



Igualdad

**CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y
PSICOSOCIALES EN EL PROYECTO
DE LEY QUE FORTALECE LAS
FACULTADES DE LOS DIRECTORES
DE ESTABLECIMIENTOS
EDUCACIONALES EN MATERIA DE
CONVIVENCIA ESCOLAR (BOLETÍN
12107-04)**

Programas de Educación e Infancia del Instituto Igualdad

**SERIE DOCUMENTOS
Documento N° 13**

Octubre 2018

Introducción

El presente documento ha sido elaborado a partir de la presentación realizada conjuntamente por los Programas de Educación y de Infancia del Instituto Igualdad, el pasado 8 de octubre de 2018 ante la Comisión de Educación y Cultura del Senado, respecto del mensaje de ley del ejecutivo. Sin embargo, y atendida la naturaleza de las modificaciones que se introdujeron al proyecto durante su primer trámite constitucional, también se consideran las modificaciones realizadas por el H. Senado y que ahora deberá conocer la Cámara de Diputados en su segundo trámite constitucional.

Tanto la presentación ante la Comisión de Educación y Cultura del Senado, como la elaboración de los contenidos del presente documento, fueron llevadas a cabo por Fanny Pollarolo¹ y Flavio Quezada.²

I

Consideraciones Básicas

1. Introducción

Este proyecto de ley se origina en la determinación de los órganos colegisladores de modificar la legislación vigente sobre expulsión y cancelación de matrícula de estudiantes que incurran en hechos graves de violencia.

Dada la gravedad de los hechos respecto de los cuales se pretende legislar, resulta necesario distinguir, a lo menos, dos aristas jurídicas: (i) la penal y (ii) la educacional. La primera relacionada al sistema penal general, como aquel dirigido a sancionar penalmente a adolescentes, cuya regulación legal no es modificada por el proyecto, ni integra su idea matriz; mientras que la segunda, dice relación a la regulación legal del sistema educacional chileno en sus niveles básico y medio. Es relevante esta última precisión, puesto que esta materia adquiere matices jurídicos distintos en los demás niveles educacionales, sea por el régimen jurídico propio de la primera infancia, como aquel de las instituciones de educación superior.

Considerando estos límites, resulta necesario considerar diversas perspectivas jurídicas:

- i. Los límites constitucionales a la labor legislativa a este respecto.
- ii. Los estándares que impone el derecho internacional de los Derechos Humanos que resultan vinculantes para Chile.

¹ Médico psiquiatra, ex Diputada de la República en dos períodos (1994-1998 y 1998-2012) e integrante del Programa de Infancia del Instituto Igualdad

² Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Máster en Derecho Público, Université de Bordeaux. Doctorando en Derecho y Ciencia Política, Universidad de Barcelona. Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Valparaíso e integrante del Programa de Educación del Instituto Igualdad.

iii. Consideración de un caso comparado pertinente: el Código de la Educación francés.

2. Límites constitucionales a la labor legislativa respecto a la regulación de expulsión y cancelación de matrícula de estudiantes

El mensaje ingresado por el Ejecutivo fue unánimemente criticado por diversos juristas, por infringir las garantías mínimas que impone el derecho a un debido proceso. En efecto, infringía la más elemental de ellas: el derecho a contar con un procedimiento, puesto que el estudiante supuestamente infractor era notificado de la sanción sin haber intervenido en dicha decisión, y contando únicamente con el derecho a recurrir de ella sin poder, en ningún caso, suspender los efectos de la medida expulsiva y contando con un plazo demasiado breve.

De este modo, es importante recalcar que para la adopción de una medida de disciplina escolar no solo basta con contar con un proceso previo, sino que este debe cumplir con todas las garantías que impone la Constitución. El debido proceso no es solo “un proceso” sino también uno “debido”.

2.1. Se debe respetar el debido proceso constitucional:

El inciso 6º del artículo 19 nº 3 de la Constitución establece lo siguiente:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

[...]

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

[...]

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Desarrollando este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“De ahí que el legislador esté obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda, excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad. Lo anterior se ve reafirmado por lo señalado en el artículo 19, Nº 26º, de la Carta Fundamental, que prohíbe al legislador afectar los derechos en su esencia o imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.³

³ (STC Rol nº 1411, c. 7. En el mismo sentido, STC Rol nº 1429 c. 7, STC Rol nº 1437 c. 7, STC Rol nº 1438 c. 7, STC Rol nº 1449 c. 7, STC Rol nº 1473 c. 7, STC Rol nº 1535 c. 18, STC Rol nº 1994 c. 24, STC Rol nº 2053 c. 22, STC Rol nº 2166 c. 22, STC Rol nº 2546 c. 7, STC Rol nº 2628 c. 6, STC Rol nº 2748 c. 14, STC Rol nº 2757 c. 40, STC Rol nº 3107 c. 9, STC Rol nº 3297 c. 13, STC Rol nº 3309 c. 3309, STC Rol nº 3171 c. 28).

Es importante considerar que el debido proceso tiene un doble fundamento: (i) respetar efectivamente los derechos de los involucrados, en especial, de quien pudiera ser sancionado; como (ii) hacer más probablemente correcta la decisión respectiva. En efecto, el derecho a que los interesados o particulares,

“(…)presenten alegaciones, documentos, pruebas, contradigan, etc., no debiera sólo considerarse desde una óptica subjetiva o individualista, es decir, como expresiones de derechos subjetivos, sino que son, también, condiciones para una decisión pública más probablemente correcta. En otros términos, facilitar y promover la participación ciudadana en la gestión pública permite, como condición epistémica del procedimiento administrativo, que ella más se aproxime de forma más eficaz y eficiente a la corrección”.⁴

En otros términos, no respetar estas garantías aumenta el riesgo que se expulsen o cancelen matrícula de forma errónea, sea porque no correspondía adoptar una medida tan grave, sea porque el estudiante era inocente. Por ello, vulnerar el debido proceso conlleva en muchos casos infracciones a otros derechos constitucionales, como sería en este caso, a la dignidad del estudiante acusado y su derecho a la educación.

2.2. No se pueden establecer sanciones de plano

Un elemento esencial del derecho al debido proceso es la existencia misma de un procedimiento, es decir, el denominado derecho al procedimiento. De esta forma, en nuestro medio, tal como ha sido reafirmado recientemente por el Tribunal Constitucional⁵, están prohibidas por la Constitución las “sanciones de plano”, es decir, sin un procedimiento previo para su adopción.

Piénsese, por ejemplo, en el siguiente caso: ¿aceptaría el legislador chileno que la Superintendencia de Medio Ambiente pueda clausurar una industria ante un desastre ambiental particularmente grave (como en Puchuncaví y Quintero) aplicando el procedimiento original de este proyecto? Seguramente la respuesta sería negativa, pues la Constitución asegura el derecho al debido proceso o procedimiento tanto para personas jurídicas (empresas) como para personas naturales (funcionarios públicos sancionados administrativamente o estudiantes al interior de un establecimiento educacional).

2.3. Se deben respetar todas las garantías mínimas del debido

Para cumplir con las exigencias de este derecho no basta la mera existencia de un procedimiento, se requiere que este cumpla con todas las garantías mínimas que impone la Constitución, según lo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶. De este modo, se proponen las

⁴ Este argumento se encuentra más desarrollado en: QUEZADA, Flavio (2016), “El término de los plazos administrativos: análisis crítico de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República”, en Revista de Ciencias Sociales, n° 69, p. 194.

⁵ STC Rol N° 3440, c. 4.

⁶ La síntesis de estos criterios jurisprudenciales, siguiendo la doctrina nacional, pueden encontrarse en: QUEZADA, Flavio. Procedimiento administrativo sancionador en la ley N° 19.880. Librotecnia, Santiago, 2017.

directrices jurídicas que debiera contemplar un procedimiento sancionatorio para la imposición de una sanción de expulsión o cancelación de matrícula:

i. Acusación fundada y precisa: el procedimiento de expulsión y cancelación de matrícula debe iniciarse mediante un acto fundado en el cual se establezca de forma precisa los hechos que se le imputan al estudiante, los medios de prueba que sustentan su participación en ellos, como la sanción que correspondería aplicar. El carácter fundado y la precisión de los cargos son elementos fundamentales para el efectivo ejercicio del derecho a la defensa, puesto que solo se puede responder aquello que se conoce, y no a simples acusaciones vagas o que se limiten a reiterar disposiciones del reglamento interno, normativa administrativa o la ley.

ii. Derecho a la defensa: en el seno del procedimiento debe permitirse una instancia, presencial o mediante un documento escrito, en la cual el estudiante pueda hacer presente sus alegaciones o argumentos, tanto en lo referente a los hechos como en aquellas consideraciones normativas que permitan establecer su inocencia, exculparlo o atenuar su responsabilidad, si corresponde.

iii. Derecho a la prueba: este derecho consiste en permitir al presunto infractor aportar prueba en su favor, como poder discutir aquella que sustente la acusación en su contra. Un supuesto de este derecho es que el estudiante siempre pueda acceder a aquellas pruebas con las cuales se le acusa.

iv. Derecho a un plazo razonable para preparar la defensa: el procedimiento debe establecer un plazo que resulte razonable para preparar efectivamente la defensa del estudiante, el cual deberá ser notificado mediante un medio que dé certeza respecto al conocimiento del comienzo del transcurso de dicho plazo.

v. Derecho a un plazo razonable de decisión: el procedimiento debe tardar, en total, un plazo que resulte razonable, puesto que no puede mantenerse en una incertidumbre demasiado prolongada, ni menos de forma permanente, al estudiante. El procedimiento no es un fin en sí mismo, sino que su finalidad es determinar la responsabilidad que corresponda, sea declarando la inocencia o expulsando o cancelando la matrícula si así corresponde.

vi. Instrumentalidad y proporcionalidad de medidas provisionales: de permitirse medidas provisionales durante el procedimiento, tales como la suspensión, estas deben ser instrumentales, al igual que aquel; esto es, su finalidad es que, de adoptarse una decisión, ella pueda sea eficaz. Del mismo modo, estas medidas deben ser proporcionales al fin perseguido, de manera que la suspensión debe reservarse a procedimientos en los que se pretenda, de forma seria, imponer las sanciones más graves. Esto, por cuanto se trata, en cierta medida, de un adelantamiento de la sanción final.

vii. Separación funcional entre quien acuse y quien decida: si bien existe discusión respecto al alcance de este derecho, el Tribunal Constitucional chileno lo ha aplicado recientemente, en especial en materia económica (caso SERNAC) y no habrían razones para no establecer una

separación funcional de este tipo en los procedimientos de disciplina escolar, tal como acontece en el caso francés que se expone más adelante.

viii. Derecho al recurso: el procedimiento, una vez finalizado y habiéndose adoptado una decisión final, si ésta perjudica al estudiante, deberá permitírsele interponer un recurso a objeto que aquella pueda ser revisada.

ix. Derecho a la revisión judicial: dado que la medida de expulsión y cancelación de matrícula implica una seria restricción a diversos derechos constitucionales, el legislador no puede prohibir su revisión judicial, sea mediante el ejercicio de las acciones generales para estos efectos (protección, principalmente); sea mediante el establecimiento de una acción especial.

2.4. Se debe respetar el principio de proporcionalidad

Siguiendo los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional chilena, toda sanción debe ser proporcionada a la infracción cometida, es decir, la gravedad de esta última determinará la entidad de aquella. De este modo, siendo la expulsión y la cancelación de matrícula la mayor sanción que puede adoptarse en el ámbito escolar, corresponderá reservar su aplicación únicamente ante las infracciones más graves que hayan podido ser comprobadas en el respectivo procedimiento. Así se sigue de la jurisprudencia vigente en esta materia, principalmente, desde la sentencia rol nº 2922 del Tribunal Constitucional.⁷

⁷ “La Constitución no recoge, explícitamente, el “principio de proporcionalidad”, pero el intérprete constitucional no puede sino reconocer manifestaciones de este principio, que forman parte de una consagración general dentro del ordenamiento jurídico. La doctrina ha estimado que este principio se encuentra integrado dentro de los principios inherentes al Estado de Derecho, de los artículos 6o y 7o de la Constitución, en la prohibición de conductas arbitrarias del artículo 19, numeral 2o, y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos del artículo 19, numeral 26º” (STC Rol nº 2922, c. 19). “También se articula en el artículo 19, numeral 3o, en lo que dice relación con el debido proceso en la aplicación proporcional de sanciones penales, sanciones administrativas y medidas restrictivas” (STC Rol nº 2922, c. 20).

“...el principio de proporcionalidad, también conocido como “máxima de razonabilidad” o “principio de prohibición de exceso”, es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho. Tradicionalmente, se ha entendido que el principio de proporcionalidad contiene tres sub principios o sub juicios diferentes: el de idoneidad (o adecuación), el de necesidad (indispensabilidad o intervención mínima) y el de proporcionalidad en sentido estricto (o mandato de ponderación), (Diccionario Constitucional Chileno, García Pino y Contreras Vásquez, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 55, año 2014, p. 752). Y agrega la doctrina que el principio de proporcionalidad exige que una medida limitativa de derecho se ajuste a un fin previamente determinado. La medida debe ser idónea para la consecución del fin pretendido (juicio de idoneidad). El segundo aspecto del principio de proporcionalidad exige la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y sea la menos gravosa para el derecho o libertad comprometidos, frente a otras alternativas existentes (juicio de necesidad). Por último, la proporcionalidad en sentido estricto como un mandato de ponderación cuando existen principios en pugna, en cuanto exige que se ponderen los intereses en juego” (STC Rol nº 2922, c. 22).

Del mismo modo, y siguiendo estos mismos criterios jurisprudenciales, toda medida provisional adoptada en un procedimiento debe ser proporcional a los hechos constatados hasta ese momento, que hagan razonablemente presumir la veracidad de las acusaciones, como a la sanción que eventualmente se impondría. De este modo, la medida provisional de suspensión de un estudiante también debe quedar reservada a aquellos procedimientos incoados por hechos graves que, en definitiva, pudiesen ser sancionados con medida de expulsión o cancelación de matrícula.

2.5. No se debería discriminar entre establecimientos

El debido proceso ante la decisión de expulsión o cancelación de matrícula es un derecho de titularidad de todo estudiante por su calidad de persona, en términos constitucionales, de manera que el mínimo constitucionalmente garantizado no puede ser vulnerado en ningún procedimiento, independientemente de la naturaleza jurídica del establecimiento educacional concernido.

Por este motivo, el proyecto original también adolecía de un vicio de inconstitucionalidad por infracción al derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria: mientras la propuesta del Ejecutivo privaba del derecho al debido proceso a los estudiantes de establecimientos regidos por la ley de subvenciones escolares (DFL N° 2, de 1998, del MINEDUC), no modificaba la exigencia de un debido proceso para los establecimientos particulares pagados, pues estos últimos seguirían rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 46 literal f) del DFL N° 2, de 2010, del MINEDUC. De este modo, se generaba la arbitraria situación en la cual los estudiantes de establecimientos privados pagados tendrían asegurado y garantizado siempre su derecho al debido proceso, mientras que aquellos pertenecientes a particulares subvencionados y estatales, se verían privados de este derecho constitucional.

De forma adecuada, este vicio a sido subsanado en el Senado.

2.6. Debe respetarse el contenido del derecho a la educación

El derecho constitucional a la educación tiene diversos aspectos, según uno de ellos, todo estudiante tiene derecho a mantenerse en un establecimiento educacional, siempre que cumplan con los requisitos académicos y la reglamentación interna⁸ que, en todo caso, deben ser razonables y no discriminatorios.

Si el régimen disciplinario interno dispone medidas de expulsión o cancelación de matrícula, debe respetar siempre las garantías de un proceso previo y racional, y la sanción debe ser expresión de la finalidad propia del derecho a la educación. Esta materia deberá siempre analizarse caso a caso, dependiendo de las particularidades propias del estudiante, en especial, si se trata de niños, niñas o adolescentes.⁹

⁸ Tribunal Constitucional, Rol N° 2731, c. 23 (2014).

⁹ En un sentido similar la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el aplicador del derecho deberá “tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio

III

Estándares del derecho internacional de los Derechos Humanos vinculantes para Chile.

Por otra parte, el legislador también debe considerar los estándares o criterios que, en esta materia, impone el derecho internacional de los Derechos Humanos vinculante para nuestro país.

Así, por ejemplo, deberá considerar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, como la Comisión de Derechos del Niño de Naciones Unidas. A este respecto, resultan pertinente, a lo menos, cuatro estándares:

3.1. Todo niña y niño tiene derecho a un debido proceso, el cual debe ser interpretado a la luz de su derecho a ser oído en los procedimientos que concierne sus derechos y considerando en ellos su interés superior.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención, referentes al debido proceso, *“deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño”*.¹⁰ Además, la Corte añade que el artículo 8 de la Convención *“debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas provisiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino”*.¹¹ Por ende, los derechos a las garantías judiciales deben *“interpretarse a la luz del corpus juris internacional de protección de los niños”*.¹²

En este mismo sentido, la observación general n° 12 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas establece que:

“65. Todos los Estados partes deben incorporar a su legislación procedimientos administrativos que se ajusten a los requisitos del artículo 12 y garantizar el derecho del niño a ser escuchado junto con otros derechos procesales, como el derecho a la divulgación de los expedientes pertinentes, la notificación de la vista y la representación por los progenitores u otras personas.

caso” Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, § 102, Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, § 199, Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, § 230.

¹⁰ Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, § 95, Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, § 209.

¹¹ Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, § 196, Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, § 228.

¹² Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, § 44.

66. Es más probable que un niño participe en un procedimiento administrativo que en uno judicial, porque los procedimientos administrativos son menos formales, más flexibles y relativamente fáciles de establecer mediante las leyes y normas. El procedimiento tiene que estar adaptado a los niños y ser accesible.

67. Como ejemplos de procedimientos administrativos que afectan a los niños pueden mencionarse los mecanismos para abordar cuestiones de disciplina en las escuelas (como suspensiones y expulsiones), las negativas a entregar certificados escolares y las cuestiones relativas al rendimiento, las medidas disciplinarias y las negativas a otorgar privilegios en los centros de detención de menores, las solicitudes de asilo de niños no acompañados y las solicitudes de licencias de conducir. En estos asuntos, el niño debe tener el derecho de ser escuchado y disfrutar de los demás derechos "en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

3.2. El régimen de disciplina escolar debe ser formativo, no punitivo.

En esta materia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que la disciplina escolar debería regirse por métodos positivos, es decir, formativos y no puramente punitivos. El objetivo de la disciplina escolar deberá siempre educar al estudiante. En efecto, a este respecto, en su observación general n° 13, el Comité señala:

"En opinión del Comité, los castigos físicos son incompatibles con el principio rector esencial de la legislación internacional en materia de derechos humanos, consagrado en los Preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de ambos Pactos: la dignidad humana[xviii]. Otros aspectos de la disciplina en la escuela también pueden ser incompatibles con la dignidad humana, por ejemplo la humillación pública. Tampoco es admisible que ningún tipo de disciplina infrinja los derechos consagrados por el Pacto, por ejemplo, el derecho a la alimentación. Los Estados Partes han de adoptar las medidas necesarias para que en ninguna institución de enseñanza, pública o privada, en el ámbito de su jurisdicción, se apliquen formas de disciplina incompatibles con el Pacto. El Comité acoge con satisfacción las iniciativas emprendidas por algunos Estados Partes que alientan activamente a las escuelas a introducir métodos "positivos", no violentos, de disciplina escolar".

3.3. Se debe evitar la judicialización de asuntos que conciernan a niños y niñas.

Por otro lado, un problema relevante del texto original presentado por el Ejecutivo es que su inconstitucionalidad redundaría en litigiosidad ante los tribunales de justicia, puesto que, ante una vulneración legal del debido proceso, según la jurisprudencia actual de la Corte Suprema¹³, haría procedente la acción de protección y, en el contexto de ese proceso, la de inaplicabilidad a causa de inconstitucionalidad. De este modo, se abonaría a judicializar asuntos concernientes a niños y niñas.

Evitar lo anterior es relevante no solo por la eficacia de la labor del legislador respecto al problema que ha decidido abordar, sino también porque las instancias internacionales han señalado que al

¹³ Ver a este respecto: GONZÁLEZ Solange, Expulsiones y Cancelaciones de Matrícula en la Jurisprudencia a raíz de Protestas Estudiantiles. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, dirigida por el profesor Francisco ZÚÑIGA en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2016.

tratarse de niños y niñas debe evitarse la judicialización de los asuntos que conciernan sus derechos.

En efecto, así lo ha señalado el Comité de los Derechos del Niño en la observación antes citada, al señalar que

“[e]s más probable que un niño participe en un procedimiento administrativo que en uno judicial, porque los procedimientos administrativos son menos formales, más flexibles y relativamente fáciles de establecer mediante las leyes y normas. El procedimiento tiene que estar adaptado a los niños y ser accesible”.

Por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que las normas internacionales procuran reducir la judicialización de los problemas sociales que afectan a los niños y resolverlos con medidas de diverso carácter, por lo que afirma que

“son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.¹⁴

3.4. Restricciones a la publicidad de estos procedimientos para resguardar el interés superior de niños y niñas

La Corte Interamericana ha estimado que *“procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos”*: estos límites *“atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura”*.¹⁵

IV

Una experiencia comparada pertinente: el Código de la Educación francés

El caso francés resulta pertinente, a lo menos, por las siguientes razones: (i) pertenece a la misma tradición jurídica que Chile; (ii) tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza son derechos constitucionales; (iii) su régimen jurídico contempla establecimientos de naturalezas jurídicas similares al caso chileno (particulares sin financiamiento público, particulares financiados con recursos públicos y estatales); (iv) cuenta con una legislación más sofisticada que la chilena, tan así, que ha sido codificada en esta materia.

Del mismo modo, también su derecho al debido proceso es aplicado, tanto en su vertiente constitucional como convencional, en términos amplios, respecto a todo procedimiento que

¹⁴ Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, § 135, Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, § 211.

¹⁵ Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, § 134.

pudiese conllevar a la afectación de derechos fundamentales por la adopción de una decisión materialmente sancionatoria.¹⁶

Sin embargo, también debe repararse en dos aspectos relevantes que difieren con nuestro sistema jurídico: (i) la reserva legal no resulta coincidente con todas aquellas materias que la constitución chilena reserva al legislador; y (ii) su proceso de codificación actual no solo contempla las materias legisladas, sino también normas infralegales, como acontece en el caso de los procedimientos para la adopción de medidas sancionatorias de disciplina escolar.

El procedimiento de adopción de sanciones de disciplina escolar se encuentra regulado entre los artículos D511-30 a D511-43, y cuenta con dos características centrales: (i) incentiva un involucramiento de toda la comunidad educativa en la solución del problema que ha originado el conflicto, a través del “Consejo de Disciplina”; y (ii) se rige por una permanente misión formativa o educativa del procedimiento como de las sanciones que en él se adoptan.

4.1. Medidas de responsabilización

Un interesante ejemplo de lo anterior, son las medidas de responsabilización que, antes de la sanción o expulsión, constituyen sanciones destinadas inculcar valores cívicos al estudiante que ha incurrido en hechos graves contra la disciplina escolar. Estas se establecen en el artículo R511-13 del Código de la Educación y consisten en la participación del estudiante sancionado, fuera del horario de actividades escolares, en acciones de solidaridad, culturales o de formación con fines educativos. Su duración de la medida no puede exceder 28 horas y debe respetar en todo momento la dignidad del estudiante, no puede exponerlo a un peligro para su salud, y debe ser adecuada a su edad y capacidades.

Estas medidas de responsabilización pueden ser ejecutadas al interior del establecimiento educacional al cual pertenece, en una asociación con fines públicos o un organismo público. En el caso que se realicen fuera del establecimiento, debe firmarse un acuerdo entre éste y el organismo que reciba al estudiante. También debe concurrir a la firma el estudiante o su representante legal, según corresponda.

Toda medida de responsabilización está supeditada a la firma de un compromiso por parte del estudiante concernido.

4.2. El Consejo de Disciplina

Cada establecimiento educacional debe contar con un Consejo de Disciplina que adopta las sanciones de disciplina escolar, el cual está compuesto por representantes de toda la comunidad educativa, haciéndolos, de esta forma, parte de la solución al conflicto que haya afectado la convivencia interna. Así, según dispone el artículo R511-20, está integrado de la siguiente manera:

¹⁶ BROUELLE Camille, *Contentieux administratif*, LGDJ, Paris, 2017, p. 211-241. También: GUYOMAR Mattias, *Les sanctions administratives*, LGDJ, Paris, 2014, p. 87-135.

- a. El director del establecimiento.
- b. El asistente del director y, en el caso de ser varios, aquel designado por el director.
- c. Un consejero jefe de educación designado por el consejo de administración, a propuesta del director.
- d. El administrador del establecimiento.
- e. Cinco representantes del personal, de los cuales cuatro deben ser profesores y uno de los funcionarios asistentes, sean profesionales o no.
- f. Tres representantes de los apoderados y dos en los liceos.
- g. Dos representantes de los estudiantes y tres en los liceos.

El consejo es presidido por el director del establecimiento y, en su ausencia, por su asistente.

Los representantes del personal, apoderados y estudiantes, son elegidos por sus respectivos estamentos.

Es importante destacar que los estudiantes sancionados por disciplina escolar no pueden integrar el consejo, ni participar en sus deliberaciones en calidad de representante de curso, durante el año escolar en el cual hubieren sido sancionados.

4.3. El procedimiento para la adopción de una sanción que debe seguir el Consejo de Disciplina

El procedimiento está regulado en los artículos D511-30 a D511-43. Este es incoado por el director del establecimiento, quien debe citar a los miembros del Consejo de Disciplina, convocando al estudiante acusado y, si es menor de edad, también a su representante legal. Del mismo modo debe citar a la persona encargada de asistir la defensa del estudiante como a los testigos o personas susceptibles de informar al consejo los hechos que motivan la comparecencia del estudiante acusado.

Posteriormente, el director del establecimiento debe precisar al estudiante acusado los hechos que se le imputan y se le informará de su derecho a presentar defensas orales o escritas y a ser asistido por la persona que escoja para estos efectos. Si el estudiante es menor de edad, esta comunicación se realiza, además, a su representante legal con el objeto que también pueda producir las observaciones que le parezcan pertinentes.

Los miembros del consejo de disciplina, como el estudiante acusado, su representante legal y quien lo asista eventualmente para su defensa, tienen el derecho a conocer el estado del expediente ante el director del establecimiento.

En el caso de estricta necesidad, el director puede, a título provisorio, prohibir el acceso al establecimiento del estudiante acusado, a la espera de su comparecencia ante el Consejo de

Disciplina. Si el estudiante es menor de edad, debe ser puesto a disposición de su representante legal. Esta medida no constituye, expresamente según dispone el Código, el carácter de sanción.¹⁷

El día fijado para la sesión del Consejo, el director del establecimiento debe verificar que pueda sesionar legalmente. El número de miembros presentes debe ser, a lo menos, la mayoría de los miembros que lo compone. Si el quorum no es alcanzado, el Consejo debe ser convocado nuevamente dentro de un plazo mínimo de 8 días y máximo de 15. En la segunda citación deliberará válidamente sea cual sea el número de miembros presentes. En caso de urgencia, estos plazos pueden ser reducidos.

El presidente del Consejo abre la sesión y designará un secretario de ella entre los miembros del consejo.

Antes de examinar el asunto que los convoca, si la naturaleza de la acusación lo justifica y dos tercios del consejo lo solicitan, los representantes estudiantiles que no sean mayores de edad se retirarán del consejo.

Con posterioridad, el estudiante acusado, su representante legal si procede o la persona encargada de asistirle en su defensa, podrán ingresar a la sesión.

El presidente del consejo leerá un informe en el cual proponga una sanción al Consejo, este escuchará al estudiante y, si lo solicitan, su representante legal o la persona encargada de defenderle. Del mismo modo, se deberá escuchar:

- 1.- Dos profesores del curso al cual pertenece el estudiante acusado, designados por el director del establecimiento, quien podrá, para estos efectos, consultar al equipo pedagógico.
- 2.- Dos delegados de los estudiantes del curso al cual pertenece el estudiante acusado.
- 3.- Toda persona del establecimiento susceptible de proveer los elementos de información sobre el estudiante que sean útiles para la resolución del conflicto.
- 4.- Toda otra persona citada por el director del establecimiento en calidad de testigo o que pueda proveer información relevante para el asunto que se discute.

El presidente del Consejo debe dirigir el procedimiento y el debate, respetando siempre el principio contradictorio y procurando en cada momento dar un alcance educativo a la intervención del Consejo de Disciplina.

La decisión del Consejo es adoptada en presencia y con la participación de los miembros que hayan participado de la deliberación. El voto es secreto, la decisión se adopta por la mayoría de los votos válidamente emitidos, no considerándose aquellos blancos o nulos.

¹⁷ De este modo se evita una eventual discusión respecto al *non bis in idem*, puesto que la suspensión también puede tener la naturaleza de una sanción adoptada al final del procedimiento.

Todos quienes hayan participado en la deliberación deben guardar secreto en lo que concierne a los hechos y documentos que hayan conocido en el procedimiento.

El presidente del Consejo notificará lo más pronto posible al estudiante y su representante legal, si procede, de la decisión adoptada. Luego será confirmada mediante carta certificada el mismo día. Esta última notificación debe informar las vías de impugnación y plazos para ello, además de contener los fundamentos de la decisión.

V

Conclusiones

De lo previamente desarrollado es posible extraer un conjunto de conclusiones a saber:

a. El legislador al regular los procedimientos de expulsión y cancelación de matrícula debe respetar el derecho al debido proceso, lo cual exige no solo un procedimiento previo a la adopción de dicha decisión, sino que también que en aquel se respeten todas las garantías mínimas que exige dicho derecho constitucional.

b. El proyecto original del gobierno, sin las modificaciones introducidas mediante moción, durante su primer trámite constitucional, sería manifiestamente inconstitucional por establecer una sanción de plano, es decir, sin procedimiento previo, vulnerando todas y cada una de las garantías del debido proceso constitucional, además de los estándares del derecho internacional de los Derechos Humanos que resultan vinculantes para Chile.

c. Los estándares de Derechos Humanos imponen directrices que el legislador debe seguir a la hora de regular esta materia, tales como, (i) respetar el debido proceso a la luz del derecho de niñas y niños a ser oídos en los asuntos que conciernen a sus derechos, primando siempre su interés superior; (ii) diseñar un régimen de disciplina escolar que tenga fines formativos o educativos, y no de carácter punitivo; (iii) evitar la judicialización de los asuntos referentes a niños y niñas; y, por último, (iv) restringir la publicidad de estos procedimientos si así lo exige el interés superior de aquellos.

d. Aunque el Ejecutivo no ha hecho público los evidencia nacional y comparada que tuvo a la vista a la hora de elaborar esta propuesta de legislación, resulta pertinente considerar el Derecho Comparado, puesto que la violencia escolar no es un problema que afecte exclusivamente al sistema educacional chileno, por lo cual considerar experiencias exitosas o mejor desarrolladas jurídicamente puede ilustrar al legislador para cumplir de mejor manera su tarea.

Consideraciones Psicosociales

Los hechos de violencia escolar que motivan el actual proyecto son la manifestación extrema y sin duda inaceptable, de una situación que no solo agobia a directores y maestros, sino que se ha convertido en la principal preocupación de las familias al momento de decidir sobre el establecimiento educacional que desean para sus hijos.

En nuestra opinión, si bien resulta indispensable una legislación más efectiva sobre la violencia en las escuelas, el proyecto presentado por el gobierno está muy lejos de ser útil para reducir el problema, por cuanto pareciera no apreciar que los actos de violencia extrema son la expresión final de comportamientos disruptivos que se desarrollan en el tiempo, generalmente conformando grupos desafiantes que la escuela no ha sabido frenar, y para los cuales la sola expulsión del más violento no constituirá ningún freno para el resto, por cuanto ya sabemos que el castigo no es un factor disuasivo y que, por el contrario, puede exacerbar el actuar de los estudiantes más radicales.

Por ello afirmamos que esta ley requiere cambios de gran profundidad, lo que significa, en primer lugar, ser capaces de abordar de manera más integral y precoz, los comportamientos de riesgo y los procesos de violencia en las escuelas.

El “Equipo psicosocial” del establecimiento

El camino que propone el Instituto Igualdad para una ley efectiva es, por una parte, abordar con seriedad el desarrollo y las mejoras que requiere el área psicosocial, mirada como el necesario apoyo a la tarea de la disciplina formativa y desarrollo integral que buscan la escuela y sus maestros, y que constituye el camino principal para enfrentar el comportamiento violento.

Como sabemos, se trata de un área que en mayor o menor medida existe en todas las escuelas públicas y cuyo nacimiento radica en la Política de Convivencia, a la que posteriormente se agregan las llamadas Duplas Psicosociales, y recientemente el programa Aula de Bienestar, a lo que se suman otras experiencias locales que vale la pena recoger. Se trata de un trabajo instalado en la escuela, que ha ido ganando en experiencia y legitimidad, pero que aún está lejos de rendir los resultados esperados. Resulta necesario poner en marcha una normativa que ordene a ese recurso, integrando las tres líneas programáticas descritas, definiendo principios, roles y funciones; con recursos humanos que cuenten con habilidades especiales, tanto para el trabajo colaborativo e interdisciplinario, las acciones con familias y su rol principal: el acompañamiento psicosocial con los estudiantes, que será a nivel grupal, estimulando la participación y el protagonismo del conjunto de los estudiantes como también el acompañamiento individual y personalizado con quienes presentan muchos factores de riesgo y también con sus familias. Este último es un trabajo preventivo (“Alerta Temprana”) que debiera coordinarse con el futuro Sistema de Protección de la Infancia y Adolescencia, liderado por la Subsecretaría de la Infancia del MD, así como también con el Sistema local de salud, en búsqueda de modelos de gestión más coordinados y efectivos.

Respecto a la composición y tamaño de este “Equipo psicosocial” que forma parte de la Comunidad Escolar, debe estar con relación al perfil de riesgo y necesidad que evidencie cada escuela.

La formación ciudadana

El segundo eje de trabajo psicosocial está ligado a las tareas generales que apuntan a la formación y el desarrollo del estudiante, lo cual requiere de un trabajo fuertemente interdisciplinario, donde

se ayude al equipo docente a procesar los cambios culturales de los adolescentes y sus familias, generando estrategias conjuntas para el aprendizaje de convivir y muy especialmente para el ejercicio de la ciudadanía, en el que la mutua tarea del conocerse jugará un gran papel en la necesidad de reconocimiento y valoración que demandan los jóvenes de hoy, en especial los más excluidos

El fortalecimiento de los planes de formación ciudadana constituye un camino central para el trabajo compartido de lo pedagógico y lo psicosocial, por cuanto será la metodología experiencial, con prácticas guiadas en las que el joven se sienta protagónico, la que asegure un real aprendizaje. En esta línea tendrán gran importancia los debates democráticos de la comunidad escolar, pudiendo constituirse en un gran instrumento para confrontar aquellas tesis que justifican y avalan la violencia. Ello adquiere especial importancia cuando se tiene la certeza de que son organizaciones las que reivindican tales acciones, lo que hace más grave el problema y más compleja la tarea, resultando indispensable asegurar asambleas en las que se impida el uso del amedrentamiento y la amenaza para acallar el debate.

Expulsión sin vulneración de derechos

Por último y frente al autor de acciones de violencia de carácter tan bárbaro y extremo como fue lo ocurrido recientemente, consideramos necesario que se produzca de inmediato su separación fuera del establecimiento, pero de manera que se asegure la cautela de todos sus derechos, muchos de los cuales serían gravemente vulnerados con la aplicación del presente proyecto de ley. Es así que, por una parte, suscribimos el planteamiento ya formulado de no aplicar de manera directa la medida de expulsión sino la suspensión cautelar de clases, otorgando así el tiempo requerido por el debido proceso, asegurando, al mismo tiempo, la existencia de un programa de acompañamiento psicosocial-pedagógico, cuyo papel es impedir la interrupción de su trayectoria educativa, recibiendo al mismo tiempo una intervención psicosocial que busque ganar su confianza y lo confronte al delito cometido, estimulándolo a revisar el camino identitario y el proyecto de futuro que está construyendo. Se trata de un programa de acompañamiento personalizado e integral, a cargo de un tutor psicosocial (profesional del área social), cuya acción debe alcanzar también a la familia, buscando reconocer y potenciar todos los factores protectores existentes en ella y en el contexto barrial del estudiante.

Nuestra propuesta de acompañamiento intensivo tiene como propósito corregir la extraordinaria debilidad del proyecto del gobierno en lo que ha llamado: “reubicación” del estudiante expulsado, y que en la práctica suma a la expulsión una total desprotección pedagógica y psicosocial. En esta propuesta, en cambio, junto con apoyarlo de manera de asegurar la continuidad de su año escolar, busca dar efectividad a todos sus derechos, cumpliendo así con el compromiso del Estado de proteger y promover el desarrollo integral de todo niño, niña y adolescente que vive en nuestro país.

En síntesis, reconocer la gravedad de las actuales expresiones de violencia juvenil nos exige demandar que el gobierno plantee respuestas integrales, que no desconozcan los derechos que

dice respetar, y se hagan cargo de las críticas y las correcciones que se le formulan ante las debilidades y errores de sus proyectos.