

DFA-0010-000086/2018

SEF-0010-000016/2018

Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno.

Ministro redactor: Dr. Álvaro Messere.

Ministros firmantes: Dres. María Lilián Bendahan, Eduardo Cavalli y Álvaro Messere.

Ministros Discordes: no

Montevideo, 20 de febrero de 2018.

### **Vistos:**

Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados: **“B. K., H. Y OTRO c/ COLEGIO S. M.. AMPARO”**, **IUE: 0002-055932/2017**, venidos a conocimiento de este Tribunal, en mérito al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva N° 175/2017, del 22 de diciembre de 2017, dictada por el Sr. Juez Letrado Subrogante de Familia de 20° Turno. Dr. Gerardo Álvarez Escursell.

### **Resultando:**

1.- La sentencia recurrida, falló: ***“Haciendo lugar a la demanda impetrada y en consecuencia deberá disponerse que la niña A. sea promovida a 5° 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.”***

2.- La parte demandada, interpone, a fojas 178/191,

recurso de apelación, señalando, en lo medular: causa agravio, que el sentenciante, haya entendido que la Institución vulneró el derecho a la educación de la niña, por no haber abordado adecuadamente ni desarrollado el potencial de la menor, así como por haber resuelto que debía recurrar 4to año; agravia, además, que haya dispuesto el pase de la niña a 5to grado. Discrepa, que el Juez actuante, haya manifestado, que la institución educativa no supo abordar adecuadamente las dificultades de la niña, afirmación temeraria que no se apoya en ninguna consideración técnico pedagógica.

El colegio nunca desatendió las dificultades de la niña, siempre estuvo en contacto permanente con el equipo contratado por sus padres a fin de diseñar estrategias que la favorecieran; se probó que se lograron las adecuaciones pertinentes sugeridas por los técnicos. Se realizaron las adecuaciones curriculares correspondientes en función de los diagnósticos aportados: trastorno de coordinación motriz que acarrea dificultades en la escritura, ritmo de adquisición lento y presunción de déficit atencional. Sostiene, que las evaluaciones realizadas a la niña, aun utilizando los parámetros de adaptación necesarios no fueron satisfactorias en relación a los objetivos generales del nivel, pero ello no indica, ni fue sugerido de ningún modo, que la niña no sea capaz o que no pueda continuar su proceso escolar como sostiene, el sentenciante. En la descripción que realiza la maestra del trabajo de clase (fs. 141), una grupalidad

diferente a la que se realiza en la atención en la clínica cobra relevancia la distractibilidad de A., no obstante ello, ni la familia ni la médica tratante abordaron dicho aspecto, lo cual no favoreció a la niña. Ninguno de los técnicos contratados por los padres de la niña, vieron a la misma trabajar en clase y todos reconocieron que es muy diferente la evaluación que se puede realizar cuando ella trabaja en forma individual o en grupos pequeños a la que puede hacer la maestra; pero ello no fue tenido en cuenta, por el sentenciante.

Afirma, la recurrente, que es falso que el fallo de la maestra resultara sorpresivo para los padres. De los boletines trimestrales y de las entrevistas personales entre la maestra y los padres surge que los logros académicos de la niña, no conformaban.

Se discrepa, con la afirmación del magistrado, respecto de que “no se puede someter a un niño a una frustración tan grande como es la repetición”, no existe la menor evidencia de que ello sea así. Como sostiene la maestra, la repetición para A., lejos de ser una sanción fue concebida para darle tiempo para afianzar los conocimientos adquiridos y lograr un pasaje más sólido; desde primer año, la niña, había pasado de grado “en proceso”. Se reconocen logros alcanzados en algunas áreas, los mismos deben ser valorados respecto al proceso personal de la niña y distan mucho aun de los académicos del nivel.

Se señala, que el magistrado, consagra una ideología paternalista,

común en ambientes familiares donde la repetición es un castigo y no lo que realmente es: una herramienta pedagógica, discutible pero vigente. Insiste, el sentenciante, en considerar que esa respuesta pedagógica no implica ningún beneficio potencial para los futuros aprendizajes de la niña; se atribuye una intencionalidad al Colegio, al esgrimir que utiliza la dificultad de la niña para impedir su avance escolar. Según, el Sr. Juez, la repetición coarta el derecho de A., a la razonable probabilidad y posibilidad de hacer frente a un nuevo año escolar, pero ello no es así, lo que la repetición implica es que debería afirmar los conocimientos de 4º, para cursar posteriormente 5º, con mejores probabilidades de éxito.

En cuanto a la restricción temporal “anticipadamente” resulta incomprensible ya que no puede ser de otra manera. Es así, que lo hace el docente, con sus herramientas, protegiendo legítimamente las mejores posibilidades que el alumno no desarrolle sentimientos de impotencia y de frustración ante dificultades mayores.

Cita jurisprudencia.

Respecto de las pruebas aportadas, entiende, la recurrente, que no fueron valoradas con la misma objetividad, por el sentenciante; se alude casi en forma exclusiva no solo a lo declarado por los técnicos externos de la niña sino y especialmente al testimonio de la madre de una ex alumna del colegio que realizó un extenso relato catártico de su experiencia, la cual desconoce las adecuaciones que se le

habían realizado a la niña y sin conocer a la maestra. La recurrida, se encuentra sesgada ideológicamente.

La interpretación que se realiza en la demanda y que retoma el sentenciante, parece darle a los informes técnicos un valor vinculante y deduce que si la neuropediatra opina que A., debe cursar 5to año, dicha opinión es superior al de la maestra; parece así establecerse jerarquías y preeminencias profesionales en lugar de discernir los campos específicos de cada profesional interviniente.

Asimismo, agravia y preocupa que, el sentenciante, haya dispuesto el pasaje de la niña a 5to grado. Entiende, la recurrente, que la fundamentación del magistrado, al pretender la protección de un derecho básico, incurre en un abuso conceptual cuya raíz ideológica puede ser respetable pero no puede aplicarse con la objetividad que requiere quien debe atenerse a los hechos concretos. Se está ante un agravio al sistema educativo en general, no solo a la recurrente. Existe legislación específica y mecanismos administrativos dentro de la ANEP, para cuestionar fallos de los docentes y deben ser estas autoridades quienes decidan si la resolución fue acertada o no.

En definitiva, vulnerar el derecho a la educación habría implicado no realizar las adecuaciones, no realizar evaluaciones diferenciadas, no atender las sugerencias de los técnicos, no estar en comunicación con la familia de la niña; lo cual quedó probado que se realizó.

En consecuencia, solicita, que se revoque la recurrida, en todos sus

términos.

3.- La parte actora, evacua el traslado conferido, fojas 194/216, abogando por la confirmatoria, de la recurrida. Señala, que el primero de los agravios manifestados por la recurrente, parte de una falacia, ya que no es cierto que la sentencia, haga lugar a la demanda impetrada, porque el Colegio no supo abordar adecuadamente las dificultades de la niña; se pretende llevar el foco de atención a si el colegio cumplió o no con su obligación contractual y cuál sería la naturaleza de tal obligación, de medios o de resultado, lo cual es ajeno al objeto de este proceso de amparo. Transcribe el número IV de la sentencia, fojas 174, 175 y 176, del que surge el fundamento último del fallo impugnado. Entienden, que la vulneración manifiesta e ilegítima del derecho de A., se atribuye a haberse adoptado una decisión totalmente discriminatoria, fundada en prejuicios; no se aportó ningún fundamento técnico que desvirtúe los informes técnicos obrantes, en autos, que efectivamente sostienen que la niña, se encuentra apta para cursar 5º año escolar; y haber transgredido flagrante y abiertamente la normativa vigente, que establece sobre cuando procede analizar la repetición de un alumno en la escuela primaria. Las manifestaciones que realiza, el sentenciante, sobre el abordaje inadecuado de la problemática de A., se vinculan con la autocrítica que aconseja el magistrado, debe realizar el colegio, frente a los hechos sucedidos,

pero no es el fundamento de la sentencia, para concluir la violación del derecho a la educación de la niña. No existe en ningún caso un juicio sobre su alcance y contenido de las adecuaciones que se realizaron como refiere, la recurrente.

Son falsas las afirmaciones que se realizan sobre las dificultades de A., no existe ni un solo medio de prueba diligenciado en autos del que pueda inferirse ello. De los informes técnicos y médicos agregados, no surge ni implícita ni explícitamente que la niña, no responda a las consignas recibidas, ni que tenga problemas de comprensión, ni que carezca de la concentración necesaria para realizar las tareas. Tampoco, los testimonios diligenciados, en obrados, respaldan dichas afirmaciones, que únicamente realiza la maestra; debiendo tenerse presente la distancia en la descripción de las condiciones de la niña, que visualiza la maestra, del resto de las declaraciones que son contestes con el alto potencial cognitivo de A.. Cita testimonios. En cuanto a la objetividad e imparcialidad de los informes técnicos y los testimonios recogidos en audiencia, la contraria, intenta sembrar una sombra de duda sobre la objetividad o imparcialidad de los informes técnicos y las declaraciones de los testigos ofrecidos como prueba. Explica, la forma de pago de los honorarios de los técnicos, así como la exigencia de los mismos por parte de la institución. Refiere a las diferencias de fuerzas en el conflicto.

Respecto a las carencias de los medios de prueba que aportó la demandada y la total incapacidad de explicar en estos obrados las razones de la decisión final, luego de diligenciados todos los medios probatorios propuestos por las partes, resulta imposible entender cuál fue el motivo final para adoptar la decisión de que la niña repitiera el curso. La afirmación de que las evaluaciones realizadas con parámetros de adaptación no resultaron satisfactorias no se vio respaldada por ningún documento interno del colegio, ni informe de la psicopedagoga del mismo, ni testimonios de ninguna otra persona del cuerpo docente que participó en la formación de A., en estos años. De la declaración de la maestra, no queda claro si la decisión de la repetición se debe a la presencia de una dificultad cognitiva de la niña; la existencia de un problema motriz que le genera tal lentitud en el aprendizaje que no le es posible enfrentar 5to año; el déficit atencional; la falta de competencias y habilidades para enfrentar 5to año; o directamente, por las carencias en los contenidos adquiridos que hacen imposible que esté al nivel de sus compañeros. En cuanto a la distractibilidad de A., resulta fascinante la capacidad de ofender y agraviar a los padres de la niña, la neuropediatra, la psicomotricista y psicopedagoga y hasta al juez, endilgando omisiones, mala praxis profesional y errores en general, resultando todos responsables del fracaso escolar, menos el colegio. Refieren, a las continuas referencias que realizan la directora y la

maestra, a que se respetó la decisión de la familia, ello en relación a optar o no por medicar a A.. Cita jurisprudencia relacionada con el tema de la presión que ejercen los centros educativos y el uso de la ritalina.

Con respecto a la forma y oportunidad de la comunicación de la decisión de la institución educativa, el desarrollo del argumento expuesto es un insulto a la inteligencia media de los destinatarios del mismo. Entienden que, en un colegio privado donde la maestra tiene 20 alumnos en su clase, con cuadernos de comunicados y siendo que la madre concurre a llevar y a buscar a su hija al colegio, no resulta el boletín trimestral el principal instrumento que las instituciones educativas tienen para informar acerca del proceso de sus alumnos. Que más desleal es la referencia a "...la entrevista del mes de setiembre en que preferían que la niña repitiera "antes de tener que medicarla", ello en forma totalmente descontextualizada. A ello, se suma, que los testigos son contestes en que el tema de la ritalina había quedado resuelto con la búsqueda de un adecuado diagnóstico para el año entrante. Contrariamente a ello, de la declaración de la maestra, a fojas 142, surge que llegó a la conclusión de adoptar la decisión de que la niña iba a repetir en el mes de noviembre.

Efectúan, los recurrentes, un análisis sobre la repetición como herramienta pedagógica, visión reñida con la filosofía que pretende imponer sobre la repetición el Consejo de Educación Inicial y

Primaria, con sus políticas educativas concretas. Además, en relación a que el diagnóstico que debe anticiparse, la recurrente, pretende otra vez desviar el foco y debe interpretarse ello a la luz de la afirmación de la maestra, quien manifestó que desde principio de año se sabía que la niña no iba a poder adquirir los conocimientos de 4to año, no sabiéndose si iba a repetir o no, lo cual se da por los conocimientos más básicos que no están.

En cuanto a la ilegitimidad manifiesta, la misma debe ser valorada en atención a las circunstancias de cada caso debiendo ser la misma clara, evidente, inequívoca, grosera. Sin perjuicio de ello, el derecho vulnerado, corresponde a una categoría especial de sujetos a los que el ordenamiento jurídico otorga una especial tutela y protección como son los niños, lo que determina que el requisito deba ser analizado con mayor flexibilidad y ponderación; analizándose para ello los elementos que habilitan a la promoción de A. a 5to, la normativa y recomendaciones vigentes en materia de educación por el CEIP.

En conclusión, una repetición en cuarto año, es actualmente violatoria de la trayectoria educativa del alumno; por ende ilícita. No es una decisión arbitraria adoptada por la maestra por sí y ante sí, sino que debe tener presente todos los informes técnicos pertinentes, los cuales en este caso, fueron dejados de lado.

Respecto del segundo agravio sostenido, preocupa que una abogada

que conoce el concepto de Estado de Derecho, sostenga que le agravia que un Juez, abogado o experto en leyes pueda evaluar la aptitud de una niña para cursar 5to año de primaria. Con igual razonamiento, un juez no podría determinar si existe responsabilidad de un médico en una cirugía realizada con mala praxis o hacer lugar a una demanda por la responsabilidad decenal de un arquitecto. La situación es la misma.

En consecuencia, solicita que se confirme la recurrida, en todos sus términos.

4.-Por auto N° 319/2018, de fecha 9/2/2018, se elevan los autos para ante esta Sala con efecto suspensivo, en las formalidades de estilo. El expediente es recibido por el Tribunal y por DFA 0010-00\*\*\*\*\*/2018 de fecha \*\*\*\*\*/ se dispone el pase a estudio de los Sres. Ministros. A fs. , la Sra. Ministra María del Carmen Díaz Sierra, solicita derecho de abstención. Una vez realizado el sorteo de integración y concedida la abstención solicitada, se ordenó el pase a estudio de los Sres. Ministros, por su orden. Cumplido, se procede al dictado de sentencia anticipada (art 200.1 del CGP).

**Considerando:**

I. La Sala, integrada y por unanimidad, procederá a revocar la sentencia atacada y ello, por lo subsiguiente.

**II.** Cabe indicar, con carácter previo, que el agravio relativo a la judicialización de la educación (ver fs. 90), no es de recibo legal.

Ello porque cuando los tribunales son requeridos legalmente no sólo pueden sino que deben actuar ejerciendo la función jurisdiccional (artículo 5 LOT). Por tanto, estando reclamado el amparo contra una decisión adoptada en el ámbito de la enseñanza u otro ámbito público o privado, siempre y cuando no se trate de actos exceptuados por la norma como lo son los actos jurisdiccionales, actos de la Corte Electoral y leyes y decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción, los tribunales están en la situación jurídica de poder deber de actuar. Lo contrario, sería una injustificada denegación de acceso a la justicia. La llamada autonomía de la Enseñanza no puede privar a los ciudadanos de reclamar el amparo del Poder Judicial si entienden que los requisitos establecidos en el artículo 195 CNA están presentes.

**III.** Corresponde ingresar al análisis del instituto procesal movilizado, in folios.

La acción de amparo prevista en el Código de la Niñez y la Adolescencia, que es especial en relación a la acción reglamentada por la Ley No. 16.011, tiene por finalidad la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Cavalli, enseña que es especial, porque tiende a suavizar los estrictos requisitos de admisibilidad establecidos por la Ley N° 16.011 (autor citado, en RUDP 2008 3/4 págs. 303 y ss.), **lo que no significa que se prescindiera de ellos** (destacado pertenece al redactor).

Selva Klett y Cecilia Baluga en “El amparo en el derecho de familia” (Procesos de Familia, RUDP págs.344 y ss.), citando a Cavalli (Proceso de Amparo en el CNA, RUDP 3-4/2008 págs. 303 y ss.), consideran que la norma contenida en el art. 195 del CNA, supone un camino inverso en cuanto a las limitaciones que establece la Ley N° 16.011, por cuanto amplifica la legitimación, no establece excepciones para su procedencia, salvo que exista un proceso judicial pendiente, y mengua la resistencia al amparo por la mera existencia de otras vías judiciales o administrativas.

Con relación a la legitimación, cabe indicar, que los Sres. A. F. y H. B., actuando en representación de su hija A. B. F., tienen interés en la causa, ya que la decisión de la institución de enseñanza, la afecta directamente.

En cuanto al plazo, corresponde señalar, que la parte actora, tomó conocimiento de la decisión cuestionada, el día 29 de noviembre de 2017. Por tanto, de acuerdo a la nota de cargo que luce a fs. 65, la acción se presentó en tiempo hábil, esto es, el 20 de diciembre 2017.

Finalmente, con relación a la inexistencia de otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado o, en caso de existir, resulten ineficaces, debe tenerse presente que el art. 195 del CNA, va más allá de la ley 16.011, al establecer que “...Procederá en todos los casos, excepto que exista un proceso jurisdiccional pendiente, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces...” , por tanto, la misma ley realiza una presunción simple de la ineficacia de medios como el administrativo.

De manera, que cuando están en juego los derechos de niños y adolescentes, la acción de amparo, no tiene carácter residual (ver Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, T. I, año I, ficha 171, 2013, pág. 389. TAF °1, Sent. N° 119/2012, 30/03/2012).

**IV.** Ahora bien, el sustento legal de la acción instaurada es la protección del derecho a la educación, concretamente, la trayectoria educativa.

En la sentencia hostilizada, se sostiene, que la institución de enseñanza demandada, arribó a una decisión clara y manifiestamente ilegítima, que afecta el derecho de A., a la razonable expectativa de seguir avanzando en su educación y preparación, en flagrante violación a lo recomendado en el art. 1° del Acta Extraordinaria N° 119, Resolución N° 7, de fecha 14 de noviembre de 2017.

A juicio de la Sala, integrada, in folios, la parte actora, no ha cumplido con la carga de demostrar que existió ilegitimidad manifiesta en el proceder de la institución demandada.

Viera, señala que, para saber si un acto es o no ilegítimo, hay que verificar si es correcto de acuerdo a las normas que lo regulan, es decir, es un examen de juridicidad, no de conveniencia o de oportunidad (cf. autor citado, La ley de Amparo, Ed. Idea, Montevideo, 1989, p. 22).

La decisión de la Maestra L. G., con relación a la no promoción de la niña A., a 5º año, fue adoptada dentro del marco de atribuciones que le confiere la normativa incidente.

La ley de educación N° 18.437, de fecha 12 de diciembre de 2008, sienta determinados principios generales.

Artículo 5º. (Del sujeto de la educación).- Los titulares del goce y efectivo ejercicio del derecho a la educación, son los educandos. Los educadores como agentes de la educación deben formular sus objetivos y propuestas, y organizar los contenidos en función de los educandos, de cualquier edad.

Inc. 2º del Artículo 7º. Los padres, madres, o responsables legales de niños, niñas y adolescentes, tienen la obligación de inscribirlos en un centro de enseñanza y observar su asistencia y aprendizaje.

Inc. 1° del Artículo 12. (Concepto).- La política educativa nacional tendrá como objetivo fundamental, que **todos los habitantes del país logren aprendizajes de calidad** (destacado pertenece al redactor), a lo largo de toda la vida y en todo el territorio nacional, a través de acciones educativas desarrolladas y promovidas por el Estado, tanto de carácter formal como no formal.

Artículo 25. (De la educación primaria).- La educación primaria tendrá el propósito de brindar los conocimientos básicos y desarrollar principalmente la comunicación y el razonamiento que permitan la convivencia responsable en la comunidad.

Artículo 73. (De los deberes de los educandos).- Los educandos de cualquier centro educativo tendrán el deber de: A) Cumplir con los requisitos para el cumplimiento de los planes y programas de estudio aprobados y para la **aprobación de los cursos respectivos** (destacado pertenece al redactor).

Artículo 120. (Principio específico de interpretación e integración).- Para la interpretación e integración de la presente ley se deberá tener en cuenta el interés superior del educando, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos.

Por su parte, el Acta Extraordinaria N° 119, Resolución N° 7, de fecha 14 de noviembre de 2017, art. 1, del Consejo de

Educación Inicial y Primaria, establece que la decisión de una 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 (Circular 200 del 19/08/2008).

La norma en cuestión, se halla además inserta en un sistema jurídico: la carta Magna, que en su art. 8, edicta: “Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”.

Asimismo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incorporado por Ley, al sistema interno: paradigma fundamental, la Convención sobre los Derechos del Niño, los principios rectores en la materia, fundamentalmente, el interés bien entendido del niño (Convención sobre los derechos del Niño, art. 3° y art. 350.2 del CGP).

Así se establece en la referida Convención, adoptada en Nueva York, el 6 de diciembre de 1989 y aprobada por Ley N° 16.137 de fecha 28 de setiembre de 1990, en su art. 3°: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una

consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del menor." Y el art. 6° del C.N.A.: "Para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos." Como lo establece el CNA art. 6°. El interés superior es, herramienta de interpretación e integración de la ley. A la vez, a través del principio de protección se obtiene una norma que permite la resolución de conflictos entre derechos igualmente contemplados en la Convención de Derechos del Niño..." (Cfm. "Balbela- Pérez Manrique, citando a Cillero en "CNA comentado y anotado, Ley 17.823." Ed. B de F Montevideo-Buenos Aires, 2005, comentario al art. 6°, págs. 7-8).

Cabe subrayar, que el artículo 29 de la Convención, que en su inciso final destaca que a pesar de que se recomienda encaminar la educación de niños y niñas sin apartarse de valores establecidos en los literales a) – e), nada de lo dispuesto se interpretará como una restricción a la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de la enseñanza.

Esta disposición de la Convención, destaca un valor intrínseco de una República como lo es, la mayor libertad de

enseñanza, dentro del respeto a principios básicos y los de la ley. Tiene parangón con aquél de la independencia de los tribunales y el poder deber de estos de ejercer su jurisdicción referido en el Considerando II, cuando existieran actos manifiestamente ilegítimos.

En otras palabras, la Convención en el artículo 29, hace referencia a un pilar de la Democracia, cual es la libertad de Enseñanza, poniendo un límite que también reconoce la función jurisdiccional, cual es, las normas mínimas que prescriba el Estado.

Finalmente, corresponde invocar la Observación General Nro. 9 del Comité de Derechos del Niño, párrafos 62 a 65.

Los niños con distrofia como en el caso de A. tienen de acuerdo a esta Observación General Nro. 9, el mismo derecho a la educación que todos los demás niños y disfrutarán de ese derecho sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad de oportunidades. Con este fin, su acceso efectivo a la enseñanza debe garantizarse para promover el desarrollo de "la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.

En la Convención se reconoció la necesidad de modificar las prácticas en las escuelas y de formar a maestros de enseñanza general para prepararlos a enseñar a los niños diversas aptitudes y garantizar que logren resultados académicos

positivos. En particular, de la lectura de la Observación se desprende la necesidad de la participación de profesionales especializados que ayuden a A. a desarrollar su forma y sus aptitudes de comunicación, lenguaje, interacción, orientación y solución de problemas que se ajusten mejor a las posibilidades de esta niña. Por ello, se insiste que es necesario que debe fomentarse sus capacidades, aptitudes, observando atentamente su progreso y escuchar con atención la comunicación verbal y emocional del niño para apoyar su educación y desarrollo de formar bien dirigida y apropiada al máximo.

Es fundamental que A., sea alentada a tener una conciencia positiva de sí misma, asegurándose la percepción que es respetada por los demás como ser humano sin limitación alguna de su dignidad. Dice la Observación General que el niño tiene que ser capaz de observar que los demás le respetan y reconocen sus derechos humanos y libertades, demostrándose que tiene una identidad reconocida y que pertenece a una comunidad de alumnos, pares y ciudadanos. Es necesario promover el apoyo de los pares para fomentar su autoestima.

El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, hace referencia también a la Declaración del Milenio (A/RES/55/2) y en particular al objetivo de desarrollo relacionado con el logro de la enseñanza primaria universal, según el cual los gobiernos están

comprometidos a "velar por que, para el año 2015, los niños y niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria y que los niños y niñas tengan igualdad de acceso a todos los niveles de la enseñanza". El Comité también recuerda y hace suya las Declaración de Salamanca sobre principios, política y práctica relativos a las necesidades especiales en materia de educación: acceso y calidad, Salamanca (España), 7 a 10 de junio de 1994 (UNESCO y Ministerio de Educación y Ciencia de España) y el Marco de Acción de Dakar sobre Educación para Todos: Cumplir Nuestros Compromisos Comunes, aprobado en el Foro Mundial sobre la Educación, Dakar (Senegal), 26 a 28 de abril de 2000.

La Sala, considera que están probados en el expediente, los esfuerzos en la demandada orientados en el sentido que reclama el Comité de Derechos del Niño en los párrafos anteriores.

Pero lo que es de importancia para el acogimiento o no del amparo, es que dichos instrumentos no hay una sola referencia a limitantes en cuanto a la evaluación del docente, ni norma que contradiga la decisión política del Estado Uruguayo dispuesta por las Autoridades competentes en el Acta 119, Resolución 7 de 14 de noviembre pasado.

Resulta pues, de acuerdo a todas estas normas que rigen el acto impugnado, ya en sentido estricto, ya en sentido amplio -esto

es como referencia en tanto que marco jurídico- que la Sala, como ya se dijera, entiende que el mismo no adolece de ilegitimidad manifiesta.

V. En efecto, en el caso de la niña A., se actuó por parte de la institución educativa, con respeto de las particularidades de su edad, su personalidad y las dificultades que inciden en su aprendizaje, para tratar de compensar dichas dificultades con el objetivo de lograr un resultado satisfactorio de su proceso de aprendizaje.

Pese a lo cual, la alumna, aún habiéndose superado dentro de su propio proceso de aprendizaje en forma remarcable, no alcanzó la meta de la adquisición de ciertos conceptos básicos correspondientes al grado que cursaba a juicio de la institución educativa, de lo que tomaron nota, sin observaciones y las autoridades de la Enseñanza Primaria en Uruguay (fs. 106 y 107, testimonio a fs. 139 a 144).

Y es por ese motivo que se irá a la revocatoria.

Porque la ilegitimidad manifiesta es el límite ante el cual la autoridad jurisdiccional debe pararse cuando examina este tipo de actuación; en este caso, de una institución escolar privada, cuya actuación, aparece a la vez como en este caso refrendada por la autoridad de la enseñanza constitucional y legalmente competente.

El Tribunal, en la especie, aprecia que no ha probado que se actuó con ilegitimidad.

Cuando se procedió respecto del caso de A., la institución demandada, obró de acuerdo con el principio constitucional de igualdad y lo aconsejado por la normativa nacional e internacional relacionada supra. Es decir, no se la trató igual que a los demás compañeros de curso sino que por el contrario, se actuó en la forma debida, esto es, se la discriminó positivamente en todo momento contemplando su mejor interés.

Diagnosticada de trastorno de la coordinación motriz, trastorno por déficit atencional y probable dificultad específica en lectoescritura, según informe de la Dra. P. G., Neuropediatra (fs. 3), R. F., Licenciada en Psicomotricidad y A. G., del Centro de Atención a las Dificultades del Aprendizaje “Integra” expresaban en Diciembre de 2017 “...se concluye que es una niña de gran potencial y recursos metacognitivos a destacar, el cual paulatinamente está logrando plasmar, siendo muy difícil hasta la fecha discernir y ratificar algún grado de especificidad en el proceso lecto-escrito al estar tan afectada por otras variables grafomotoras y atencionales no resueltas, las cuales inhabilitan un diagnóstico certero.” (fs. 3).

En nota al centro Integra la Maestra del Grado L. G. informaba de las adaptaciones de acceso al currículo, “teniendo

presente las características, fortalezas y debilidades de la niña. Estas adaptaciones abarcan desde objetivos, metodologías, materiales, actividades e incluso evaluaciones. Señalamos que en este último aspecto se evalúa en forma permanente, dando la posibilidad de modificar las adecuaciones pensadas con el fin de beneficiar el proceso de aprendizaje de la niña. Las evaluaciones como actividad en sí, también se realizan como una instancia más. Fueron seleccionadas pautas de intervención docente con el fin de facilitar el proceso de aprendizaje y potenciar sus fortalezas, realizó seguimiento Equipo de Orientación Educativa.” Y a modo de ejemplo, cita: contacto ocular y proximidad física, consignas breves, explicaciones motivadoras, tiempo extra, trabajos alternados en duplas, pequeños grupos y personalizados, constante mediación docente, uso de registros varios, materiales adaptados y diversificados, manejo de Tablet, actividades de respuesta verbal sencilla (vide fs. 17).

La niña había comenzado el proceso psicopedagógico aconsejado en el año anterior, derivada por su Neuropediatra en Centro Integra.

Desde ese Centro se emitieron sugerencias de trabajo para la institución educativa ya desde Mayo de 2016 (fs. 95) y de allí en adelante el colegio trabajó en conjunto con los profesionales que atendían a A..

La maestra Especializada de dicho Centro, A. G., declaró (fs. 111) que tuvo varias reuniones con las maestras y equipo técnico del colegio para compartir el desenvolvimiento de la niña y acordar estrategias de abordaje. Y que su impresión sobre el proceder del colegio fue siempre de consenso, comprensión, de adecuación, “ya que me volvía con la idea de que estábamos en la misma línea.” (fs. 112). Que las pautas que le dieron a la institución fueron acatadas por el colegio, la apertura de la maestra fue de receptividad, lo vio plasmado en sus cuadernos, tuvo encuentros con la maestra de la niña, constatando su preocupación (fs. 113).

Que en el mes de Noviembre, recibe la llamada de la maestra preocupada por la niña y le da varios “tips” para poder hacer las pruebas, uno de ellos, darle más tiempo y retirarle la prueba y decirle que mañana lo termine (fs. 115).

De acuerdo con la declaración de la Licenciada F. del Centro Integra, y los ajustes diferenciales que se requieren, así, utilizar la vía oral y no tanto la escrita, utilizar preguntas múltiple opción, etc. (fs. 118), fueron cumplidas como se vio en informe de fs. 17 y el uso de la Tablet fue una iniciativa de la psicopedagoga del colegio Santa María (fs. 119).

En tanto A. M. F., Directora del Centro Integra, expresó que la actitud del colegio respecto de la problemática de la niña y su interés en colaborar con la misma fue muy bueno “puedo hablar de

la maestra con quien tuve los contactos. La maestra nos escuchó, le mandamos pautas del área psicomotriz para que tuviera en cuenta y siempre sentimos una buena recepción ante las sugerencias.” (fs. 122).

La Directora de Primaria del Colegio Santa María, expresó en audiencia que antes del último boletín la Psicopedagoga del Colegio realiza un llamado a la maestra de Grado para transmitirle que quizás, era el momento de que ya no pasara sin las habilidades que no había podido alcanzar. Luego el equipo integra solicita una entrevista con el colegio y concurre con todo su equipo, participan la maestra y el psicólogo del Colegio, se fundamenta la decisión de que recurse el año es pensando en el tiempo que la alumna necesita para madurar en estrategias, competencias y habilidades. El 29 de Noviembre, maestra y directora citan a la familia para reafirmar lo hablado en Septiembre y comprometerse a acompañar el proceso de la alumna y respetar sus tiempos de maduración, que la maestra realizó adecuación a la problemática de A. todo el año (fs. 131-134). Y frente a la pregunta de qué significa adecuación dijo: “Por ejemplo frente a un cuestionario de cuatro preguntas, en el caso de A. hacerle una sola pregunta que la pueda contestar con alguna habilidad que no corresponde al grado porque ya sabemos que no va a poder. La separación con los compañeros de

su clase fue cada vez mayor independientemente de sus problemas motrices.” (fs. 136).

Pese a todos los medios instrumentados, A., no alcanzó los objetivos requeridos para el pasaje de grado, como lo entendió quien está llamado por el orden jurídico a resolverlo, es decir la Maestra del Curso. Al punto que a fs. 106, la Inspectora firmante del documento tomó nota de ello, sin que le mereciera otra observación que la forma de comunicación de una decisión de ese tenor a los padres.

La decisión final no resultó pues, inopinada o extraña con respecto al proceso que la niña A., sigue desde el inicio del ciclo escolar en la institución demandada. Por parte de la accionada se arbitraron los medios aconsejados tanto por el equipo técnico del colegio como por el Centro Integra, para compensar la desigualdad en dicho proceso de aprendizaje.

Por otra parte, contra la opinión de la parte actora, la normativa incidente, no impone que las repeticiones deban verificarse en 3° y 6° año. El Consejo de Educación Inicial y Primaria, únicamente, definió dos grandes ciclos en la escolaridad: uno desde inicial hasta tercer año, enfocado en la adquisición de las habilidades fundamentales; y otro de tercero hasta sexto grado, agregando que en el primer ciclo, se concentran casi todas las repeticiones.

En cambio, sí estableció, que la promoción de un alumno dentro del ciclo escolar, es una situación compleja, que exige analizar cuál es su mejor destino en el próximo período. Y más adelante, agrega CEIP, que no está a favor ni de la promoción automática, ni de la repetición, como simple aplicación de criterios normativos, sino que la decisión debe centrarse siempre sobre qué es lo mejor para la trayectoria educativa de cada niño.

**VI.** Así las cosas, a juicio de la Sala, integrada, no se configura “prima facie” hipótesis de ilegitimidad manifiesta en tanto lo establecido por el art. 1º de la Ley N° 16.011, impone la necesidad que el vicio denunciado posea una entidad de tal magnitud que resulte posible reconocerlo sin el menor análisis, dada la sumariedad del trámite.

Se insiste, 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.

Véscovi, refiriéndose al punto en análisis, afirma que este requisito tiende, por un lado, a restringir el uso de esta vía excepcional y por otro, resulta indispensable en un proceso rápido que no amerita más que una “cognitio sumaria”. Por lo que, entonces, debe resultar clara dicha ilegitimidad y surgir del acto mismo o del expediente a través de una prueba sumaria (Principales

perfiles del Amparo en el derecho uruguayo RUDP 1986/4 Pág. 486 y ss).

De tal modo, que la misión del Tribunal, debe limitarse exclusivamente a analizar si la ilegitimidad, surge con claridad, es decir, si es manifiesta, pero no debe juzgar la inconveniencia de la decisión ni analizar la cuestión litigiosa, como si se tratara de una acción de nulidad promovida ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El acto cuestionado, la reprobación de 4º año de la niña A., podría eventualmente ser cuestionable del punto de vista técnico, pero ello resulta insuficiente para el acogimiento de la pretensión, ventilada, in folios.

El amparo exige ilegitimidad manifiesta, extremo que no solo restringe la aplicación de este proceso a situaciones excepcionales, sino que, además debe ser posible con una prueba sumarísima habilitar el acogimiento del mismo (Cf. T.A.C. 2º Turno, Sent. Nº 16/2010 de 24/02/2010).

En efecto, es discutible que con la promoción de la niña a 5º año, se cumplan los objetivos previstos por algunos párrafos del art. 13 de la ley Nº 18.437.

Difícilmente pueda admitirse que “**todos los habitantes del país logren aprendizajes de calidad**” si no se cumplen los objetivos perseguidos en cada año lectivo.

Desde otra perspectiva, puede considerarse que se viola el derecho del educando - que en definitiva viene a ser una aplicación del interés superior del niño - si se decide un paso de grado para la niña si no está preparada para ello. El citado interés debe ser visualizado al futuro más que al presente, y ello es particularmente así en materia de educación. Por ende, la reprobación, aunque hoy pueda parecer perjudicial a su interés, en realidad, podría no serlo.

Estas consideraciones demuestran claramente que la decisión atacada, puede ser cuestionable, pero está muy lejos de revestir la nota de “manifiestamente ilegítima”.

Ello impide la configuración de una ilegitimidad manifiesta y con ello, el cuestionamiento de la decisión técnica sobre el resultado, por parte de los responsables de la Institución y de la Inspección de Primaria.

Todo lo que lleva a desestimar la demanda.

**VII.** No existe mérito para imponer especiales sanciones procesales.

Por estos fundamentos, y lo dispuesto por los arts. 248 y ss, del C.G.P, el Tribunal, FALLA:

Revócase la sentencia de primera instancia y, en su mérito, desestímase la demanda, sin especial sanción procesal.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

DR. ALVARO MESSERE  
MINISTRO

DRA. MARIA LILIAN BENDAHAN  
MINISTRA

DR. EDUARDO CAVALLI  
MINISTRO

DRA. SUSANA KADAHDJIAN  
SECRETARIA