El señor Manuel Antonio Núñez, profesor titular del Departamento de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, ….

**I. Introducción**

El objeto de este documento es analizar el proyecto de ley de la referencia desde los estándares de derechos fundamentales establecidos por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile.

En Chile, la disciplina escolar se rige por diversos “escalones” de legalidad:

a) La Constitución y los tratados internacionales, que establecen el deber y el derecho a la educación, como asimismo el deber estatal de tener siempre en consideración el interés superior del niño.

b) Las leyes: Aquí se comprende:

a. La Ley general de Educación

b. La Ley de subvenciones

c. La Ley que crea el sistema de educación publica

c) Los reglamentos internos de los establecimientos educacionales. Usualmente la disciplina escolar fue materia de reglamentación interna de los establecimientos educativos. Sin embargo, la fragmentación de regímenes normativos y el aumento de la violencia en las escuelas ha forzado a los estados a homogeneizar las sanciones y los procedimientos. Así por ejemplo, hay reglamentos generales (España) o leyes generales (Francia y Reino Unido), que intentan unificar la variedad de sanciones y procedimientos que han caracterizado la disciplina escolar. Así, por ejemplo, la UK Education Act, cuyo art. 52 permite la exclusión permanente o definida de un estudiante por quebrar la disciplina escolar, mientras que el Código de Educación de Francia gradúa las sanciones, permite acuerdos de suspensión y sustitución de la sanción de expulsión e incluso permite deferir la aplicación de la sanción a otros órganos cuando ella puede generar riesgos para la comunidad que se pretende proteger (R511.13). Estas son experiencias interesantes que una revisión integral del tema podría tener en cuenta para mejorar la situación normativa actual. En esos modelos comparados hay una diversidad de sistemas a seguir, desde aquellos sistemas en que la expulsión está prohibida por ley (Ley educacional China), hasta aquellos en que la decisión debe ser adoptada por un órgano unipersonal o colegiado.

A continuación explicaré algunas observaciones con relación al ámbito de aplicación de la ley, a su incardinación con otros textos legislativos y, por último, a la sujeción a las garantías del debido proceso.

**I. Ámbito de aplicación**

El proyecto de ley propone una reforma a la Ley de subvenciones (DFL núm. 2 de 1996), por lo tanto se aplica solamente a las instituciones que reciban aporte estatal. Esta decisión implica:

1º. Que habrá un doble régimen sancionatorio, esto es, para las instituciones que no reciben aporte estatal se aplicará el régimen general de la Ley General de Educación. Esta última norma actualmente dispone:

“Art. 46. El Ministerio de Educación reconocerá oficialmente a los establecimientos educacionales que impartan enseñanza en los niveles de educación parvularia, básica y media, cuando así lo soliciten y cumplan con los siguientes requisitos (…)

f) Contar con un reglamento interno que regule las relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar. Dicho reglamento, en materia de convivencia escolar, deberá incorporar políticas de prevención, medidas pedagógicas, protocolos de actuación y diversas conductas que constituyan falta a la buena convivencia escolar, graduándolas de acuerdo a su menor o mayor gravedad. De igual forma, establecerá las medidas disciplinarias correspondientes a tales conductas, que podrán incluir desde una medida pedagógica hasta la cancelación de la matrícula. En todo caso, en la aplicación de dichas medidas deberá garantizarse en todo momento el justo procedimiento, el cual deberá estar establecido en el reglamento.

2ª Este doble régimen sancionatorio puede tener un sesgo discriminatorio (i) en cuanto presume que el problema solo existe en la educación que recibe aporte del Estado o (ii) en cuanto disminuye el estándar de protección solo para el estudiantado que pertenece al sistema municipal o subvencionado.

**II. Incardinación del proyecto en la orgánica legal de la disciplina escolar**

De acuerdo con el art. 21 de la Ley núm. 21.040, que crea el sistema de educación pública “El consejo de profesores es una instancia colegiada de carácter técnico-pedagógico y sus funciones se enmarcarán en dicho ámbito. El consejo deberá sesionar, a lo menos, una vez al mes, y sus reflexiones y propuestas quedarán registradas en un acta numerada de sus sesiones”. En el ámbito disciplinario, le corresponde al Consejo “c) Emitir su opinión respecto de la aplicación de medidas disciplinarias, de conformidad al reglamento de convivencia escolar y a la normativa vigente, especialmente lo dispuesto en el literal d) del artículo 6 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación”. Esta última norma no se ve modificada por el proyecto de ley, por lo que no queda claro si aquél logrará efectivamente la reducción de plazos esperada. Por otra parte, de querer prescindir de la opinión del Consejo de Profesores, sería necesario contemplarlo expresamente en el proyecto.

Como se mostrará más abajo, este diseño tiene también un impacto en materia de

debido proceso.

**III. Observaciones respecto del debido proceso y respeto de los derechos del**

**estudiante objeto de la medida disciplinaria.**

**A. Consideraciones previas**

Las sanciones deben cumplir con requerimientos sustantivos y procedimentales. Entre los requisitos sustantivos, se deben señalar en general:

a) Tipicidad

b) Culpabilidad

c) Proporcionalidad

d) Responsabilidad personal

e) Non bis in ídem

f) Irretroactividad in pejus

Entre las exigencias procedimentales, hay una formal -el apego al reglamento- y otra sustantiva relativa al respeto al debido proceso. La exigencia del debido proceso es general, tanto cuanto la medida disciplinaria la adopta una institución particular -particular pagada o subvencionada- como cuando se trata de una medida administrativa regida por la Ley N° 19.880.

El cuadro vigente de garantías es el que sigue:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **Ley general de**  **educación** | **Ley de subvenciones** | **Ley que crea**  **sistema**  **educación**  **publica** | **Ley N° 19.880** |
| Garantías  Procedimentales | Justo procedimiento  (art. 46 lera f) | Admonición previa (salvo casos graves).  Aplica las sanciones el Director.  Obligación de comunicar a la Superintendencia de educación.  Derecho al recurso de reposición que se resuelve oyendo previamente al Consejo de profesores. | Debe oírse al Consejo de profesores (de la aplicación de la sanción) | Motivación (art. 11)  Derechos del art.  17.  Recursos, art. 59. |
| Derechos  sustantivos | Descripción de las faltas y graduación de las faltas (art. 46 letra f) Sanciones prohibidas (art. 11) | - Tipicidad  - Proporcionalidad  - No discriminación (art. 6º, letra e)  - No puede sancionarse por motivos académicos, políticos o ideológicos.  - Tipicidad reforzada: Las medidas de expulsión y cancelación de matrícula  sólo podrán aplicarse cuando sus causales estén claramente descritas en el reglamento interno del establecimiento y, además, afecten gravemente la convivencia escolar (art. 6º).  - “No se podrá expulsar o cancelar la matrícula de un estudiante en un período del año escolar que haga imposible que pueda ser matriculado en otro establecimiento educacional”.  - “Los soste-tenedores y, o directores no podrán cancelar la matrícula, expulsar o suspender a sus estudiantes por causales que se deriven de su situación socioeconómica o del rendimiento académico, o vinculadas a la presencia de necesidades educativas especiales de carácter permanente y transitorio definidas en el inciso segundo del artículo 9°, que se presenten durante sus estudios. A su vez, no podrán, ni directa ni indirectamente, ejercer cualquier forma de presión dirigida a los estudiantes que presenten dificultades de aprendizaje, o a sus padres, madres o apoderados, tendientes a que opten por otro establecimiento en razón de dichas dificultades”. |  |  |

Para el Tribunal Constitucional, la garantía del debido proceso es general, y comprende (con sus particularidades) también a los órganos de la administración. Con relación a las instituciones puramente privadas, la Corte Suprema ha fallado que “el citado reglamento, no considera un procedimiento que garantice un justo procedimiento para los alumnos, toda vez que salvo por el derecho a recurrir de la decisión, no le entrega posibilidad al alumno para presentar sus descargos respecto de los hechos que se le imputan, dando por efectivo lo estampado por el docente, sin posibilidad de demostrar que dichos acontecimientos puedan haber ocurrido en circunstancias distintas a las consignadas en los registros respectivos” (Corte Suprema, rol 3595 2017, *Hintze c. Colegio Maisonnette*). En términos más específicos, este derecho al debido proceso exige:

a) Respeto por la presunción de inocencia. El TC ha resuelto “también debe ser declarada inconstitucional aquella norma que genera como consecuencia práctica una suposición irreversible de responsabilidad, cuando se desvirtúa el derecho del afectado para presentar reclamos y pruebas en contrario de manera eficaz” (STC rol 1.510 (2010).

b) Emplazamiento del investigado y derecho a que los cargos le sean comunicados.

c) Derecho de presentar prueba de descargo.

d) El derecho a la asistencia jurídica.

e) El derecho a actuar por si mismo, sin la asistencia del tutor, curador o de quien ejerza la patria potestad (art. 20 Ley núm. 19.880).

f) El derecho de solicitar la revisión de la decisión.

Lo relevante es que estas garantías se apliquen en forma previa a la imposición de la sanción, dado que los procedimientos deben ser previos. En efecto, toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso “previo”.

**B. El proyecto de ley**

El proyecto somete a un régimen especial a los principios de tipicidad, debido proceso y proporcionalidad.

**A. Tipicidad**

La tipicidad es desplazada de la faz reglamentaria a la legal. Esto significa que hay conductas que pasan a estar expresamente descritas en la Ley de subvenciones. Nuevamente cabe observar aquí la inaplicabilidad -al menos forzosa- de los tipos legales a la educación particular pagada.

**B. Proporcionalidad**

El proyecto modifica el inciso 5 de la letra d) en los siguientes términos:

“Las medidas de expulsión y cancelación de matrícula sólo podrán aplicarse cuando sus causales estén claramente descritas en el reglamento interno del establecimiento y, además, afecten gravemente la convivencia escolar. **Con todo, estas exigencias no serán aplicables en caso de configurarse alguna de las causales descritas en el párrafo décimo segundo del presente literal”.**

Observaciones:

a) Las conductas que pasa a describir el legislador se presume que afectan gravemente la convivencia escolar (se priva al Director de la facultad de considerar que hay falta pero sin entidad). Esta presunción de gravedad no opera sin embargo cuando los materiales que se usa, posee, tiene o almacene, son de mayor entidad a las “pequeñas cantidades” o al “bajo poder expansiva”. En esta parte el diseño parece desproporcionado y convendría que fuera revisada.

b) Por otra parte, la sanción no se gradúa: solamente procede la expulsión o cancelación de la matrícula. Como sanción, la expulsión puede ser temporal (lo que se conoce como “suspensión”). En estos términos no hay incentivo a la cooperación ni al arrepentimiento. En otras legislaciones es posible que el alumno llegue a un acuerdo con el establecimiento educacional y suspenda la ejecución de la sanción con el objeto de mostrar un buen comportamiento.

c) No queda claro de la lectura del proyecto si hay discrecionalidad para no abrir una investigación o para no aplicar la sanción. Aparentemente no hay tal discrecionalidad y, dados los hechos, se general el deber de castigar. Con relación a lo anterior, debe meditarse si ello favorece el fin correctivo de los procedimientos sancionatorios.

**C. Debido proceso**

El proyecto propone que:

“[S]in perjuicio de las disposiciones establecidas en el presente literal, se procederá a la expulsión o cancelación de la matrícula, mediante el procedimiento descrito en el párrafo siguiente, a los alumnos que en un establecimiento educacional hubieren incurrido en alguna de las siguientes causales: (…)

El director deberá notificar la decisión de expulsión o cancelación de la matrícula, junto a sus fundamentos, por escrito al estudiante afectado y a su madre, padre o apoderado, según corresponda, quienes podrán pedir la reconsideración de la medida dentro del plazo de cinco días contados desde la respectiva notificación, ante la misma autoridad, quien resolverá previa consulta al Consejo de Profesores, el que deberá pronunciarse por escrito. La interposición de la referida reconsideración no suspenderá los efectos de la expulsión y/o cancelación de la matrícula”.

***Primera lectura posible, contraria a la Constitución***

Hay una primera lectura, contraria a la Constitución. Del texto citado se colige, en una primera lectura, que

a) No hay procedimiento previo. Al no haber procedimiento, la decisión es unilateral y sin audiencia. Al no haber proceso, la respuesta por el cumplimiento del estándar del debido proceso debe ser negativa. A juicio del suscrito, dicho estándar no se alcanza con la posibilidad de presentar un recurso de reconsideración ni con la exigencia de fundamentación de la decisión. Lo anterior, porque la fundamentación es solo parte del debido proceso.

A juicio del suscrito, si el fin que persigue el proyecto de ley es resguardar la seguridad de la comunidad escolar, dicho propósito puede alcanzarse por un medio que no implique la anticipación de una sanción. En efecto, el proyecto podría contemplar, para estos casos graves (y otros, por cierto) que la autoridad pudiera suspender el derecho de asistencia a clases o el derecho de acceso al establecimiento. Esta última sería una medida cautelar y no una sanción. Una medida de esta naturaleza, al tiempo que resguardaría la seguridad de la comunidad, mantendría a salvo el derecho al debido proceso del sancionado.

b) El proyecto propone la participación consultiva del Consejo de profesores solo en la fase recursiva. Como no hay modificación a la Ley núm. 21.040, el proyecto tiene dos sistemas: decisión unilateral del Director con participación del Consejo de profesores tratándose de establecimientos escolares públicos y decisión unilateral del Director sin participación del Consejo para los subvencionados. Este trato no parece tener justificación.

c) En el caso de establecimientos escolares que el día de mañana integren el sistema de educación pública y sean regidos por la Ley núm. 19.880, deberá reconocerse siempre el derecho al recurso de reposición y jerárquico.

d) El recurso de reposición, en el proyecto, no tiene efectos suspensivos. Con relación a este punto pudiera parecer más apropiado habilitar al establecimiento para suspender al alumno mientras se realiza la investigación. Esta suspensión tendría un fin legítimo (como medida cautelar de la integridad de la comunidad educativa) y no sería propiamente una sanción sino una medida de carácter cautelar (como acontece con algunos reglamentos sobre acoso). Esta medida legislativa permitiría remediar la supuesta incapacidad de los reglamentos (al menos para establecimientos municipales) para autorizar la suspensión como medida no punitiva.

***Segunda lectura posible, favorable a la Constitución***

Hay sin embargo una segunda lectura posible del proyecto, que permitiría afirmar que no hay infracción al debido proceso. Esta lectura se afirmaría en los siguientes supuestos:

a) Que el proyecto no modifica la LEGE, que exige a todos los reglamentos el deber de respetar “en todo momento el justo procedimiento” (art. 46).

b) Que el proyecto expresamente señala que la Superintendencia debe vigilar “el respeto a las garantías del debido proceso”. Esta referencia implica una de dos cosas: (i) o que el debido proceso debe respetarse y por tanto la sanción debe ser precedida de una investigación bilateral, con derecho a presentar descargos y defensas, (ii) o que simplemente hay una contradicción y que la Superintendencia no puede vigilar el respeto por un principio que el legislador excluyó desde el principio de dicho procedimiento. De ser efectivo (i), entonces la expulsión nunca podrá ser inmediata.

c) Que la frase “mediante el procedimiento señalado en el párrafo siguiente” del nuevo párrafo 12º de la letra d) no genera un procedimiento aislado del resto de las reglas generales.

Esta interpretación, plausible en principio, choca con el modo en que públicamente se difundido este proyecto, en el sentido que promovería un procedimiento “simple e inmediato de expulsión”1.

Para aclarar la sujeción al debido proceso, bastaría con reforzarlo en el mismo párrafo 12º, aprovechando de formalizar la facultad de suspender el derecho de asistencia. Así por ejemplo:

“El director deberá notificar la decisión de expulsión o cancelación de la matrícula, **previo proceso debido que no exceda de (…) días,** junto a sus fundamentos, por escrito al estudiante afectado y a su madre, padre o apoderado, según corresponda, quienes podrán pedir la reconsideración de la medida dentro del plazo de cinco días contados desde la respectiva notificación, ante la misma autoridad, quien resolverá previa consulta al Consejo de Profesores, el que deberá pronunciarse por escrito. La interposición de la referida reconsideración no suspenderá los efectos de la expulsión y/o cancelación de la matrícula. **El director podrá, de manera provisional y cautelar, separar durante el procedimiento de investigación al estudiante del establecimiento suspendiéndole su derecho de ingreso al mismo**”.