

**Análisis acerca de la vulnerabilidad de niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad intelectual y psicosocial, frente a las normas que regulan el sistema educacional chileno.**

**Analysis of the vulnerability of children facing intellectual and psychosocial disability, regarding the norms regulating the Chilean educational system.**

DANIELA ALEJANDRA CÁRCAMO ARANCIBIA<sup>1</sup>

RESUMEN

La discapacidad no es una situación que solo atañe a la persona afectada, es una situación en que la sociedad debe evitar la imposición de barreras y obstáculos que impiden el correcto ejercicio de los derechos de las personas que se encuentran en situación de discapacidad. En este contexto, es necesario evaluar las normas que regulan el sistema educacional chileno, para determinar si es que amparan el derecho a la educación de los niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad intelectual y psicosocial.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad intelectual – discapacidad psicosocial - ajustes razonables – discriminación arbitraria.

ABSTRACT

Disability is not a situation that only concerns the affected person, since society must avoid barriers and obstacles that could prevent the correct exercise of the rights of people who face any form of disability. Regarding the previous statement, it is necessary to evaluate the Chilean educational system norms, to conclude if they protect the children in an intellectual and psychosocial disability situation and their right to education.

KEYWORDS

intellectual disability – psychosocial disability - reasonable accommodations - arbitrary discrimination.

INTRODUCCIÓN

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad señala, en su preámbulo, que: *“la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*<sup>2</sup>, este concepto plantea, de manera bastante correcta, que la discapacidad es el resultado entre la deficiencia del individuo y las barreras impuestas por la sociedad, esto porque, como se demostrará a lo largo de esta investigación, la discapacidad trasciende al individuo, siendo la sociedad quien le impone obstáculos que impiden su pleno desarrollo.

La discapacidad es, entonces, un problema social, que para que exista un adecuado

---

<sup>1</sup> Egresada de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

<sup>2</sup> Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, letra e).

tratamiento, se hace indispensable atender dos puntos a saber, la persona en situación de discapacidad y la comunidad en la que se inserta o pertenece la persona y su familia<sup>3</sup>, por lo tanto, no solo deben existir herramientas y apoyos tendientes al diagnóstico y tratamiento de la persona, sino que también debe existir una concepción adecuada de la sociedad acerca de la discapacidad, para de esta forma crear conciencia y poder implementar los recursos necesarios para el desenvolvimiento de la persona, respetando sus derechos y su dignidad.

En este contexto, el objeto principal de este trabajo será evaluar si es que nuestro país contempla la normativa suficiente para que aquellos niños que se encuentran en situación de discapacidad intelectual puedan tener un pleno desarrollo en el ámbito educacional.

Nuestro objeto principal de investigación se justifica en dos razones principalmente.

La primera es que existe una doble situación de vulnerabilidad de los niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad intelectual. La primera de ellas atiende a su situación de discapacidad y, la segunda, atiende a su edad, ya que se encuentran en pleno proceso de desarrollo, etapa en que aún no forjan del todo su personalidad y sus gustos, por lo que su situación de discapacidad torna aún más complejo su proceso de crecimiento.

La segunda razón que justifica el objeto de estudio está muy ligada con el punto anterior. Los niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad intelectual tienen mayores dificultades en su proceso de aprendizaje y, por lo mismo, necesitan mayores apoyos, recursos y cuidados a la hora de otorgarles educación.

Esto último es importante ya que, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente contempla, en su artículo 28, que los Estados partes deben reconocer a los niños y niñas el derecho a la educación y, el artículo 23.3, reconoce en tanto, que el niño “impedido” debe tener acceso a la educación. Por lo tanto, esta convención, también ratificada por nuestro país, no ha hecho una distinción entre las situaciones de los niños y reconoce el derecho a la educación a todos ellos.

Sin embargo, la concreción y el ejercicio de este derecho por parte de aquellos niños y niñas es bastante difícil de lograr porque, como veremos, si existen discriminaciones y estas provienen de sus pares, de sus profesores, de órganos del Estado e, incluso, de la misma normativa nacional.

Esta investigación se desarrollará de la siguiente manera: en el primer capítulo, se definirán los conceptos principales de este trabajo desde su perspectiva técnica; ya sea medicinal o psicológica, con el fin de cotejarlos con los conceptos jurídicos de la materia. Posteriormente, se evaluará, a partir de estudios y porcentajes, como es, concretamente, la situación de discapacidad intelectual en nuestro país.

El segundo capítulo, en tanto, se desarrollará desde una perspectiva jurídica. Se realizará un análisis de la normativa internacional y nacional relativa a la situación de discapacidad y el derecho a la educación. Posteriormente, se procederá a un análisis jurisprudencial para analizar

---

<sup>3</sup> SENADIS, *Discapacidad en Chile: Pasos hacia un modelo integral del funcionamiento humano* (Santiago de Chile, 2006), p. 9.

cómo son los fallos en esta materia. Finalmente, a partir del derecho comparado, se evaluarán las soluciones en la materia y su posible pertinencia en nuestra legislación nacional.

Finalmente, nos referiremos a la discapacidad como “situación de discapacidad”, ya que consideramos que no es un estado permanente, sino que la discapacidad existe o se potencia, en la medida que la sociedad no imponga los límites que existen hasta ahora. Esta tesis también es sostenida por Antonio-Luis Martínez-Pujalte, quien lo describe de la siguiente manera: “*Resulta evidente que el modelo social requiere un cambio radical en la conciencia social acerca de la discapacidad: concretamente, exige apartarse de cualquier visión negativa de las características físicas, mentales o intelectuales en las que se concreta la diversidad de funcionamiento que da origen a la discapacidad, que no pueden ser consideradas como un mal o una carga; lo que es un mal o una carga es la existencia de barreras sociales para las personas que presentan tales características, que es propiamente lo que constituye la discapacidad*”<sup>4</sup>. Por lo tanto, es necesario que exista un cambio en el modelo y conciencia social, para derribar las barreras que existen y así las situaciones de discapacidad se vean reducidas o eliminadas.

## CAPÍTULO I

### 1. Discapacidad intelectual: concepto y otras concepciones científicas

Resulta necesario definir la “discapacidad intelectual”, sin embargo, esto no ha sido del todo fácil ya que el mismo concepto ha evolucionado. Esto se debe a que los síntomas y causas que no son comunes a todos los trastornos cognitivos y, también, a que han existido grandes avances medicinales y científicos y, por lo tanto, la concepción de la sociedad frente a la discapacidad intelectual también ha cambiado.

En este sentido, en el año 1992, la Asociación Americana sobre retraso mental (AAMR)<sup>5</sup> definía la discapacidad intelectual bajo el concepto de retraso mental en los siguientes términos: “*El retraso mental se refiere a las limitaciones sustanciales en el funcionamiento intelectual. Se caracteriza por un funcionamiento intelectual inferior a la media, que coexiste junto a limitaciones en dos o más de las siguientes áreas de habilidades de adaptación: comunicación, cuidado propio, vida en el hogar, habilidades sociales, uso de la comunidad, autodirección, salud y seguridad, contenidos escolares funcionales, ocio y trabajo. El retraso mental se ha de manifestar antes de los 18 años de edad*”<sup>6</sup>. Esta definición señala que se trata de un funcionamiento intelectual inferior a la media y esto solo puede ser posible en la medida que se establezca que existe un rango normal de funcionamiento intelectual, cuestión que no sostenemos en cuanto algo no puede ser anormal solo porque es poco común, siendo, entonces, la discapacidad intelectual poco común, no puede ser, solo por eso, anormal.

En el año 2002, producto de una gran evolución, se tiene otra visión a cerca de la discapacidad intelectual, la que es propuesta por Ruth Luckasson<sup>7</sup> y plantea, principalmente, que

---

<sup>4</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *Derechos fundamentales y discapacidad* (Cinca, Madrid, 2015), p. 19.

<sup>5</sup> Actualmente es la “American Association on intellectual and developmental disabilities”(AAIDD), fundada en el año 1876 y ubicada en Maryland, E.E.U.U. Es la organización interdisciplinaria más antigua en materia de discapacidad intelectual.

<sup>6</sup> ATZEGI, *Nuevo concepto de retraso mental (AAMR) año 1992*, disponible [en línea]: <http://www.atzegi.eus/atzegi/de/nuevo-concepto-de-retraso-metal-aamr-ano-1992.asp?nombre=1828&cod=1828&sesion=1>.

<sup>7</sup> HUMAN SERVICES RESEARCH INSTITUTE, *Ruth Luckasson*, disponible [en línea]:

existen cinco dimensiones que constituyen la discapacidad intelectual, a saber: las habilidades intelectuales, la conducta adaptativa, la participación, interacciones y roles sociales, la salud de la persona y el contexto cultural<sup>8</sup>. Por lo tanto, esta definición constituye un gran avance en cuanto reconoce el ámbito social como dimensión de la discapacidad intelectual, además, estas dimensiones, bajo la mirada de Luckasson, se encuentran en un plano de igualdad que: “abarcan aspectos diferentes de la persona y el ambiente con vistas a mejorar los apoyos que permitan a su vez un mejor funcionamiento individual”<sup>9</sup>, es decir, considerando las 5 dimensiones en cada persona, es posible determinar qué tipos de apoyos necesita, con el fin de lograr el funcionamiento individual. Por lo tanto, sería ilusorio sostener que este último, el funcionamiento individual, solo considera las falencias cognitivas del individuo dejando de lado así, el contexto social y el conjunto de apoyos que necesita concretamente cada individuo.

Finalmente, la definición del año 2002 es la que sostiene hasta el día de hoy la American Association on Intellectual and Developmental Disabilities, según la cual es: “*una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y la conducta adaptativa tal como se ha manifestado en habilidades prácticas, sociales y conceptuales. Esta discapacidad comienza antes de los 18 años*”<sup>10</sup>.

Sin embargo, a este concepto, es menester agregar una característica adicional. La discapacidad intelectual consiste en un coeficiente intelectual (CI) inferior a 70<sup>11</sup> y a partir de esto se divide en grados: leve, moderado y grave.

La American Psychiatric Association (APA), en mayo del año 2013, publicó la versión N° 5 del “Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders” (DSM-5), en la que clasifican en grupos los trastornos mentales. Uno de esos grupos reúne a los trastornos del neurodesarrollo en donde, precisamente, se ubica la discapacidad intelectual, sin embargo, esta puede venir acompañada de otros trastornos mentales<sup>12</sup> como, por ejemplo: trastorno de espectro del autismo, de la comunicación, de aprendizaje, motores y el déficit de atención con hiperactividad. Estos trastornos son de especial consideración en este trabajo debido a que se presentan en la etapa de la niñez y que, durante mucho tiempo, como se analizará más adelante, han sido el motivo por el que niños y niñas en situación de discapacidad intelectual son discriminados en los establecimientos educacionales.

En cuanto a las causas que provocan la discapacidad intelectual, estas pueden ser varias, a saber: trastornos genéticos, trastornos cromosómicos, causas biológicas y orgánicas, y causas ambientales<sup>13</sup>, cuestión que vuelve más compleja la situación porque estas causas son distintas

---

<https://www.hsri.org/leadership/ruth-luckasson>.

<sup>8</sup> VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel, *Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la asociación americana sobre retraso mental de 2002*, en *Siglo Cero* 205 (2005) 34, p. 7.

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> AAIDD, *Definition of Intellectual Disability*, disponible [en línea]: <https://aaid.org/intellectual-disability/definition>.

<sup>11</sup> MÁRQUEZ CARAVEO, María Elena; ZANABRIA-SALCEDO, Martha; PÉREZ BARRÓN, Verónica; AGUIRRE GARCÍA, Elisa; ARCINIEGA BUENOSTRO, Lucía; GALVÁN GARCÍA, Carlos Saúl, *Epidemiología y manejo integral de la discapacidad intelectual*, en *Salud Mental* 34 (2011) 5.

<sup>12</sup> GARCÍA IBÁÑEZ, José; FELIU, Teresa; USÓN, Maribel; RODENAS, Ana; AGUILERA, Francisco; RAMO, Raquel, *Trastornos invisibles. Las personas con discapacidad intelectual y trastornos mentales o de conducta*, en *Siglo Cero* 40 (2009) 2, p. 40.

<sup>13</sup> SUÁREZ-ESCUADERO, Juan Camilo, *Discapacidad y neurociencias: la magnitud del déficit neurológico y neuro psiquiátrico*, en *Acta Neurol Colombia* (2014), p. 294.

entre sí. Por ejemplo, en los trastornos cromosómicos, se encuentran diversos síndromes como el síndrome de Down (trisomía en el par 21), este síndrome posee varios síntomas, tanto físicos, sociales y cognitivos, en los primeros encontramos hipotonía o disminución del tono muscular (niños “lacios”), flexibilidad articular excesiva, lengua protuberante, entre otros. En los segundos, suele ocurrir que las personas con síndrome de Down suelen ser más amistosas, alegres, empáticas y cariñosas. Finalmente, en los síntomas cognitivos encontramos la deficiencia intelectual. Por lo tanto, esta trisomía en el par 21 constituye una causa cromosómica de la discapacidad intelectual<sup>14</sup>.

Existen, además, otras causas de este tipo que dan origen a la discapacidad intelectual, como síndrome de Angelman<sup>15</sup>, de William y CRI du chat<sup>16</sup>, sin embargo, el síndrome de Down es más común debido a que en Chile nacen al año quinientos niños y niñas con este síndrome, constituyendo así la tasa más alta de la región<sup>17</sup>.

Debido a las múltiples causas de la discapacidad intelectual y a su estrecha conexión con otros trastornos del desarrollo e incluso trastornos mentales, es que, a la hora de plantear un tratamiento uniforme para todas las discapacidades intelectuales, se torna una tarea difícil, por lo que se hace estrictamente necesario analizar cada caso particular para así otorgar un tratamiento indicado. La doctora especialista Isabel López quien es neuróloga de la Clínica Las Condes de nuestro país, sostiene precisamente esto. Además, agrega que, “según el tipo de déficit, se pueden generar limitaciones muy específicas en el aprendizaje o en el control de funciones ejecutivas hasta dificultades globales en habilidades sociales o cognitivas”<sup>18</sup>, por lo tanto, esto es muy importante a lo que estudiaremos de aquí en adelante, porque la discapacidad intelectual trae aparejada consigo limitaciones específicas del aprendizaje, lo que vuelve totalmente necesario, a nuestro juicio, la existencia de una serie de ayuda, apoyos y adaptaciones para que aquellos niños y niñas puedan aprender de la manera más óptima y tal como lo haría un niño o niña que no se encuentre en situación de discapacidad intelectual.

La necesidad de otorgarle la misma calidad de educación a un niño o niña que no se encuentra en situación de discapacidad y a un niño que sí lo está, la podemos justificar en los dichos del psicólogo clínico rumano Reuven Feuerstein, quien dedicó gran parte de su vida profesional a estudiar la forma de facilitar la integración y adaptación de jóvenes adolescentes que se encontraban cultural y socialmente desfavorecidos<sup>19</sup>. En este contexto, señala que todas las personas pueden tener su potencial de aprendizaje desarrollado<sup>20</sup>. Funda su teoría en la

---

<sup>14</sup> CLÍNICA DÁVILA, *Lo más importante que debes saber sobre el Síndrome de Down*, disponible [en línea]: <http://www.davila.cl/lo-mas-importante-que-debes-saber-sobre-el-sindrome-de-down/>.

<sup>15</sup> SANTA MARÍA, Lorena; CUROTTO, Bianca; CORTÉS M., Fanny; ROJAS, Cecilia; ALLIENDE M., Angélica, *Diagnóstico molecular de los síndromes de Prader-Willi y de Angelman: análisis de metilación, citogenética y FISH*, en *Revista médica* 129 (2001) 4, pp. 367-374.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ LOZANO, María Paz; PUENTE FERRERAS, Aníbal; BARAHONA GOMARÍ, María José; PALAFOX BOGDANOVITCH, Aurelio, *Rasgos Conductuales y Cognitivos de los síndromes Rett, Cri-du-Chat, X-frágil y Williams*, en *Liberabit* 16 (2010) 1, pp. 39-50.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>18</sup> CLÍNICA LAS CONDES, *¿Qué es discapacidad intelectual cognitiva?*, disponible [en línea]: <https://www.clinicalascondes.cl/BLOG/Listado/Neurologia-Infantil/que-es-discapacidad-intelectual-cognitiva>.

<sup>19</sup> RAMÍRES FERNÁNDEZ, Santiago; ROA VENEGAS, José María, *El programa de enriquecimiento instrumental de Feuerstein, una aproximación teórica* (Memoria, Facultad de educación y humanidades de Ceuta, Universidad de Granada), p. 263.

<sup>20</sup> ORRU, Silvia Estera, *Reuven Feuerstein y la teoría de la modificabilidad cognitiva estructural*, en *Revista de Educación* 332 (2003), p. 33.

“capacidad del propio organismo humano para modificarse en su estructura funcional en el transcurrir de su vida, a través de un sistema abierto para el aprendizaje que desarrolla las estructuras cognitivas deficientes, mejorando el potencial de aprendizaje por medio de un proceso modificador del ritmo de desarrollo, estimulando la autonomía y el auto equilibrio del organismo”<sup>21</sup>.

Por lo tanto, a la hora de evaluar la capacidad cognitiva del individuo Feuerstein busca “sustituir el blanco estático del procedimiento diagnóstico por otro dinámico, mediante el cual en lugar de investigar las capacidades manifestadas por el individuo y de usar estas como base para llevar a cabo inferencias sobre el desarrollo futuro, busca medir el grado de modificabilidad del individuo a través de determinadas experiencias de aprendizaje. Nosotros podemos así obtener una medida del potencial individual de aprendizaje, definido como la capacidad de la persona de modificarse por medio de un proceso de aprendizaje”<sup>22</sup>. Por lo tanto, sostiene que la inteligencia se evalúa de forma dinámica y no estática y, a partir de eso, evaluar la capacidad que se tiene para aprender y adaptar lo que se ha enseñado.

Esto es bastante alentador ya que, los postulados del especialista son un argumento a favor para sostener que no sería posible sostener que los niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad intelectual no tienen derecho a vivir un proceso de aprendizaje óptimo solo porque el sistema educativo no lo prevé, ya que este se puede adaptar a ellos, según sus capacidades de aprendizaje y adaptabilidad.

Es necesario, sin embargo, antes de profundizar más en el tema, hacer precisiones conceptuales sobre la discapacidad intelectual a partir del ámbito jurídico, ya que varios son los cuerpos legales que se refieren a esta, a saber:

El Código Civil en su artículo 1447 establece las causales de incapacidad absoluta para obligarse y una de ellas es la demencia, pero el presente cuerpo legal no la define, solo se limita a mencionarla, entonces ¿qué entendemos por demencia? Cuestión que no es indiferente, porque según lo que entendamos por demencia va a definir si la persona es o no incapaz absoluto para contraer obligaciones.

El Código Penal, en tanto, en su artículo 10 N° 1 establece que el loco y el demente están exentos de responsabilidad, pero cabe la misma pregunta hecha en el párrafo anterior: ¿qué se entiende por loco o demente?, el código tampoco lo define.

Volviendo al ámbito civil, es preciso mencionar la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 (publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004), que en su artículo número 5 establece quienes no podrán contraer matrimonio, o sea quienes son incapaces para contraerlo. Entre ellos se encuentran los privados de razón, los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio (N° 4), los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio (N° 5) y los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas. Estas 3 causales se vinculan con la discapacidad,

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 36.

siendo precisamente la número 3 y 4 las que se vinculan con la discapacidad intelectual, exigiendo en el primer caso que haya sido diagnosticado fehacientemente, o sea que no haya espacio a ninguna duda.

El Código Sanitario, por su parte, en el artículo 119 regula la interrupción del embarazo y hace referencia a las mujeres que se encuentren en situación de discapacidad sensorial, visual o auditiva, además de mental, psíquica o intelectual. Esta referencia se hace a propósito de la forma en que ellas podrán manifestar su consentimiento para interrumpir su embarazo en caso de encontrarse en una de las tres causales de interrupción. Finalmente, señala que este consentimiento debe prestarse conforme con lo dispuesto en la Ley N° 20.422 y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En relación con esto último, se hace necesario recurrir a la Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad y en su artículo 5 define que se entiende por “persona con discapacidad”, haciéndolo en los siguientes términos: *“Es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

Por tanto, siendo unos cuerpos legales más completos que otros, es precisamente este último que concuerda con la definición científica y técnica de la discapacidad, ya que no solo contempla las deficiencias del individuo, sino que también considera las barreras a la que se tienen que enfrentar esas personas al momento de desenvolverse en su entorno. Existe, entonces una concordancia entre el concepto científico y el otorgado por nuestra legislación (pese a que la Ley N° 20.422 define persona con discapacidad y no discapacidad por sí sola).

Por tanto y, volviendo a la concepción científica, lo que se quiere decir es que un niño que padece trastorno del espectro autista (TEA), se encuentra en una situación de vulnerabilidad, en mayor o menor medida, al igual que un niño que padece síndrome de Down y ambos se le debe reconocer su derecho a la educación, aun cuando, científicamente uno se encuentra en situación de discapacidad intelectual y el otro no.

Antes de finalizar con este análisis de conceptos, resulta necesario analizar un término que también es relevante para la presente investigación, este es el de “Discapacidad psicosocial” y la OMS lo define en los siguientes términos: “[son] personas con diagnóstico del trastorno mental que han sufrido los efectos de factores sociales negativos, como el estigma, la discriminación y la inclusión”. Este concepto da a entender que la discapacidad psicosocial es el resultado de los trastornos mentales –concepto genérico que, como ya se explicó incluye como especie los trastornos del desarrollo el que, a su vez, incluye la discapacidad intelectual– más las discriminaciones que sufre la persona debido a esa falencia cognitiva<sup>23</sup>, por lo tanto, la sociedad influye de gran manera en el desarrollo individual de la persona en situación de discapacidad intelectual, por lo que se deben evitar todo tipo de discriminaciones y otros factores sociales negativos.

---

<sup>23</sup> BAJO LUPA, *Personas con discapacidad psicosocial: invisibles, pero discriminadas*, disponible [en línea]: <https://documenta.org.mx/blog-documenta/2018/08/08/personas-con-discapacidad-psicosocial-invisibles-pero-discriminadas/>.

Este concepto, además, nos demuestra que un niño o niña que posee un trastorno del desarrollo no constituyente de discapacidad intelectual, por ejemplo; trastorno de déficit atencional e hiperactividad (TDAH), de igual manera se encuentra en una situación de discapacidad, cual es, la discapacidad psicosocial. Por lo tanto, todo niño que posea un trastorno mental sea o no constituyente de discapacidad intelectual, se encuentra en situación de discapacidad psicosocial, siempre que sea discriminado debido a su trastorno, cuestión que hoy en día se ha hecho costumbre que ocurra.

Por lo tanto, a modo de resumen, existen los trastornos mentales que se clasifican, como ya vimos anteriormente, en el DMS-5. Dentro de los trastornos mentales están los trastornos del desarrollo, dentro de los cuales se encuentran el TEA, TDAH y también la discapacidad intelectual, por lo tanto, se trata de un término genérico que abarca ciertos tipos y especies los que, a su vez, también abarcan otras especies. La discapacidad intelectual constituye un tipo de trastorno del desarrollo y, por tanto, es un trastorno mental. No obstante, si un niño o niña sufre discriminaciones debido a su discapacidad intelectual o de sus trastornos del desarrollo, se constituye así la discapacidad psicosocial, aun cuando los trastornos del desarrollo distintos a la discapacidad intelectual no sean científicamente denominados discapacidad.

## 2. Personas en situación de discapacidad intelectual en Chile.

En el marco internacional y nacional de los derechos y de la protección de las personas en situación de discapacidad, en el año 2015 se realizó el segundo estudio nacional de la discapacidad, el que arrojó los siguientes resultados: 1) un 5,8% de los niños, niñas y adolescentes entre 2 y 17 años se encuentra en una situación de discapacidad. 2) un 88,7% de niños y niñas en situación de discapacidad entre 6 y 13 años tiene acceso a la educación básica. 3) un 49,9% de adolescentes en situación de discapacidad entre 14 y 17 años tiene acceso a la educación media. 4) finalmente, en cuanto a las enfermedades declaradas, un 54,6% de los niños, niñas y adolescentes declaran que tienen trastornos mentales y del comportamiento<sup>24</sup>.

De las cifras recién citadas, es posible advertir que es un porcentaje significativo de menores de edad que se encuentran en una situación de discapacidad, y la mitad de esos niños y niñas padecen al menos un síndrome o trastorno que es considerado como discapacidad intelectual. También resulta evidente que la accesibilidad a la educación se hace más difícil en la etapa de la adolescencia y esto porque, pese a que la mayoría de los trastornos cognitivos se presentan durante la etapa preescolar, hay algunos más que recién se empiezan a notar en la etapa adolescente y que, claramente, persisten hasta la edad adulta<sup>25</sup>.

En el contexto de la preocupación de organizaciones internacionales, la Organización Panamericana de la Salud analizó el primer estudio realizado en Chile y a partir de los resultados, determinó que una de cada dos personas en situación de discapacidad no había podido completar su enseñanza básica<sup>26</sup>, o sea, se trataría de un 50% de personas que se vieron afectadas

---

<sup>24</sup> SENADIS, *Estudio Nacional de la Discapacidad*, disponible [en línea]: <http://endisc.senadis.cl/infografianinos/>.

<sup>25</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Trastornos mentales*, disponible [en línea]: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>.

<sup>26</sup> ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Discapacidad*, disponible [en línea]: [https://www.paho.org/chi/index.php?option=com\\_content&view=article&id=82:discapacidad&Itemid=215](https://www.paho.org/chi/index.php?option=com_content&view=article&id=82:discapacidad&Itemid=215).

en el ejercicio legítimo de su derecho a la educación. No obstante, comparando estas cifras con las del estudio más reciente, es posible advertir que ha existido un avance significativo durante estos años en materia de educación, no obstante, esto no constituye justificación para dejar de seguir avanzando y trabajando.

Este resultado tiene que ver con los niveles socioeconómicos que posee cada familia en que uno de sus integrantes, niño o niña, se encuentra en situación de discapacidad intelectual, siendo el primer quintil el que presenta mayores porcentajes de personas en situación de discapacidad, por lo tanto, en hogares que cuentan con menores ingresos, la discapacidad está más presente que en hogares en que los ingresos son más altos.

Concretamente los resultados son los siguientes: en el primer quintil un 7,5% de personas se encuentra en situación de discapacidad, en el segundo quintil el porcentaje es de 5,5%, en el tercero es de 5,9%, en el cuarto 3,6% y, finalmente, el quinto quintil tiene un porcentaje de 4,4%, o sea, resulta evidente la diferencia, llegando casi a un 4% entre el primer y cuarto quintil<sup>27</sup>. Pero ¿qué incidencia podría tener esta situación en el ejercicio del derecho a la educación? Es una pregunta que cabe plantearse.

En relación con lo anterior, nuestro sistema educacional consta de colegios municipales y particulares y no todos ellos cuentan con un sistema de integración de estudiante en situación de discapacidad. Algunos de los establecimientos no consideran en lo absoluto a las personas en situación de discapacidad, tanto sensorial, física como intelectual, mientras que otros, muy por el contrario, cuentan con programas para lograr la integración de aquéllos (específicamente se trata del programa PIE –programa de integración escolar– y que será tratado más adelante). Resulta evidente que una familia con menores ingresos tendrá menores posibilidades de elegir un colegio acorde a las necesidades de su hijo en situación de discapacidad en comparación de una familia en la misma situación, pero que tiene más facilidades económicas. De todas maneras, ambas familias tienen limitadas, en mayor o menor medida, sus posibilidades frente a una familia que sus hijos no se encuentren en una situación de discapacidad.

## CAPÍTULO II

### 1. Regulación internacional acerca del derecho a la educación vinculada con la discapacidad intelectual y psicosocial.

Como ya se mencionó anteriormente, existe una gran preocupación en la medicina y en el derecho internacional acerca de la discapacidad intelectual y los derechos de las personas que se encuentran en esa situación, entre ellos el derecho a la educación.

A continuación, se analizarán las fuentes internacionales que regulan la materia, para, posteriormente, analizar y criticar las fuentes nacionales a la luz de las primeras. Esto nos permitirá identificar de mejor manera las problemáticas y barreras que existen en nuestro país, barreras que, eventualmente, podrían ser eliminadas si existen las políticas pertinentes para ello.

#### *a. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.*

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 10.

La primera fuente que mencionaremos es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y, como ya fue mencionado, en sus artículos 23.3 y 28 asegura a todo niño el derecho a la educación y que el niño impedido debe tener acceso a ella. Por tanto, esta convención (suscrita por nuestro país el 26 de enero de 1990) no establece ninguna distinción sobre la educación que los Estados partes deben entregar a los niños.

*b. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>28</sup>:*

Específicamente su artículo 24 versa sobre el derecho a la educación, sin embargo, antes de analizarlo exhaustivamente, es menester mencionar otros derechos necesarios para el ejercicio del derecho a la educación, los que son:

El artículo 5° consagra la igualdad y la no discriminación, cuestión importante porque establece que: la igualdad ante la ley y el derecho a beneficiarse de ella sin discriminación alguna prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad y para lograr este fin los Estados deberán adoptar las medidas pertinentes para asegurar los ajustes razonables.

El artículo 7° versa sobre niños y niñas con discapacidad y establece que los Estados permitirán que los niños y niñas gocen plenamente sus derechos humanos en igualdad de condiciones que los demás niños, también consagra como principio rector el interés superior del niño en todas las actividades que ellos realicen, finalmente, este artículo garantiza que los niños y niñas con discapacidad intelectual tienen derecho a expresar su opinión.

Otro artículo importante para el ejercicio del derecho a la educación es el artículo 19 que consagra el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Es la segunda parte la que nos resulta importante, porque los establecimientos educacionales constituyen una pequeña comunidad dentro de una más trascendente y general, que podría ser la ciudad, el país, etc., entonces, si no se incluye dentro de esta comunidad más pequeña, difícil será su inclusión en la comunidad general, incluso, podría tornarla imposible.

Precisamente, el Diccionario de la Real Academia Española, define, en su sexta acepción, la comunidad en los siguientes términos: “*Junta o congregación de personas que viven unidas bajo ciertas constituciones y reglas, como los conventos, colegios, etc.*”, por lo tanto, al no ser incluido dentro de la comunidad colegio, se vulnera el derecho consagrado en el artículo 19 de la Convención.

Como ya se anticipó, el artículo 24 consagra el derecho a la educación estableciendo que los Estados partes deben asegurar un sistema de educación inclusivo con el objetivo de desarrollar el potencial humano y el sentido de dignidad, y también desarrollar la personalidad, los talentos y la creatividad, así como sus aptitudes mentales y físicas. Consagra, también, que los niños no pueden ser excluidos de la enseñanza primaria ni de la secundaria y que pueden acceder en igualdad de condiciones con los demás.

Sin embargo, ¿Cómo se logrará el pleno ejercicio del derecho a la educación? ¿Cuál sería

---

<sup>28</sup> Convención adoptada por la asamblea general de las Naciones Unidas con fecha 13 de diciembre de 2006, en la ciudad de Nueva York. Posteriormente fue ratificada por nuestro país, entrando en vigencia el 28 de agosto de 2008.

el mecanismo que haría efectivo este ejercicio?

La misma Convención tiene la respuesta, precisamente en su artículo 2º, en que define lo que son los “ajustes razonables” en los siguientes términos: *“Por ajustes razonables se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*.

El término “ajuste” tiene que ver con la transformación del entorno para cubrir las necesidades derivadas del desajuste entre las demandas ambientales y las capacidades de la persona para garantizar el disfrute de derechos y su participación. Por su parte, “razonable” hace referencia a quién/quienes y hasta dónde han de asumir responsabilidades para posibilitar el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad a participar en la comunidad<sup>29</sup>.

Por lo tanto, estos ajustes son el medio idóneo para garantizar el ejercicio de los derechos, los que no deben imponer una carga desproporcionada o indebida, cuestión que debe ser analizada caso a caso, y suponen: (a) el acceso y disfrute de los derechos de las personas con discapacidad, (b) la cobertura de sus necesidades individualizadas, (c) su desarrollo máximo y (d) la participación en su comunidad de referencia con sus iguales sin discapacidad<sup>30</sup>.

El artículo 24 también se refiere a los ajustes razonables y plantea, principalmente, que se deben hacer en función de las necesidades individuales y, además, se deberá prestar el apoyo necesario a las personas con discapacidad en el marco del sistema general de educación, por lo que se deberán facilitar medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social. Sin embargo, de la lectura del mismo artículo 24 podemos apreciar como este consagra explícitamente medidas pertinentes asociadas a las discapacidades sensoriales, a saber: sistema braille, lengua de señas, entre otros. Situación que no ocurre para las discapacidades intelectuales y psicosociales.

Esto último, no pareciera ser tan sorprendente considerando que la discapacidad intelectual es difícil de definir y que se constituye de un gran número de trastornos y síndromes, que a su vez poseen distintas causas y, por lo mismo, cada uno de ellos tiene distintos síntomas. Por lo tanto, bajo este escenario resulta difícil establecer determinadas medidas pertinentes para aprender habilidades para la vida y desarrollo social de las personas en situación de discapacidad intelectual, considerando que, además, se debe evaluar cada caso de manera específica.

## 2. Análisis de la normativa nacional acerca del derecho a la educación vinculada con la discapacidad intelectual y psicosocial.

Continuando con el estudio de las fuentes que regulan el derecho a la educación, es momento de analizar el conjunto de normas de carácter interno que regulan la materia, partiendo por la Constitución Política de la República, la Ley General de Educación (Nº 20.370), Ley sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad (Nº 20.422), Ley que establece medidas contra la discriminación (Nº 20.609), y, finalmente, el decreto Nº

---

<sup>29</sup> VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel; AMOR GONZÁLEZ, Antonio Manuel; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, María; NAVAS MACHO, Patricia; CALVO ÁLVAREZ, Isabel, *La regulación de la inclusión educativa del alumnado con discapacidad intelectual: una reforma pendiente*, en Siglo Cero 49 (2018) 49, p. 33.

<sup>30</sup> *Ibid.*

83/2015 del Ministerio de Educación que aprueba criterios y orientaciones de adecuación curricular para estudiantes con necesidades educativas especiales.

*a. Constitución Política de la República.*

La Constitución Política de la República consagra el derecho a la educación en el artículo 19 N° 10. En este establece que la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. En el inciso final, dispone que es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación, por lo tanto, siendo los establecimientos educacionales agentes importantes dentro de la comunidad.

El derecho a la educación está dentro de la categoría de “derechos sociales”, cuestión que trae aparejada una serie de problemas y limitantes, como, por ejemplo, la imposibilidad de accionar para asegurar su ejercicio, sin embargo, hay quienes sostienen que estos derechos sociales no configuran una categoría distinta a los demás derechos fundamentales. Fernando Pindado García es uno de esos autores y en su libro “Hacia una única catalogación de los derechos fundamentales –los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales–” establece que: “no existen diferencias sustanciales que justifiquen la existencia de, ni siquiera, una subcategoría dentro de los derechos fundamentales, donde quedarían encuadrados este conjunto de derechos”<sup>31</sup>, señala, además, que todos los derechos son, en principio, sociales, en cuanto las normas regulan las relaciones de la vida en sociedad<sup>32</sup>. Por lo tanto, desde este punto de vista, no es posible calificar los derechos en una categoría denominada “derechos sociales” ni mucho menos impedir la posibilidad de accionar respecto de ellos en base al hecho de que son, precisamente, sociales.

Sin embargo, de acuerdo con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución, el recurso de protección no procede ante la privación, perturbación o amenaza del derecho a la educación, debido a que este artículo señala cuales son los derechos protegidos por esta acción y, precisamente, el derecho a la educación no está contemplado. Esto es demostración de cómo nuestro sistema incluye el derecho a la educación dentro de la categoría de derechos sociales, por lo que, como ya habíamos mencionado, no es posible judicializarlo.

*b. Ley General de Educación N° 20.370.*

Esta ley fue promulgada el 17 de agosto del año 2009 y contempla normas que podrían aplicarse en materia de discapacidad intelectual, las que procederemos a analizar a continuación.

En primer lugar, es preciso analizar detenidamente el artículo N° 3, que consagra los principios sobre los que se basa el sistema educacional chileno. De estos principios ninguno trata de forma explícita la discapacidad, intelectual, sensorial, ni física. Sin embargo, una lectura más acuciosa y detallada del mismo permite articular la discapacidad en algunos de esos principios, estos son:

---

<sup>31</sup> PINDADO GARCÍA, Fernando, *Hacia una única catalogación de los derechos fundamentales- los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales* (Cinca, Madrid, 2015), p. 243.

<sup>32</sup> *Ibid.*

El principio “universalidad y educación permanente” consagrado en la letra a) bajo los siguientes términos: “La educación debe estar al alcance de todas las personas a lo largo de toda la vida”, por lo tanto, no existiendo distinción entre personas que se encuentran en situación de discapacidad y aquellas que no se encuentren en dicha situación, no se justifica que para los primeros existan mayores dificultades en cuanto al alcance a la educación.

El segundo principio en el que se puede entender que el derecho a la educación se encuentra considerado, es el principio consagrado en la letra c), que es el de “equidad de sistema educativo” y que establece lo siguiente: “*El sistema propenderá a asegurar que todos los estudiantes tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad, con especial atención en aquellas personas o grupos que requieran apoyo especial*”, en esta última frase es posible incluir a aquellas personas en situación de discapacidad, ya que son estas las que requieren un apoyo especial, sin embargo, la norma no lo establece explícitamente y se debe deducir a partir de los apoyos especiales que requieren aquellos alumnos.

En este punto, la legislación española, dentro de los principios en que se basa su sistema educativo, se encuentra el de equidad y está consagrado en los siguientes términos: “*la equidad, que garantice la igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, la inclusión educativa, la igualdad de derechos y oportunidades que ayuden a superar cualquier discriminación y la accesibilidad universal a la educación, y que actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que se deriven de cualquier tipo de discapacidad*”<sup>33</sup>.

Finalmente, el tercer principio que permitiría entender que las personas en situación de discapacidad están consideradas en este artículo, es el “principio de integración” consagrado en la letra j); si bien es cierto, el nombre del principio es bastante congruente con el fomento de los derechos de personas en situación de discapacidad, a la lectura de su contenido, podemos advertir que no se refiere en lo absoluto a este grupo de personas, ya que señala que: “El sistema propiciará la incorporación de alumnos de diversas condiciones sociales, étnicas, religiosas, económicas y culturales” y, a diferencia del principio anterior, no es posible encuadrar la situación de discapacidad en ninguno de los supuestos, ni siquiera de manera forzada.

Esta situación nos parece interesante porque es el mismo artículo que establece que el sistema educativo, además de constituirse sobre la base de los principios ya nombrados, se constituye también sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile. Entonces, ¿por qué no incluir de manera explícita el reconocimiento del derecho a la educación de personas en situación de discapacidad como principio rector del sistema educacional chileno, siendo que este se encuentra consagrado en tratados internacionales ratificados por Chile? La única justificación que nos parecería razonable es que no se incorporó de forma explícita, porque ya está consagrado en la convención. Sin embargo, cualquiera sea el motivo de la omisión, dicha convención, al ser ratificada por nuestro país, constituye norma vigente, por lo tanto, existe una consagración explícita del derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de discapacidad intelectual.

Continuando con el análisis de la ley N° 20.370, el artículo número 10 letra a) señala que

---

<sup>33</sup> SÁNCHEZ-ANTOLÍN, Pablo, *Las TIC y el Diseño Universal para el aprendizaje como elementos de atención a la diversidad en Educación, Desarrollo y cohesión social* (Ediciones de la Universidad de Castilla, La Mancha, 2015), p. 288.

los niños y niñas que tengan necesidades educativas especiales tienen derecho a no ser discriminados arbitrariamente y a estudiar en un ambiente tolerable y de respeto mutuo, a expresar su opinión y a que se respete su integridad física, y moral, no pudiendo ser objeto de tratos vejatorios o degradantes y de maltratos psicológico.

La parte final de este artículo señala que los niños tienen derecho a ser evaluados y promovidos de acuerdo con un sistema objetivo y transparente, de acuerdo con el reglamento de cada establecimiento.

El artículo 13 del mismo cuerpo normativo, señala que *“los procesos de admisión de alumnos deberán ser objetivos y transparentes, asegurando el respeto a la dignidad de los alumnos, alumnas y sus familias, de conformidad con las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados suscritos y ratificados por Chile”*, por lo que el respeto de su dignidad y derechos debe estar presente incluso antes que el niño o niña tenga una relación formal con el establecimiento, esto es, en los procesos de admisión.

En razón de lo señalado en el párrafo precedente, el artículo 16 señala que las infracciones señaladas en los artículos 11, 12, 13, 14, 15 serán castigadas con multas de hasta 50 unidades tributarias mensuales, las que podrán duplicarse en caso de reincidencia. A la fecha de esta investigación la UTM equivale a \$49.623<sup>34</sup>. Por lo que, si un establecimiento educacional no posee un proceso de admisión objetivo, ni transparente y debido a esto, se ve afectado un menor que se encuentra en situación de discapacidad, arriesgaría una multa que asciende a los \$2.481.150 aproximadamente.

Los artículos 13 y 16 de esta ley establecen una multa en caso de no respetar los criterios objetivos y transparentes en los procesos de admisión, sin embargo, no existe esta misma sanción si es que dicha inobservancia ocurre cuando el menor debe ser promovido de curso. Por lo tanto, el establecimiento educacional, debe aceptar la entrada al niño, niña o adolescente que se encuentra en situación de discapacidad, pero podría negarle su promoción, ya que la primera se encuentra sancionada explícitamente por la ley general de educación y la segunda no lo está.

El título I de la misma ley, “De los niveles y modalidades educativas”, contempla la educación diferencial o especial en el artículo 23 en los siguientes términos: *“La Educación Especial o Diferencial es la modalidad del sistema educativo que desarrolla su acción de manera transversal en los distintos niveles, tanto en los establecimientos de educación regular como especial, proveyendo un conjunto de servicios, recursos humanos, técnicos, conocimientos especializados y ayudas para atender las necesidades educativas especiales que puedan presentar algunos alumnos de manera temporal o permanente a lo largo de su escolaridad, como consecuencia de un déficit o una dificultad específica de aprendizaje”*, este inciso 1° señala servicios materiales, recursos humanos y conocimientos especializados, cuestión que es bastante favorable, ya que constituye una red de apoyo necesaria para el proceso de aprendizaje de aquellos estudiantes. Sin embargo, este artículo no es del todo correcto, porque señala como modalidad la educación diferencial, cuestión que contraviene la normativa internacional que consagra la educación inclusiva.

El inciso 2° señala lo que se entiende por *“alumno que presenta necesidades educativas*

---

<sup>34</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, UTM – UTA – IPC 2019, disponible [en línea]: [http://www.sii.cl/valores\\_y\\_fechas/utm/utm2019.htm](http://www.sii.cl/valores_y_fechas/utm/utm2019.htm).

*especiales*”, y es que *“precisa ayudas y recursos adicionales, ya sean humanos, materiales o pedagógicos, para conducir su proceso de desarrollo y aprendizaje, y contribuir al logro de los fines de la educación”*. Por lo tanto, a partir de este inciso, podemos sostener que un niño con discapacidad intelectual y psicosocial se encuentra dentro de esta hipótesis de requerir necesidades educativas especiales. La última parte de este inciso guarda relación con la finalidad del sistema educativo consagrada en el artículo 2° de la ley, que es: *“alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas”*, por lo tanto, de no existir las ayudas y recursos adicionales que precisan los alumnos con necesidades educativas especiales, difícilmente se cumplirá el fin de la educación respecto de aquellos estudiantes.

Finalmente, el inciso 3° del artículo 23, al igual que el inciso 1°, distingue entre educación especial y regular con programa de integración (PIE), señalando que ambos contarán con orientaciones para concretar sus adecuaciones curriculares.

La edad mínima y máxima para ingresar a la educación básica y media son 6 y 16 años respectivamente, sin embargo, puede cambiar tratándose de la educación especial, esto según el artículo 27. A partir de esta norma, existe consideración respecto a aquellas personas que requieran educación especial, sin embargo, como se analizará más adelante, los establecimientos educacionales podrían utilizarla para fundamentar una eventual situación discriminatoria.

Finalmente, el artículo 34 señala que corresponde al ministerio de educación definir los criterios y orientaciones para diagnosticar a los alumnos que requieran necesidades educativas especiales y definir los criterios y orientaciones de adecuación curricular para aquellos alumnos, ya sea que se encuentren en establecimientos especiales o en establecimientos regulares con programas de integración.

*c. Ley sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, Ley N° 20.422.*

Esta ley en su título IV de “Medidas de accesibilidad” dispone que, *“toda persona o institución, pública o privada, que ofrezca servicios educacionales, capacitación o empleo, exigiendo la rendición de exámenes u otros requisitos análogos, deberá realizar los ajustes necesarios para adecuar los mecanismos, procedimientos y prácticas de selección en todo cuanto se requiera para resguardar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que participen en ellos.”* (artículo 24). Por lo tanto, al igual como consagra la Convención, para garantizar la igualdad de oportunidades de las personas que se encuentran en situación de discapacidad, se deberán hacer los ajustes necesarios.

El artículo 34 hace la misma distinción de establecimientos regulares y especiales que hace el artículo 23 inciso 1° y 3° de la ley N° 20.370. Señala que el Estado garantizará a las personas con discapacidad el acceso a establecimientos públicos o privados subvencionados o que reciban aportes del estado, ya sea educación regular o especial, y que estos establecimientos deberán contemplar planes para alumnos que se encuentran en situación de discapacidad.

El artículo 35 señala, en concordancia con la Ley general de educación, que la educación especial puede impartirse en establecimientos especiales y en regulares, estos últimos, según el artículo 36, *“deberán incorporar las innovaciones y adecuaciones curriculares, de infraestructura y los materiales de apoyo necesarios para permitir y facilitar a las personas con discapacidad el acceso a los cursos o niveles existentes, brindándoles los recursos adicionales que requieren para asegurar su permanencia y progreso en el sistema educacional”*. Dos cuestiones importantes se pueden extraer de este artículo, la primera

es que consagra la existencia de los medios de apoyo para el proceso de aprendizaje de aquellos niños y niñas y, la segunda, es que demuestra que, tan importante como el ingreso a un establecimiento educacional libre de toda discriminación, lo es, también, la permanencia en el mismo. Este artículo refuerza el artículo 10 a) de la ley N° 20.370, en cuanto a la permanencia del niño o niña, la cual solo será armónica y agradables, en cuanto se respeten los procesos objetivos de promoción.

El inciso 2° del artículo 36 dispone: “*Cuando la integración en los cursos de enseñanza regular no sea posible, atendida la naturaleza y tipo de la discapacidad del alumno, la enseñanza deberá impartirse en clases especiales dentro del mismo establecimiento educacional o en escuelas especiales*”, estableciendo un orden de prelación atendiendo la naturaleza y tipo de discapacidad del alumno o alumna. Consagra, asimismo, que, si no es posible continuar en el establecimiento regular, se deberán realizar clases especiales ahí mismo o deberá asistir a escuelas especiales, todo esto atendiendo a la situación de discapacidad y su naturaleza. Estimamos que esto es una agravación importante de la situación de vulnerabilidad de aquellos niños y niñas, porque es la misma legislación la que se encarga de discriminar dentro de la misma discapacidad, en atención a su tipo y naturaleza y, por lo tanto, su integración social se torna más difícil y su situación de vulnerabilidad aumenta.

La Convención prefiere un sistema educacional inclusivo, mientras que nuestra normativa opta por otros sistemas, ya sea el especial y el de integración en establecimientos regulares. Estos tres modelos serán explicados a continuación.

La educación especial se entiende como “*la manera de crear un sistema educativo especializado para aquellas personas con mayores dificultades, contando con profesionales formados, programas especiales para mejorar los aprendizajes, recursos didácticos específicos, etc.*”<sup>35</sup>, por lo tanto, en este sistema se contemplan programas, profesionales y recursos específicos para aquellas personas con mayores dificultades, pero que su proceso de aprendizaje se lleva a cabo de manera diferenciada que las demás personas. Para esto, el sujeto era sometido a una prueba para evaluar su coeficiente intelectual (CI). Una vez que se detectaba el tipo de trastorno que presenta, se le lleva a una escuela específica para trabajar con personas con dicha deficiencia específica<sup>36</sup>. Podemos concluir entonces, que los estudiantes que padecían algún trastorno del desarrollo compartían con estudiantes que se encontraban en la misma situación, ya sea TEA, TDAH, discapacidad intelectual, entre otros.

En segundo lugar, existe la educación integral, que pese a verse como un avance significativo de la educación especial, en virtud de esta, los estudiantes se tienen que adaptar o “asimilar” a la oferta educativa disponible (currículum, valores, normas, etc.) independientemente de su origen social y cultural, sus capacidades, su lengua o situaciones de vida. Por lo tanto, no se han producido cambios sustantivos en los sistemas educativos<sup>37</sup>. Este sistema pretende que el estudiante en situación de discapacidad se adapte al mismo ritmo, criterios y evaluaciones que los demás niños que no se encuentran en esa situación, pero que lo

---

<sup>35</sup> LÓPEZ AZUAGA, Rafael, *Un estudio sobre la situación de la educación inclusiva en centros educativos desde la percepción de la comunidad educativa* (Memoria, Programa de Doctorado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España, 2018), p. 45.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>37</sup> MESA TÉCNICA EDUCACIÓN ESPECIAL, *Propuestas para avanzar hacia un sistema educativo inclusivo en Chile: Un aporte desde la educación especial* (2015), p. 6.

hagan sin los ajustes que necesitan. Por tanto, este sistema tampoco es satisfactorio.

Finalmente, surge la educación inclusiva, “cuyo propósito es garantizar que todas las personas sean tratadas como sujetos iguales en derechos y dignidad, respetando al mismo tiempo sus diferencias y su propia identidad. A diferencia de la integración, no se trata de que los estudiantes se adapten a la oferta educativa disponible sino de transformar los sistemas educativos y las escuelas (currículum, evaluación, formación docente, etc.) para que sean capaces de acoger a todos los estudiantes, sin ningún tipo de discriminación, y dar respuesta a la diversidad de necesidades de aprendizaje. La inclusión supone un paso hacia adelante en el cumplimiento del derecho a la educación porque se preocupa de asegurar una educación de igual calidad a todos, respetando al mismo tiempo, la diversidad y la promoción de los derechos humanos”<sup>38</sup>. Entonces, este es el modelo que mejor se condice con el derecho a la educación, ya que contempla la posibilidad de aquellos niños y niñas puedan interactuar en la comunidad educativa, pero contemplando los ajustes necesarios para su proceso de aprendizaje.

En este sentido, el autor Antonio-Luis Martínez-Pujalte en su libro “Derechos Fundamentales y Discapacidad” enumera una serie de beneficios de la educación inclusiva frente a la educación especial, a saber, la inclusiva mejora la autoestima de personas con discapacidad, ya que se integran con alumnos que no se encuentran en situación de discapacidad, también contribuye a la erradicación de los prejuicios sociales, potencia las habilidades sociales y comunicativas de las personas en situación de discapacidad –cuestión que tiene concordancia con nuestro sistema educativo que tiene como principal finalidad el desarrollo de la persona en todos los ámbitos de su vida–, además, la educación inclusiva incrementa las expectativas de las personas y mejor la calidad de todo proceso educativa, al exigir mayor esfuerzo por parte de quienes participan en la tarea docente<sup>39</sup>.

Luego de este análisis técnico-educativo, estimamos necesario volver al análisis normativo.

#### *d. Ley que establece medidas contra la discriminación N° 20.609.*

De acuerdo con lo analizado anteriormente, no es posible recurrir de protección en virtud de vulneraciones al derecho a la educación. Por tanto, en este contexto, es necesario analizar la ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación.

En su artículo 2º, prohíbe y sanciona discriminaciones arbitrarias, las que son distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable, en particular cuando se funden en motivos tales como (...) la enfermedad o discapacidad. Por lo tanto, a partir de esto, si se discrimina en razón de discapacidad (en este caso intelectual y psicosocial), esto constituye discriminación arbitraria y está sancionada por esta ley. Por último, es menester destacar que existe un punto de conexión de esta norma con lo planteado en el artículo 36 de la ley N° 20.422. Esta última distingue en razón del tipo naturaleza de discapacidad y a partir de eso, determina si el menor debe estudiar en un establecimiento educacional regular o en uno especial.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>39</sup> MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis, cit. (n. 4), p. 118.

Finalmente, el Decreto N° 83/2015, que, a partir de lo dispuesto en el artículo 34 de la ley N° 20.370, aprueba los criterios y orientaciones de adecuación curricular que deben ser implementados por los establecimientos educacionales que impartan modalidad educativa especial, ya sea en escuelas especiales o regulares con programas de integración.

Las necesidades educativas especiales, según el Documento técnico aprobado por el Consejo Nacional de Educación en diciembre del 2013, pueden ser permanentes o transitorias, las primeras “son aquellas barreras para aprender y participar, diagnosticadas por profesionales competentes, que determinados estudiantes experimentan durante toda su escolaridad y que demandan al sistema educacional la provisión de apoyos y recursos adicionales o extraordinarios para asegurar su aprendizaje escolar. Por lo general, las NEE de carácter permanente se presentan asociadas a discapacidad visual, auditiva, disfasia, trastorno autista, discapacidad intelectual y discapacidad múltiple”<sup>40</sup>. Por lo tanto, la situación de discapacidad objeto de estudio en esta investigación tiene asociada necesidades educativas especiales permanentes, que, a diferencia de las transitorias, están presentes durante toda la escolaridad del menor, no existiendo nunca períodos en que no se necesiten los apoyos pertinentes para superar dichas barreras.

Los criterios y orientaciones de adecuación curricular se basan en los siguientes principios: igualdad de oportunidades, calidad educativa con equidad, inclusión educativa y valoración de la diversidad y, finalmente, flexibilidad en la respuesta educativa<sup>41</sup>.

Este mismo documento señala que la respuesta educativa a la diversidad se basa en un diseño universal de aprendizaje (DUA) que permita a cada uno de los niños y niñas desenvolverse de la manera más adecuada según sus necesidades, considerando también sus habilidades, estilo de aprendizaje y preferencias. El DUA se basa en los siguientes principios: Proporcionar múltiples medios de presentación y representación, de ejecución y expresión y de participación y compromiso<sup>42</sup>. De la lectura del contenido de estos principios podemos percatarnos que en sus ejemplos mayoritariamente considera discapacidades físicas y sensoriales, como es el caso de los medios de presentación y representación señalando que se deberían implementar textos en braille si un niño o niña se encuentra en una situación de discapacidad sensorial visual.

Este mismo texto define lo que son las adecuaciones curriculares, señalando que son: “los cambios a los diferentes elementos del currículum, que se traducen en ajustes en la programación del trabajo en el aula”<sup>43</sup> y deben ser organizadas en un Plan de Adecuaciones Curriculares Individualizado (PACI), el cual tiene como finalidad orientar la acción pedagógica que los docentes implementarán para apoyar el aprendizaje del estudiante, así como también llevar un seguimiento de la eficacia de las medidas curriculares adoptadas.

Los tipos de adecuaciones se dividen en: adecuaciones curriculares de acceso, de objetos

---

<sup>40</sup> DIVISIÓN DE EDUCACIÓN GENERAL, UNIDAD DE CURRÍCULUM, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, Diversificación de la enseñanza, Decreto N° 83/2015: aprueba criterios y orientación de adecuación curricular para estudiantes con necesidades educativas especiales de educación parvularia y básica, p. 15.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>42</sup> MESA TÉCNICA EDUCACIÓN ESPECIAL, cit. (n. 37), p. 275.

<sup>43</sup> DIVISIÓN DE EDUCACIÓN GENERAL, UNIDAD DE CURRÍCULUM, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, cit. (n. 40), p. 25.

de aprendizaje, de temporalización, de enriquecimiento curricular y de eliminación de aprendizajes. Presentándose medios alternativos que permitan un adecuado acceso y respuesta de la información, considerando, también, la organización del entorno, su ubicación y los espacios que rodean la realización de las tareas.

Las adecuaciones curriculares se deben realizar según la situación concreta de cada estudiante y se debe evitar la eliminación de aquellos aprendizajes que se consideran básicos e imprescindibles. Estas adecuaciones pueden considerar los siguientes criterios: 1) graduación de la complejidad (esto en concordancia con la cita que realizamos en el primer acápite de este capítulo, en que se señala que según el psicólogo Reuven Feuerstein la inteligencia no se debe medir, sino que evaluar y en base a eso se enseña), 2) priorizar contenidos fundamentales los que son: lectura, operaciones matemáticas y procedimientos/técnicas de estudio, 3) temporalización para flexibilizar tiempos 4) enriquecer el currículum con objetos no previstos en las bases curriculares como: aprender lengua de señas, lenguas de pueblos originarios, sistema braille, entre otros.

Estas adecuaciones buscan, por ejemplo, que frente a un estudiante con ausencia de visión se pueda ajustar un sistema de evaluación a través del sistema Braille. Sin embargo, esto parece ser más claro en los casos de discapacidad física y sensorial, no así en las discapacidades intelectuales y psicosociales.

Como última instancia, se prevé la posibilidad de eliminar los objetivos de aprendizajes, siempre y cuando las adecuaciones curriculares anteriores no hayan sido efectivas y será aplicado siempre como *ultima ratio*. Esta decisión se basa en ciertos criterios como por ejemplo la dificultad de alcanzar dicho objetivo en razón de la naturaleza y severidad de la necesidad educativa especial.

Finalmente, existe un proceso de toma de decisión para la implementación de las adecuaciones curriculares. Este proceso toma en cuenta al estudiante, su situación educativa y familiar, posteriormente, con la participación de especialistas, se define la adecuación concreta, luego, se planifican y registran para así, evaluar, calificar y promover al estudiante con NEE en base al PACI (plan de adecuación curricular individual), el que se señala en el reglamento del establecimiento.

De la lectura de este decreto, resulta evidente que estas adecuaciones curriculares resultan ser, a todas luces: ajustes razonables, ya que se usa exactamente esa misma palabra para definirlos (como género próximo). Por lo tanto, se puede afirmar que nuestras normas que regulan el sistema educativo si contemplan ajustes razonables aplicables en materia de educación, pero ¿realmente son contemplados y aplicados de forma correcta? ¿su consagración normativa cumple aquella función de garantizar la igualdad de oportunidades? ¿garantizan la no discriminación? ¿imponen o no una carga desproporcionada? Estas interrogantes se resolverán más adelante, pero en caso de no garantizar el principio de igualdad, difícilmente podrían considerarse, funcionalmente, como un ajuste razonable, ya que su esencia radica, precisamente en garantizar la igualdad de oportunidades y el correcto ejercicio del derecho a la educación.

*e. Problemáticas detectadas en el análisis normativo:*

Del análisis normativo realizado, se evidencian una serie de problemáticas:

En primer lugar, ciertos cuerpos normativos contemplan ajustes razonables, sin embargo, no se refieren de forma explícita a la discapacidad intelectual.

En segundo lugar, encontramos por un lado nuestra Constitución que considera el derecho a la educación como derecho social y, por tanto, carece de acción constitucional, sin embargo, por otro lado, está la Ley N° 20.609 que permite accionar contra estos actos discriminatorios en materia de educación.

En tercer lugar, la Ley N° 20.370 es la fuente primordial en esta materia y entrega las bases del sistema educativo, sin embargo, encontramos muchas falencias:

La primera de ellas es que en sus principios no contempla explícitamente la situación de discapacidad, teniendo que ser incorporada no de forma explícita a uno de ellos.

La segunda es que la misma ley presenta una gran contradicción al sancionar la inobservancia a los sistemas objetivos y transparentes en el caso de los procesos de admisión y no así de promoción de grado.

Finalmente, la misma ley se encarga de distinguir entre educación especial y regular con programa de integración, cuestión muy distinta a lo que ocurre en la convención, ya que en ese texto se prioriza la educación inclusiva garantizando que todas las personas en situación de discapacidad deben acceder a ella.

La Ley N° 20.422, por su parte, estimamos fomenta la segregación entre educación especializada y regular con programas de inclusión, estableciendo un orden de prelación entre ellas atendiendo el tipo y naturaleza de discapacidad. Lo anterior parece contradictorio con la ley 20.609, que proscribire la discriminación en razón de discapacidad.

Finalmente, el decreto N° 83/2015 cumple la función que le encomienda el artículo 34 de la Ley N° 20.370, sin embargo, como ya mencionamos, en los ejemplos que entrega, no contempla adecuaciones destinadas a la discapacidad intelectual y psicosocial y, tampoco se señala cuáles son las sanciones aplicables, en caso de no ser aplicadas de forma correcta o de existir irregularidades en los procesos de decisión e implementación.

### 3. Análisis jurisprudencial.

Existen sentencias judiciales cuyos contenidos se relacionan con la situación de discapacidad intelectual de niños y niñas frente al sistema educativo.

La sentencia rol N° 38.521-17 acoge la acción de discriminación arbitraria en contra del Colegio Alemán de Puerto Varas, el cual es particular, debido a que este incurrió en un acto discriminatorio en contra de un menor de siete años, no permitiendo que pasara a primero básico, dejándolo, nuevamente, en kínder para el siguiente año, esta medida solo tuvo como fundamento la situación de discapacidad intelectual del menor.

En primera instancia, el juzgado de letras de Puerto Varas estimó que la demanda

presentada por los padres del menor fue extemporánea, por lo tanto, la rechazó. No conforme con esto los padres recurrieron a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la que señaló que la demanda no fue extemporánea, sin embargo, rechazó los argumentos de fondo, por lo que rechazó el recurso de casación en la forma. Por último, interponen recurso de casación en el fondo argumentando que se cometió infracción de una serie de normas.

En relación a los hechos ocurridos, se pudo constatar que en el año 2012 el menor cursó el nivel medio mayor, en el año 2013 y 2014 cursó prekínder, situación que fue posible debido a una reunión entre los padres, la educadora y la coordinadora del ciclo. Por lo tanto, recién el año 2015, con siete años, cursó kínder y a fines de ese mismo año el colegio determinó que debía continuar en ese mismo nivel de enseñanza al año siguiente.

Sin embargo, el tribunal supremo es enfático al señalar que, para cumplir el objetivo de la educación, que es lograr el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida (consagrado en el artículo 19 N° 10 inciso 2°), nuestro sistema se basa en grados de progresión escolar, siendo eslabones que se suceden desde los inicios (parvulario), hasta la conclusión del ciclo. Por lo tanto, resulta evidente que todas las personas tienen la más legítima expectativa con respecto a la prosecución y término de este.

La Corte también señala que no queda claro si la decisión de no promoverlo al siguiente nivel se debe a la falta de autonomía, control y lenguaje del menor, o bien, se debe a que el “proyecto piloto de integración para postulantes con síndrome de Down en educación inicial” (que poseía el colegio solo en el nivel kínder) no estaba presente en los siguientes niveles educativos del establecimiento, por lo tanto, sería difícil recibir al menor en el curso de primero básico en las mismas condiciones en las que estuvo en kínder.

Frente a lo anterior, en primer lugar, el tribunal señala que la sentencia impugnada no establece los hechos que permiten calificar como razonable la decisión de hacer permanecer al menor en kínder y que, justamente, es susceptible de control en sede de casación porque constituye una calificación jurídica.

En segundo lugar, señala que los documentos acompañados en primera instancia son de carácter técnico- pedagógico, pero que estos no se analizaron en su contenido, desechando, también, toda documentación entregada por la parte demandante.

En tercer lugar, el proyecto piloto ya mencionado se basaba en una evaluación personal y anual de cada estudiante con síndrome de Down, cuestión que, a ojos del tribunal, los niños hacen de “conejiillos de indias”, siendo así un experimento social y educativo que fue planificado y luego desarrollado. Esto, a juicio de la Corte, contraviene el derecho a la educación como un derecho unitario.

En cuarto lugar, la Corte añade que según el artículo 26 de la Ley N° 20.370, la educación parvularia no es requisito para ingresar a la educación básica, por lo tanto, si no es exigible su rendición, menos es exigible su aprobación, por lo que el establecimiento no tenía facultad alguna para decretar la permanencia del menor en el nivel kínder. Es por esto mismo, que resulta evidente que el artículo 27 de la misma ley fue aplicado de manera errónea en la sentencia impugnada, ya que este señala que la edad mínima para ingresar a la educación básica se puede alterar en casos de educación especial, sin embargo, esto no era lo discutible en el caso, sino que,

todo lo contrario. Lo discutible era, precisamente, si es que el Colegio Alemán tenía la facultad de hacer permanecer al menor en la enseñanza parvularia, lo que, como se acaba de mencionar, no era posible.

En quinto lugar, señala, también, que el hecho de que los padres del menor tengan que probar que él debía pasar de curso, constituye una vulneración de su derecho a la educación y de disfrutarlo en igualdad de condiciones en un establecimiento regular (no especial) que le había permitido el ingreso. Por lo tanto, la carga de la prueba, a criterio de la Corte, recaía sobre quien sostenía lo contrario, o sea, sobre el colegio alemán de Puerto Varas.

Finalmente, la Corte Suprema estima que, para que no exista una discriminación arbitraria es necesario que haya una justificación razonable. Esto no ocurre en el caso en comento, ya que solo se limitó a señalar que existían antecedentes técnico- pedagógicos, pero no se especificó en su contenido, por lo tanto, faltando el elemento de “justificación razonable” existe, claramente, una discriminación arbitraria. El tribunal añade, además, basado en derecho internacional, que para que un acto no constituya discriminación arbitraria, debe existir también la persecución de un fin legítimo. En este caso no resulta evidente que la decisión del establecimiento de hacer permanecer al niño en kínder responda al mejoramiento de las condiciones de su desarrollo. Sino que, todo lo contrario, ya que existe un programa de integración que no se extiende a los niveles superiores y sobre el colegio recaía la responsabilidad de hacer, progresivamente, los ajustes pertinentes en su proyecto educativo para que el niño no quede excluido del sistema general de educación por falta de ajustes razonables.

Es por todos estos razonamientos y argumentos que se acoge el recurso de casación en el fondo y se dicta sentencia de reemplazo. Sin embargo, la decisión no fue del todo pacífica, ya que hubo más de un voto disidente, algunos basados en argumentos procesales y otros derechamente basados en cuestiones de fondo.

Los votos disidentes basados en cuestiones de fondo se sostienen en dos argumentos principalmente:

El primer argumento sostiene que la distinción que se hace basándose en el ejercicio de otro derecho garantizado en nuestra constitución (en este caso, la libertad de educación que está en el artículo 19 N° 11 CPR) es una distinción que resulta razonable.

El segundo, en tanto, señala que la falta de continuidad en un establecimiento educacional no constituye discriminación arbitraria, señalando que la permanencia en el curso de kínder le permite aprender de acuerdo con sus capacidades.

Sin embargo, estimamos que ambos argumentos solo se basan en suposiciones. El primero señala que la decisión fue justificada porque es decisión del colegio extender o no el programa, sin embargo, esto nunca fue claro por la parte demandada. El segundo es erróneo al señalar que la decisión de permanecerlo en kínder atiende a la intención de mejorar su desarrollo de aprendizaje, cuestión que tampoco fue clara por la parte demandada, por lo tanto, sostener que no es discriminación arbitraria basándose solo en suposiciones de la posible intención que pudo haber tenido el establecimiento educacional, no nos parece correcto en lo absoluto.

El mismo juez que sostiene que el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 19 N°

11 permite hacer distinciones razonables, sostiene, también, que la decisión del colegio de no adaptar el programa de integración para cursos superiores, está constitucionalmente protegida por nuestra carta fundamental.

No obstante, en este voto disidente se señala que: “el derecho de los padres a elegir se ve limitado si los establecimientos educacionales son libres de imponer condiciones de acceso que impidan la matrícula de sus hijos” y que, por lo mismo, el Estado debe proteger ese derecho cuando se trata de niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad intelectual, tal como lo hace en el caso de embarazos adolescentes en que la ley obliga a los establecimientos a adaptarse a los casos de maternidad. Sin embargo, el hecho que la elección de los padres a elegir el establecimiento educacional de sus hijos se vea limitado, no justifica que sea razonable la decisión de establecimiento, sobre todo si recordamos que el nivel kínder no es presupuesto necesario para cursar enseñanza básica, por lo tanto, el establecimiento carecía de todas las facultades para tomar esa medida, aun cuando tuviera o no contemplado la continuación del programa que permitió al menor ingresar al colegio.

Este fallo además de acoger la acción de discriminación arbitraria refleja cómo es nuestro sistema educativo en materia de discapacidad intelectual y psicosocial. En el caso en comento el menor asistía a un colegio regular con plan de integración y no a una escuela especial, sin embargo, ese plan solo estaba contemplado para el nivel kínder, por lo que, su situación era totalmente desfavorable y vulneraba su derecho a la educación. Además, se contravino el artículo 10° letra a), toda vez que no se respetaron los procesos transparentes y objetivos para la promoción de curso, sin embargo, es preciso recordar que en este caso esta inobservancia no es castigada, como si lo es en el caso de los procesos de admisión.

Esta sentencia también permite reflejar las etapas en que se constituye la situación de vulnerabilidad de niños y niñas:

Como primera situación que incrementa la vulnerabilidad de niños y niñas es la existencia de una afectación a su derecho a la educación. En primer lugar, esta afectación se concreta a partir de la manera de implementar el proyecto piloto, ya que se planteó como un experimento social, cuyo objeto de estudio era el niño y en base a eso se planificaba y desarrollaba su ejercicio del derecho a la educación. En segundo lugar, a juicio del tribunal, el derecho a la educación se vulnera toda vez que los padres hayan tenido la carga de probar que sí debía ser promovido, cuando esta carga procesal correspondía al establecimiento educacional. Por lo tanto, en este caso existe una vulneración al derecho de educación por parte del establecimiento y otra por parte del órgano jurisdiccional.

La segunda situación de vulnerabilidad de niños y niñas es la discriminación arbitraria que sufren en virtud de su discapacidad intelectual. Esta discriminación no solo se ve en la no aceptación por parte de los colegios al ingreso de los menores, sino que también se concreta, como vimos en el caso en análisis, en momentos de promoción de los niños y niñas. La discriminación basada en motivos de discapacidad está proscrita por la Ley N° 20.609.

La tercera situación de vulnerabilidad se constituye a partir de la ausencia y la no implementación de ajustes pertinentes para el proceso de aprendizaje. Esta situación impide el pleno ejercicio del derecho a la educación y, sobre todo en el caso en comento, ya que no existía el mismo proyecto piloto en los niveles superiores de enseñanza, por lo que su desarrollo

personal, como objetivo principal del sistema educativo, se vería afectado.

En todo caso, hay que recordar que esta situación de vulnerabilidad se agrava por un factor importante y determinante, que es que nuestra legislación distingue entre educación especial y educación regular con planes de integración. Al menor del caso analizado se le permitió, aunque no con proyección a futuro, disfrutar de una educación integral, mas no una educación inclusiva. El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad en su informe 2017 de Derechos humanos y discapacidad señala que: *“la educación inclusiva y los ajustes razonables siguen siendo aspectos sin satisfacer”*<sup>44</sup>, situación que, claramente, en nuestro país se refleja fielmente, ya que nuestra legislación no contempla la educación inclusiva como modelo educativo para niños y niñas en situación de discapacidad.

Por otro lado, la resolución N° 522.800 de Corte de Apelaciones de Santiago, del 10 de junio de 2016, que sin acoger la acción de discriminación arbitraria contemplada en el artículo 2° de la Ley N° 20.609 interpuesta por la madre del menor afectado, reconoce que cualquier distinción basada en “trastorno generalizado del desarrollo y dificultades de aprendizaje” (considerando sexto) constituye discriminación arbitraria.

Esta acción finalmente no fue acogida porque no se demostró, en los hechos, que efectivamente haya ocurrido dicha discriminación, ya que fue la madre quien, voluntariamente, decidió matricular a su hijo en otro establecimiento educacional. Basado en estos mismos hechos es que la Corte Suprema, en la resolución N° 567.387 de 5 de octubre de 2016, rechaza el recurso de casación en el fondo presentado por la actora.

Por lo tanto, pese a que este fallo no reconozca que existe, en los hechos, discriminación arbitraria, si reconoce que cualquier distinción basada en dificultades de aprendizaje y trastorno generalizado del desarrollo si es discriminación arbitraria y, por lo mismo, se debe demostrar su ocurrencia. Es, entonces, gracias a este fallo que podemos identificar la discriminación arbitraria basada en motivos de trastornos del desarrollo como una situación más de vulnerabilidad de aquellos niños y niñas. Además, esto nos demuestra que este tipo de discriminaciones, basadas en trastornos del desarrollo, generan la discapacidad psicosocial, según los conceptos preliminares expuestos al principio de esta investigación.

Este criterio es importante, porque se ha planteado que existe una íntima relación entre el principio de igualdad y el principio de no discriminación, algunos, como Dworkin, señalan que son “dos caras de una misma moneda”, otros señalan que la no discriminación es un instrumento del principio de igualdad, mientras que otros prefieren señalar que la prohibición de discriminación es una conducta especialmente prohibida respecto del principio de igualdad y que la prohibición de discriminación sería de exigibilidad inmediata y constituiría una expresión de concreción activa del principio de igualdad<sup>45</sup>. Es indudable, entonces, que existe una íntima conexión entre ambos principios. El principio de igualdad se encuentra consagrado en el artículo 5° de la Convención, por tanto, es un derecho para las personas que se encuentran

---

<sup>44</sup> COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Informe 2017 de Derechos humanos y discapacidad*, p. 233.

<sup>45</sup> NASH R., Claudio; DAVID, Valeska, *Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos, Derechos humanos y derecho justo* (Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos: COLAM - Organización Interamericana Universitaria, 2010), p. 163.

en situación de discapacidad intelectual y psicosocial, sin embargo, como se ha podido apreciar en ambas sentencias, de igual manera, son discriminados arbitrariamente.

Así mismo, la sentencia N° 14/2014. resolución N° 2135 de Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 5 de marzo de 2014, trata de un recurso de protección interpuesto por la madre de una niña que padece el síndrome de sotos y también de mutismo selectivo, teniendo, entonces, una discapacidad intelectual moderada. El establecimiento educacional Pedro Sarmiento de Gamboa (establecimiento con programas de integración a menores que poseen necesidades educativas especiales), determinó que la estudiante debía repetir el curso de 5to básico, debido a que tenía notas insuficientes en tres asignaturas: lenguaje, historia y matemáticas. Sin embargo, frente a esta situación, la familia alega que en la asignatura de matemáticas las notas fueron adulteradas para así poder hacer que la menor repitiera de curso. El establecimiento, por su parte, argumenta que aun cuando las notas en la asignatura de matemáticas no fueran esas, la estudiante debía repetir de igual manera, porque la normativa señala que teniendo dos promedios insuficientes es requisito que el promedio general sea de 5.0, exigencia que tampoco cumplía la menor. Es necesario agregar, también, que la estudiante no estaba cursando la asignatura de inglés, debido a que el horario no era compatible con las horas de sus terapias físicas que debía seguir debido a una lesión ocurrida en el primer semestre del año 2013. Frente a esta situación la madre de la menor argumenta que esto ocurrió sin su consentimiento y según el establecimiento, la familia estaba al tanto de este hecho.

El recurso, finalmente, no es acogido por la Corte, debido a que fue presentado extemporáneamente y porque, bajo su criterio, los hechos no revisten el carácter de ilegales o arbitrarios. Sin embargo, creemos que aun no siendo ilegales o arbitrarios perjudicaron el goce y disfrute del derecho a la educación de la menor por las razones que se expresaran a continuación.

Es cierto que, como consta en autos de la sentencia, la estudiante recibió apoyos técnicos y pedagógicos en todo momento, incluso cuando necesitaba ir al baño, sin embargo, sostenemos que, si esos apoyos técnicos profesionales no están acompañados de un ajuste curricular acorde a las capacidades de la menor, difícilmente se asegura el correcto ejercicio de su derecho a la educación.

El decreto N° 83/2015, dispone que se pueden hacer ciertas adecuaciones en beneficio de estudiantes que posean necesidades educativas especiales, estableciendo, asimismo, ciertos aprendizajes cuyos contenidos son esenciales, a saber: lectura, operaciones matemáticas y procedimientos/técnicas de estudio, entonces cabe preguntarnos, ¿es justo que esta menor tenga que repetir de curso por no poseer los conocimientos relativos a historia, siendo que no es considerado contenido esencial?, además, estimamos que antes de llegar a la priorización de contenidos, existen otros tipos de adecuaciones relacionadas a la forma de presentar la información, la forma de respuesta, también se hace posible graduar el nivel de complejidad, entre otras medidas. Sin embargo, en este caso no existieron ninguna de ellas, solo existió el apoyo de personal especializado, que, sin lugar a ninguna duda es importante, pero no son suficientes si a la menor se le evaluó de la misma forma que sus demás compañeros que no precisan de ayudas.

El síndrome de Sotos, también conocido como gigantismo cerebral, se caracteriza por tres rasgos principales especialmente distintivos, los que son: la forma facial, la macrocefalia y los

diferentes grados de dificultad en el aprendizaje<sup>46</sup>. Consiste en un desorden genético con un patrón de herencia autosómico dominante (que se hereda), causado en un 90% de los casos por una haploinsuficiencia del gen NSD1 (nuclear proteína SET dominio de unión a receptor1), con locus 5q35<sup>47</sup>. Por lo tanto, se está en presencia de una situación de discapacidad intelectual que tiene causa genética.

El mutismo selectivo, en tanto, consiste en que el menor, voluntariamente, decide no hablar y, por lo general, no se asocia a trastornos del desarrollo ni del lenguaje, sin embargo, puede deberse a causas psicológicas en que el área social de aquellos niños está muy disminuida<sup>48</sup>. Sin embargo, en este caso, existe un trastorno del desarrollo (discapacidad intelectual) acompañada de mutismo selectivo, por lo que resultaba más evidente todavía que era estrictamente necesario el uso de ayudas complementarias para facilitar su proceso de aprendizaje, no bastando, como ya hemos dicho, la sola ayuda de profesionales especialistas.

Podemos concluir que, pese a no haber una intención deliberada de discriminar a la estudiante (según el razonamiento de la Corte), ella fue evaluada según las pautas con las que se evalúan a cualquier otro alumno o alumna, por lo que su reprobación era inminente e inevitable. Estas pautas, que son un conjunto de procedimientos y requisitos, por sí solas, parecen ser justas y razonables, sin embargo, en este caso no correspondía que fueran aplicadas a la estudiante debido a sus trastornos genéticos y del desarrollo. Por lo tanto, es correcto que aquellos niños y niñas reciban, en dignidad y derechos, el mismo trato que recibiría cualquier otro niño o niña, sin embargo, este no puede materializarse si es que en los hechos aquel niño o niña no cuenta con las mismas herramientas que el resto si posee.

Podemos sostener, entonces, que hay un momento en que la igualdad de trato constituye o, más bien dicho, se convierte en discriminación y esto ocurre, precisamente, cuando no se le otorgan los medios pertinentes a la persona que necesita de ellos para desenvolverse dignamente en la sociedad.

De la lectura de la sentencia rol N° 38.521-17 estimamos que existe una vulneración en el goce y ejercicio del derecho a la educación que es provocada por una serie de dificultades y barreras, como es el caso de la carga de la prueba y el hecho que el niño fue utilizado como “conejiillo de indias”.

En segundo lugar, a partir del análisis conjunto de los dos primeros fallos, se puede sostener que existen discriminaciones basadas, principalmente, en la situación de discapacidad.

Y, en tercer lugar, a partir del análisis del primer y tercer fallo, podemos concluir que existe una situación de vulnerabilidad que se debe a la falta de ajustes razonables en los espacios en que los estudiantes desarrollan sus actividades educativas.

Por lo tanto, como ya se había anticipado, existe una estrecha conexión entre estas 3

---

<sup>46</sup> FACULTAD DE MEDICINA DE LA UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN, *Síndrome de Sotos*, disponible en [en línea]: <https://medicina.ufm.edu/eponimo/sindrome-de-sotos/>.

<sup>47</sup> SALDARRIAGA, Wilmar, MOLINA-BARRER, Laura Camila y RAMÍREZ-CHEYNE, Julian, *Caso clínico: Síndrome de Sotos diagnosticado por hibridación genómica comparativa*, en *Revista Chilena de pediatría* (2016), pp. 288-292.

<sup>48</sup> CLÍNICA ALEMANA, *Mutismo selectivo cuando el niño decide callar*, disponible [en línea]: <https://www.clinicaalemana.cl/articulos/salud/detalle/2004/mutismo-selectivo-cuando-el-nino-decide-callar>.

situaciones que constituyen así, una situación de vulnerabilidad compleja y sistemática.

#### 4. Soluciones.

En este punto de la investigación, sostenemos que la causa principal y más importante del problema es que existe una discriminación por parte de nuestra normativa nacional, la que distingue a partir de la misma discapacidad, y en base a ello, los niños y niñas deberán asistir a una escuela regular con programa de integración o bien, a una escuela especial. Por lo tanto, en nuestro sistema no existe la posibilidad de asistir a una escuela 100% inclusiva, siendo que esta es, como ya hemos argumentado, la más idónea para el goce del ejercicio del derecho a la educación de aquellos niños y niñas, y, además, la que consagra la convención en su artículo 24.

Como bien señala Camila Crosso, Coordinadora General de la Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación y Presidenta de la Campaña Mundial por la Educación, esta situación también se presenta en el resto de América Latina y sucede porque las normas que regulan el sistema general de educación son bastantes imprecisas respecto a la educación de personas en situación de discapacidad, no detallan las especificidades y presentan ambigüedades respecto al tipo de educación que propone al país<sup>49</sup>.

Esto, claramente, se evidencia en nuestro sistema normativo interno. Los términos no son precisos, más bien, son amplios y no existe real cercanía entre cómo se regulan dichas situaciones y como estas ocurren en la práctica. Nuestra legislación interna contraviene el artículo 24 de la convención, por lo que, se debe reformar el sistema y optar, en la medida de lo posible, por una educación inclusiva.

Pese a que, como ya se mencionó, la situación en América latina no es muy alentadora, existen legislaciones que si encaminan su regulación hacía una educación inclusiva, estos países son: Brasil, Uruguay y Guatemala.

En Brasil, los centros de educación especial se rigen por la resolución N° 13 del Consejo Nacional de Educación de 2009, la cual señala que la educación especial no puede tener carácter sustitutivo respecto de la regular, entonces, para que un niño asista a un establecimiento especial, es requisito necesario que este matriculado en un establecimiento regular<sup>50</sup>. Pese a que no establece una educación cien por ciento inclusiva, su sistema es más evolucionado que el nuestro, en primer lugar, porque no discrimina a partir de la misma discapacidad y, en segundo lugar, porque no priva al menor de interactuar con los demás niños y niñas.

Ya en el año 2008 existía una cierta preocupación por parte del gobierno uruguayo en relación con la educación inclusiva para personas en situación de discapacidad. La Comisión Honoraria del Discapacitado de Uruguay presentó un documento que trata de, en forma progresiva, alcanzar la inclusión de la mayor parte de los niños y niñas con discapacidad en las escuelas comunes. El documento propone que la educación inclusiva debe constituir el centro de la política educativa y afirma que la Educación Especial y la Común no pueden seguir

---

<sup>49</sup> CROSSO, Camila, *El Derecho a la Educación de Personas con Discapacidad: impulsando el concepto de Educación Inclusiva* en *Revista latinoamericana de educación inclusiva* 4 (2010) 4, p. 85.

<sup>50</sup> *Ibid.*

funcionando como subsistemas diferentes<sup>51</sup>. Por lo tanto, podemos apreciar como hace más de 10 años ya existía conciencia acerca de las diferencias de la educación integral e inclusiva, por lo que también existían intenciones de reformar el sistema en orden a satisfacer las necesidades de aquellos niños y niñas. Esta situación se refleja claramente en la dictación del libro “Buenas prácticas en educación inclusiva en Uruguay” que plasma cuales son las mejores prácticas inclusivas llevadas a cabo por los establecimientos educacionales uruguayos y de esta forma, difundirlas<sup>52</sup>.

En Guatemala durante la década del 2000 se han impulsados políticas tendientes a asegurar la equidad e igualdad de oportunidades para las personas con necesidades educativas especiales, además de sustentar su sistema sobre los principios de normalización, integración, entre otros. El principio de normalización consiste en que las personas con necesidades educativas especiales puedan llevar una vida lo más parecida posible a sus pares, mientras que el principio de integración propone que los estudiantes en situación de discapacidad puedan tener acceso a las escuelas regulares<sup>53</sup>.

De estas tres legislaciones recientemente analizadas, podemos apreciar que la legislación de Brasil no optó por abandonar el sistema basado en educación regular/integral, sin embargo, es una versión mejorada de nuestro sistema, porque, sin ser inclusiva, no discrimina y, también, porque asegura la integración con los demás niños que no poseen necesidades educativas especiales. La legislación guatemalteca sí considera la discapacidad en el principio de integración y, además, busca la normalización de la vida de aquellos niños y niñas en situación de discapacidad, por lo que su integración social es mucho más amena. Por su parte la legislación uruguaya es la que tiene un mejor escenario en esta materia, ya que existen establecimientos que contemplan la educación inclusiva de manera íntegra y, por lo mismo, sus gestiones en materia de educación son destacadas a nivel internacional.

Existen varios ajustes razonables pertinentes a la discapacidad intelectual y psicosocial, uno de ellos ya fue analizado y se encuentra expresamente regulado por nuestra legislación en el Decreto Ley N° 83/2015. A pesar de que nuestro ordenamiento jurídico contempla los ajustes curriculares, pudimos apreciar, a partir del análisis jurisprudencial, que no son suficientes, esto porque no cumple su función de garantía del derecho a la igualdad, en este caso, en el derecho a la educación, ya sea porque son programas transitorios, como en el caso de la primera sentencia analizada, o porque estos ajustes curriculares no se emplean de la manera adecuada.

Por lo tanto, el problema va más allá de su consagración normativa. El problema se centra en la aplicación de estos ajustes curriculares, pudiendo ser su resultado más exitoso si se acompañan de otros ajustes más concretos.

El uso de tecnologías de información y comunicación (TIC) es una buena alternativa para atender las necesidades de los niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad

---

<sup>51</sup> *Ibíd.*

<sup>52</sup> ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE EDUCACIÓN PÚBLICA, Consejo de educación inicial y primaria, Consejo de educación secundaria, Organización de estados iberoamericanos, *Buenas prácticas en educación inclusiva en Uruguay*, 2012, p. 7. Disponible [en línea]: <https://oei.org.uy/historico/rblanco.php>.

<sup>53</sup> RODRIGUEZ RODAS, Marialejandra, *Necesidad de una Normativa Legal donde se regule en específico la Educación de Niños y Niñas con Trastorno en el Desarrollo Intelectual en las Escuelas Oficiales* (Tesis, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Universidad Rafael Landívar, 2012), p. 42.

intelectual. Las TIC “proporcionan entornos más flexibles e interactivos para el aprendizaje y eliminan las barreras espacio-temporales para la comunicación entre alumno- profesor, poniendo a disposición del alumnado información. Son también una buena opción, no solo porque les estamos brindando la oportunidad de conocer nuevas herramientas para su futuro, sino también porque es un recurso muy atractivo, que les gusta y les motiva”<sup>54</sup>. Se trata, entonces, de una herramienta que rompe las barreras ya existentes, y, además, otorga más acceso a la información y al aprendizaje.

A nuestro criterio, las TIC permiten que el estudiante se olvide de las limitaciones que cotidianamente lo rodean, incluso en este ámbito educativo, las limitaciones y barreras podrían disminuirse o, también, desaparecer. Esto, porque las “TIC deben poner su acento en las destrezas y habilidades que puede desarrollar el alumno, y no en sus limitaciones, produciendo un marco en el que los estudiantes puedan aprender a manejar sus dificultades”<sup>55</sup>, entonces, también, es evidente que buscan el desarrollo de las habilidades de aquellos estudiantes.

Dentro de sus aspectos positivos, entonces podemos mencionar: A) Favorecen la accesibilidad y superación de limitaciones, B) Contribuyen a la mejora de la comunicación (aumentativa o alternativa), C) Favorece el lenguaje, su comprensión y expresión, D) Facilitan el aprendizaje y la formación individual, E) Desarrollan y agilizan la adquisición de habilidades y destrezas, F) Facilitan los momentos de ocio, G) Se adaptan a los diversos ritmos de aprendizaje, H) Versatilidad, resistencia al aburrimiento<sup>56</sup>.

Precisamente en Galicia, en el año 2007, mediante el Diario Oficial, se dicta el Decreto N° 130/2007, de 28 de junio, por el que se establece el currículo de la educación primaria en la Comunidad Autónoma de Galicia. En su anexo V, dispone el plan de introducción de las tecnologías de la información y de la comunicación, en el que señala expresamente que, para su elaboración, los planes deben tener ciertas características, entre las cuales se encuentra: “Facilitar el acceso a esta herramienta por parte del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo y en las tareas de apoyo y refuerzo de aprendizaje”<sup>57</sup>. Por lo tanto, existe una real preocupación por parte de la legislación de Galicia en el uso de este medio de apoyo, y no solo eso, sino que también reconoce de manera explícita como estos ayudan a los estudiantes con necesidades educativas especiales.

En este mismo contexto también, en la Universidad de Jaen, España, se hizo un experimento en que a los niños con síndrome de Down se les sometió a dos procesos de aprendizaje distintos en relación con las operaciones matemáticas. En el primero de ellos se utilizaron recursos multimedia, mientras que en el segundo se utilizó un método tradicional de aprendizaje, esto es, en lápiz y papel.

Los resultados fueron más satisfactorios en el proceso que se hizo a través de material

---

<sup>54</sup> TRONCOSO, Ana Belén; MARTÍNEZ, María Esther y RAPOSO, Manuela, *La inclusión del alumnado con discapacidad intelectual a partir del uso de blogs: una experiencia educativa innovadora* en *Revista latinoamericana de educación inclusiva* 2 (2013-2014), p. 198.

<sup>55</sup> LUQUE-PARRA, Diego Jesús; LUQUE-ROJAS, María Jesús, *Aspectos psicoeducativos en las relaciones de las tic y la discapacidad intelectual*, en *Revista Intercontinental de Psicología y Educación* (2012), p. 34.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 38

<sup>57</sup> Decreto N° 130/2007, del 28 de junio, por el que se establece el currículo de la educación primaria en la Comunidad Autónoma de Galicia, anexo V.

multimedia y esto, porque “las personas con síndrome de Down poseen y usan contenidos matemáticos en función de la cantidad y riqueza de los contextos, en que se desenvuelven, lo que supone una mejora de su calidad de vida. La adquisición de contenidos lógico- matemáticos ligados a experiencias de la vida diaria les permite observar los beneficios que les repara su utilización. En conclusión, no parece que pueda ser un objetivo suficiente que las personas realicen sumas perfectamente sobre el papel, si no son capaces de aplicar esa habilidad para resolver una situación problemática en el supermercado. La idea sería, más bien, diseñar condiciones y situaciones aprendizaje orientadas hacia su aplicación a la vida cotidiana”<sup>58</sup>, por lo tanto, no solo se debe tener como objetivo que los niños y niñas aprendan para su desenvolvimiento dentro del aula, sino que se debe esperar que sus aprendizajes le sirvan para su vida cotidiana, su independencia y autonomía.

Otra práctica que resulta ser un ajuste razonable eficiente es la política implementada en la región de Aragón, a saber, se establecieron veintiocho centros educativos con atención preferente para niñas y niños con trastorno del espectro autista. Estas escuelas no tienen “aulas TEA”, sino que, todo lo contrario, mediante esta política se ofrece un entorno inclusivo a los alumnos con este trastorno, ya que en la misma aula comparten con el resto del curso y todos tienen el mismo tutor. Sin embargo, existen espacios y tiempos en que se llevan a cabo hábitos y aspectos de la comunicación y curriculares más detallados durante otras horas del día, pero el aprendizaje propiamente tal se desarrolla en el aula ordinaria. Esta práctica se puso en marcha en el año 2006 y se ha demostrado que enriquece a toda la comunidad escolar<sup>59</sup>.

Por tanto, a partir de lo anteriormente señalado, es innegable que la educación inclusiva es el camino correcto en materia de discapacidad intelectual, ya que el proceso de aprendizaje es más enriquecedor para todos en la comunidad educativa. Por un lado, los niños con necesidades especiales educativas se desenvuelven en un entorno en el que muchas veces se les ha negado y, por otro lado, los niños que no requieren de estas necesidades especiales educativas aprenden y son conscientes de las situaciones de discapacidad intelectual y psicosocial. Entonces podemos apreciar cómo se dispone de un aula común en que todos los niños, sin exclusión, se sienten cómodos y pueden desarrollar su proceso de aprendizaje de la manera más amena y satisfactoria posible.

Podemos sostener, entonces, que la escuela inclusiva es un conjunto de factores y herramientas, que, si se conjugan de manera correcta y con los ajustes razonables precisos, tiene como resultado un proceso armonioso de aprendizaje para todos. “La inclusión es un concepto que hace referencia al modo en que la sociedad, y la escuela como parte de ella, deben responder a la diversidad; supone en la práctica trasladar el eje de la respuesta educativa, hasta ahora focalizada únicamente en el alumnado, al contexto escolar ordinario”<sup>60</sup>, por lo tanto, tal como planteamos al principio de esta investigación, la sociedad debe colaborar para que la discapacidad, en este caso intelectual y psicosocial, no sea un problema exclusivamente en la persona, sino que la misma comunidad debe otorgar las facilidades y respuestas y la forma más correcta de hacerlo, en el ámbito del aprendizaje, es a través de la educación inclusiva.

---

<sup>58</sup> ORTEGA-TUDELA, Juana M.; GÓMEZ-ARIZA, Carlos, *Nuevas tecnologías y aprendizaje matemático en niños con síndrome de down: generalización para la autonomía*, en *Revista de Medios y Educación* 29 (2007), p. 60.

<sup>59</sup> INFORME ESPAÑA 2017, *Derechos humanos y discapacidad*, Comité Español de representación de personas con discapacidad (2017), p. 125.

<sup>60</sup> ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, Universidades e Investigación, *Plan Estratégico de Atención a la Diversidad en el marco de una Escuela Inclusiva* (2012), p. 11.

Como ya mencionamos en el capítulo precedente, la no discriminación y el principio de igualdad están estrechamente vinculadas. Por lo tanto, sostenemos, entonces, que para que la discapacidad intelectual y psicosocial no sean objeto de discriminaciones arbitrarias, la solución es, sin lugar a duda, que el sistema tenga como base un proceso de aprendizaje insertado en la educación inclusiva y que existan, además, todos los ajustes razonables necesarios para el pleno desarrollo del derecho a la educación.

## CONCLUSIONES

La discapacidad es una situación consistente en que la persona ve afectado el ejercicio de sus derechos y el pleno goce de su vida cotidiana. Sin embargo, a partir de los estudios psicológicos y medicinales, se sostiene que, con la ayuda necesaria, se puede lograr el correcto ejercicio de los derechos y con eso, tener una vida digna.

Con respecto a lo anterior, en el caso de la discapacidad intelectual frente al derecho a la educación, se pudo observar que los ajustes razonables son más difíciles de determinar en comparación de otros tipos de discapacidades. No obstante, existen legislaciones que consagran estos tipos de ajustes, como es el caso de la legislación española.

En cuanto a nuestra legislación, esta propone un sistema educativo bastante incoherente y deficiente, a saber:

En primer lugar, sus principios son ambiguos e imprecisos. Además, no contemplan expresamente la situación discapacidad general ni menos intelectual y psicosocial. La legislación española contempla la discapacidad bajo el principio de equidad, mientras que la legislación guatemalteca lo hace bajo el principio de integración.

En segundo lugar, existen contradicciones en las sanciones que contempla la ley general de educación. La inobservancia de los procesos objetivos y transparentes en los procesos de admisión esta sancionada, sin embargo, esta misma inobservancia en los procesos de promoción no lo está.

En tercer lugar, nuestra legislación no contempla la educación inclusiva como modelo educativo. Esto contraviene el artículo 24 de la Convención y, además el derecho a la educación de los niños y niñas que se encuentran en situación de discapacidad intelectual y psicosocial. Asimismo, nuestro sistema, al no contemplar el modelo de escuela inclusiva, fomenta la discriminación, porque a partir de la misma discapacidad, se determina a qué tipo de establecimiento asistirá el menor, ya sea escuela especial o escuela regular con programas de integración.

En cuarto lugar, nuestro ordenamiento jurídico contempla el uso de ajustes curriculares. Sin embargo, estos son insuficientes, porque no garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos, por tanto, bajo los términos de la Convención, no pueden ser considerados ajustes razonables, aun cuando sean definidos como tal.

Las situaciones de vulnerabilidad de niños y niñas se concretan en: 1) falta de ajustes razonables, 2) discriminaciones arbitrarias y 3) afectación al derecho a la educación.

En cuanto a la falta de ajustes razonables consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, como ya se mencionó, solo contamos con los ajustes curriculares. Es posible ver, en el derecho comparado, una serie de ajustes que serían posible incluir en nuestro sistema educativo, a saber: el uso de tecnologías de información y comunicación y el uso de espacios comunes para todos los niños, sin distinguir a partir de las situaciones de discapacidad. En todo caso, los ajustes curriculares son una buena herramienta, pero hay que aplicarlos de manera eficiente y correcta, además, se debe estudiar la situación concreta, porque, como ya fue mencionado, la discapacidad intelectual se compone de diferentes síndromes y trastornos.

Aún existe discriminación arbitraria en los establecimientos educacionales. Estos constituyen una comunidad y, según nuestra constitución, como tal deben propender al pleno desarrollo de la vida de las personas. Sin embargo, a partir del análisis jurisprudencial realizado, esto no ocurre así.

El derecho a la educación, por su parte, se ve afectado por la falta de ajustes razonables y por las discriminaciones arbitrarias, además, la principal afectación viene dada por la falta de consagración de un sistema educacional inclusivo.

Otros países de Latinoamérica tampoco contemplan modelos educativos cien por ciento inclusivos, sin embargo, desde la década pasada, están encaminando sus políticas y legislaciones hacia esa dirección. Nuestro país aún, a principios del año 2020, no tiene intenciones de cambiar el modelo retrógrado de escuelas especiales y regulares con planes de integración.

Finalmente, el hecho que las discapacidades intelectuales y psicosociales sean difíciles de determinar no constituye argumento para negarles el pleno ejercicio de sus derechos, sino que, todo lo contrario, constituye un argumento a favor para, con mayor razón, buscar los ajustes pertinentes para el desarrollo de su vida independiente y autonomía.

Queda demostrado, entonces, que la discapacidad no solo atañe a la persona, sino que, a la sociedad y a los establecimientos educacionales, y, por tanto, se deben otorgar todas las herramientas posibles para superar las barreras y limitaciones. La discapacidad es el resultado de las dificultades del individuo más las limitaciones impuestas por la sociedad. Por tanto, existe una tarea importante que nuestro país está muy lejos de cumplir.

#### BIBLIOGRAFÍA

AAIDD, *Definition of Intellectual Disability*, disponible [en línea]: <https://aidd.org/intellectual-disability/definition>.

ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, Departamento de Educación, Universidades e Investigación, *Plan Estratégico de Atención a la Diversidad en el marco de una Escuela Inclusiva* (2012) Disponible [en línea]: [http://www.hezkuntza.ejgv.euskadi.eus/r43-2459/es/contenidos/informacion/dig\\_publicaciones\\_innovacion/es\\_escu\\_inc/adjuntos/16\\_inklusibitatea\\_100/100011c\\_Pub\\_EJ\\_Plan\\_diversidad\\_c.pdf](http://www.hezkuntza.ejgv.euskadi.eus/r43-2459/es/contenidos/informacion/dig_publicaciones_innovacion/es_escu_inc/adjuntos/16_inklusibitatea_100/100011c_Pub_EJ_Plan_diversidad_c.pdf).

ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE EDUCACIÓN PÚBLICA, Consejo de educación inicial y primaria, Consejo de educación secundaria, Organización de estados iberoamericanos, *Buenas*

*prácticas en educación inclusiva en Uruguay*, 2012. Disponible [en línea]: <https://oei.org.uy/historico/rblanco.php>.

ATZEGI, *Nuevo concepto de retraso mental (AAMR) año 1992*, disponible [en línea]: <http://www.atzegi.eus/atzegi/de/nuevo-concepto-de-retraso-metal-aamr-ano-1992.asp?nombre=1828&cod=1828&sesion=1>.

BAJO LUPA, *Personas con discapacidad psicosocial: invisibles, pero discriminadas*, disponible [en línea]: <https://documenta.org.mx/blog-documenta/2018/08/08/personas-con-discapacidad-psicosocial-invisibles-pero-discriminadas/>.

CLÍNICA ALEMANA, *Mutismo selectivo cuando el niño decide callar*, disponible [en línea]: <https://www.clinicaalemana.cl/articulos/salud/detalle/2004/mutismo-selectivo-cuando-el-nino-decide-callar>.

CLÍNICA DÁVILA, *Lo más importante que debes saber sobre el Síndrome de Down*, disponible [en línea]: <http://www.davila.cl/lo-mas-importante-que-debes-saber-sobre-el-sindrome-de-down/>.

CLÍNICA LAS CONDES, *¿Qué es discapacidad intelectual cognitiva?*, disponible [en línea]: <https://www.clinicalascondes.cl/BLOG/Listado/Neurologia-Infantil/que-es-discapacidad-intelectual-cognitiva>.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Informe 2017 de Derechos humanos y discapacidad*.

CROSSO, Camila, *El Derecho a la Educación de Personas con Discapacidad: impulsando el concepto de Educación Inclusiva en Revista latinoamericana de educación inclusiva* 4 (2010), 4.

DIVISIÓN DE EDUCACIÓN GENERAL, UNIDAD DE CURRÍCULUM, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, *Diversificación de la enseñanza, Decreto N°83/2015: aprueba criterios y orientación de adecuación curricular para estudiantes con necesidades educativas especiales de educación parvularia y básica*.

FACULTAD DE MEDICINA DE LA UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN, *Síndrome de Sotos*, disponible en [en línea]: <https://medicina.ufm.edu/eponimo/sindrome-de-sotos/>.

FIGEROA MORENO, Miguel Ángel; INOSTROZA MUÑOZ, Hernán, *Discapacidad y salud mental: una visión desde SENADIS* (Santiago, 2016).

FERNÁNDEZ LOZANO, María Paz; PUENTE FERRERAS, Aníbal; BARAHONA GOMARI, María José; PALAFOX BOGDANOVITCH, Aurelio, *Rasgos Conductuales y Cognitivos de los síndromes Rett, Cri-du-Chat, X-frágil y Williams*, en *Liberabit* 16 (2010), 1.

GARCÍA IBÁÑEZ, José; FELIU, Teresa; USÓN, Maribel; RODENAS, Ana; AGUILERA, Francisco; RAMO, Raquel, *Trastornos invisibles. las personas con discapacidad intelectual y trastornos mentales o de conducta*, en *Siglo Cero* 40 (2009), 2.

HUMAN SERVICES RESEARCH INSTITUTE, *Ruth Luckasson*, disponible [en línea]: <https://www.hsri.org/leadership/ruth-luckasson>.

INFORME ESPAÑA 2017, *Derechos humanos y discapacidad*, Comité Español de representación de personas con discapacidad (2017).

LÓPEZ AZUAGA, Rafael, *Un estudio sobre la situación de la educación inclusiva en centros educativos desde la percepción de la comunidad educativa* (Memoria, Programa de Doctorado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España, 2018).

LUQUE PARRA, Diego Jesús; LUQUE ROJAS, María Jesús, *Aspectos psicoeducativos en las relaciones de las tic y la discapacidad intelectual*, en *Revista Intercontinental de Psicología y Educación* (2012).

MÁRQUEZ CARAVEO, María Elena; ZANABRIA-SALCEDO, Martha; PÉREZ BARRÓN, Verónica; AGUIRRE GARCÍA, Elisa; ARCINIEGA BUENOSTRO, Lucía; GALVÁN GARCÍA, Carlos, *Epidemiología y manejo integral de la discapacidad intelectual*, en *Salud Mental* 34 (2011), 5.

MESA TÉCNICA EDUCACIÓN ESPECIAL, *Propuestas para avanzar hacia un sistema educativo inclusivo en Chile: Un aporte desde la educación especial* (2015).

MARTÍNES-PUJALTE, Antonio-Luis, *Derechos fundamentales y discapacidad* (Cinca, Madrid, 2015).

NASH, Claudio; DAVID, Valeska, *Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos*, *Derechos humanos y derecho justo* (Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos: COLAM - Organización Interamericana Universitaria, 2010).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Trastornos mentales*, disponible [en línea]: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Discapacidad*, disponible [en línea]: [https://www.paho.org/chi/index.php?option=com\\_content&view=article&id=82:discapacidad&Itemid=215](https://www.paho.org/chi/index.php?option=com_content&view=article&id=82:discapacidad&Itemid=215).

ORRU, Silvia Estera, *Reuven Feuerstein y la teoría de la modificabilidad cognitiva estructural*, en *Revista de Educación* 332 (2003).

ORTEGA-TUDELA, Juana; GÓMEZ-ARIZA, Carlos, *Nuevas tecnologías y aprendizaje matemático en niños con síndrome de down: generalización para la autonomía* en *Revista de Medios y Educación* 29 (2007).

PINDADO GARCÍA, Fernando, *Hacia una única catalogación de los derechos fundamentales- los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales* (Cinca, Madrid, 2015).

RAMÍREZ FERNÁNDEZ, Santiago; ROA VENEGAS, José María, *El programa de enriquecimiento instrumental de Feuerstein, una aproximación teórica* (Memoria, Facultad de educación y humanidades desde Ceuta, Universidad de Granada). Disponible [en línea]: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1181333>.

RODRÍGUEZ RODAS, Marialejandra, *Necesidad de una Normativa Legal donde se regule en específico la Educación de Niños y Niñas con Trastorno en el Desarrollo Intelectual en las Escuelas Oficiales* (Tesis, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Universidad Rafael Landívar, 2012).

SALDARRIAGA, Wilmar; MOLINA-BARRERA, Laura Camila; RAMÍREZ-CHEYNE, Julián, *Caso clínico: Síndrome de Sotos diagnosticado por hibridación genómica comparativa*, en *Revista Chilena de pediatría* (2016).

SÁNCHEZ-ANTOLÍN, Pablo, *Las TIC y el Diseño Universal para el aprendizaje como elementos de atención a la diversidad en Educación, Desarrollo y cohesión social* (Ediciones de la Universidad de Castilla, La Mancha, 2015).

SANTA MARÍA, Lorena; CUROTTO, Bianca; CORTÉS, Fanny; ROJAS, Cecilia; ALLIENDE, Angélica, *Diagnóstico molecular de los síndromes de Prader-Willi y de Angelman: análisis de metilación, citogenética y FISH*, en *Revista médica* 129 (2001), 4.

SENADIS, *Discapacidad en Chile: Pasos hacia un modelo integral del funcionamiento humano* (Santiago de Chile, 2006).

SENADIS, *Estudio Nacional de la Discapacidad*, disponible [en línea]: <http://endisc.senadis.cl/infografianinos/>.

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, *UTM – UTA – IPC 2019*, disponible [en línea]: [http://www.sii.cl/valores\\_y\\_fechas/utm/utm2019.htm](http://www.sii.cl/valores_y_fechas/utm/utm2019.htm).

SUÁREZ-ESCUADERO, Juan Camilo, *Discapacidad y neurociencias: la magnitud del déficit neurológico y neuro psiquiátrico*, en *Acta Neurológica Colombiana* (2014).

TRONCOSO, Ana Belén; MARTÍNEZ, María Esther y RAPOSO, Manuela, *La inclusión del alumnado con discapacidad intelectual a partir del uso de blogs: una experiencia educativa innovadora*, en *Revista latinoamericana de educación inclusiva*. 2 (2013-2014).

VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel; AMOR GONZÁLEZ, Antonio Manuel; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, María; NAVAS MACHO, Patricia; CALVO ÁLVAREZ, Isabel, *La regulación de la inclusión educativa del alumnado con discapacidad intelectual: una reforma pendiente*, en *Siglo Cero*. 49 (2018), 49.

VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel, *Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la asociación americana sobre retraso mental de 2002*, en *Siglo Cero*. 205 (2005), 34.

#### FUENTES JURÍDICAS

Constitución Política de la República.

Decreto 83/2015

Decreto N° 130/2007, del 28 de junio, por el que se establece el currículo de la educación primaria en la Comunidad Autónoma de Galicia, anexo V.

Ley N° 20.370

Ley N° 20.422

Ley N° 20.609

Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, letra e).