

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 20 de junio de 2022 - Sesión Ordinaria N° 676.

1. RESUMEN EJECUTIVO

La presente minuta aborda el análisis general del proyecto de ley que modifica la Ley General de Educación y la Ley sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales, para reforzar la normativa sobre convivencia escolar, considerando el respeto de la identidad sexual y de género, y sancionar toda forma de discriminación basada en estas circunstancias (Boletín 13.893-04). Este proyecto tiene por objetivo general que la comunidad educativa conozca el proyecto educativo al cual pertenece, las directrices y lineamientos que entrega el Ministerio de Educación a la comunidad a través de distintas resoluciones y circulares, y que éstos sean incorporados al reglamento interno del establecimiento.

En este proyecto se destacan como ideas matrices¹ “que se reconozcan explícitamente como derechos de los alumnos y alumnas el que se les respete su identidad de género, pertenencia étnica, estatus migratorio, dentro de la ley de educación” junto con “establecer nuevos requisitos para aquellos profesionales que estén a cargo del equipo de convivencia escolar de manera de contar con la preparación y experiencia acreditable para desarrollar una buena labor”.

Busca además establecer sanciones para quienes maltraten física o psicológicamente, fundado en motivos como raza pertenencia étnica, nacionalidad, posición socioeconómica, ideología u opinión política, religión o creencia, orientación sexual, género, identidad o expresión de género y enfermedad o discapacidad, característica genética o condición de salud mental o física, a alumnos del establecimiento educacional donde se desempeñen”.

Por último, el proyecto de ley pretende incorporar el deber de denunciar cuando se tome conocimiento de acoso escolar u ocurrencia de delitos, y asegurar la aplicación de las medidas del reglamento interno, estableciendo las responsabilidades de las autoridades educacionales.

Así, el informe se desarrolla de la siguiente manera; (i) en una primera parte se revisan los estándares internacionales y nacionales relacionados con la identidad de género en materia de educación escolar y otros derechos conexos a la protección contra la discriminación y la violencia; (ii) se aborda el proyecto de ley y sus indicaciones, en cuanto a la observación de la

¹ Moción Parlamentaria, Boletín N°13.893-04, Proyecto de ley que modifica la ley General de Educación y la ley Sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales, para reforzar la normativa sobre convivencia escolar, considerando el respeto de la identidad sexual y de género, y sancionar toda forma de discriminación basada en estas circunstancias, pp.5.

inclusión de estándares internacionales de derechos humanos. Finalmente, se realizan las recomendaciones.

En este análisis se han considerado:

- a) El texto del Proyecto de Ley, iniciado en moción Parlamentaria, ingresado con fecha 13 de noviembre del 2020 y que actualmente se encuentra en primer trámite constitucional en la Comisión de Educación de la Cámara de Diputadas y Diputados (en adelante, el PL)².
- b) Las indicaciones propuestas por el Ejecutivo y por los diputados y diputadas y, ingresadas hasta el 30 de mayo de 2022, así como el informe emitido por la Comisión de Educación respecto a las votaciones de aprobación o rechazo de dichas indicaciones, del 7 de junio de 2022. Cabe consignar que el proyecto de ley, fue aprobada en Cámara de Diputados y Diputadas por 94 votos a favor, 22 en contra y 22 abstenciones, pasando ahora a revisión por parte del Senado (Oficio N°17.526), con urgencia simple. Así también con fecha 15 de junio, la señora Chiara Barchiesi Chávez y el señor Gaspar Rivas Sánchez formularon reserva de constitucionalidad respecto del proyecto de ley.
- c) El trabajo desarrollado por la Unidad de Promoción, Educación y Participación del INDH a través de su participación en la mesa técnica del Ministerio de Educación sobre educación inclusiva.

2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.

El proyecto de ley se relaciona con la obligación de los Estados de tomar medidas efectivas respecto a varios derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño. Por lo que es necesario tener en consideración, los alcances de los derechos a identidad, la protección contra toda forma de violencia, a educación y a la debida consideración de la opinión de NNA en los asuntos que les competen y cómo estos actúan interdependientemente. Así también, cabe hacer una revisión del derecho a educación y las obligaciones que dimanan para distintos actores del sistema educativo.

i) Derecho de Identidad.

La Convención de los Derechos del Niño reconoce el derecho a identidad de NNA y establece obligaciones a los Estados para respetar y reestablecer el derecho a identidad en cualquiera de sus componentes que se haya visto afectado, los que incluyen, por cierto, el nombre.

² Información disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14452&prmBOLETIN=13893-04>

Artículo 8

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

Dentro del desarrollo del contenido del reconocimiento al derecho de la identidad es posible comprender también otros componentes, como la identidad de género o la etnicidad, que constituyen la autoimagen y la dignidad de cada persona.

Cabe señalar que el sistema internacional de protección ha definido la identidad de género como:

“La vivencia interna e individual del género, tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (Principios de Yogyakarta).

Esta misma definición ha sido adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quien, en los últimos años, ha abordado de manera específica y especializada el derecho al reconocimiento de la identidad de género, así como las violaciones a los derechos humanos de personas trans y de género diverso que tienen lugar, entre otras razones, como consecuencia de la falta de garantía y protección a ese derecho. La CIDH observa que, durante décadas, el tema de identidad de género y discriminación contra las identidades de género no normativas estuvo invisibilizado.

En el año 2006 tuvo lugar la primera audiencia pública ante la CIDH, en la que se identificó la falta de reconocimiento legal de la identidad de género como uno de los principales problemas que enfrentaban las personas trans y de género diverso en América, y en el año 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH, o simplemente la Corte) emitió su Opinión Consultiva No. 24 (en adelante “OC No. 24/17”) en la que explicitaron fundamentos jurídicos del derecho al reconocimiento de la identidad de género en la Convención y en la Declaración Americana de Derechos Humanos. En efecto, esta opinión consultiva es, al día de hoy, el principal instrumento interpretativo de los elementos básicos de este derecho fundamental. La Corte IDH enfatizó que “*la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas*” por lo que su reconocimiento por parte del Estado “*resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero*”. La argumentación elaborada por la Corte coloca a la dignidad de la persona humana como eje central, vinculándola con “*la posibilidad de todo ser humano de auto determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones*”.

Así, la Corte estableció que, si bien el derecho al reconocimiento de la identidad de género no se encuentra explícitamente consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este se deriva necesariamente de una interpretación armónica de los artículos 3, 7, 11.2, 3 y 18

de la Convención, es decir, de los artículos que garantizan el reconocimiento de la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la privacidad y el derecho al nombre.

ii) Trato digno acorde a la identidad de género autopercibida.

Dentro del Sistema Interamericano de derechos humanos la CIDH ha enfatizado que el derecho al reconocimiento de la propia identidad de género también implica el derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo con su identidad autopercibida. En términos prácticos, esto significa que ante la sola declaración de que una persona se autopercibe en un género determinado, surge el deber de tratar y referirse a esa persona conforme a dicha identidad. Es importante destacar que este deber ha de ser observado a todo efecto, sin que sea requisito, de manera alguna, que la persona haya rectificado su documentación.

La Corte en su análisis identifica que el sexo asignado al nacer de las personas cisgénero se corresponde a la identidad de género que asumen de manera autónoma, a diferencia del caso de las personas trans, que se ven sometidas a múltiples requisitos para lograr el reconocimiento y respeto de su identidad de su género. Esto expone a las personas trans a una situación de desigualdad incompatible con la Convención. Como corolario, en tanto que no resulta razonable requerir el cumplimiento de requisitos que desvirtúan la naturaleza meramente declarativa que debe tener el proceso, el único requisito sustantivo exigible para la adecuación registral es el consentimiento libre e informado de la persona solicitante.

En la misma línea, la CIDH identifica como una de las formas más comunes de ejercer violencia verbal, simbólica y psicológica contra personas trans el uso malintencionado o deliberado de pronombres, sustantivos y adjetivos de un género distinto a aquel con el cual se identifica una persona trans para referirse a ella. Este es un tipo de violencia que se ejerce con el fin de humillar y ultrajar a una persona con base en su identidad o expresión de género.

Por otra parte, es preciso considerar que a la expresión de género es con frecuencia causal de discriminación, ya que ésta constituye una forma visible de manifestación personal, la cual, al ser percibida por otras personas, sobre todo en contextos donde cunde el rechazo y el prejuicio contra las expresiones no normativas, genera reacciones violentas o discriminatorias. En efecto, gran parte de la violencia y la discriminación que tiene lugar contra personas trans y de género diverso suele ocurrir cuando la identidad y la expresión de género de la persona es percibida por otra como no acorde con la información que obra en su documentación, lo cual pone de relevancia lo íntimamente imbricadas que se encuentran la identidad de género y la expresión de género al momento de analizar las causales de la discriminación y la opresión sistemática a la que se encuentran sometidas las personas trans.

iii) Identidad de género en niñas, niños y adolescentes.

La CIDH ha exhortado a los Estados a que faciliten el reconocimiento legal rápido, transparente y accesible de su identidad de género, sin condiciones abusivas a niñas, niños y adolescentes trans y de género diverso. Asimismo, la CIDH ha destacado el papel crucial que juegan las familias en la creación de un entorno seguro y afectuoso y reseñó los principales desafíos que enfrentan niñas, niños y adolescentes trans y de género diverso en relación con el reconocimiento

legal de la identidad de género, hostigamiento escolar, salud mental, la atención sanitaria e impunidad frente a la violación de sus derechos. Particularmente la Comisión ha llamado a los Estados a fomentar entornos familiares propicios para las personas trans y de género diverso.

Por su parte, la Corte Interamericana determinó, en su Opinión Consultiva No. 24/17, que todos los estándares jurídicos sobre derecho a la identidad de género son plenamente aplicables a niñas, niños y adolescentes que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género autopercebida. De manera congruente, en el ámbito del Sistema Universal, el Comité sobre Derechos del Niño ha reconocido la discriminación que sufren las personas trans jóvenes y ha señalado que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente”.

iv) Derecho a vivir en un medio libre de violencia.

La Convención de los Derechos del Niño reconoce en diversos artículos el derecho de NNA a vivir libres de violencia y a ser protegidos/as frente a estos actos., en particular los que refieren a los ataques a su honra y vida privada, así como respecto a los tratos crueles, inhumanos y degradantes

Artículo 16

“1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.”

Artículo 37

“Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

El Comité de los Derechos del Niño reconoce en una especial situación de vulnerabilidad a los NNA “que son lesbianas, gays, transgénero o transexuales; los que están expuestos a sufrir prácticas tradicionales nocivas” (Comité DN, CRC/C/GC/13, para.72 g), por lo que el Estado debe atender a la dimensión de género que puede haber en las situaciones de violencia que les afectan.

“Las dimensiones de género de la violencia contra los niños. Los Estados partes deben procurar que las políticas y medidas que se adopten tengan en cuenta los distintos factores de riesgo a que se enfrentan las niñas y los niños en lo que respecta a las diversas formas de violencia en diferentes entornos. Los Estados deberían hacer frente a todas las formas de discriminación de género en el marco de una estrategia amplia de prevención de la violencia. Esto significa luchar contra los estereotipos basados en el género, los desequilibrios de poder, las desigualdades y la discriminación, factores todos ellos que contribuyen a perpetuar

la utilización de la violencia y la coacción en el hogar, la escuela y los centros educativos, las comunidades, el lugar de trabajo, las instituciones y la sociedad en general. Deben alentarse activamente las asociaciones y alianzas estratégicas entre niños y adultos de sexo masculino, dando a estos, al igual que a las mujeres y las niñas, oportunidades de aprender a respetar al otro sexo y a poner fin a la discriminación de género y sus manifestaciones violentas.” (Comité DN, CRC/C/GC/13, para.72 b)

Bajo esta perspectiva, el resguardo de los derechos de identidad de NNA vienen a favorecer el ejercicio del artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niños, que establece que,

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”

La Observación General N° 13 del Comité de Derechos del Niño, profundiza en las premisas básicas de este artículo, indicando además que “[e]l concepto de dignidad exige que cada niño sea reconocido, respetado y protegido como titular de derechos y como ser humano único y valioso con su personalidad propia, sus necesidades específicas, sus intereses y su privacidad” y agrega también que “[d]ebe respetarse el derecho del niño a que, en todas las cuestiones que le conciernen o afecten, se atienda a su interés superior como consideración primordial, especialmente cuando sea víctima de actos de violencia, así como en todas las medidas de prevención”(Comité DN, CRC/C/GC/13, para. 3.c) y d).

Así también señala que los Estados tienen un rol activo en la generación de espacios bien tratantes y que la omisión de tomar medidas efectivas puede comprometer responsabilidad estatal respecto al deber de protección de NNA de situaciones de violencia:

“Las autoridades estatales de todos los niveles encargadas de la protección del niño contra toda forma de violencia pueden causar un daño, directa o indirectamente, al carecer de medios efectivos para cumplir las obligaciones establecidas en la Convención. Esas omisiones pueden consistir en no aprobar o revisar disposiciones legislativas o de otro tipo, no aplicar adecuadamente las leyes y otros reglamentos y no contar con suficientes recursos y capacidades materiales, técnicos y humanos para detectar, prevenir y combatir la violencia contra los niños. También se incurre en esas omisiones cuando las medidas y programas existentes no disponen de suficientes medios para valorar, supervisar y evaluar los progresos y las deficiencias de las actividades destinadas a poner fin a la violencia contra los niños. Además, los profesionales pueden vulnerar el derecho del niño a no ser objeto de violencia en el marco de determinadas actuaciones, por ejemplo cuando ejercen sus responsabilidades sin tener en cuenta el interés superior, las

opiniones o los objetivos de desarrollo del niño.” (Comité DN, CRC/C/GC/13, para. 32)

En concordancia con lo anterior, el Comité de Derechos del Niño recomienda:

“Examinar y modificar su legislación nacional para ajustarla al artículo 19 y asegurar su aplicación en el marco integrado de la Convención, formulando una amplia política en materia de derechos del niño y estableciendo la prohibición absoluta de toda forma de violencia contra los niños en todos los contextos, así como sanciones efectivas y apropiadas contra los culpables.”

Aclara también el Comité, que la violencia que afecta a NNA puede ser originada por la actuación de pares, es decir otros niños, niñas o adolescentes, en cuyo caso las sanciones deben ser de tipo “educativo y terapéutico” (Comité DN, CRC/C/GC/13, nota 17).

Siguiendo esa misma línea, el Comité DN destaca que el rol de los establecimientos educacionales es generar una respuesta pedagógica frente al conflicto, ya que las respuestas centradas en lo punitivo terminan siendo perjudiciales:

“Las políticas oficiales de mano dura o de "tolerancia cero" adoptadas para combatir la violencia infantil tienen efectos muy destructivos en los niños, en particular los adolescentes, porque su enfoque punitivo victimiza a los niños al responder a la violencia con más violencia. Esas políticas reflejan a menudo la preocupación de las autoridades por la seguridad de los ciudadanos, así como la importancia atribuida a estas cuestiones por los medios de comunicación. Las políticas estatales de seguridad pública deben considerar detenidamente las causas fundamentales de la delincuencia infantil para salir del círculo vicioso que supone responder a la violencia con violencia.” (Comité DN, CRC/C/GC/13, para. 15 c)

v) Derecho a educación.

La educación es un derecho complejo que se compone tanto de una serie de medidas que favorecen el acceso a un proceso educativo formal, pero a la vez, se define un sentido y un propósito para que efectivamente se ejerza como un derecho humano:

“ 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación.

Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las

naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz” (PIDESC art. 13.1).

Respecto al ejercicio de este derecho por parte de NNA, el Comité de Derechos del Niño precisa que:

[...] la "educación" es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad.

Esto implica que los Estados deben preocuparse por los contenidos del proceso educativo y de la formación en un conjunto de valores que son los que se van indican en los propósitos de la educación del PIDESC y del Protocolo de San Salvador (art 13.2) como los señalados en la Convención de los Derechos del Niño (art. 29), la Convención de personas con Discapacidad (art. 24.1), y las Convenciones para la eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer (art, 10) y la de la lucha contra toda forma de discriminación en la esfera de la Enseñanza (art. 5.1).

Este reconocimiento a determinados propósitos y la formación en valores

[...] atribuye importancia al proceso por el que se ha de promover el derecho a la educación. Así pues, los valores que se inculcan en el proceso educativo no deben socavar, sino consolidar, los esfuerzos destinados a promover el disfrute de otros derechos. En esto se incluyen no sólo los elementos integrantes del plan de estudios, sino también los procesos de enseñanza, los métodos pedagógicos y el marco en el que se imparte la educación, ya sea en el hogar, en la escuela u otros ámbitos. Los niños no pierden sus derechos humanos al salir de la escuela. Por ejemplo, la educación debe impartirse de tal forma que se respete la dignidad intrínseca del niño y se permita a éste expresar su opinión libremente, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 12, y participar en la vida escolar. La educación debe respetar también los límites rigurosos impuestos a la disciplina, recogidos en el párrafo 2 del artículo 28, y promover la no violencia en la escuela. (Comité DN, CRC/GC/2001/1, para. 8)

Los establecimientos educacionales deben resguardar los derechos de toda la comunidad educativa, ya que el respeto o la vulneración de derechos que se permita, propicie contra cualquiera de sus integrantes no solo vulnera a quienes reciben maltrato o discriminación, sino que afecta también a NNA en su derecho a educación y al cumplimiento del propósito del mismo. Así ha sido claro en establecerlo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su reciente sentencia *Pavez Pavez vs. Chile*:

122. En relación con lo expuesto, cabe recordar que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 26.2 estipula de forma similar a la Declaración Americana que la “educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la

personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos”. Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en su artículo 13.1 que el derecho de toda persona a la educación, la cual “debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

123. Asimismo, esta Corte ha indicado que “dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19 de la Convención Americana, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”³. Este Tribunal ha explicado que ese derecho, respecto de niñas y niños, surge de la disposición mencionada interpretada de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 26 de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador⁴.

124. En concordancia con lo anterior, este Tribunal ha afirmado que una educación que se imparta vulnerando derechos humanos no permite cumplir los cometidos señalados, resulta frontalmente contraria a los mismos y, por ende, violatoria del derecho a la educación. Los Estados deben adoptar acciones adecuadas para prevenir violaciones a los derechos humanos en el curso del proceso educativo de niñas y niños⁵. En el cumplimiento de estos deberes, es preciso que los Estados

³ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC 17/02, párr.84, y Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C N°405, párr. 117.

⁴ Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, supra, párr. 177. Asimismo, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C N°130, párr. 185. Aunque en este caso este Tribunal se refirió a educación “primaria”, entiende que lo afirmado es atinente al derecho a la educación en sus diversos aspectos. Por otra parte, respecto a la mención al artículo 26 de la Convención Americana, la corte ha señalado que el artículo 49 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, a cuyas disposiciones remite ese artículo 26, contempla el derecho a la educación en su artículo 49 (cfr. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C N°298, párr. 234.

⁵ Caso Garzón Guzmán y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2021. Serie C N°. 434, párr. 119. El Comité sobre derechos del Niño ha indicado sin perjuicio de otras acciones más específicas, entre las medidas de prevención que deben adoptar los Estados se incluyen aquellas dirigidas a “[c]ombatir las actitudes que perpetúan la tolerancia y la aceptación de la violencia en todas sus formas, incluida la violencia basada en el género, [...] y otros desequilibrios de poder”. Esas medidas “[d]eben ayudar al niño a prepararse para la vida cotidiana, adquirir conocimientos y participar en la sociedad, y mejorar las capacidades de los cuidadores y profesionales que trabajan con niños” (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°. 13, párrs. 47 y 44, respectivamente). La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y ONU Mujeres han referido “áreas estratégicas” relevantes para lograr una “respuesta contundente a la violencia de género en el ámbito escolar”, sin perjuicio de la necesidad del análisis de “cada contexto”. Entre ellas destacaron la relevancia la importancia de la existencia de planes de estudios para prevenirla y para promover la igualdad de género, así como la “formación para que el personal educativo entregue herramientas para prevenir y responder a la violencia de género en el ámbito escolar” (UNESCO y ONU Mujeres, *Orientaciones Internacionales: violencia de género en el ámbito escolar*, 2019, págs. 14 y 15).

tengan en consideración la gravedad y las especificidades que presentan la violencia de género, la violencia sexual y la violencia contra la mujer, todas las cuales son una forma de discriminación. Por otra parte, como indicó el Comité DESC, la educación debe ser “accesible” a todas las personas, “especialmente a [quienes integran] los grupos m[á]s vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos”. Dicho Comité resaltó también que la prohibición de discriminación en la educación “se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”⁶.

vi) Libertad de enseñanza

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce la libertad de enseñanza, en el marco del derecho preferente de los padres a educar a moral y religiosamente a sus hijos (DUDH art. 26.3 y CADH 12,4) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se recoge como obligación estatal el respetar la libertad de elección de los padres como parte del derecho a educación, pero establece ciertos límites en ello, consistente en dar cumplimiento al propósito del derecho a educación y las normas mínimas que prescriba el Estado. El PIDESC, en este mismo artículo fija como límite de la interpretación y no como reconocimiento directo, la libertad para abrir establecimientos distintos a los estatales, reiterando que dichos establecimientos deberán cumplir con ciertos mínimos, que es el cumplimiento del propósito de la educación, es decir “orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

En concreto el PIDESC, en su art. 13.3 y 13.4, establecen:

- “3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

⁶ Caso Garzón Guzmán y otros Vs. Ecuador, supra, párr. 119. Asimismo, Comité DESC, Observación General N°. 13, *El Derecho a la educación (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Diciembre de 1999, Doc. E/C.12/1999/108, párrs. 6 y 31. El Comité aclaró que la obligación de no discriminación “no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos”.

Por otra parte, la Convención de los Derechos del Niño (CDN), en atención al principio de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y su interés superior, establece la libertad de pensamiento conciencia y religión de NNA, y fija obligaciones estatales en torno al respeto de “los derechos y deberes de los padres, y en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

Así en el derecho a educación no hay mención alguna sobre el derecho a elegir de los padres la educación de sus hijos, aunque sí señala en casi los mismos términos que el PIDESC que:

“Nada de lo dispuesto en el presente artículo [29] o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.” (CDN, art. 29.2)

Por su parte, la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (Convención Unesco 1960), establece criterios para distinguir un margen legítimo de disposición de alternativas educacionales de aquellas que se consideran discriminatorias y, por tanto, contrarias al marco de derechos humanos.

“En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

- a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes;
- b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia a estos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado particularmente para la enseñanza del mismo grado;
- c) La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado.” (Convención Unesco 1960, art.2)

Por otra parte, los Estados que ratifican la Convención Unesco 1960 reconocen el derecho de los padres a elegir establecimientos de enseñanza y agrega además un reconocimiento a las minorías nacionales a establecer sus propios centros educativos y enseñar su idioma, con las mismas limitaciones de cumplir con los mínimos de la norma educacional y evitar toda

discriminación.

- “b) En que debe respetarse la libertad de los padres o, en su caso, de los tutores legales, 1° de elegir para sus hijos establecimientos de enseñanza que no sean los mantenidos por los poderes públicos, pero que respeten las normas mínimas que puedan fijar o aprobar las autoridades competentes, y 2° de dar a sus hijos, según las modalidades de aplicación que determine la legislación de cada Estado, la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones; en que, además, no debe obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones;
- c) En que debe reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma, siempre y cuando:
 - i) Ese derecho no se ejerza de manera que impida a los miembros de las minorías comprender la cultura y el idioma del conjunto de la colectividad y tomar parte en sus actividades, ni que comprometa la soberanía nacional;
 - ii) El nivel de enseñanza en estas escuelas no sea inferior al nivel general prescrito o aprobado por las autoridades competentes;
 - iii) La asistencia a tales escuelas sea facultativa.” (Convención Unesco, art. 5.1)

Para precisar el alcance e interpretación de la libertad de enseñanza el Comité DESC, como el órgano que supervisa la implementación y cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha señalado en su Observación General N°13, tres elementos básicos a considerar: la libertad de los padres a decidir sobre la formación moral y religiosa, estableciéndose algunos lineamientos para la formación en estos ámbitos en los establecimientos educacionales públicos; el derecho a establecer y dirigir todo tipo de instituciones de enseñanza por parte de entidades privadas, enmarcando su rango de acción a cumplimiento de ciertos mínimos y evitando efectos discriminatorios.

“Párrafos 3 y 4 del artículo 13 - El derecho a la libertad de enseñanza

- 28. El párrafo 3 del artículo 13 contiene dos elementos, uno de los cuales es que los Estados Partes se comprometen a respetar la libertad de los padres y tutores legales para que sus hijos o pupilos reciban una educación religiosa o moral conforme a sus propias convicciones. En opinión del Comité, este elemento del párrafo 3 del artículo 13 permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. Observa que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores.
- 29. El segundo elemento del párrafo 3 del artículo 13 es la libertad de los padres y tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las públicas, "siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe". Esa disposición se complementa con el párrafo 4 del artículo 13, que afirma "la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza", siempre

que satisfagan los objetivos educativos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13 y determinadas normas mínimas. Estas normas mínimas pueden referirse a cuestiones como la admisión, los planes de estudio y el reconocimiento de certificados. Las normas mínimas, a su vez, han de respetar los objetivos educativos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13.

30. Con arreglo al párrafo 4 del artículo 13, todos, incluso los no nacionales, tienen la libertad de establecer y dirigir instituciones de enseñanza. La libertad se aplica también a las "entidades", es decir personas jurídicas o instituciones, y comprende el derecho a establecer y dirigir todo tipo de instituciones de enseñanza, incluidas guarderías, universidades e instituciones de educación de adultos. En aplicación de los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades y participación real de todos en la sociedad, el Estado tienen la obligación de velar por que la libertad consagrada en el párrafo 4 del artículo 13 no provoque disparidades extremadas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad." (Comité DESC, Observación General N°13, párrs. 28-30. E/C.12/1999/10 Publicada el 12 de mayo de 1999)

vii) Derecho a opinión y a que ésta sea debidamente considerada por la autoridad.

El ejercicio y goce de derechos por parte de NNA también implica su debida consideración de la opinión por parte de la autoridad pública y de los adultos responsables de su cuidado.

Artículo 12

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

Este derecho se aplica a todo ámbito que se relacione con el bienestar o vida de NNA y por lo mismo, a su experiencia en el espacio escolar, social y familiar, por lo que es otro estándar que debe ser integrado al análisis.

viii) Derecho a reparación.

Frente a los casos en que las vulneraciones de derecho o maltrato no hayan podido ser evitadas, el Estado también tiene un deber de reparación y propender a tomar todas las medidas que sean apropiadas para reparar el daño y favorecer la recuperación física y psicológica de NNA, como se consagra en el artículo 39 de la Convención de los Derechos del Niño:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa

recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

3. MARCO JURIDICO NACIONAL.

Estas preocupaciones sobre la identidad de género y la protección contra la discriminación y la violencia, en particular respecto a NNA y a la población sexo diversa han sido también materia de legislación en los últimos años en Chile. El primer esfuerzo legislativo se desarrolló en la Ley 20.609 Establece medidas contra la Discriminación, más conocida como Ley Zamudio. En ella se intenta reforzar el reconocimiento constitucional a la igualdad (art 19.2) con medidas que sancionan la discriminación arbitraria, y en cuya definición establece la identidad de género y otros motivos prohibidos, en los siguientes términos:

Artículo 2º.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

En este marco legal, se incluye a través de la mención a derechos fundamentales el ejercicio del derecho a educación y se establecen también algunas prevenciones en torno a la libertad de enseñanza, como justificaciones legítimas que deben ser ponderadas en la evaluación de tratos diferenciados.

Por su parte, en la Ley 21.120 se reconoce el derecho a identidad de género y a ser tratada en consistencia con dicha identidad:

“Artículo 4º.- Garantías asociadas al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho:

a) Al reconocimiento y protección de la identidad y expresión de género. Se entenderá por expresión de género la manifestación externa del género de la persona, la cual puede incluir modos de hablar o vestir, modificaciones corporales, o formas de comportamiento e interacción social, entre otros aspectos.

b) A ser reconocida e identificada conforme a su identidad y expresión de género en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en esta ley. Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en los registros oficiales deberán ser coincidentes con dicha identidad.

c) Al libre desarrollo de su persona, conforme a su identidad y expresión de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible.

Ninguna persona natural o jurídica, norma o procedimiento, podrá limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer otros requisitos que los contemplados por esta ley para el ejercicio de este derecho. No será condición para el reconocimiento del derecho a la identidad de género haberse sometido a algún tipo de intervención o tratamiento modificadorio de la apariencia.

Lo anterior es sin perjuicio del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de la República y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Dichas garantías se articulan en base a un conjunto de principios entre los que destacan:

“**Artículo 5º.-** Principios relativos al derecho a la identidad de género. El derecho a la identidad de género reconoce, entre otros, los siguientes principios:

[...] d) Principio de la dignidad en el trato: los órganos del Estado deberán respetar la dignidad intrínseca de las personas, emanada de la naturaleza humana, como un eje esencial de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de la República y por los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Toda persona tiene derecho a recibir por parte de los órganos del Estado un trato amable y respetuoso en todo momento y circunstancia.

e) Principio del interés superior del niño: los órganos del Estado garantizarán a todos los niños, niñas y adolescentes la máxima satisfacción en el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, en los términos del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

f) Principio de la autonomía progresiva: todo niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez.

El padre, madre, representante legal o quien tenga legalmente el cuidado personal del niño, niña o adolescente deberá prestarle orientación y dirección en el ejercicio de los derechos que contempla esta ley.”

Esta ley además permite el cambio del nombre registral de NNA, a partir de los 14 años, lo que se hace extensivo de la partida de nacimiento hacia los otros documentos de identificación y

cualquier otro instrumento público o privado con el fin de reconocer y respetar el nuevo sexo y nombre del mayor de catorce y menor de dieciocho años (**art. 12**), lo que incluye las actas y documentación del sistema escolar.

Por su parte, la recientemente promulgada Ley 21.430 de garantía Integral de derechos de la niñez y adolescencia que reconoce la Convención de Derechos del Niño e implementa un conjunto de medidas para darle eficacia en el ámbito nacional, es un marco normativo que en todo su articulado es pertinente para el caso del proyecto de ley.

“Artículo 12.- Efectividad de los derechos. Es deber del Estado adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole, necesarias para dar efectividad a los derechos que le son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes.”

Con todo, son particularmente relevantes los artículos que refieren al derecho a la igualdad y no discriminación y su expresa referencia a la identidad y expresión de género:

“Artículo 8.- “Igualdad y no discriminación arbitraria. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la igualdad en el goce, ejercicio y protección de sus derechos, sin discriminación arbitraria, en conformidad con la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y la ley.

Ningún niño, niña o adolescente podrá ser discriminado en forma arbitraria en razón de su raza, etnia, nacionalidad, cultura, estatus migratorio, carácter de refugiado o asilado, idioma, opinión política o ideología, afiliación o asociación, religión o creencia, situación de discapacidad o socioeconómica, de maternidad o paternidad, nacimiento, sexo, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, estado civil, edad, filiación, apariencia personal, diferencias que el niño, niña o adolescente tenga o haya tenido a causa de su desarrollo intrauterino, salud, estar o haber sido imputado, acusado o condenado por aplicación de la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, o en razón de cualquier otra condición, actividad o estatus suyo o de sus padres y/o madres, familia, representantes legales o de quienes lo tengan legalmente a su cuidado.

Es deber de los órganos del Estado reconocer y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes en condiciones de igualdad y velar por su efectividad. En particular, es deber de los referidos órganos, dentro del ámbito de sus competencias, hasta el máximo de los recursos de los que pueda disponer el Estado, y de conformidad con lo dispuesto en el plan de acción establecido en el Título V, adoptar medidas concretas para:

- a) Identificar a aquellos niños, niñas o adolescentes o grupos de niños, niñas y adolescentes que requieran la adopción de medidas reforzadas para la reducción o eliminación de las causas que llevan a su discriminación arbitraria.
- b) Eliminar las causas que llevan a la discriminación arbitraria de un niño, niña o adolescente o grupo de niños, niñas o adolescentes.
- c) Contribuir a la adecuación del entorno físico y social, a las necesidades específicas de aquellos niños, niñas y adolescentes o grupos de niños, niñas o adolescentes que sean o puedan ser objeto de discriminación arbitraria.”

En lo que respecta específicamente a la protección contra la violencia y el derecho a educación, la ley 21.430 establece también medidas y obligaciones para las autoridades públicas deben ser atendidas en el marco de este proyecto de ley y respecto del ejercicio de derechos en los espacios educativos. Así, junto con reconocer que “Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser tratado con respeto. Ningún niño, niña o adolescente podrá ser sometido a violencia, malos tratos físicos o psíquicos, descuidos o tratos negligentes, abusos sexuales o de cualquier otra índole, venta, trata, explotaciones, tortura u otro trato ofensivo o degradante” y que “Toda forma de maltrato a un niño, niña o adolescente, incluido el maltrato prenatal, está prohibido y no puede justificarse por circunstancia alguna. El maltrato corporal relevante y el trato degradante, que menoscabe gravemente su dignidad, constituyen delitos de conformidad a la legislación penal vigente.” El **artículo 36** es explícito en señalar que

“Los niños, niñas y adolescentes serán protegidos contra cualquier tipo de coacción, con móvil discriminatorio, por razones de orientación sexual, identidad o expresión de género, entre otras. Los órganos de la Administración crearán y fomentarán programas sobre los derechos sexuales y respeto a la diversidad de los niños, niñas y adolescentes, que incluya, en su caso, el acompañamiento social a quienes lo soliciten, sin perjuicio de la posibilidad del servicio de ofrecerlos libremente.

Los niños, niñas y adolescentes serán protegidos contra cualquier tipo de violencia con móvil discriminatorio.

Los establecimientos educacionales deberán contar con protocolos para prevenir, sancionar y reparar las conductas constitutivas de cualquier tipo de acoso y violencia sexual, y con mecanismos de prevención, resolución y reparación de las distintas formas de bullying escolar.

El Estado tomará las medidas conducentes a prevenir, investigar y sancionar civil, penal y/o administrativamente, según corresponda, toda forma de violencia en contra de niños, niñas y adolescentes.”

En esa misma línea, en su **art. 41** abocado al derecho a educación, se refuerza esta idea señalando, entre otros aspectos, que

“El Estado garantizará, en el ámbito de sus competencias y conforme a sus atribuciones y medios, una educación sexual y afectiva integral, y velará por que los establecimientos educacionales otorguen el debido respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa de los niños, niñas y adolescentes, así como por promover ambientes educativos libres de violencia, maltrato y bullying. [...]

Las medidas pedagógicas y disciplinarias que puedan adoptarse en conformidad a la ley y los reglamentos, respecto de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la actividad educacional, deberán siempre basarse en un procedimiento que garantice el pleno respeto de sus derechos y ser compatibles con los fines de la educación y con la dignidad del niño, niña o adolescente.”

Por otra parte, esta ley atiende en su **art. 7 literales e) y g)** al principio del interés superior del niño y a su pleno desarrollo, atendiendo a sus circunstancias específicas como “La identidad del niño, niña o adolescente y las necesidades que de ella se derivan, sean éstas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico” y “[c]ualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño, niña o adolescente que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos”

Complementariamente, pone también atención sobre la proporcionalidad y adecuación de las medidas que puedan implicar una limitación en el ejercicio de derechos, que afecten a NNA:

“Art. 3 incisos penúltimo y último:

Aquellas limitaciones de derechos que sean el resultado de una decisión de un órgano del Estado deben ser excepcionales, aplicarse por el menor tiempo posible y tener una duración determinada; sólo podrán tener lugar cuando estén previstas en la ley y sean estrictamente necesarias y proporcionales en relación con los derechos que pretenden proteger.

Se prohíben las interpretaciones que afecten la esencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.”

Esta ley entró en vigencia el 15 de marzo de 2022 por lo que aún están pendiente sus reglamentos y los mecanismos adicionales de protección por la vía de la nueva institucionalidad que genera la ley (art. 75). Sin embargo, cabe mencionar que no se ha considerado un rol específico para el Ministerio de Educación ni para el sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación, que conforma la Superintendencia de Educación, la Agencia de la Calidad y el Consejo Nacional de Educación.

Por otra parte, cabe consignar que el Estado había intentado avanzar en la protección e integración de estudiantes trans a través de mecanismos administrativos, como son las instrucciones que emite la Superintendencia de Educación, que tiene la facultad para generar normativa educacional que orienten el funcionamiento de los establecimientos educacionales (Ley 20.529, art. 48).

En el marco de esas atribuciones en el año 2017, la Superintendencia de Educación dictó una circular de derechos de niñas, niños y jóvenes trans en el ámbito de la educación (Ord. 768 del 27 de abril de 2017), y tras la aprobación de la ley 21.120, actualizó dichas instrucciones con la Resolución 827 del 21 de diciembre de 2021, que garantiza el derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en el ámbito escolar, haciendo la adecuación a los ámbitos de competencia y a las situaciones de aplicación de la ley de identidad de género a la experiencia escolar, independientemente de que exista o no una solicitud de cambio de sexo registral.

Es así que junto con difundir por medio de la circular la ley 21.120 y sus principios, el punto 3 de dicha circular precisa acciones a considerar en materia del derecho a igualdad y no discriminación:

- i) El derecho al libre desarrollo de la persona. En efecto, el artículo 4, literal c) de la Ley N° 21.120, reconoce el derecho de toda persona a desarrollarse plenamente, conforme a su identidad y expresión de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible.
- ii) El derecho a acceder o ingresar a los establecimientos educacionales, a través de mecanismos de admisión transparentes y acorde a la normativa vigente.
- iii) El derecho a permanecer en el sistema educacional formal, a ser evaluados y promovidos mediante procedimientos objetivos y transparentes de igual manera que sus pares.
- iv) El derecho a recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral, atendiendo especialmente las circunstancias y características del proceso que les corresponde vivir.
- v) El derecho a participar, a expresar su opinión libremente y ser escuchados en todos los asuntos que les afectan, en especial cuando tienen relación con decisiones sobre aspectos derivados de su identidad de género.
- vi) El derecho a recibir una atención adecuada, oportuna e inclusiva en el caso de tener necesidades educativas especiales, en igualdad de condiciones que sus pares.
- vii) El derecho a no ser discriminados o discriminadas arbitrariamente por el Estado ni por las comunidades educativas en ningún ámbito de la trayectoria educativa.
- viii) El derecho a que se respete su integridad física, psicológica y moral, no pudiendo ser sujeto de tratos vejatorios o degradantes por parte de ningún miembro de la comunidad educativa.
- ix) El derecho a estudiar en un ambiente de respeto mutuo, con un trato digno e igualitario en todos los ámbitos, en especial en el de las relaciones interpersonales y de la buena convivencia.

Junto a este reconocimiento, el punto 4 del instructivo explicita obligaciones para los sostenedores y otros integrantes de la comunidad educativa y establece el nivel de gravedad de los incumplimientos de la normativa, en los siguientes términos:

“Los sostenedores, directivos, docentes, educadores, asistentes de la educación, así como los demás miembros que componen la comunidad educativa, tienen la obligación de respetar y promover los derechos que asisten todos los niños, niñas y estudiantes, sin distinción. La vulneración de uno o varios de estos derechos constituye una infracción de suma gravedad a las disposiciones que regulan la materia, en tanto representan aspectos mínimos de protección y respeto que son inherentes a todas las personas que componen una sociedad democrática.

De la misma manera, los sostenedores y directivos de los establecimientos educacionales deben tomar las medidas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger y garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes contra toda forma de acoso, discriminación, abuso físico o mental, trato negligente, vulneración de su intimidad y privacidad, malos tratos o cualquier otro perjuicio del que pudieren ser objeto; velando siempre por el resguardo de su integridad psicológica y física, y dirigiendo todas las acciones necesarias que permitan erradicar este tipo de conductas nocivas en el ámbito educativo”.

Así también la circular establece a modo ilustrativo un conjunto de medidas que pueden implementar los establecimientos educacionales con la finalidad de favorecer una mejor inclusión de estudiantes trans, como el reconocimiento y uso del nombre social en todos los espacios educativos aunque el nombre oficial siga figurando en los documentos oficiales; el acompañamiento al estudiante y su familia, a través del profesor jefe, para coordinar los ajustes que sean necesarios y razonables; así como “promover espacios de reflexión, orientación, capacitación, acompañamiento y apoyo a los miembros de la comunidad educativa, con el objeto de garantizar la promoción y resguardo de los derechos de las niñas, niños y estudiantes trans” (punto 6).

Por otra parte, en lo que compete a la libertad de enseñanza, el artículo 19 de la actual Constitución de la República consagra como uno de los derechos fundamentales. Su redacción contiene varios de los elementos establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos, como es el derecho a elegir de los padres, la libertad para establecer establecimientos educacionales distintos a los del poder público y la limitación de esta oferta al cumplimiento de mínimos normados por ley.

“La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna.

Los padres tienen el derecho de escoger establecimiento de enseñanza para sus hijos.

Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel” (CPR, art. 19.11)

Este marco constitucional agrega algunas limitaciones adicionales a las que señala el marco de derechos humanos, como es la prohibición expresa a propagar tendencias político partidistas. Esta medida debe ser evaluada con cuidado, dado que si bien pudiese responder a proteger la libertad de pensamiento y consciencia de niños, niñas y adolescentes, para evitar manipulaciones, en los últimos años ha sido utilizado por la propia autoridad ministerial de educación para limitar la educación en derechos humanos y ha tenido por consecuencia que los temas sobre democracia, participación y memoria no puedan ser debidamente abordados en los establecimientos educacionales, con lo que no se está favoreciendo una educación que capacite para la participación en una sociedad libre y democrática. Además, la norma constitucional no establece ninguna diferenciación por modalidad de estudio -regular o de adultos-, entendiendo

que esta prohibición, atendible en menores de edad, no lo es tanto respecto a la educación de adultos.

Por otra parte, cabe señalar que la regulación educacional, incluyendo la curricular, se establece en la Constitución y remite a las disposiciones generales de la Ley General de Educación (Ley 20.370).

Esto mismo ha sido reafirmado por las sentencias del Tribunal Constitucional que indican:

La libertad de enseñanza no es un fin en sí misma. Ella está concebida para dar cauce al derecho a la educación, el cual exige que el Estado tenga los instrumentos destinados a garantizar su “desarrollo y perfeccionamiento” (art. 19, N° 10, CPR). Tampoco la libertad de enseñanza está al margen de las regulaciones que puede imponer el legislador, que la hagan posible y conciliable con dicho derecho a la educación. Esa libertad no es inmune a las normas que pueda establecer la ley. (STC 2731 c. 162 y STC 2787 c. 42)

En esta ley de carácter orgánico constitucional, reconoce que el sistema educacional se fundamenta y enmarca en los derechos humanos, y que sus principios incorporan tanto la autonomía de los establecimientos, la diversidad y flexibilidad de los proyectos educativos como los principios de universalidad, inclusión, interculturalidad y participación.

“El sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Se inspira, además, en los siguientes principios:

- a) Universalidad y educación permanente. La educación debe estar al alcance de todas las personas a lo largo de toda la vida.
- b) Gratuidad. El Estado implantará progresivamente la enseñanza gratuita en los establecimientos subvencionados o que reciben aportes permanentes del Estado, de conformidad a la ley.
- c) Calidad de la educación. La educación debe propender a asegurar que todos los alumnos y alumnas, independientemente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los objetivos generales y los estándares de aprendizaje que se definan en la forma que establezca la ley.
- d) Equidad del sistema educativo. 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.
- e) Autonomía. El sistema se basa en el respeto y fomento de la autonomía de los establecimientos educativos. Consiste en la definición y desarrollo de sus proyectos educativos, en el marco de las leyes que los rijan.
- f) Diversidad. El sistema debe promover y respetar la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la diversidad cultural, religiosa y social de las familias que han elegido un proyecto diverso y determinado, y que son atendidas por él, en conformidad a la Constitución y las leyes. En los establecimientos educacionales de propiedad o administración del Estado se promoverá la formación laica, esto es, respetuosa de toda expresión religiosa, y la formación ciudadana de los estudiantes, a fin de fomentar su participación en la sociedad.
- g) Responsabilidad. Todos los actores del proceso educativo deben cumplir sus deberes y rendir cuenta pública cuando corresponda.

- h) Participación. Los miembros de la comunidad educativa tienen derecho a ser informados y a participar en el proceso educativo en conformidad a la normativa vigente. Asimismo, el sistema educativo deberá promover el principio de la responsabilidad de los alumnos, especialmente en relación con el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes escolares, cívicos, ciudadanos y sociales. Este principio se hará extensivo a los padres y apoderados, en relación con la educación de sus hijos o pupilos.
- i) Flexibilidad. El sistema debe permitir la adecuación del proceso a la diversidad de realidades, asegurando la libertad de enseñanza y la posibilidad de existencia de proyectos educativos institucionales diversos
- j) Transparencia. La información desagregada del conjunto del sistema educativo, incluyendo los ingresos y gastos y los resultados académicos, debe estar a disposición de los ciudadanos, a nivel de establecimiento, comuna, provincia, región y país.
- k) Integración e inclusión. El sistema propenderá a eliminar todas las formas de discriminación arbitraria que impidan el aprendizaje y la participación de los y las estudiantes. Asimismo, el sistema propiciará que los establecimientos educativos sean un lugar de encuentro entre los y las estudiantes de distintas condiciones socioeconómicas, culturales, étnicas, de género, de nacionalidad o de religión."
- l) Sustentabilidad. El sistema incluirá y fomentará el respeto al ambiente natural y cultural, la buena relación y el uso racional de los recursos naturales y su sostenibilidad, como expresión concreta de la solidaridad con las actuales y futuras generaciones."
- m) Interculturalidad. El sistema debe reconocer y valorar al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia." (Ley 20370 art. 3)
- n) Dignidad del ser humano. El sistema debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto, protección y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Constitución Política de la República, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.
- ñ) Educación integral. El sistema educativo buscará desarrollar puntos de vista alternativos en la evolución de la realidad y de las formas múltiples del conocer, considerando además, los aspectos físico, social, moral, estético, creativo y espiritual, con atención especial a la integración de todas las ciencias, artes y disciplinas del saber." (Ley 20.370, art. 3, modificado por la Ley 20845, art. 1.1)

Junto a estos principios generales, existen otras regulaciones referidas a las normas mínimas generales que han de cumplir todos los establecimientos escolares y de educación parvularia que tengan reconocimiento estatal, que no limitan la libertad de enseñanza, sino que la conducen a mantenerla en un marco de una sociedad democrática basada en la igualdad de derechos de todas las personas. Estas regulaciones refieren a los objetivos generales de la educación cada nivel educativo (Ley 20.370 art. 28 al 30) y el mandato al cumplimiento de las bases curriculares que permitan lograr estos aprendizajes.

La libertad de enseñanza y la diversidad de proyectos educativos se expresa solo a nivel de cómo se llevan a cabo dichos objetivos y bases curriculares en cada establecimiento educacional, pudiendo éstos establecer sus propios programas y planes de estudio, los que, en cualquier caso, deben ser aprobados por el Ministerio de Educación. Además, los establecimientos con jornada educacional completa, podrán disponer libremente del 30% de las horas de trabajo escolar (Ley 20.370, art. 31).

Por otra parte, la libertad de enseñanza en el sistema educacional chileno también desde el 2015, una serie de garantías específicas para dar materialidad al derecho los padres a elegir la educación que esperan para sus hijos e hijas, que refieren a los procesos de admisión y la eliminación de los procesos de selección en la mayoría de los establecimientos que reciben financiamiento estatal.

Artículo 7° bis.- El proceso de admisión de los y las estudiantes que desarrollen los establecimientos que reciben subvención o aportes del Estado se realizará conforme a los principios de transparencia, educación inclusiva, accesibilidad universal, equidad y no discriminación arbitraria, considerando especialmente el derecho preferente de los padres a elegir el establecimiento educacional para sus hijos.

De esta forma, el marco regulatorio nacional ha ido recogiendo y fortaleciendo un enfoque de derechos humanos en la comprensión de la libertad de enseñanza. Cabe señalar que la definición de la educación pública como laica, está en directa relación en reconocer y respetar la libertad de culto de las familias, así como la de niños niñas y adolescentes, justamente para no imponer desde el Estado una visión religiosa única, como indica la citada Observación General N°13 del Comité DESC.

Este aspecto también está resguardado en la Ley General de Educación y en los planes de estudio en los que se considera tiempo escolar para poder implementar esta formación religiosa o moral, sin que sea el Estado el que defina los programas de estudio, cediendo ese espacio para que cada comunidad pueda definirlos, según sus propias convicciones.

4. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY Y SU ADECUACIÓN CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

La moción parlamentaria que se encuentra actualmente en primer trámite legislativo en la Comisión de Educación de la Cámara de Diputadas y Diputados contempla dos artículos, uno que busca modificar la Ley General de Educación para reforzar las obligaciones de los establecimientos de incorporar y difundir las normativas de las autoridades competentes (Mineduc y Superintendencia de Educación) en los reglamentos internos, y explicitar los derechos de igualdad y no discriminación de los y las estudiantes.

El segundo artículo modifica la Ley de Subvenciones del Estado a establecimientos educacionales, para establecer allí la obligación de la actualización anual de los reglamentos en virtud de las resoluciones, circulares u ordinarios que emanen de la autoridad ministerial, estableciendo la modalidad y la tipificación como infracción grave en caso de incumplimiento.

Se presentó un conjunto de indicaciones al proyecto que amplían el grupo de estudiantes a ser protegidos de manera más explícita por esta ley, integrando también el reconocimiento a la pertenencia étnica y el estatus migratorio, en materia de reconocimiento de identidad⁷, así como

⁷ Indicaciones 14, 16 y 19, presentadas por el Ejecutivo y de las diputadas Schneider, Placencia y Serrano, respectivamente y que fueron aprobadas por mayoría. Las indicaciones 15 y 15 del diputado Schubert y la diputada Concha respecto a la incorporación complementaria de la libertad de culto, y una referencia a la vida privada y honra

para quienes sufran agresiones en atención a posición socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, orientación sexual, género, identidad y expresión de género, enfermedad, discapacidad, característica genética o condición de salud mental o física. Por otra parte, se incorporaron indicaciones que, otorgan gravedad a las situaciones de violencia y no solo a las de acoso, ocurran estas de manera presencial o virtual, tanto dentro como fuera del establecimiento educacional, cuando la relación principal que los una sea pertenecer a la misma comunidad educativa, aludiendo también al marco de garantías y protección Integral de los derechos de la Niñez y Adolescencia (Ley 21.430)⁸. Junto a ello las indicaciones del Ejecutivo establecen como infracción a la probidad administrativa, o un incumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato, si estas son cometidas por quienes desempeñen funciones en el establecimiento educacional. En la misma línea de precisar responsabilidades y alcances de las obligaciones y sus sanciones, se fija en el sostenedor la infracción de carácter grave a la normativa educacional en el caso de que las autoridades del establecimiento, no adoptaren las medidas que el reglamento interno disponga frente a este tipo de situaciones de las que tomen conocimiento. Complementariamente, se aprobó una indicación respecto a las medidas de prevención del acoso y de ayuda a quienes lo sufran⁹.

Junto con esto, se incorporó por una indicación para actualizar la definición de convivencia escolar, su orientación a la creación de lazos de inclusión y mantenimiento de la paz, a través de la corresponsabilidad de los miembros de la comunidad educativa y mecanismos que eviten diversos tipos de violencias¹⁰.

A su vez, las indicaciones del Ejecutivo apuntan a extender la obligación de contar con un Consejo Escolar a todos los establecimientos educacionales y se establece la obligación de contar con un equipo de convivencia, el que será de liderazgo por un profesional de la educación o del área psicosocial y con formación y experiencia pertinente, eliminando la referencia explícita de una cantidad de años mínimos para el acceso al cargo, pero asegurando por ley la asignación de horas para el cumplimiento de tales funciones¹¹ y tomando en consideración la diversas configuraciones que tienen los establecimientos para hacer razonable la medida en atención al número de estudiantes o a otras condiciones particulares como escuelas rurales, aulas hospitalarios y escuelas cárcel.

En lo que refiere a la modificación de reglamentos internos, se agrega un par de literales al art. 16 de la Ley General de Educación con miras a integrar expresamente la prohibición de discriminación y el reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia y el respeto y reconocimiento de la diversidad, así como la generación de medidas eficaces de protección de cualquier afectado por actos de violencia y se establezcan procedimientos que les resguarden en el proceso de denuncia, así como los procedimientos de actualización de dichos reglamentos para armonizarlos con las normativas educacionales, indicaciones que fueron aprobadas por unanimidad

fueron rechazadas por redundantes o que se apartan de lo que busca resguardar esta ley, por 6 votos a favor y 7 votos en contra.

⁸ Indicación 13 del diputado Schubert, aprobada por 10 votos a favor y 3 en contra; indicación 30 de la diputada Schneider, fusionada con la indicación 29 del Ejecutivo, aprobada por 8 votos a favor y uno en contra.

⁹ Indicación 55 de la de la diputada Concha, aprobada por 10 votos a favor y uno en contra.

¹⁰ Indicación 25 de la diputada Schneider aprobada por 10 votos a favor y dos en contra y una abstención.

¹¹ Indicación 25 de la diputada Schneider, aprobada por 8 votos a favor, 2 votos en contra y dos abstenciones.

Además, agrega una indicación referida a incorporar instancias de promoción del respeto y no discriminación, convivencia y cultura democrática, orientadas a toda la comunidad educativa, para educar en valores y principios de una vida libre de violencia en todas sus expresiones, así como de difusión del reglamento interno, de modo tal que las normas sobre convivencia escolar sean conocidas por las y los estudiantes.

Por otro lado, la indicación de las diputadas Placencia y Serrano, refuerzan la necesidad de resguardar las continuidades de las trayectorias educativas de los y las estudiantes que fuesen sancionados en la aplicación de los reglamentos internos con medidas de suspensión o expulsión.

En lo que respecta a la ley de subvenciones, sustituye la incorporación directa de cualquier tipo de normativa emitida por el Ministerio de Educación por un proceso de armonización a cargo de la propia comunidad educativa y en plazos bianuales, se elimina la sanción por el incumplimiento de la actualización.

En términos generales, el INDH considera que el proyecto es coincidente, en sus propósitos y objetivos, con los estándares internacionales en materia de derechos de NNA a su identidad y a vivir en un entorno libre de violencia, y del derecho a educación en cuanto reconoce la necesidad de generar medidas eficaces que garanticen el goce y protección de tales derechos en el espacio educativo, en particular para las personas que enfrentan situaciones de mayor vulnerabilidad, como es el caso de estudiantes trans, cuya situación ya ha sido materia de análisis y preocupación por parte del INDH, instancias en las que se reconocía que “los espacios educativos —si no se toman las medidas adecuadas— pueden constituirse en espacios en los que esos obstáculos se transformen en malos tratos y acciones arbitrarias en contra de los y las estudiantes intersex.” (...) “Asimismo, conforme a la información disponible en el ámbito de la educación, los y las estudiantes trans advierten que su lugar de estudio es hostil; cuestión que también pudo verificarse en el caso de las personas intersex mediante los testimonios consignados en el apartado respectivo” (INDH, IA 2017, P.75-76).

Por otra parte, el proyecto agrega nuevas medidas para garantizar la aplicación de las regulaciones del sistema educacional chileno en los establecimientos educacionales, pero de manera acotada y dejando en manos de las comunidades educativas los procesos de revisión, evaluación y ajuste a dichas normativas, por lo que armoniza con los estándares de la libertad de educación, ya que el objetivo de las reglamentaciones que anexa dan aplicación práctica a los propósitos de la educación y a principios generales de derechos humanos, como el de igualdad y no discriminación, siendo el cumplimiento de estos principios y propósitos una condición que enmarca el ejercicio de la libertad de enseñanza como lo establece el PIDESC en el art. 13.4; la Convención Unesco 1960 en su art. 5.1 b); y la Convención de los Derechos del Niño, en el art. 29.2¹². Además, las indicaciones eliminan los artículos inicialmente propuestos en el proyecto

¹² Al respecto cabe señalar que los diputados y diputadas Ahumada, Arroyo, Medina, Oyarzo, Pino, Pulgar y Rivas, y del diputado Irarrázaval en su indicación 7, y el diputado Schubert había presentado la indicación 65, que mantenía la incorporación de normas y orientaciones de distinto rango de manera obligatoria a los reglamentos internos de los establecimientos, pero estableciendo la salvedad de que se respetase “la diversidad de proyectos e idearios educativos de todos los establecimientos, especialmente en lo que concierne a su concepción antropológica y sus lineamientos sobre educación afectiva y sexual”, el que fue rechazado tras la presentación de los argumentos de la limitación de la libertad de enseñanza a la normativa nacional de promoción y respeto de derechos humanos. La

que podrían haber afectado el ejercicio de la libertad de enseñanza, limitando la obligatoriedad de actualización y ajuste a los aspectos que regula la normativa educacional de esta ley y otras referidas a dar efectividad al ejercicio de derechos y deberes de los miembros de la comunidad educativa,¹³ , devolviéndole la potestad a las propias comunidades educativas sobre la forma en que harán los ajustes de los reglamentos internos, en materia de derechos y deberes, con la participación del equipo de convivencia escolar. De esta manera se asegura que los temas de las modificaciones reglamentarias se limitan a la protección de derechos fundamentales y se evitan injerencias arbitrarias sobre la regulación interna de las comunidades educativas. De la misma forma, se eliminaron los artículos que establecía sanciones y potenciales cuestionamientos al reconocimiento oficial y se rechazaron indicaciones que podían establecer medidas desproporcionadas a este respecto.¹⁴

Adicionalmente, este proyecto de ley armoniza expresamente con la reciente Ley de Garantías de Derechos de la Niñez y la Adolescencia (Ley 21430) y establece los ajustes legales consistentes en materia de legislación educacional, implementando los principios, obligaciones y garantías que se establecen respecto al derecho a educación, en general, y a la garantía de derechos en general. Esta normativa es complementaria toda vez que en las normas transitorias de la mencionada ley no se hace referencia a los ajustes a la Ley General de Educación y otros cuerpos legales que son necesarios de modificar para poder dar implementación efectiva a lo regulado en la ley 21.430. En el mismo sentido, este proyecto de ley reafirma y da un mayor respaldo legal a las indicaciones de la Res. 812 de la Superintendencia de Educación, y suple algunas de sus falencias como la explicitación de sanciones frente a su incumplimiento.

Con todo, el proyecto presenta algunos aspectos que requieren una nueva examinación para una mejor armonización y consistencia con los estándares internacionales de derechos humanos que son pertinentes a la materia que se legisla, y cuya no consideración u omisión, podría conducir a nuevas situaciones de vulneración de derechos ya previstas por el sistema internacional de protección de derechos, así como desatender a las garantías de no repetición respecto a la igualdad y no discriminación en espacios escolares, que afectan no solo a estudiantes sino también a otros miembros de la comunidad educativa y que, por su no consideración, impactan igualmente en el cumplimiento de los propósitos del derecho a educación de NNA.

i) Incorporación parcial de las medidas pedagógicas y preventivas.

El proyecto de ley busca aumentar la efectividad de medidas administrativas y de políticas públicas en torno al reconocimiento de derechos de los integrantes de la comunidad educativa, a través de dos mecanismos: la obligatoriedad expresa de incorporar a los reglamentos internos de los establecimientos la normativa que genere la autoridad pública y su deber de difundirla hacia los padres y apoderados; y la segunda, aumentar el sistema de sanciones para aquellos establecimientos que no actúen diligentemente frente a situaciones de vulneración de derechos y maltrato que ocurran vinculados al espacio escolar.

votación de esta indicación fue 3 votos a favor, 7 votos en contra y una abstención. En línea similar fue rechazada la indicación 66 de la diputada Concha, con 4 votos a favor y 7 en contra.

¹³ Indicación 4 del Ejecutivo, aprobada por 10 votos a favor y 2 en contra.

¹⁴ Indicación 61 del Ejecutivo que reemplaza la propuesta de articulado original, aprobada por unanimidad.

El proyecto de ley apunta en el sentido correcto ante la necesidad de comprometer a los sostenedores con la apropiación de la normativa que resguarda derechos, por la vía de su integración en el régimen que regula la convivencia en el establecimiento. Sin embargo, resulta insuficiente para asegurar que la incorporación y entrega de información no quede reducido a una mera formalidad administrativa. Las indicaciones aprobadas por la Comisión de Educación refuerzan este punto agregando un inciso que establece la obligación de aplicar las medidas establecidas en los protocolos y reglamentos, y un articulado orientado a la evaluación de la eficacia del reglamento interno y de las medidas internas que prevea en sus protocolos, con la finalidad de elaborar estrategias educativas para promover la convivencia democrática, el respeto recíproco, la prevención del suicidio y otras conductas de riesgo para las y los estudiantes, la erradicación de la violencia en todas sus expresiones, considerando medidas de prevención, alerta temprana y reparación con enfoque formativo, incorporando así no solo la publicidad de las modificaciones reglamentarias sino también acciones concretas. Con todo, para que dichas normas logren ser reconocidas por estudiantes, docentes, los otros profesionales de la educación y quienes desempeñan funciones administrativas, así como por familias, el proyecto podría considerar otras herramientas de las que dispone la política educativa y que podrían ser más eficaces para tal fin. Por ejemplo: la incorporación como contenido y actividad curricular la revisión normativa escolar y del reglamento interno del establecimiento, en lo que refiere a derechos y sus mecanismos de protección den las bases curriculares o al menos en los programas de estudio de la asignatura de Orientación y en la de Educación Ciudadana, promoviendo la modificación de los Decretos 433 de 2012 y 193 de 2019; indicar dicha revisión como actividad mínima obligatoria en el Plan de Formación ciudadana que establece la Ley 20.911 y que es aplicable a todos los establecimientos con reconocimiento estatal; así como en los motivos de asamblea y reunión de Centros de Padres (Decreto 569 art. 6); de los Centros de Estudiantes (Decreto 524) y los Consejos de Profesores, por mencionar solo algunas.

A su vez, el articulado propuesto no resuelve los temas de la oportunidad de la denuncia en que las autoridades del Establecimiento o quien le represente deberá denunciar ante los tribunales de familia las situaciones de acoso escolar de las que tome conocimiento (artículo 1.4), toda vez que las indicaciones aprobadas por la Comisión de Educación eliminaron la referencia a un plazo específico (que era de 3 días en el proyecto original). Se deberá entender que el plazo corresponde a los que rigen por norma general a los de los delitos que podrían configurar las situaciones de violencia y discriminación.

..

ii) Personal idóneo y capacitación.

El proyecto de ley contempla la profesionalización del rol del encargado de convivencia, cargo que bajo la normativa actual puede ser ejercido por cualquier adulto de la comunidad educativa, sin que se establezcan requisitos específicos referidos a las competencias que deba tener esta persona y además, se establece la conformación de un equipo para que esta responsabilidad no sea unipersonal sino que comprometa a la comunidad educativa, respetando también la viabilidad de la sustentación de esta medida, en atención a la diversidad de establecimientos educacionales. Valorando este avance, parece prudente considerar también la necesidad de ampliar el personal capacitado, a través de procesos que involucren al cuerpo docente, asistentes y otros profesionales de la educación, a través de instancias formativas certificadas en temas de convivencia escolar, resolución de conflictos y perspectiva de género, o en los campos

específicos a los que refiera la normativa, más aún cuando éstos refieran a cambios culturales o pongan en cuestión comprensiones tradicionales y prácticas de normalización escolar. Sin estos componentes, no existen garantías suficientes de que los establecimientos puedan implementar medidas pedagógicas, disciplinarias o correctivas consistentes con estos cambios normativos, pero lamentablemente las indicaciones que se reafirmaban la implementación de la capacitación docente fueron descartadas¹⁵ por considerarse ya contenidas en la ley

iii) Derecho a ser oído de NNA y su debida consideración.

El articulado propuesto no reconoce de manera suficiente la autonomía progresiva de NNA ni su derecho de ser oído y que su expresión sea debidamente considerada por la autoridad competente, toda vez que no ha considerado que la activación de los mecanismos de protección y denuncia sean activados por los propios NNA, dejando supeditada la toma de conocimiento a denuncias hechas por los padres y apoderados. Esta situación puede significar una doble barrera para los y las estudiantes, que deben enfrentar la situación con sus familias y luego con la escuela.

Es por ello que es deseable que se explicita la participación o legitimación activa de los propios NNA para denunciar y demandar medidas de protección a su favor, que complemente la indicación del Ejecutivo en torno a las condiciones de imparcialidad, privacidad y seguridad con otros elementos básicos contemplados en estos casos como, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación, en consistencia con lo señalado en el art. 28 de la Ley 21.430.

iv) Integrantes de la comunidad educativa protegidos por la ley.

La ley propone una modificación acotada al artículo 10 de la Ley general de Educación que dice relación con los derechos y deberes de los distintos estamentos de la comunidad educativa, ya que solo refuerza las medidas de igualdad y no discriminación respecto a los y las estudiantes. Sin embargo, y atendiendo a la Sentencia Pavez Pavez, sería deseable que el proyecto de ley buscara extender esta protección contra la discriminación por género, identidad sexual, étnica o estatus migratorio, y reforzara las libertades de conciencia y personal, a padres, madres y apoderados, los profesionales de la educación, así como de los asistentes y del equipo directivo (literales b, c, d y e del mencionado artículo del DFL N° 2 de 2010).

vi) Rol del Sistema de Aseguramiento de la Calidad.

En atención a que el proyecto de ley busca dar eficacia a la normativa ministerial y otras orientaciones que generen los órganos competentes para el sistema educacional, llama la atención que más allá de la fijación de sanciones el Sistema de Aseguramiento de la calidad no tenga un rol reforzado o algún articulado transitorio que indique los ajustes en los otros instrumentos que apoyan la implementación de la normativa educacional. Cabe recordar al respecto que el art. 6.6 de la ley 20.529, reconoce entre los estándares indicativos de desempeño a la “Convivencia

¹⁵ Indicación número 9 de las diputadas Placencia y Serrano, retirada por sus autoras, e indicación 60 de la diputada Cicardini no puesta en votación de conformidad con lo señalado por el inciso tercero del artículo 296 del Reglamento de la Corporación

escolar, en lo referido a reglamentos internos, instancias de participación y trabajo colectivo, ejercicio de deberes y derechos, respeto a la diversidad; mecanismos de resolución de conflictos, y ejercicio del liderazgo democrático por los miembros de la comunidad educativa” y que existe una norma de renovación de dichos estándares cada 6 años, sin perjuicio de que esta periodicidad pueda modificarse por cambios normativos relevantes, como los cambios en las bases curriculares (art.7 inciso segundo). Por lo que podría hacerse alusión a otros instrumentos que debiesen ser causal de modificación de dichos estándares.

De esta forma, el sistema educacional podrá monitorear, de manera permanente y sistemática, el cumplimiento de la normativa, pudiendo tomar medidas preventivas, que las situaciones de fiscalización por denuncia no pueden implementar.

Para ello, se valora la incorporación de una indicación que establezca en el Ministerio de Educación la obligación de entregar información sobre el clima escolar y sus impactos en la salud mental de los y las estudiantes¹⁶, para lo cual se requerirá también de normas transitorias que modifiquen los sistemas de registro con que cuenta el Mineduc para su gestión, en particular el Sistema Información General de Estudiantes (SIGE) y de la Agencia de la Calidad, incorporando variables relevantes de las situaciones de vulnerabilidad de los y las estudiantes, que complementen la socioeconómica, de manera tal que se pueda detectar y dar oportuno acompañamiento a las comunidades educativas.

5. CONCLUSIONES

El INDH comparte la necesidad y fondo del proyecto de ley presentado y en actual discusión, reconociendo que existe una necesidad de protección efectiva de los derechos de estudiantes trans y sexo diverso en el ámbito escolar, como ha manifestado en su Informe Anual 2017, así como de la eliminación de toda forma de discriminación y violencia en los ambientes escolares, causados por cualquiera de los motivos prohibidos, en conformidad a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Se estima importante la existencia de una iniciativa de este tipo que contribuye a reforzar los mecanismos normativos específicos que aportan en dar eficacia a otras normas de protección sobre derechos de NNA en el ámbito escolar y en ese sentido complementa desde el campo de la educación la ley 21.430 de garantías de derechos de la infancia y la adolescencia, por lo que es una norma que es necesaria ante la persistencia de prácticas discriminatorias y violentas contra distintos grupos de estudiantes por alguna condición o situación que les distingue de los y las demás.

El proyecto contribuye a los fines de protección y promoción de NNA en el ámbito escolar, no obstante, puede resultar suficiente para dar la garantía de eficacia que busca al reafirmar solo la dimensión normativa y punitiva, sin abordar de una manera orgánica la normativa educacional y considerar medidas formativas para promover una convivencia respetuosa de la diversidad y bien tratante para todos los integrantes de la comunidad educativa.

¹⁶ Indicación de la diputada Cicardini aprobada por unanimidad.

Así también, respecto a las obligaciones de los agentes educativos, se omite el rol de otros actores clave que pueden contribuir a la eficacia de la norma, y que tienen las funciones de evaluación y monitoreo del sistema escolar, y que conforman el Sistema de Aseguramiento de la Calidad y que requieren de ajustar sus procedimientos y los registros de información sobre estudiantes y comunidades educativa en base a estas variables y otras pertinentes, para desarrollar su función.

Por otra parte, el proyecto que en espíritu busca reforzar la condición de sujeto de NNA y en especial de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, centra toda su acción hacia el mundo adulto, sin considerar la propia capacidad de agencia, de expresión y autorrepresentación de NNA, que requiere ser revisado.

Finalmente, se hace necesario establecer la prevención de que toda obligación de incorporación de modificaciones a los reglamentos internos de los establecimientos educacionales debe ser consistente con la libertad de enseñanza, asegurando su acotamiento a la defensa y promoción de derechos humanos y el propósito de la educación así como a las normas mínimas establecidas por ley, en el marco de lo establecido en los estándares internacionales y que permiten ponderar el resguardo de la dignidad de toda persona en los espacios educativos con la formación moral y religiosa que han elegido los padres, madres y apoderados para sus hijos e hijas a través de proyectos educativos distintos a los provistos por la autoridad pública.

Entendiendo que el origen de esta ley pone en evidencia visiones antropológicas de la diversidad humana, cabe recordar que la normativa que se genere debe orientarse a fomentar el respeto irrestricto de la dignidad humana, particularmente en los espacios educativos, cuyo propósito como espacio de ejercicio de derechos humanos es justamente aprender a respetar y valorar tal dignidad sin distinción alguna. La modificación de los reglamentos internos debe considerar este elemento como eje central, ya que éste constituye el marco en que se desenvuelve la libertad de enseñanza.

6. RECOMENDACIONES

En el marco de las observaciones señaladas al proyecto y con el espíritu de reforzar la norma y dotarla de mayor consistencia con los estándares internacionales en materia de reconocimiento de derechos de NNA y del derecho a educación, el INDH recomienda a los poderes colegisladores incorporar indicaciones que permitan abordar los siguientes aspectos:

1. Hacer extensible esta protección de derechos de identidad y expresión de género, pertenencia étnica, nacionalidad, situación de discapacidad, entre otros motivos prohibidos de discriminación., a todos los integrantes de la comunidad educativa indicados en la Ley General de Educación, artículo 10 literales c, d, e y f.
2. Reconocer explícitamente legitimación activa de las y los propios estudiantes para hacer denuncias y activar la aplicación de protocolos de prevención y atención de situación de acoso, discriminación y maltrato, en consistencia con la condición de sujetos de NNA, en el artículo 16 de la Ley General de Educación. Junto con ello, que se generen las de discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación, señaladas en el art. 28 de la Ley 21.430 de garantías de derechos de la niñez y adolescencia.

3. Fortalecer la dimensión pedagógica del proyecto, atendiendo también a reforzar las obligaciones del Estado y de los agentes educativos a implementar medidas formativas que contribuyan a la no discriminación y que permita que NNA que presenten actitudes discriminatorias y violentas puedan aprender nuevas formas de relación y convivencia, atendiendo a los propósitos del derecho a educación, modificando a otros cuerpos legales que deben velar por la igualdad y no discriminación, y más explícitamente en los Planes de Formación Ciudadana de la ley 20.911.
4. Reiterar la necesidad de que el Ministerio de Educación imparta “capacitación en materia de derechos humanos a funcionarias y funcionarios públicos sobre formas de trato a personas trans e intersex, especialmente niños, niñas y adolescentes, a fin de evitar hechos de discriminación en estos contextos. En este sentido, se recomienda incorporar en la ley de formación docente (ley 20.903 arts. 11, y 12 bis y 18 b) la formación en temas de igualdad y no discriminación y el contenido de los artículos 24, 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a los derechos a la (...) educación”, como ya ha recomendado en su Informe Anual 2017 (INDH 2017, p.218), extendiendo la profesionalización y las capacidades a todo el personal del establecimiento educativo y no se concentre solo en el encargado de convivencia escolar.
5. Reitera la recomendación de “adoptar todas las medidas necesarias para incluir en el currículo educativo una adecuada enseñanza del principio de igualdad y no discriminación, conforme a lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (INDH 2017, p.218).
6. Evaluar integrar al proyecto el refuerzo de las funciones de evaluación, monitoreo y fiscalización de los agentes institucionales que componen el Sistema de Aseguramiento de la Calidad, atendiendo a que esta modificación de la normativa educacional busca reforzar la eficacia en la protección de derechos de NNA, atendiendo, a su vez, a respetar la libertad de enseñanza de los establecimientos.