se plantea pueda adoptar las medidas de protección o cautela adecuadas para resguardar el legítimo ejercicio del derecho afectado.

3º) Respecto de la alegación de la recurrida en orden a la extemporaneidad de la presente acción cautelar, por haberse respondido la petición de mantener la asistencia de la tutora sombra en las aulas, con fecha 20 de diciembre de 2023; resulta un hecho asentado en la causa que la madre de la niña protegida insistió en su petición con data 29 de febrero e igualmente en marzo del presente año, específicamente después que el 18 de marzo obtuvo la respuesta del Ministerio de Educación que ratificaba la inexistencia de normativa que impidiera materializar su solicitud, por lo que decayeron los argumentos esgrimidos por la recurrida. Estas razones aparecen como nítidas en orden a que la acción tutelar se ha interpuesto dentro de plazo, pues solo a contar del 18 de marzo se consolidó la inexistencia de regulación administrativa que impidiera dar curso a la petición de la actora, razón por la cual la alegación de extemporaneidad será rechazada.

4º) En cuanto a la existencia de un “derecho” indubitado, que es la segunda alegación de forma que efectúa el recurrido, en cuanto señala que se requiere de un conocimiento acabado sobre el diagnóstico de Emma, de sus necesidades educativas y/o terapéuticas y por otra parte, de la eficacia y riesgos que le podrían significar el acompañamiento permanente y prolongado de la tutora durante su jornada escolar. Lo anterior lo respalda en la opinión de la directora del área de Educación y Trabajo Inclusivo de Fundación Mis Talentos.

Sobre el punto es necesario señalar que –como ha sostenido la doctrina más autorizada– no es posible hablar de derechos indubitados, en específico los enarbolados por la actora en su libelo. Así se ha sostenido que “[e]n primer lugar, si se trata de derechos fundamentales, éstos en esencia son indiscutidos o indubitados. A diferencia de los derechos subjetivos privados que surgen de la autonomía privada mediante actos negociales como contratos, donaciones, testamentos, o bien de

sentencias y de decisiones administrativas, los derechos fundamentales tienen su título y origen inmediatamente en una norma jurídica, esto es, son conferidos a través de reglas jurídicas, de rango habitualmente constitucional (...). Esto quiere decir que lo discutido no puede versar sobre el derecho fundamental mismo, pues éste es inherente a la persona humana” (Bordalí, Andrés. “Las apariencias de buen derecho en el recurso de protección, Instituto Chileno de Derecho Procesal, 14 de septiembre de 2015, disponible en <https://www.ichdp.cl/las-apariencias-de-buen-derecho-en-el-recurso-de-proteccion/>).

Entonces, si lo que pretende la recurrida es señalar que los hechos que sustentan la acción constitucional intentada, requieren de acreditación por ser controvertidos, de la sola lectura del recurso y del informe aparece que ello no acontece y que el nudo iusfundamental en la presenta causa es posible de dilucidar con los antecedentes existentes. Por lo señalado, esta alegación será necesariamente desestimada.

5º) En lo que dice relación con el fondo de lo debatido, la controversia versa sobre Emma quien cursa séptimo año de educación básica y asiste al Liceo Sagrado Corazón de Copiapó desde el año 2018, niña del espectro autista. Para los efectos de favorecer su apoyo pedagógico, la médica psiquiatra tratante determinó que contara con una tutora sombra, lo que fue siempre consultado al establecimiento educacional quien lo autorizaba año a año, específicamente la Dirección del Liceo y el Proyecto de Integración (PIE). No obstante, se hace presente en los antecedentes, que por varios factores que incluyeron la pandemia por Covid 19, solo durante el año 2023 las clases se desarrollaron de manera presencial y al solicitar la autorización para que la referida asistente de co-docencia Sra. Constanza Quinteros Ramírez, pudiera asistir a la niña de autos en aula, el establecimiento recurrido, esgrimiendo inicialmente lo dispuesto en el Ordinario N° 5/001698 de 8 de septiembre de 2023 del Ministerio de Educación, que eventualmente lo impedía, denegó la petición.

En mérito de lo anterior, la negativa de la recurrida se sustenta en una batería de argumentos que se leen del informe y de los cuales nos haremos cargo en lo sucesivo.

6º) La recurrente en el libelo sostiene que la psiquiatra tratante ha señalado como un valor relevante, a fin de que la niña no pierda su potencial cognitivo, su asistencia al colegio con tutora o asistente educativo particular y como correlato de lo anterior, adjunta la actora, certificado de la psicóloga de Emma, Carla Partarrieu Hubel, quien ha informado con data 17 de abril del presente año que, frente a la imposibilidad de que la niña ingrese con tutora al Liceo, que “[e]ste 2024, debido a cambios desde el establecimiento educacional, Emma no ha podido ser apoyada por la tutora, se observan importantes cambios tanto a nivel escolar como emocional, a pesar de los apoyos entregados por el colegio.

Con relación a su desempeño académico, se observa un descenso con respecto a su funcionamiento en años anteriores, no completa sus tareas, llega con actividades en blanco, entre otros.

En el área emocional es donde más afectación se observa, aumento de la irritabilidad, cambios en sus patrones de sueño y descanso, negativas a asistir a clases en ocasiones, onicofagia, aumento moderado de la ansiedad.

Todo lo anterior da cuenta de un nivel de afectación importante asociado a este cambio en su dinámica escolar, no favoreciéndola.

Debido a lo anterior, y teniendo en cuenta sus necesidades educativas especiales, asociadas a su diagnóstico clínico, se sugiere reincorporar sus apoyos particulares: Tutora; Con la finalidad de que mantenga sus avances escolares y psicológicos (cognitivos y emocionales) y sobre todo prevenir un deterioro emocional en la paciente”.

Y finalmente expone que la profesional señala que la menor tiene un lenguaje muy limitado, no siendo capaz de contar muchas cosas que le suceden, sólo cabe la posibilidad de dar cuenta de frases de 2 o 3 palabras, por lo que reclamo de sus padres no se debe a una tozudez, sino por una necesidad de protección hacia su hija, en orden de no verse privada del apoyo que le entrega la tutora, con la cual mantiene un arraigo y la auxilia no solo en su formación académica, sino también en su vinculación social con sus compañeros de curso.

7º) En lo que respecta a la respuesta institucional, se adjunta por la recurrente la respuesta sobre el tópico, emanada de la Seremi de Educación de Atacama, quien a través de su Coordinador Regional del Departamento de Educación expresó: 1.- Posibilidad de contratar a un/a “tutor/a sombra” con recursos de apoderados. Se refiere al tutor sombra, como aquel profesional o técnico en educación que acompaña y apoya a un estudiante que enfrenta barreras significativas para el acceso y participación; y 2.- Si la contratación la hace el apoderado, cómo puede el establecimiento autorizar administrativamente esta función y el ingreso al aula, a lo que responde: “En lo pertinente a ambos temas, tenemos a bien informar lo siguiente: “Dictamen de CGR 002769/2019:

- Autorización para la función y el ingreso al aula de la persona contratada por la o el apoderado para ese fin. Esta autorización debe constar por escrito firmada por las partes, mediante la cual el representante legal del sostenedor (también podría ser el director) autoriza el ingreso al establecimiento educacional del asistente técnico y a permanecer en el tiempo necesario para cumplir con la función para la cual fue contratado y por otra parte el padre, madre o tutor a pagar la remuneración.

a) Idoneidad Psicológica, establecida, en el artículo 3º, inciso 3, de la Ley 19.464, que establece disposiciones generales que afectan a los Asistentes de Educación Municipal y Particular subvencionada. Igual exigencia hace la Ley 21.109, en el artículo 4º, inciso 3, que establece el Estatuto de los Asistentes de la Educación Pública. Esta idoneidad la certifica el respectivo Servicio de Salud.

b) Idoneidad Moral, establecida en el artículo 46, letra g, del DFL-2 de 2010 (LGE), igual exigencia hace la Ley 21.109 en el artículo 4º, inciso 2 y la Ley 19464 en el artículo 3, inciso 1. Esta idoneidad se acredita con el certificado de antecedente para fines especiales, que se obtiene en el Registro Civil e Identificación.

c) No encontrarse inhabilitado/a para trabajar con menores de edad. La ley 20.594, en el artículo 1º número 3, crea el registro inhabilitación para trabajar con menores de edad. Quien contratará una persona para trabajar con menores debe revisar el registro, para constatar que la persona a contratar no está incorporada en dicho registro se hace la revisión en línea en la página WEB del registro Civil e

Identificación.

d) Idoneidad Técnica: La Contraloría General de la República ha instruido mediante dictamen 002769N de 2019, que las personas que realizan la función de asistente técnico en contexto del PIE, en un establecimiento educacional debe contar con título de Técnico, de Nivel Medio o de Nivel Superior.

e) Dar cumplimiento a los reglamentos internos del establecimiento educacional, en lo tocante a su función”.

De lo anterior fluye que, la normativa reglamentaria existente sobre el particular no prohíbe la figura sobre la que pivota la presente acción tutelar de emergencia y lo deja –cumpliéndose ciertos requisitos— al acuerdo entre el respectivo establecimiento y los apoderados.

Sobre lo traído a colación, de los antecedentes del recurso, no fluye que la psicopedagoga Quinteros incumpla alguna de las condiciones requeridas para su ingreso.

8º) Que la respuesta negativa de la recurrida nos obliga a examinar sus fundamentos, teniendo en miras que, durante el año 2023, el establecimiento recurrido permitió el ingreso y asistencia de la tutora sombra de la niña de autos.

En efecto señala la recurrida que “la institución se encuentra preocupada por la falta de monitoreo y evaluación de las actividades desarrolladas por la tutora en cuestión, pues esta no es parte del personal contratado por la institución educativa, indicando que durante el año 2023, su labor fue desproporcionadamente desvirtuada, convirtiéndose en una profesional de la cual no se podía hablar ni informar sobre el estado de la menor al colegio por los canales oficiales los cuales son usados por el programa PIE, aspecto normal de una dinámica escolar.

Agrega que siempre se le indico a la recurrente los motivos del rechazo de la tutora: en primer término por la falta de lineamientos claros respecto a la utilización de ella en las dependencias de un

establecimiento educacional, partiendo por la decisión del Ministerio de Educación de dejar sin efecto la ordenanza N° 5/ 1698 del 8 de septiembre del 2023 que regulaba la contratación de tutores por parte del colegio, esto mediante la ordenanza N° 5/36 del 9 de enero del 2024 en la que en definitiva indica que han decidido estudiar y analizar nuevamente las orientaciones emitidas sobre la materia tutores-sombra, su utilización y el pago de estos”

Respecto de lo anterior, es posible señalar que, en la respuesta del Coordinador Regional del Departamento de Educación, hizo llegar a la actora se contienen los lineamientos mínimos a fin de que sea viable el acompañamiento co-educativo de la niña de autos y por lo demás, no se vislumbra el impedimento para que el establecimiento educacional, teniendo presente el interés superior de la niña de autos y la regulación legal actual del trastorno del espectro autista, norme la intervención del llamado tutor sombra.

9º) Además, a continuación, señala el Liceo que la decisión que se cuestiona por la vía de esta tutela ha obedecido a la decisión de fortalecer el equipo PIE, no obstante, este argumento puede ser calificado de falaz, por cuanto el fortalecimiento de tal equipo no se contrapone a la asistencia de la tutora sombra denegada o, al menos, no se ha explicado cómo se contrapone o anula. La circunstancia de existir 3 alumnas del espectro autista en la sala de clase compuesta por 40 alumnas, al contrario, justificaría la necesidad de una profesional psicopedagoga como la tutora sombra, que pueda fortalecer el proceso educativo, pues las limitaciones físicas de una docente haciéndose cargo de 40 niños y niñas, impedirían concentrarse en Emma y sus especiales requerimientos

Lo anterior debe ser reflexionado a la luz de lo que previene la ley 21.545 que Establece la Promoción de la Inclusión, la Atención Integral, y la Protección de los Derechos de las Personas con Trastorno del Espectro Autista en el Ámbito Social, de Salud y Educación, la que en su artículo 18, en lo pertinente, prescribe “Sistema educativo. Es deber del Estado asegurar a todos los niños, niñas, adolescentes y personas adultas una educación inclusiva de calidad y promover que se generen las condiciones necesarias para el acceso, participación, permanencia y progreso de los y las estudiantes, según sea su interés superior.

Esto implica que el Estado resguardará que los niños, niñas, adolescentes y personas adultas con

trastorno del espectro autista accedan sin discriminación arbitraria a los establecimientos públicos y privados del sistema educativo.

Los establecimientos educacionales velarán por el desarrollo de comunidades educativas inclusivas. Asimismo, efectuarán los ajustes necesarios en sus reglamentos y procedimientos internos, que consideren la diversidad de sus estudiantes y permitan el abordaje de desregulaciones emocionales y conductuales” (el énfasis es agregado).

Por su parte la ley 20.422 que Establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, señala en su artículo 9 inc. 2º que “Asimismo, el Estado adoptará las acciones conducentes a asegurar a los niños con discapacidad el pleno goce y ejercicio de sus derechos, en especial el respeto a su dignidad, el derecho a ser parte de una familia y a mantener su fertilidad, en condiciones de igualdad con las demás personas”.

10º) Argumenta la recurrida señalando que “en términos normativos la figura de tutor sombra para un o una estudiante en particular no está contemplada entre los recursos humanos posibles de contratar con los recursos asociados a subvención de educación especial, subvención que cubre la exigencia de horas de profesionales mínimas para dar los apoyos. Esto porque los profesionales que se contratan para implementar la modalidad de educación especial (Programas de integración escolar, escuelas especiales de discapacidad) conforman un equipo multiprofesional (quienes conforman el equipo de aula) que brinda apoyos especializados. Sin embargo, estos apoyos se deben distinguir según la intensidad requerida y no corresponden a una labor de asistencia permanente durante todos los momentos de la jornada escolar, por ejemplo, a un estudiante con discapacidad motora se le pueden dar apoyos para desplazarse o para resolver algunas de sus necesidades personales de alimentación o rutinas de baño. Los estudiantes que presentan necesidades educativas especiales de carácter permanente podrían requerir más o menos horas de apoyo, o necesidad de apoyo individual (por ejemplo, para la alimentación o muda)”.

A la par señala que se ha podido observar que la tutoría en cuestión más que ser un apoyo pedagógico

y terapéutico necesario, a largo plazo asume a un rol prácticamente de cuidadora, actuando a modo de contención de la alumna, para que ésta no “interfiera” ni “perjudique” al normal desarrollo de la clase, es decir, invisibilizando a la niña y a sus necesidades educativas reales, pudiendo ser cómodo para todos a su alrededor pero no necesariamente beneficioso para la alumna, la que puede volverse presa al estar siempre vigilada, monitoreada y controlada volviendo incluso dependientes a las familias quienes en algunos casos no pueden desarrollar pautas de crianza o interacción positivas coordinada con el colegio.

Lo anterior no pasa de ser una opinión sobre el caso particular de Emma, sin mayor sustento que los pareceres de quien informa y que se desentiende de las características y requerimientos propios de la niña de autos, pues estas pueden ser muy variadas y diferentes, toda vez que está afectada por una condición parte de un espectro amplio que reconoce intensidades y matices. Por otra parte, lo afirmado en el informe, contrasta con aquello que tanto la psiquiatra como la psicóloga tratantes, han relevado en cuanto a los beneficios que reporta para Emma la asistencia de la tutora sombra y lo nocivo de su supresión.

11º) Si el establecimiento recurrido estimó que su actuar estaba justificado, debió esgrimir poderosas razones que lo blindaran frente al escrutinio que es posible realizar, teniendo en miras que lo que está en juego es el interés superior de la niña de autos y la posibilidad de que alcance su mayor y pleno desarrollo.

Entonces, es posible calificar la actuación de la recurrida como carente de razones que justifican su actuar, lo que importa que se ha configurado en la especie la arbitrariedad que –indirectamente— le es atribuida en el libelo pretensor, entendiéndose por tal “aquel acto que denota una desproporción entre los motivos y el fin a alcanzar, una ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objeto a obtener o inexistencia de hechos que fundamenten un actuar, lo que pugna con la lógica y la recta razón” o “un acto es arbitrario cuando no existe razón que lo fundamente, el arbitrio no es sino la voluntad no gobernada por la razón sino por un impulso instintivo o por una idea o propósito sin motivación aparente, fuera de las reglas ordinarias y comunes. Para que haya arbitrariedad debe

haber, entonces, carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos el o la finalidad a alcanzar...” (Henríquez, M. Acción de protección, Der, 2018, pp. 15-16).

12º) Si el actuar de la recurrida materia del presente recurso ha resultado carente de razones que lo justifiquen, como se aprecia de las respuestas dadas a la actora y teniendo presente la situación vital de la niña de autos, la negativa que se reprocha por la presente vía ha tenido un componente discriminatorio según se dirá.

Por otra parte, lo hasta acá afirmado puede ser vinculado con el concepto de categorías sospechosas, pues la diferenciación sustentada en algunas de dichas categorías a que alude el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, solo puede tener cabida si está basada en poderosas razones que así lo habiliten. En efecto el artículo 1º de la Convención reza: “Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Se entiende “por categorías sospechosas aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, tales como la raza, el sexo y la religión, y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria. Tal y como su nombre indica, el empleo de tales categorías resulta “sospechoso” per se en razón de una probable discriminación” (Díaz de Valdés, José Manuel. “Las categorías sospechosas en el derecho chileno” en Revista de Derecho PUCV, 1er semestre, 2018, p. 190).

Entonces, estando en presencia de una de estas categorías como ocurre en el caso en análisis –niña con discapacidad perteneciente al espectro autista-, ello imprime una alta exigencia argumentativa en quien recae la sospecha a fin de eliminar toda sombra de discriminación en su actuar, por lo que se ha

señalado: “¿Sospechar qué? Que se encuentra frente a una discriminación arbitraria. Por lo mismo, para permitir la vigencia de tal distinción, se le exige alcanzar un alto nivel de convencimiento de que no es arbitraria. En otras palabras, la utilización de la categoría debe justificarse en forma particularmente convincente de forma de despejar la sospecha que provoca per se” (Díaz de Valdés, J. op. cit. p. 193).

13º) En el plano interno la prohibición de discriminación en base a la discapacidad, está recogida en la ley 20.609, que en su artículo 2º hace alusión a estas categorías indicando: “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 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.

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 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.

A su turno, la ley 20.422 que establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, señala en su artículo 6 que “Para los efectos de esta ley, se entiende por:

a) Discriminación: Toda distinción, exclusión, segregación o restricción arbitraria fundada en la discapacidad, y cuyo fin o efecto sea la privación, perturbación o amenaza en el goce o ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico”.

14º) Por otra parte e imbricado con el tema que nos ocupa, el contenido del interés superior del niño y de la niña se puede articular señalando que se refiere a una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño/a o grupo de niños/as (Guía para la evaluación y determinación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en casos de medidas de protección especialmente vinculadas al cuidado alternativo, UNICEF, 2022, p. 5).

Por su parte la jurisprudencia ha señalado que “(...) en estas materias cabe considerar como una regla de interpretación el interés superior del niño y, aun cuando el concepto es jurídicamente indeterminado, puede afirmarse que alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores niños, niñas y adolescentes, y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad” (SCS Rol 1.384.2008 de 14 de abril de 2008).

Por su parte la citada ley 20.422 prescribe en su artículo 10 que: “En toda actividad relacionada con niños con discapacidad, se considerará en forma primordial la protección de sus intereses superiores”.

15º) Del modo indicado, no se vislumbran razones justificadas que avalen la negativa que mediante la acción tutelar de protección se reprocha a la recurrida, por lo que asistimos a un actuar carente de razonabilidad, que a su turno conculca las garantías enarboladas por la actora, esto es, la integridad física y psicológica de la niña protegida, a la par que su derecho a no ser discriminada, previstos en el artículo 19 ordinales 1 y 2 de la Constitución Política de la República, por lo que el arbitrio intentado deberá necesariamente ser acogido.

Y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, se resuelve que SE ACOGE, sin costas, la acción constitucional de protección deducida por Julio Landaeta Pastene en representación de Anitza Basic Álvarez a su turno, en representación de su hija Emma Núñez Basic, en contra del Liceo Sagrado Corazón de Copiapó, representado por Manuel Gajardo Espejo y se dispone que el referido establecimiento educacional permitirá la asistencia en aula, de la “tutora sombra” de la niña, la psicopedagoga Constanza Quinteros Ramírez o quien efectúe dicho rol, debiendo esta cumplir las prescripciones establecidas por el Ministerio de Educación y siempre que el interés superior de la niña de autos lo demande.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Déjese sin efecto la orden de no innovar decretada, en su oportunidad.

Redacción de la ministra señora Marcela Paz Araya Novoa.

N°Protección-207-2024.