

C.A. de Temuco

Temuco, veintitrés de abril de dos mil doce .

VISTOS:

Que a fojas 1 se presenta doña SOFIA VIVES CONTARDO, dueña de casa, domiciliada en la ciudad de Temuco, calle Los Pastores N° 1615, interponiendo recurso de protección en contra de la ESCUELA HOSPITALARIA CONILE, persona jurídica de Derecho Privado, representada por doña Angélica Espinoza Cerda, ignora profesión u oficio, y en contra de ésta personalmente, ambos con domicilio en la ciudad de Temuco, calle Blanco N° 527 y en contra de la SECRETARIA MINISTERIAL DE EDUCACIÓN, representada por el Señor Seremi de Educación don EDUARDO ZERENÉ BUAMSCHA, domiciliados en calle Claro Solar N° 1075, Temuco, fundada en que es la mamá de **Felipe Andrés Díaz Vives**, quién actualmente tiene 14 años de edad, y quien en el período de recién nacido, evoluciona con **Síndrome Hipotónico**, Síndrome de **Distres Respiratorio** y **Apneas** por lo que es conectado a **Ventilación Mecánica** por 3 días. A los **25 días** de vida se realiza **gastrostomía** y **cirugía antireflujo gastroesofágico**. A los **dos días de esta cirugía** es **reintervenido** por cuadro de **obstrucción intestinal**. Su **evolución es tórpida** debido a hipotonía generalizada presentando **episodios recurrentes de bronconeumonias, atelectasias e insuficiencia respiratoria**. En octubre de **1998**, Felipe Andrés **desarrolla bronconeumonía bilateral severa** que lo tuvo en estado de extrema gravedad **conectado a ventilación** mecánica en la UCI pediátrica del Hospital Regional de Temuco. El cuadro **infeccioso es resuelto favorablemente**, pero por su condición neurológica e hipotónica Felipe Andrés **no fue capaz de salir del apoyo ventilatorio**. Por tal razón, **en noviembre de ese mismo año** fue sometido a una **traqueotomía** ya que necesita apoyo **ventilatorio permanente**, condición con la cual **se derivó a su domicilio** (marzo 1999), y en la cual

permanece actualmente, bajo el régimen de hospitalización domiciliaria.

Agrega, que no obstante ello, ha experimentado una positiva evolución de sus complicaciones neuromotoras y respiratorias, gracias a una planificación y ejecución de tratamientos responsables por parte de un equipo profesional multidisciplinario que tiene a su cargo el régimen de hospitalización domiciliaria, permitiendo que estudiara en la Escuela Hospitalaria CONILE, donde actualmente cursa en forma exitosa octavo básico, a punto de egresar entonces desde la enseñanza básica, donde ha sido feliz y se ha desarrollado en su parte intelectual a pesar de todas sus carencias físicas.

Sin embargo, señala, con fecha 9 de noviembre, la Directora de la referida escuela envía una comunicación donde sin motivo alguno señala que se dejará de otorgar los servicios educacionales a su hijo, sin que se advierta cuál es la causa que motiva dicho término. A su juicio, el actuar de la escuela recurrida y de su directora, constituye una actitud arbitraria, abusiva, imparcial y egoísta, ya que Felipe Andrés no puede ser cambiado a cualquier colegio y, hasta donde entienden, no hay otros establecimientos en la ciudad de Temuco que impartan educación a personas con discapacidad. Además no hay razones para que después de casi ocho años de prestación de servicios ininterrumpidos los recurridos quieran “*manu militari*” dejar de prestar los servicios educacionales de su hijo.

Agrega que cualquier decisión que tome la Escuela recurrida con relación a estos temas debe ser motivada y fundada, lo que no ocurrió en este caso, motivación que tiene especial relevancia si se toma en cuenta que estamos en presencia de bienes jurídicos indisponibles, como lo es el derecho a la educación de su hijo.

Señala que los actos anteriormente descritos y atribuibles a la conducta arbitraria e ilegal de los recurridos, infringen y vulneran las

garantías aseguradas por los N°s 2 y 24, del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, esto es, la no discriminación arbitraria y el derecho de propiedad, pues en efecto, se amenaza y se atenta contra su derecho a no ser discriminados, por cuanto la ausencia de motivos de la decisión de las recurridas, le hace razonar de que se está discriminando a su hijo atendido a sus limitaciones físicas, lo que constituye un típico caso de discriminación arbitraria.

Por otro lado, agrega, se atenta contra su derecho de propiedad, por cuanto goza ya del derecho incorporal a ser asistidos en los servicios educacionales por las recurridas.

Agrega que el accionar de los recurridos es ilegal puesto que infringe el artículo 1545 del Código Civil, que establece que todo contrato, como lo es el de educación, es una ley para las partes y no puede ser incumplido, modificado o dejado sin efecto sino por causas legales, siendo además arbitrario, puesto que se ejerce en forma antojadiza y sin guardar parámetro alguno de racionalidad, puesto que, unilateralmente, sin justificación alguna, y sin motivo aparente, intenta dejar de prestar los servicios educacionales señalados.

Pide, previa citas legales, acoger el recurso en todas sus partes declarando específicamente que se restablece el imperio del derecho y, sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar esta Corte, se ordene que no procede que el referido establecimiento deje de prestar los servicios educacionales que le imparte a su hijo, y que dichos servicios deberán seguir prestándose, con expresa condenación en costas de las recurridas.

A fojas 9, informa la recurrida Angélica Espinoza Cerda y agrega que lo hace además en errada representación de la Escuela Hospitalaria CONILE, señalando en primer lugar que carece de personería para representar a CONILE, por cuanto solo detenta la calidad de empleada de la referida, la propietaria de la escuela es una Sociedad Educacional, respecto de la que la informante carece de participación, y si bien el acto

recurrido fue suscrito por ella, lo hizo por mandato de su empleadora, y claramente ante las negativas del Ministerio de Educación a pagar el subsidio correspondiente por lo niños que reciben atención domiciliaria.

Señala además que el recurso es extemporáneo, por cuanto la recurrente ha tomado conocimiento del acto presuntamente ilegal desde comienzos del 2011 por medio de carta certificada enviada a su domicilio por parte del Ministerio de Educación, en que se le comunica formalmente que la atención educacional domiciliaria no podrá ser entregada por no haberse dictado el reglamento que consagran los artículos 14, 37, 45 y 5 transitorio de la Ley N° 20.422 sobre discapacidad.

En cuanto al fondo señaló que el Estado no ha dictado el reglamento que permita la aplicación de la atención educacional domiciliaria dispuesta en la Ley N° 20.422 y 20.201, consecuencia de lo que el Estado se ha negado a otorgar atención escolar domiciliaria, directa e indirectamente, a través del no pago de la respectiva subvención, agrega que CONILE es un ente educacional privado, que no percibe otros ingresos más que las subvenciones, enviando sistemáticamente al Ministerio de Educación requerimientos para entregar la atención educacional domiciliaria bajo el sistema de pago de subvenciones, sin embargo se niega por la ausencia del reglamento, procediendo en consecuencia sea rechazado el recurso y dirigido contra quien corresponde, señalando cual ha sido la cronología de misivas remitidas al Ministerio para tal objeto, desde 16 de noviembre de 2010 a 28 de julio de 2011, respondiéndose en todos ellos que mientras no se encuentre vigente el sistema no da derecho a subvención.

Finaliza señalando que el acto no es arbitrario por cuanto el acto obedece a la negativa respuesta otorgada que dio el Estado a todos los intentos de la recurrida para velar por los derechos de sus alumnos, debiendo haberse accionado contra el Estado, por otra parte señala que

tampoco es ilegal, por cuanto por razones ajenas a la voluntad de la recurrida no se ha dictado el reglamento en cuestión, lo que además le impide ejecutar la ley del contrato prevista en el artículo 1545 del Código Civil. Pide, previa, citas legales, el rechazo del recurso, con costas.

Que habiéndose ampliado el recurso por la recurrente, se ordenó informar al Ministerio de Educación, quien lo hizo a fojas 40, y luego de explicar en qué consiste un aula hospitalaria y las escuelas de igual naturaleza, señaló que la Escuela CONILE de la comuna de Temuco solicitó a la SEREMI a fines de 2010 que se estudiaran algunas modalidades de atención educativa que implementaban con algunos de sus alumnos, incluido el que funda este recurso, porque su criterio carecía de reglamentación, solicitud que fue remitida a la División de Educación General del Ministerio, respuesta que fue remitida mediante ordinario 855 de 12 de abril de 2011, y que en lo concreto informaba que la atención domiciliaria, es impartida en el domicilio de los alumnos la que entrará en vigencia una vez dictado el reglamento de la Ley N°20.422, mientras no entre en vigencia no genera subvención, reiterando su petición la escuela en junio de 2011, recibiendo la misma respuesta mediante ordinario 655 de 28 de julio de 2011.

A fojas 43 se ordenó traer los autos en relación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de protección ha sido instituido con el objeto de evitar las posibles consecuencias dañosas derivadas de actos u omisiones ilegales o arbitrarias que produzcan en el afectado una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales que se protegen con esta instancia jurisdiccional, con el objeto de restablecer el imperio del derecho y otorgar la debida protección al ofendido.

SEGUNDO: Que lo que motiva el presente recurso es la negativa de la Escuela Hospitalaria Conile a seguir otorgando servicios

educacionales al adolescente Felipe Díaz Vives, quien debido a que recién nacido padece de Síndrome Hipotónico, Síndrome de Distres Respiratorio y Apneas, debido a lo cual necesita apoyo ventilatorio permanente a partir del año 1998, por lo que requiere permanecer bajo el régimen de hospitalización domiciliaria.

Por su parte la recurrida Escuela Hospitalaria Conile expone que la decisión adoptada por esa institución obedece exclusivamente a la negativa del Ministerio de Educación a pagar el subsidio correspondiente por lo niños que reciben atención domiciliaria, argumentando la Seremi que el reglamento que permita la aplicación de la atención educacional domiciliaria dispuesta en la Ley N° 20.422 y 20.201, aún no se ha dictado y por ello no se puede otorgar la educación que el adolescente Felipe Días Vives necesita, señala que el acto no es arbitrario por cuanto obedece a la negativa respuesta que dio el Estado a todos los intentos que la recurrida hizo, para velar por los derechos de sus alumnos; tampoco es ilegal, por cuanto por razones ajenas a la voluntad de la recurrida no se ha dictado el reglamento en cuestión, cuestión que además le impide ejecutar la ley del contrato, prevista en el artículo 1545 del Código Civil.

Por otro lado, la Secretaría Regional Ministerial de Educación informa que la Escuela CONILE de la comuna de Temuco solicitó a la SEREMI a fines de 2010 que se estudiaran algunas modalidades de atención educativa que implementaban con algunos de sus alumnos, incluido el que funda este recurso solicitud que fue remitida a la División de Educación General del Ministerio, el 12 de abril de 2011 se remitió la respuesta y en lo concreto se informaba que la atención domiciliaria, es impartida en el domicilio de los alumnos la que entrará en vigencia una vez dictado el reglamento de la Ley N°20.422, mientras no entre en vigencia no genera subvención, reiterando su petición la

referida Escuela, en junio de 2011, recibiendo la misma respuesta mediante ordinario de julio de 2011.

TERCERO: Que, es necesario dejar establecido que son hechos no controvertidos los siguientes:

1.- El adolescente Felipe Díaz Vives padece de Síndrome Hipotónico, Síndrome de Distres Respiratorio y Apneas, por lo cual requiere apoyo ventilatorio permanente, encontrándose en estos momentos con hospitalización domiciliaria.

2.- Durante los períodos en que ha permanecido con hospitalización domiciliaria y también cuando ha estado hospitalizado, recibió ubicación en la Escuela Hospitalaria Conile, logrando aprobar hasta Octavo Año Básico experimentado una positiva evolución de sus complicaciones neuromotoras y respiratorias, la referida Escuela contaba con todos los medios para que Felipe Díaz pudiera estudiar a pesar de su enfermedad.

3.- Con fecha 9 de noviembre, la Directora de la referida escuela envía una comunicación a la madre compareciente, donde sin motivo alguno señala que se dejará de otorgar los servicios educacionales a su hijo, sin que se advierta cuál es la causa que motiva dicho término.

4.- La causa por la que no se siguen otorgando servicios educacionales al adolescente Díaz Vives, es que el Ministerio de Educación comunica formalmente a la Escuela Hospitalaria Conile que la atención educacional domiciliaria no podrá ser entregada por no haberse dictado el Reglamento que consagran los artículos 14, 37, 45 y 5 transitorio de la Ley N° 20.422 sobre discapacidad, lo que es expresamente manifestado por la Seremi de Educación en su informe.

CUARTO: Que, en relación con la extemporaneidad alegada por las recurridas, Escuela Hospitalaria Conile y doña Angélica Espinoza Cerda, cabe considerar que la recurrente tomó conocimiento del hecho por el cual recurre, el día 9 de Noviembre de 2011 y el recurso fue

interpuesto el día 9 de Diciembre de 2011, por lo que, deberá rechazarse esta alegación.

QUINTO: Que, en relación con el fondo del recurso, cabe considerar que la Escuela Hospitalaria Conile cuenta con aulas de hospital en todos los servicios de atención pediátrica y con aulas cerca del hospital, donde asisten los alumnos en tratamiento ambulatorio, además atiende algunos alumnos hospitalizados en sus domicilios, como es el caso del hijo de la recurrente.

Además, el Estado de Chile ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el año 2008, y ese mismo año fue promulgada mediante Decreto Supremo N° 201, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial el 17 de Septiembre de 2008. En dicho instrumento los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, siendo uno de los principios en que se basa la referida convención, el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad.

En el referido 7 de la Convención se dispone “Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. En todas las actividades relacionadas con niños y niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección de interés superior del niño”. Lo que se encuentra en íntima concordancia con el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, también ratificada por el Estado chileno. Por otro lado, el artículo 24 de la Convención dispone: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo

este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida.....” “Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad; y que los niños y niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad”.

Con posterioridad a la ratificación y promulgación de la Convención, se dictó la Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, la que en su artículo 40 señala: “A los alumnos y alumnas del sistema educacional de patologías o condiciones médico-funcionales que requieran permanecer internados en centros especializados o en el lugar que el médico tratante determine, o que estén en tratamiento médico ambulatorio, el Ministerio de Educación asegurará la correspondiente atención escolar en el lugar que, por prescripción médica, deban permanecer, la que será reconocida para efectos de continuación de estudios y certificación de acuerdo con las normas que establezca ese Ministerio”. De esta manera, la norma transcrita es muy clara, pues su aplicación o interpretación no está supeditada a Reglamento alguno de la ley, es decir la Ley N° 20.422 no ordena la dictación de ningún Reglamento en materia de educación, y la referencia a las normas que establezca el Ministerio, que es la última frase del artículo citado, se refiere solo al modo en que se homologa esta forma de impartir clases a efectos de continuar estudios y la certificación de estos. A mayor abundamiento, el artículo 5° transitorio establece que la no dictación de los Reglamentos de la Ley, no obsta a exigir el

cumplimiento de los derechos, garantías y obligaciones consagrados por la mencionada ley.

SEXTO: Que, para los efectos de que proceda la acción de protección deducida es menester que se haya incurrido en una acción u omisión arbitraria o ilegal, que provoque una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales que protege el artículo 20 de la Constitución Política de la República, pero considerando lo precedentemente relacionado no se vislumbra que en el caso sub lite la Escuela Hospitalaria Conile hubiere afectado ninguno de los derechos en que la recurrente funda su recurso, o sea, el derecho a no ser discriminado, el de propiedad y el derecho a la educación.

Por lo anterior, se rechazará el recurso en relación a la señalada recurrida.

SÉPTIMO: Que, al tenor de lo consignado en el fundamento quinto de esta sentencia, se desprende que, en la especie, se ha vulnerado el principio a la no discriminación y el derecho a la Educación, en relación al primero por cuanto el adolescente respecto del cual se recurrió, encontrándose en los casos que contempla la Ley N° 20.422 y estando capacitado para estudiar, en iguales condiciones que adolescentes sanos, no ha recibido del Estado la educación que necesita, por la falta de dictación de un Reglamento, lo que es absoluta responsabilidad del Ministerio de Educación, entidad que debía dar cumplimiento tanto a lo dispuesto por la Ley N° 20.422, como en la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, ratificada por nuestro país, de manera que, forzoso es concluir que a su respecto debe acogerse el recurso intentado, por cuanto es la propia ley la que señala expresamente que es el propio Ministerio de Educación quien debe asegurar la atención escolar en el lugar que, por prescripción médica, deba permanecer el adolescente.

Por estos fundamentos y de conformidad además con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, se resuelve:

Que SE ACOGE el recurso de protección deducido por doña Sofía Vives Contardo, a favor de su hijo adolescente Felipe Díaz Vives y, en consecuencia, la SECRETARÍA REGIONAL MINISTERIAL DE EDUCACIÓN deberá proporcionar a la Escuela Hospitalaria Conile los medios necesarios para que ésta pueda continuar otorgando educación al adolescente Felipe Días Vives.

Que SE RECHAZA el referido recurso de protección en cuanto fue interpuesto en contra de la Escuela Hospitalaria Conile, sin costas, por haber tenido la recurrente motivo plausible para litigar.

Rol Protección N° 408-2011

Redacción de la Ministra Señora María Elena Llanos Morales.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

N°Proteccion-408-2011.(brz)

Sr. Mesa

Sra. Llanos

Sr. Contreras E.

Pronunciada por la Segunda Sala
Presidente Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre, Ministra Sra. María Elena Llanos Morales y Abogado Integrante Sr. Roberto Contreras Eddinger.

Temuco, veintitrés de abril de dos mil doce, notifiqué por el estado diario, la resolución precedente a las partes.