

Sentencia Nº 174/2017

Montevideo, 22 de diciembre 2017.-

VISTOS:

Para resolución, estos autos caratulados: "B [REDACTED] K [REDACTED], Horacio y otro c/ Colegio S [REDACTED] M [REDACTED]" -Acción de Amparo"- Ficha, 2-55932/2017.-

RESULTANDO:

1.- Que con fecha 18.12.2017 se deduce acción de amparo conforme la ley 16011 y artículo 195 del CNA. La acción es admitida y por tanto se provee el auto 5748/2017 a fojas 58, ordenándose la sustanciación de la pretensión instaurada. Asimismo se dicta la providencia de mero trámite 5760/17 a fojas 60.-

2.- Que surge de obrados que en acta a fojas 107 a 109. la parte demandada realiza sus descargos en audiencia conforme el artículo 6º de la Ley 16.011, siendo que posteriormente se cumplen las etapas previstas en el artículo 341 del C.G.P., determinándose el objeto del proceso y de la prueba.-

3.- Que la prueba resulta totalmente diligenciada en audiencia a fojas 109 a 148, siendo que la parte actora solicita alegar en el día 22/12/2017, a lo cual no se opone la accionada y el Tribunal accede a los solicitado. Asimismo la demandada presentó sus alegatos en la finalización de la audiencia complementaria de testigos. Se fija fecha de audiencia de lectura de sentencia definitiva para el día 22.12.2017 a las 13.00 horas, quedando las partes notificadas conforme el artículo 76 del

C.G.P.-

CONSIDERANDO:

I) Pretensión de la parte actora.-

La parte actora en lo medular de su exposición a fojas 51 vto. a 52 vto. expresa que: "...en conclusión una repetición en 4to.año, simplemente hoy, es violatoria de la trayectoria educativa del alumno. En tal sentido es ilícita."..."el art. 1 del Acta n° 119 resolución n° 7 de fecha 14/11/2017 establece que la decisión de promoción es competencia del maestro de clase, el que para adoptarla utilizará información proveniente de diferentes ámbitos, entre los que se incluye a la Dirección escolar, maestro de apoyo, maestro comunitario, psicólogos y asistentes sociales, según el caso así como el asesoramiento y orientación correspondiente al ámbito de la supervisión. Esto es, no es una decisión arbitraria adoptada por la maestra, por sí y ante sí, sino que debe tener presentes todos los informes técnicos que sean pertinentes. Tengamos en claro que en el caso de Antonella, todos los informes técnicos fueron dejados de lado y en ningún caso se tuvo en cuenta la opinión de los técnicos, ni de la neuropediatra tratante. Surge, nuevamente palmaria la ilicitud de la decisión"..."no es necesario ser demasiado suspicaz para entender que el castigar a [REDACTED] con la repetición, en realidad es una invitación poco elegante a cambiar de colegio..."..." en conclusión lo inconsulto y la forma de comunicarlo ha solo diez días del final del curso, termina también configurando una ilícita colculcación del derecho. No es posible, que no exista otra forma de adoptar semejante decisión y poner en conocimiento de sus

padres esta decisión"...

II) Defensa de la parte demandada.-

La parte accionada al ser oída en audiencia conforme el artículo 6 de la Ley 16.011, manifestó en lo medular de su exposición en acta [REDACTED] de fs.107 a .108 que: ..."rechazamos en todos sus terminos la accion impetrada por entender que mi representada no vulnerò en ninguna oportunidad el derecho a la educación y menor aún la trayectoria educativa de la niña A [REDACTED] E [REDACTED]. El colegio realizo desde el ingreso d ella memnor a la Institucion las adecuaciones necesarias para ayudar a la niña en sus dificultades Y solicito los apoyos necesarios a los tecnicos externos que trabajaron con la niña para formular juntos una propuesta favorable a ella. La Institucion reconoce los avances que la menor logró en algunos aspectos, pero estos avances son comparables y medibles dentro de su propio proceso, lo que no quiere decir que no continúe siendo muuy descendido su nivel respecto al nivel del grado que cursa. El colegio entiende que sería muy favorable apra ella recurrar 4to año, para que logre afianzar las estrategias adeuiridas y adquirir los conocimientos necesarios y la madurez cognitiva que le permitan encarar las exigencias de un nivel superior. La parte accionada solicita en este estado se agregue como parte de su defensa prueba documental, siendo en todo lo demás se remite a la prueba solicitada por la contraria".

III) Marco normativo aplicable.-

III.1) Que la acción de amparo regulada por la ley 16011 establece claramente cual es el marco de aplicación en nuestro

derecho del instituto en estudio a los efectos de evitar su uso en forma abusiva o indiscriminada.- Es así que se trata de un instituto de carácter excepcional, residual y sobre todo reservado para las delicadas y extremas situaciones en las que por falta de otros medios legales peligra ciertamente la salvaguarda de los derechos fundamentales (Conf. Sagues Néstor Pedro; Acción de Amparo, editorial Buenos Aires, página 166 y siguientes.).

III.2) Que por tanto la acción de amparo necesariamente requiere un manejo equilibrado y ponderado de la misma a los efectos de no decidir por un procedimiento sumarísimo cuestiones susceptibles de mayor análisis y debate; en definitiva no decidir situaciones que corresponde sean sustanciadas por los procedimientos ordinarios respectivos.- "Es claro que los presupuestos sustanciales del accionamiento deben calificarse previamente, habida cuenta que por su esencia y por ser un remedio extraordinario, de carácter excepcional y restrictivo, el amparo sólo es procedente en los casos en que de modo preciso y manifiesto se acredite la restricción ilegal de los derechos individuales establecidos en la Constitución, o una amenaza inminente que aquello pueda razonablemente ocurrir, y cuando no exista en los procedimientos administrativos o judiciales normales la vía necesaria de protección que permitiera obtener el mismo resultado" (R.U.D.P. 1-2/2009, Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal 2007 - 2008, caso 420).

III.3) Que debe tratarse de un hecho, acto u omisión que lesione, restrinja, altere, amenace o vulnere en forma actual o inminente cualquiera de los derechos o libertades consagrados en

el artículo 72 de la Constitución de la República con ilegitimidad manifiesta.- Asimismo que no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado o que existiendo sean ineficaces.- Ahora bien, qué es lo que se entiende por ilegitimidad manifiesta y cuándo puede establecerse ciertamente que una vía jurídica ya sea judicial o administrativa es ineficaz; qué elementos o circunstancias inciden o no para dicha calificación de ineficacia en la protección del derecho o libertad reconocido constitucionalmente.- Es así que "para que el amparo proceda no es suficiente con la existencia de un acto, hecho u omisión que lesione o amenace lesionar un derecho o libertad constitucional. Es necesario además acreditar que ese acto, hecho u omisión es manifiestamente ilegítimo" (Luis Alberto Viera, Graciela Bello, Selva Klett y Graciela Berro; "Ley de Amparo"; edición mayo 1993, página 16,).- Salvo ciertos derechos, todo derecho o libertad puede ser limitado por razones de interés general, ya sea por una ley o por un decreto del Gobierno Departamental que tenga fuerza de ley en su jurisdicción.- "Los actos cumplidos por la Administración en cumplimiento de tales leyes o decretos con fuerza de ley son legítimos aunque afecten un derecho o libertad constitucional" (op. cit. Página 16).- En el caso concreto de autos se debe partir de la base que existe un acto emanado de un particular que lesiona y restringe un derecho consagrado en la constitución, dicho derecho evidentemente es el derecho a la educación, el más básico a los efectos de alcanzar un desarrollo pleno de la persona humana. La piedra angular se encuentra en establecer ciertamente si existió o no "ilegitimidad

manifiesta" en la emanación del acto por el cual la institución educativa hizo saber a la parte actora que A [REDACTED] repetiría 4º año de escuela.

IV) Análisis de la prueba y conclusiones.-

IV.1) Del informativo testimonial diligenciado a fojas 109 a 148 puede destacarse lo expresado por los siguientes testigos; a) el testigo a foja fs. 109-110, A [REDACTED] C [REDACTED] expresa que; ..."La promoción de la niña los años anteriores, sé que fue una promoción bajo lo que el colegio lo denomina "especial", lo que me generaba mis dudas porque como docente no entendía el "proceso", cuando yo me enfrente con al niña al 2017, una niña con un alto potencial cognitivo, requesa de vocabulario superior a su edad, fortaleza, vervbal superior y adquiria conocimientos con mucha facilidad. Las fallas que encontrè no eran conceptuales, sino mas bien debido a una dificultad atencional. b) el testigo I [REDACTED] R [REDACTED] a fojas 116 a 117 expresa que; ..."el ritmo es un poco descendido en antonella, es sin perjuicio de su alto nivel cognitivo o académico? Manifiesta que si. ion que es un tema de ritmo el de la niña, pero no en cuanto a su capacidad mental, a Ud. como profesional, le llamo la atencion la no promocion de la niña a 5to. año ? Expresa que si le llamo la atencion.

-Por que le llamo la atencion ?. Hay todo un trabajo de base de trabajo de A [REDACTED], no es que no sepa sino los ritmos.

Desde la institucion integra he supervisado su desenvolvimiento, la motricidad fina y he enviado pautas al colegio en dos oportunidades, me llamo la atencion porque la niña ha tenido un

compromiso y un esfuerzo bastante grande en lo emocional, que una repetición informándosela en noviembre me pareció no oportuna, por su autoestima por repetir, teniendo una base de dificultad que se puede ir acompañando con la estimulación, los tratamientos.

creo que es la Institución educativa la que debe acompañar los ritmos y tiempos de aprendizaje del niño y no a la inversa.

Ud. cree que el Colegio S. M., lejos de adaptarse al ritmo de la niña, trató de adaptar a la niña al ritmo de la Institución ? Expresa que cree que no pudieron visualizar los progresos de [REDACTED] al dejarla repetidora.

La parte actora, exhibe documento de fs. 4 a efectos que reconozca contenido y firma del mismo, quien expresa el contenido y la firma.

Cual fue la actitud de la familia de la niña frente a la dificultad de la niña ? Son padres muy presentes y preocupados, siempre absorbiendo todas las indicaciones que le hemos dado en el ámbito clínico.

La evaluación que realizó de la niña, presenta algún problema cognitivo ? . Expresa que no tiene problemas en el área cognoscitiva, sino que presenta un trastorno de la coordinación motriz (cielo).

Participo de la decisión que la niña utilizara una tablet ? Expresa que es parte de un instrumento que utilizan para visualizar el problema de la escritura, porque es más fácil escribir en la tablet...", c) el testigo [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

expresa a fs. 121 que "El ritmo de trabajo lento puede ser consecuencia directa o indirecta del déficit atencional ? . Expresa que para ella no. No sabemos si tiene déficit atencional porque no

estrà diagnosticada, lo que ella tiene es problemas con la motricidad y ella sabe compensar muy bien con otras cualidades. según su conocimiento, el problema mas relevante de la niña es la motricidad? Dice que si. Asimismo la niña poses un buen nivel intelectual y una excelente expresion oral"...d), E [REDACTED] C [REDACTED] manifiesta a fs. 125 : "Considera que el abordaje que se hizo en el colegio S [REDACTED] M [REDACTED] respecto de su hija fue inadecuado ? Contesta que si.

Considera por la experiencia que tiene y que acaba de quedar transcripta, que A [REDACTED] igualmente tuvo un mal abordaje ?. Contesta que si, no tiene ninguna duda.

Como lo sabe respecto de A [REDACTED] ?. Lo se porque es amiga de mi hija y l a conozco desde los tres años. A [REDACTED] la veo que cae en una progresiva tristeza y baja autoestima a pesar del entorno familiar que tiene. Lo que me llevan a pensar a un mal aborgaje y maltrato de colegio.

La niña està totalemtne integrada a sus padres cultural y emocionalmente.

Desde su visión, porque piensa que a Antonella se le hace repetir el año ?. Contesta que un maestro puede dejar repetidor a un alumno cunado trabajò y agotò todos los abordaajes con el niño. Cuando el maestro no se responsabiliza de un curso y respetar los derechos emocionales y psicologicos d euin niño notiene autoridad para ello."...

e) el testigo P [REDACTED] C [REDACTED] expresa a fs. 134, "La institucion, como compenso la problemática de la motricidad que presentaba la niña ?. El uso de notebook teniendo presente su historia, la maestra solictia a la psicomotricista que fuera a verla al aula. No recuerdo cuando se empezó a utilizar la tablet.

Por que no se instrumentò el uso de tablet en los años anteriores ? Su dispraxia no es limitante. Su limitante es la falta de conceptos de adquirir su aprendizaje. La maestra todo el año adecuò.

El 8/12/2012 aparece un deficit atencional la neuro pediatra tratante externa. Su aprendizaje se comprometió porque hay dispersion y baja tolerancia a los aprendizajes y esa dispersion no le permite aprender.", f) L [REDACTED] G [REDACTED], la testigo a fs, 140 expresa que : "...Expresa que fue elaborada posteriormente a que se le comunicara a la madre de la repeticion de la menor, fue el 06 de diciembre 2017. la dispersion de la menor consiste en conversar con los compañeros, llamarle la atención al respecto, estaba sentada delante y se levantaba preguntaba algo y cuando volvia al asiento retornaba con la testigo porque se olvidaba de la respuesta, su atención estaba en otras cosas y le costaba focalizarse en las tareas, eso no afectaba la dinamica de la clase. Al final del año se realizan pruebas en matemáticas y lengua, y los resultados de la menor fueron en lengua, se hicieron dos comprensiones lectoras distintas, se hizo una especial para dislexicos y la logró hacer bien, la de lectura la realizó bien, la de escritura fue limitada, se hicieron dos también, se hicieron en la pc. hizo un parrafo y le pidió ayuda para terminar la

historia, cuando vino la psicopedagoga le dijo que hicieran otra prueba o trabajo para que la menor describiera lo que veia en imagenes, no se evaluo tema de ortografia, por su condición, en la oralidad que es su fuerte le fue mejor, en matemáticas se hizo un trabajo, donde anteriormente se le había complicado, hizo el de 4 cifras bien pero no el de 6 cifras, dictado lo hizo bien, operaciones no lo había logrado a pesar de ser diferentes los ejercicios con respecto a sus compañeros, se busco ejercicios acordes y no los logró hacer, confunde el sentido de las operaciones, en los razonamientos algunos resolvió otros no, les cuestan. Las pruebas se le entregaron a la madre en su mayoría, estan pegadas en su cuaderno, quizas las ultimas no. Ella decidió no promover a la menor por todo el proceso del año, a pesar de que puede aprender tiene diferencias que debe subsanar antes de seguir avanzando, prefiere que se tome el año que viene para tener tiempo para reafirmar los conocimientos y perfeccionar el uso de la tecnologia, era mejor la pc que la tablet, para buscar e implementar mejores estrategias para su aprendizaje y por eso es necesario ese año, y para que la menor tuviera otros tratamientos, la sumatoria de todo esto es el motivo de que se necesitara un año mas. expresa que llego a la conclusion en el mes de noviembre luego de terminar las evaluaciones, se hizo una reunión de docentes, y con la Directora se habló que era lo mas conveniente, se habló con la psicopedagoga"..., g) el testigo I [REDACTED] V [REDACTED] a fs. 146 expresa que: " por la parte actora si Ud. tuvo alguna reunion con los padres de A [REDACTED] sobre su recursación ? Me solicitaron una entrevista los padres y se la concedi. El

contenido de la reunion fue que me venian a replantear la repeticion de la hija y su sorpresa sobre ello. Y yo les dije que iba a averiguar si lo que ellos me decian era cierto o no. El padre mosstraba una desconformidad muy grande y anunciaiba una retirada del colegio de la niña. Era muy importante que cualquiera fuera la decision que yo tomara es muy importante que el padre tome esa decisión, sea una decision en la cual esté fuertemente implicado. Yo le comunique que confiaba plenamente en lso equipos de trabajo del colegio e iba a consultar con la inspectora correspondiente para que tomara cartas en el asunto. Yo no iba a tomar otra decision en contra de los padres y las autoridades de primaria. No està dentro de mi competencia en terminos oficiales. Para el sisteme oficial no existo, el que se hace responsable de la decision es de la inspectora de primaria. El director general no es un mero observador, tengo un poder moral, tengo autoridad simbolica la que encausa dirige y decide pero con respecto a lo global del colegio no para los seectores. Considera que desde el colegio se trato de que los padres aceptaran la repeticion de su hija ? Si, sin duda. A [REDACTED] es una de las pocas alumnas que conozco por el nombre." ... A todo ello se adicionan los informes agregados por la parte actora destacándose lo informado a fs. 9 y 10 en cuanto expresa que: ..." A [REDACTED] es una niña de 8 años que se encuentra cursando tercer año escolar. Se presenta como una niña extrovertida, amable al trato, con buenas habilidades comunicativas y sociales. Su ritmo de trabajo en general es lento. Presenta buenas habilidades metacognitivas y se la observa motivada en gran parte de las propuestas presentadas" ... " A

nivel atencional evidenciamos que la alumna presenta una velocidad de procesamiento normal con buen dominio de la atención selectiva y sostenida. En tanto su control atencional y precisión de búsqueda visual es bueno, con un adecuado control inhibitorio y flexibilidad cognitiva." ... " A nivel de los procesos semánticos constatamos que los mismos representan una fortaleza, tanto en la oralidad, como en la comprensión y composición textual."

IV.2) Doctrina y jurisprudencia han puesto de manifiesto como viene de decirse, que la acción de amparo se caracteriza por ser un medio extraordinario, residual, subsidiario, orientado y programado a los efectos de proteger derechos expresa o implícitamente reconocidos por la Constitución, y contra los cuales se dictan actos, hechos, o existen omisiones de las autoridades estatales, así como particulares que lesionan o restringen con manifiesta ilegitimidad los derechos consagrados en los artículos 7, 72 y 332 de la carta.

IV.3) Por esencia, y por ser un remedio extraordinario y por tanto de carácter excepcional y restrictivo, el amparo sólo es procedente en los casos en que de un modo claro, preciso y manifiesto se acredite la restricción ilegal de los derechos individuales establecidos en la Constitución de la República.

IV.4) Del examen y ponderación de la prueba recepcionada en el caso concreto de autos, este sentenciante entiende que existen elementos indiciarios firmes y coherentes que analizados a la luz de la sana crítica permiten concluir que efectivamente se arribó a una decisión clara y manifiestamente ilegítima que afecta el derecho de A [REDACTED] a la educación, pero no en cuanto a su

acceso a la misma, sino que se afectó un derecho intrínseco aún más esencial de todo niño o adolescente que es la razonable expectativa de seguir avanzando en su educación y preparación, con una flagrante violación a lo recomendado en el artículo 1 de la Acta Ext. N° 119, Resolución N° 7, de fecha 14 de noviembre de 2017. Esa expectativa es la que por encima de todas las cosas ha sido afectada en tanto y en cuanto no surge elemento alguno que permita concluir que la menor A [REDACTED] se encuentra incapacitada de hacer frente a 5° año escolar. En efecto y en la especie, resulta ser inaceptable y discriminatorio afirmar de antemano que la niña no podrá enfrentar 5° año escolar, por su historial, sin permitirle poder razonablemente demostrar lo contrario. El déficit atencional de A [REDACTED], y cierto grado de dificultad motriz, no puede ser utilizado como lo hace la institución para impedir que la niña avance en su educación escolar. Es la propia institución "Colegio S [REDACTED] M [REDACTED]" que debe hacer una autocritica en cuanto a que el niño no debe estar al ritmo que le marque la institución, sino esta última es la que debe implementar un abordaje adecuado para estar al ritmo del niño o adolescente que presente cierta problematica atencional y/o de motricidad. Dicho extremo no fue cumplido por el "Colegio S [REDACTED] M [REDACTED]", y como consecuencia de su accionar equivocado se quiere responsabilizar a la menor de autos haciendola repetir el año. No resulta ser un capricho de los padres en tanto y en cuanto todos los informes de la Clinica "Centro de Atención a las Dificultades del Aprendizaje", agregados a fs 4 a 10 son contestes en afirmar que A [REDACTED] posee el potencial suficiente para enfrentar un nuevo año. Entiende este

sentenciante que fue la institución "Colegio S [REDACTED] M [REDACTED]" la que no logró abordar adecuadamente el referido potencial de A [REDACTED] y en consecuencia desarrollarlo. No se puede someter a un niño a una frustración tan grande como lo es la repetición, cuando la verdadera carencia fue de la propia institución en no saber enfrentar adecuadamente la problemática de A [REDACTED]. Evidentemente se afectó un derecho esencial que va más allá del acceso a la educación, esto es, el derecho legítimo de todo niño en cuanto a que su esfuerzo escolar pueda lograr ser coronado con el avance en su carrera educativa y en definitiva, que no se le prive anticipadamente (ilegitimidad manifiesta) de su legítimo derecho a la razonable probabilidad y/o posibilidad de hacer frente a un nuevo año escolar. La limitante en cuanto a la motricidad para la escritura y cierto grado de déficit atencional no son a juicio de este decisor razones valederas para no ser promovida, máxime si se tiene en consideración que desde la oralidad la menor en cuestión compensa su limitación en la escritura.

Por los fundamentos expuestos, FALLO: Haciendo lugar a la demanda impetrada y en consecuencia deberá disponerse que la niña A [REDACTED] sea promovida a 5º año escolar; oficiándose en la forma solicitada en el petitorio III y a la Autoridad de Educación Primaria que corresponda. Todo ello de conformidad con los considerandos correspondientes.- Ejecutoriada o consentida, cúmplase, expídase testimonio en caso de ser solicitado, comuníquese, procédase con los desgloses que se solicitaren, si correspondiere y oportunamente archívese con las formas de

estilo.-

Dr. Gerardo Alvarez Escursell.-

Juez Letrado.-