



PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE  
VICERRECTORÍA DE COMUNICACIONES  
Y ASUNTOS PÚBLICOS

TEMAS DE LA AGENDA PÚBLICA

# Derecho a la educación y libertad de enseñanza: un aparente conflicto y sus efectos sobre una proposición normativa en Chile

ÁNGELA VIVANCO MARTÍNEZ  
Facultad de Derecho UC



Año 2 / Nº 8 / agosto 2007

# Derecho a la educación y libertad de enseñanza: un aparente conflicto y sus efectos sobre una proposición normativa en Chile

ÁNGELA VIVANCO MARTÍNEZ  
Facultad de Derecho UC

## Aspectos preliminares

### La evolución de los derechos y la situación de la educación y la enseñanza en dicha perspectiva

Los derechos humanos como concepto han representado, desde la perspectiva jurídica de las sociedades occidentales, una evolución caracterizada por una cadena ininterrumpida de construcción de los derechos fundamentales formulados en las tablas de derechos (Prieto de Pedro 2004), contexto en el cual los derechos suelen distinguirse en tres generaciones: la primera constituida por los derechos fundamentales de libertad; la segunda, por los derechos de igualdad; y la tercera, por los derechos fundamentales de solidaridad.

Si bien en esa clasificación, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza suelen considerarse derechos de segunda generación, es decir, marcados o regidos por el principio de la igualdad propio de los procesos sociales de la primera mitad del siglo XX, los antecedentes históricos que existen sobre ellos los relacionan con el ideal liberal propio de los movimientos de independencia, del advenimiento de los sistemas republicanos y de la Ilustración, pues ya en el artículo 22 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1793 se expresa que “La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos”, apareciendo la libertad de enseñanza ya en la Constitución francesa de

1848, en su artículo 9°. Sin embargo, no puede ignorarse que, en cuanto garantías que se van proyectando sobre los aspectos de la autoconciencia y de la autonomía del individuo, también pueden considerarse vinculados con los derechos de tercera generación, por lo cual algunos autores han considerado estos derechos como ejemplos de la transversalidad de tales<sup>2</sup>.

Tal cosa puede no ser una discusión simplemente semántica, sino lo que pueda llegar a determinar ciertas forzadas o pretendidas prevalencias del uno sobre el otro. Pese a ello y sin perjuicio del lugar preciso en que se quiera colocar a estos derechos desde el punto de vista clasificatorio, desde los primeros asomos de consagración explícita de éstos en el ámbito jurídico (es decir, más allá de lo factual que existía como un concepto bastante más antiguo) hubo dos elementos que merecieron ser destacados: El primero, que constituían verdaderas derivaciones de la dignidad humana y que, en consecuencia, no se trataba de prestaciones o de elementos que “mejoraran” la vida de las personas sino esenciales para su crecimiento, desarrollo y desenvolvimiento en la sociedad<sup>3</sup>. El segundo, que se trataba de derechos inextricablemente asociados, que eran caras de una misma moneda y que necesariamente debían considerarse el uno al otro<sup>4</sup>.

Si tenemos lo anterior a la vista, podemos entonces preguntarnos por qué derechos tan enlazados, tan dependientes entre sí, pueden llegar a considerarse, a la postre, como una suerte de garantías conflictuadas o de

elementos jurídicos en pugna por los que habría que optar o tomar partido, se trate de legisladores, tribunales, entes decidores o la ciudadanía en general.

### **El aparente o real conflicto del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza**

#### **El Estado como el “prestador” de educación versus una libertad de enseñanza ejercida por entes diversos**

Si consideramos que las tendencias modernas han ido enfatizando cada vez más el derecho a la educación como una prerrogativa de exigibilidad al Estado de “prestaciones educativas” e igualitarias necesarias para que la persona pueda ser tal en su concepción más fina o más exigente, no es raro que esa situación choque con la apertura y la elección autónoma que debiera importar la libertad de enseñanza, en cuanto no sólo a las perspectivas de las familias sino en general de los prestadores del “servicio”: “El principal problema jurídico - constitucional que parece plantearse al régimen jurídico de la enseñanza es justamente una cierta relegación o reducción del valor primigenio e insoslayable de la libertad en este ámbito, reducción que se supone que es el precio que hay que pagar para garantizar la otra dimensión constitucional del derecho general a la educación: su dimensión de prestación” (Martínez López-Muñoz 1993: 19).

Ello evidencia, de un modo u otro, una cierta desconfianza de la sociedad civil, del Estado o de ambos respecto de las posibilidades ciertas que se cumpla el cometido de educar, cuando los que educan son particulares con idearios, principios, sesgos o aspectos personales, en ello va aparejada una cierta tendencia a desarrollar la educación formal como una suerte de actividad económica y se esgrime una libertad de cátedra suficientemente amplia en los contenidos. El problema es que esa desconfianza, desplegada en el entorno de las políticas públicas, puede representar no sólo un conflicto o una pugna, sino directamente la absorción por parte del Estado de todo el modelo de educación, en aras de preservar a la población de un mal o improductivo servicio.

Por esta causa, la situación ha significado, en numerosos países, la necesidad de tomar opciones respecto a la existencia misma de la libertad de enseñanza, no sólo como un correlato del derecho a la educación, sino como una facultad de la que gozan las personas sin perjuicio de los deberes del Estado: “La autorización de apertura y funcionamiento de centros privados de enseñanza permite el ejercicio de un derecho fundamental. Pero la au-

torización, valga la redundancia, autoriza algo más que esto. Lleva consigo el ejercicio de facultades académicas, esto es, la realización de pruebas y exámenes con validez académica, que es algo completamente distinto de lo anterior... Así lo dispone el artículo 23 de la LODE en la redacción dada por la adicional 6.a de la LOGSE: «Estos centros (los autorizados) gozarán de plenas facultades académicas», expresión que se repite en el artículo 1.3 del Decreto de autorizaciones, 332/1992” (Díaz Lema 1994: 455).

Tales decisiones, sin embargo, no evitan que la desconfianza a la que ya nos hemos referido, si bien no alcance a volcarse en la total negativa de la libertad, se dirija a restringirla fuertemente y a supeditarla a ciertas decisiones estatales, lo cual a menudo se justifica en la presentación de un aparente o real conflicto de derechos, ante el cual la autoridad se siente llamada a mediar, intervención que por supuesto es vinculante y se extiende hacia los ámbitos legislativo y judicial.

### **El derecho a la educación priorizado sobre la libertad de enseñanza**

La tendencia a la priorización de la educación por sobre la libertad de enseñanza, entendida la segunda como una derivación necesaria de la primera, no significaría dificultad alguna en el ámbito constitucional si no se tratara, finalmente, de una verdadera justificación de las teorías relacionadas con la conflictuación de los derechos y con las formas de resolver dichos conflictos empleando categorías de prevalencia<sup>5</sup>. En efecto, el planteamiento que comúnmente genera esa prevalencia es que “al derecho a la educación se le debiera reconocer una entidad superior, siendo el verdadero problema cómo asegurar la protección efectiva de este derecho” (UNICEF 2000: 11).

Buscar la protección de un derecho a través de las referidas tesis, que se sitúan desde la jerarquización apriorística hasta el llamado *balancing test* o sistema de ponderación de los derechos en concreto, redundan en la impresión que los conflictos entre los derechos fundamentales son inevitables, y que ello está causado ya sea por la imprecisión del reconocimiento, por lo difuso de su lenguaje o porque se asocian con ellos tal cantidad de intereses y de pretensiones divergentes, que necesariamente se suscita una pugna en su ejercicio, allí donde la sola declaración parecía un paisaje pacífico. Al considerar, entonces, que el choque, en la realidad, es inminente e inevitable, el papel del sistema jurídico es encontrar el



modo de poner remedio a esa pugna, renunciando en principio a un esfuerzo de armonización<sup>6</sup>.

Las teorías conflictivistas, sin embargo, suscitan justificadas críticas, pues, más que una solución del aparente o real conflicto, necesariamente generan el detrimento constante o posible de un determinado derecho, considerando entonces que el ejercicio de uno ha de preferir siempre o en ese determinado caso, al de otro. Ello introduce, ciertamente, una escisión en el modelo de los derechos fundamentales y una afectación que no puede compensarse ni revertirse, toda vez que patológicamente pareciera derivar de los derechos mismos: “en casos resueltos desde una visión conflictivista de los derechos, sólo se está favoreciendo la normatividad de un dispositivo constitucional -del que recoge el derecho fundamental preferente-, en detrimento del dispositivo constitucional que recoge el otro derecho, dispositivo que al menos en los casos “conflictuales” deja de tener efectiva vigencia, es decir, deja de ser normativo. El asunto se agrava cuando nos percatamos que la norma constitucional cuya vulneración se intenta justificar, es una norma fundamental, es decir, es una norma que reconoce un derecho fundamental. Y si ya es terrible que no se favorezca la plena normatividad de todo el texto constitucional, más grave es que precisamente se deje sin efecto (de modo general o en concreto) las normas constitucionales sobre derechos, por la especial significación que para la existencia digna del hombre, para el Estado de derecho e incluso para el mismo concepto de Constitución, significan el reconocimiento, garantía y plena eficacia de los derechos de la persona” (Castillo Córdova 2005).

Si consideramos, por el contrario, que las constituciones en el mundo resisten a efectuar priorización alguna de sus derechos consagrados, lo que no evita sin embargo privilegiar mecanismos de protección de unos respecto de otros<sup>7</sup>, será menester que, reconociendo las dificultades de armonización de estos derechos y haciéndonos cargo de las dificultades de delimitación que representa para el Estado y la sociedad civil precisar dónde empieza el derecho a la educación y dónde termina la libertad de enseñanza, habremos de reconocer que el modo de zanjar estas dificultades no es ubicarlos artificialmente no sobre otro sino intentar desentrañar su contenido esencial: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y

equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (ONU 1998).

El presente trabajo busca analizar los proyectos de ley actualmente en tramitación y cómo abordan esta problemática.

## **Educación y enseñanza como garantías constitucionales**

### **Derecho a la educación**

La Carta Fundamental de 1980 consagra, entre las garantías cuya titularidad y ejercicio se asegura a todas las personas, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza en los números 10 y 11 de su artículo 19 (Vivanco 2006).

Por otra parte, la Constitución no define a la educación<sup>8</sup>, pero en el inciso 1° indica cuál es su objeto, el que consiste en el “pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”<sup>9</sup>, lo cual reconoce el sentido globalizante y plenario de la educación, que conviene al hombre entero y no a una parte o aspecto aislado de él (Millán Puelles 1963: 25). Ello fue pormenorizado en la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 1990, la cual, en su artículo 2°, estableció que la educación es “el proceso permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo moral, intelectual, artístico, espiritual y físico, mediante la transmisión de saberes, conocimientos y destrezas enmarcadas en nuestra identidad nacional, capacitándolas para convivir y participar en forma responsable y activa en la comunidad”.

Así, el derecho a la educación es primeramente un derecho a acceder a los medios de educación (el saber, la instrucción y la formación) principalmente en cuanto enseñanza -que es el medio para la educación intelectual-, y secundaria y dependientemente un derecho a obtener el resultado de la educación (la perfección o pleno desarrollo de la persona, principalmente en su aspecto moral). Ello se debe a que el derecho versa sobre cosas exteriores, y el fin de la educación es fundamentalmente inte-

rior no obstante las enormes consecuencias que tienen para la entera sociedad (Orrego Sánchez 1986: 475).

En la perspectiva constitucional, el derecho a la educación reviste ciertas facultades básicas: El acceso a los centros de enseñanza (erigidos, precisamente, en torno a la libertad de ésta), la permanencia en ellos si se cumplen ciertos requisitos objetivos, el derecho a la titulación asociada con la capacidad escolar y la entrega de los contenidos de un modo comprensible para el alumno, lo que importa tener una serie de cuidados idiomáticos y de otro orden, de acuerdo al universo de personas al que se pretenda servir (Díaz Revorio 1998: 281).

En consideración a que este derecho, durante una parte de la vida, ha de ser cautelado por quienes tienen a su cargo a los titulares y no puede ser directamente invocado por ellos, en el inciso 2° del numeral 10 se estableció que los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos, lo cual se deriva de la protección constitucional a la familia, puesto que una importante labor que ella cumple en la sociedad es desempeñar un papel educador. A propósito de esto, el Constituyente estableció un especial deber del Estado en orden a otorgar protección a la familia en el ejercicio de este derecho, de lo que se deriva el que, por ejemplo, aquél se abstenga de intervenir en la educación familiar y que promueva a la familia como educadora y maestra. Sin embargo, la Constitución señala que este derecho corresponde “preferentemente a los padres” y no “exclusivamente”, pues la educación es un proceso personal y complejo, vinculado a la actualización de capacidades naturales en cada persona.

Al establecerse la educación básica y media como obligatoria y gratuita, existen dos deberes implicados: el deber de escolaridad de toda persona y el deber de proporcionar educación gratuita que tiene el Estado (Díaz Revorio: 481).

Al Estado le compete, según la idea de bien común en la educación, legislar para que los que sepan puedan enseñar el máximo posible, de acuerdo al principio de tanta libertad de enseñanza cuanto sea posible, dentro de un orden y plan de educación mínimo establecido por el Estado, con todo el apoyo espiritual y financiero que sea posible y necesario para el bien común (Tagle Martínez 1988: 84).

Esta definición, de suyo idealista, sin embargo, no deja entrever la problemática que representa para el Estado su deber constitucional hacia la educación: a diferen-

cia de otros ámbitos en los que el Estado cumple con cierta facilidad su tarea de guardián y de evitador de la invasión a las esferas de lo autónomo, en lo que respecta a los derechos de segunda generación, se encuentra con la enorme dificultad de garantizar ciertos aspectos materiales, debiendo sin embargo abstenerse de coartar grandes espacios de libertad.

El modo de cumplir con ese objetivo, fue asumido por nuestra Constitución encomendando al Estado la obligación de mantener un sistema educacional gratuito que permita el acceso de la población a la enseñanza básica y media, así como asegurar el acceso a la educación media de quienes hayan egresado del nivel básico, atendiendo sólo a la capacidad de los postulantes<sup>10</sup> (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile: 83).

La enseñanza gratuita debe ser financiada por el Estado por vía estatal o por vía privada subvencionada<sup>11</sup>, para la construcción de los establecimientos de enseñanza, para la incorporación de profesores a los mismos, apoyo de material educativo, etc. Asimismo, el inciso 5° del artículo 19 N° 10, segunda parte, se refiere a otros deberes del Estado en esta materia, que tienen relación con la cultura en general, lo que ha devenido en una política estatal dirigida a subsidiar y fomentar con fondos públicos la realización de investigación científica y de creación artística.

El inciso final del artículo en estudio establece el deber de la comunidad de participar en la vida educativa, contribuyendo a su desarrollo y perfeccionamiento, lo que implica que la comunidad debe aportar sus esfuerzos para hacer realidad la tarea educacional en cuanto a su administración y suministro, lo cual no sale del ámbito natural de la familia, sino que permanece en ella, concebida la segunda como la agrupación o presencia conjunta de las familias.

La educación -indispensable para el desarrollo personal y el progreso social- reclama libertad de enseñanza para poder estar a la altura de un proceso verdaderamente humano. De ahí que todo hombre tenga derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, como exigencias inalienables de su dignidad de persona (Concilio Vaticano II 1967: 809-10).

### **La libertad de enseñanza**

Fue reconocida explícitamente, por primera vez, en nuestro país, en la Reforma Constitucional de 13 de agosto

de 1874, que agregó al final del artículo 12 N° 6 de la Carta de 1833 un solo inciso, escueto pero significativo: “La Constitución asegura a todas las personas: (...) La libertad de enseñanza”. Posteriormente, dicha garantía fue objeto de diversas especificaciones... hasta tener una regulación extremadamente prolija en la Reforma Constitucional de 9 de enero de 1971<sup>12</sup> (Orrego Sánchez 1986: 483-4).

Enseñanza, en sentido amplio, es cualquier acción que transmite o da testimonio de una verdad conocida, con el objeto de que se aprenda. La palabra enseñanza tiene varias acepciones, pero su significado principal es el de acción y efecto de enseñar, es decir, acción y efecto de transmitir conocimientos o habilidades (Silva Bascuñán 1994: 256).

La relación entre enseñanza y educación es clara: la enseñanza es una acción transeúnte de un agente distinto del educando, que produce como causa eficiente el aprendizaje, el cual es un elemento de la educación en su aspecto intelectual, como proceso inmanente por el que se causa en el educando una virtud intelectual, la ciencia. Se ve que la enseñanza es causa de educación y medio para la educación (Orrego Sánchez 1986: 472).

En la actividad de transmitir conocimientos, en que consiste en sí misma la enseñanza, podemos distinguir diversos aspectos más o menos relacionados y que se encuentran protegidos por la garantía en estudio. En primer lugar, se incluye la actividad considerada en sí misma; su correlato jurídico es el derecho a impartir conocimientos, pura y simplemente. En segundo lugar, la enseñanza comprende siempre un modo o forma de enseñar y, en este sentido, se protege la libertad de elegir los métodos de enseñanza que se prefieran. También hay un orden a seguir en la progresiva aprehensión del saber, es decir, un conjunto de reglas o principios enlazados entre sí que organizan los contenidos, los objetivos y fines, las orientaciones valóricas, los métodos y los demás aspectos fundamentales de la enseñanza, constituyendo un sistema de enseñanza; éste puede ser elegido libremente. Además, la enseñanza requiere de medios auxiliares, como libros de texto y material de apoyo, los cuales también deben elegirse libremente. En seguida, quienes imparten conocimientos deben contar con un punto material de apoyo y -en la medida de lo posible- con una serie de ayudas técnicas: el establecimiento educacional y sus instalaciones y servicios (laboratorios, bibliotecas, canchas de deporte, etc.); este aspecto tienen un correlato jurídico en el derecho de

abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. Por último, la o las personas que enseñan tienen la facultad de dar testimonio de los estudios realizados bajo su dirección, extendiendo diplomas, y pueden conferir grados que manifiesten la naturaleza, jerarquía y calidad de enseñanza obtenida<sup>13</sup>.

La ley orgánica constitucional de Enseñanza tiene por misión señalar las normas de general aplicación que permitan al Estado velar por el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos a la enseñanza básica y media. No obstante ser una aplicación de la garantía general de igualdad ante la ley, el sentido específico de esta disposición se refiere a un sistema objetivo que se aplique igualmente a los establecimientos estatales y a los no estatales; el mismo sistema, el mismo examen y la misma integración sirven tanto para los establecimientos educacionales de origen estatal como para los de origen privado, de manera que en el examen no haya distinción siquiera en cuanto a la procedencia de los estudios de quien lo rinde y la persona o la comisión que lo tome ignoren si provienen de un plantel particular o de uno estatal<sup>14</sup>.

Ello vuelve a enfrentarnos al deber del Estado: vigilar ambos tipos de enseñanza y exigir que se cumplan los requisitos mínimos establecidos (Orrego Sánchez 1986 :486).

### **El derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales**

Si bien la Constitución ha impuesto deberes al Estado en referencia al derecho a la educación de las personas, ello no ha significado su estatización. Por el contrario, el propio texto de la Carta reconoce a todas las personas el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, lo cual es resguardado por el recurso de protección y debe interpretarse asociado con otros derechos que permiten establecer un estatuto completo en torno a la libertad de enseñanza.

Así, el N° 2 del artículo 19 obliga a que este estatuto sea aplicable a todas las personas, sin discriminaciones arbitrarias, por respeto a la igualdad ante la ley; la libre actividad económica consagrada en el artículo 19 N° 21 es asimismo aplicable a quienes mantengan establecimientos educacionales, cumpliendo con las exigencias efectuadas por la ley y asociadas con el cumplimiento del deber primordial de enseñar, y la seguridad que se garantiza en el artículo 19 N° 26 en referencia a que las normas legales complementarias no afectarán en su

esencia a los derechos de las personas, encuentra plena aplicabilidad respecto de la libertad de enseñanza.

Sin embargo la aplicación de los preceptos referidos, puede transformarse, de acuerdo a las interpretaciones que se hagan, en una adicional fuente de conflictos, si se cree que el derecho a la educación ha de tener una cierta prevalencia constitucional que autoriza al Estado a establecer severas restricciones a las facultades de las personas relacionadas con la libertad de enseñanza. Ello ha forzado a la justicia constitucional comparada a delimitar la cabida o la esencia de la libertad de enseñanza y, en relación con ello, a listar aquellas decisiones o conductas que son capaces de vulnerarla, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional español: “En los centros privados (de enseñanza), la definición del puesto docente viene dada, además de por las características propias del nivel educativo, y, en cuanto aquí interesa, por el ideario que, en uso de la libertad de enseñanza y dentro de los límites antes señalados, haya dado a aquél su titular. Cualquier intromisión de los poderes públicos en la libertad de cátedra del profesor sería así, al mismo tiempo, violación también de la libertad de enseñanza del propio titular del centro”<sup>15</sup>.

La costumbre de los tribunales constitucionales de enumerar atentados a las garantías, más que derechamente interpretar cuál es su esencia, a nuestro juicio resuelve parcialmente el problema y deja entregados los restantes a las tesis conflictualistas de derechos, allí donde se entiende que deben pugnar ante los entes públicos aquellas garantías cuyos ámbitos de ejercicio parecen entrecruzarse. Otra reflexión constitucional expresa del Tribunal Constitucional español acerca de la “dirección” que importa la libertad de enseñanza, respecto de los particulares en aquellos centros de enseñanza que ellos manejan zanja ese problema, pero no el de las muchas intervenciones del Estado en materia educacional<sup>16</sup>:

“Con respecto al titular del Centro, es forzoso reconocer la existencia de un derecho de los titulares de Centros docentes privados a la dirección de los mismos, derecho incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza de los titulares de dichos Centros. ... El contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse, de acuerdo con la doctrina de este TC (Sentencia 11/1981, de 8 de abril, J.C., tomo I, págs. 191-192), tanto desde el punto de vista positivo como desde una delimitación negativa. Desde la primera perspectiva, implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del profesorado. Desde el punto de vista negativo, ese contenido

exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección. De ello se desprende que el titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional... Y debe excluirse aquí que el recurso de sostenimiento por fondos públicos se articule como voluntario por parte del titular suponga la posibilidad de exigir de éste la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales, ya que tal sostenimiento viene impuesto a los poderes públicos por la C. E.”.

### **Libertad de cátedra**

Si bien en la enseñanza formal existen planes de estudio, ello no impide que el profesor pueda orientar la enseñanza que imparte de acuerdo a sus principios y valores y que tenga libertad para expresar sus criterios. Por esto, la enseñanza no tiene más limitaciones que las que la Constitución impone y que son la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

La libertad de cátedra debe ser relacionada con la libertad de expresión, pues la primera es primordialmente una manifestación de la segunda en el ejercicio de la función docente, además de la libertad ideológica, la libertad de enseñanza y la autonomía universitaria.

El ejercicio de la libertad de cátedra ha de efectuarse dentro de los límites propios del puesto docente que se ocupa, y, como límite específico de los centros docentes privados, se halla el ideario del mismo. En todo caso, tales límites no pueden afectar al contenido esencial de la libertad de cátedra ni se pueden establecer de forma genérica, por lo que la libertad de cátedra debe ser modulada por los siguientes factores: el nivel educativo y la naturaleza pública o privada del centro educacional respectivo (Rodríguez Coarasa 1999: 155)<sup>17</sup>. Como cualquier profesional, el profesor tiene derecho a la libertad de iniciativa en los aspectos específicamente profesionales de su tarea (García Hoz 1986: 40).

De todas formas, se debe enfatizar que la libertad de cátedra no puede significar la libertad de no enseñar y tampoco la libertad absoluta de enseñar. La libertad de cátedra no es libertad de expresión sin más, sino libertad de expresión en el marco de la enseñanza; por consiguiente, el profesor está sujeto al programa de la asignatura y su enseñanza ha de estar presidida por el rigor científico. El objeto de la función docente es la transmisión a los alumnos de conocimientos científicos; por lo tanto, la libertad de cátedra no ampara la exposi-



ción de doctrinas contrarias a los postulados científicos ni aquéllas que se realicen al margen de la enseñanza (Rodríguez Coarasa 1999: 155).

Por otra parte, no se puede confundir el ejercicio libre de la libertad de cátedra con el incumplimiento de la relación laboral. Al igual que cualquier otro trabajador, el profesor está sometido a los deberes que su función comporta (sometimiento a horarios, cumplimiento del programa de la asignatura...). Por tanto, la no sujeción a los horarios fijados, la ineptitud del profesor en su función docente o, en general, el incumplimiento de los deberes estipulados en su contrato, nada tienen que ver con la libertad de cátedra, sino que se trata de situaciones sometidas al marco de las relaciones laborales, de forma tal que ante un posible despido, no podrá alegarse, en estos casos, vulneración de la libertad de cátedra (Rodríguez Coarasa 1999: 155).

### **Derecho de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos**

“Es preciso reconocer el derecho a los padres a velar por la educación de sus hijos y destacar que la educación debe basarse en los grandes principios y valor del espíritu, inculcando en la juventud un nuevo sentido de la Patria, del honor, de la libertad, de la democracia, del deber, del trabajo, de la honradez, etc., ideas que pretendieron ser desconocidas en el Gobierno mediante la implantación de la Escuela Nacional Unificada”<sup>18</sup>.

Los padres, por ser los progenitores de sus hijos, tienen el derecho y el deber de educarlos personalmente, pero, si no pueden cumplir este aspecto fundamental de la paternidad por sí mismos, como ocurre en especial y casi siempre hoy en el orden de la instrucción, tienen el derecho de elegir a los profesores para sus hijos, quiénes los representan, a través de la elección de centros de enseñanza en donde aquéllos trabajen (Tagle Martínez 1988: 83).

Garantizada constitucionalmente la libertad de los padres de elección, es obvio advertir que el primer paso para hacer efectiva esta garantía es asegurar también constitucionalmente una oferta educativa pluralista, ya que, de no ser así, los padres no podrían ejercitar su facultad de elegir por el hecho de no existir varias opciones (Zumaquero 1984: 318).

### **Compromisos internacionales adquiridos por Chile en materia de Educación y Enseñanza y normas en tramitación**

Sin perjuicio de los tratados generales de Derechos Humanos que hacen reconocimiento de estas garantías, Chile es signatario de algunas convenciones internacionales específicas que hacen referencia a la materia, como la Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica” publicada como Ley de la República con fecha 5 de Enero de 1991<sup>19</sup> y la Convención de Derechos del Niño, publicada como Ley de la República con fecha 27 de Septiembre de 1990<sup>20</sup>.

Además, con fecha 6 de Marzo de 2007, se remitió a la señora Presidenta de la República oficio del señor Presidente de la Cámara de Diputados, comunicándole la aprobación de la “Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales” y su Anexo, adoptada el 20 de octubre de 2005, por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO (2005)<sup>21</sup>.

### **El escenario socio - político actual de los conflictos entre educación y enseñanza**

Tras una serie de movilizaciones estudiantiles durante el año 2006, Chile empezó a vivir un cuestionamiento al sistema educacional que pareció más bien la reedición de un problema y de una controversia que venía desde muy antiguo y que se relaciona con la problemática del aparente o real conflicto de derechos, bastante más allá de situaciones contingentes. En efecto, a nuestro juicio, las cuatro grandes problemáticas de fondo que se plantearon en el país fueron las siguientes:

- a. La tensión de la esfera de lo público y de lo privado en materia educacional, considerando la realidad de tratarse de derechos y libertades garantizadas a todas las personas, pero a la vez estableciéndose un específico deber del Estado en torno a la educación. De ello surge la pregunta de cómo definir y determinar los actores del proceso y los ámbitos de autonomía de éstos, como asimismo qué imposiciones puede hacer el Estado respecto de éstos.
- b. Establecer los parámetros exigibles a un sistema educacional, para considerar que satisface el derecho a la educación de las personas, y si tales parámetros pueden considerarse no sólo lineamientos de las políticas públicas en materia de educación sino im-



posiciones que se hacen sobre establecimientos educacionales y personas, incluso ser compulsivamente demandados<sup>22</sup>.

- c. Si esos mismos parámetros tienen esa exigibilidad diversa según se trate de entidades educacionales públicas o privadas, y en el segundo caso, según sean o no subsidiadas por el Estado<sup>23</sup>.
- d. Finalmente, si el financiamiento público a entidades privadas en materia de educación, va aparejado con una forma de constitución o con un cierto catálogo valórico que se quiere preservar, lo cual implicaría eventualmente una restricción de las barreras de entrada a dicha posibilidad<sup>24</sup>.

Como es fácil de percibir, varias de estas dicotomías o controversias podrían solucionarse de un análisis referido a la esencia de los derechos<sup>25</sup>, pero desgraciadamente se han intentado abordar en modificaciones legislativas que más bien se dirigen a las tesis conflictivistas y que privilegian, a priori o en ciertos casos concretos, al derecho a la educación sobre la libertad de enseñanza. Ello crea una compleja situación en el panorama jurídico inmediato y contribuye, como lo veremos, a replantearnos el modo en el cual nuestros legisladores han decidido abocarse a dar solución a los conflictos reales o aparentes entre derechos constitucionales o, más bien, entre aspiraciones, expectativas, intereses o interpretaciones sobre éstos<sup>26</sup>.

### **Proyecto de ley general de educación, mensaje N° 55-355 (9 de abril de 2007) boletín 4970-04**

En el Mensaje del Proyecto se destacan los principios incorporados en él, como los paradigmas del modelo que en dicho texto se diseña y que introduce profundas modificaciones al marco de la actual Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza<sup>27</sup>, entre los cuales están la universalidad y gratuidad del acceso, la calidad, la equidad, la participación, la responsabilidad, la articulación del sistema educativo, transparencia y flexibilidad. Dichos principios se han socializado en el debate y también han sido incorporados en otras legislaciones educacionales comparadas (Brunner 2007b).

Si hacemos una referencia a cada uno de estos principios, observando el proyecto en su conjunto, podemos acotar que, en lo que se refiere a universalidad y educación permanente, no queda claro si esta permanencia responde a prestaciones o a libertades y si tiene algún límite o si sobre dicha base, se podría solicitar gratuidad en todos los niveles. En lo que ya hemos dicho a pro-

pósito de la calidad, el contemplar ésta en un modelo normativo, abre la consulta acerca de si dicho modelo se hace obligatorio o constituye un lineamiento o sugerencia. Por su parte, la equidad del sistema educativo, que para la ley importa medidas de discriminación positiva, genera del mismo modo gran controversia.

En el caso de la participación no se aclaran sus instancias, oportunidades y efectos. En el de la responsabilidad qué se incluye en la fórmula “todos los actores”, ¿también los padres y apoderados y los municipios que sostienen escuelas? (Brunner 2007b).

En referencia a la articulación del sistema educativo, las personas pueden entrar o salir de él, o cambiarse de modalidad, progresando en el sistema. No queda tampoco bien definido si este elemento factual constituye un derecho o una autorización, y de ser el primero en qué facultades se basa para ser concedido.

El principio de transparencia y seguridad son las bases del sistema de control, mientras que el de flexibilidad debe permitir la adecuación del proceso a la diversidad de realidades y proyectos educativos institucionales.

Resulta en todo caso llamativo que el proyecto, precisamente en instancias en que en muchos otros debates legislativos se hace alusión a la necesaria autonomía de personas y de grupos, omita la referencia a este importante principio, aplicado a los establecimientos privados de enseñanza, subvencionados o no, tanto en lo relativo a la organización de sus funciones de docencia y educación, como a la facultad de administrar y disponer de sus recursos y a la facultad para organizar su funcionamiento de conformidad con su normativa interna<sup>28</sup>.

### **Medidas de discriminación positiva (Artículo 3° letra C)**

La admisibilidad de medidas de discriminación o acción positiva, establecidas en el **Artículo 3° letra C)**<sup>29</sup> es ciertamente un tema debatido: Si bien es cierto que el Estado debe “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (art. 1 inciso 5), la realización de este tipo de políticas hace necesario contrastar su idoneidad para el fin propuesto, como asimismo, su adecuación al mandato de no discriminación arbitraria contenido en el art. 19 N° 2 de nuestra Constitución.

Para quienes aceptan la constitucionalidad de este tipo de prácticas el “principio de discriminación compensato-

ria” está unido a dos problemas que están en su base: la razonabilidad de la norma que establece “diferencias” y el principio de igualdad de oportunidades. La razonabilidad de la norma emanada del “legislador” o de la “autoridad” es la regla o cartabón para medir la arbitrariedad que está prohibida constitucionalmente” (Zúñiga 2002: 248), luego, se autorizarían acciones sociales destinadas a promover la justicia distributiva en razón de situaciones de discriminación.

No obstante, cabe tener presente que puede estimarse que estas medidas perpetúan crean ficticiamente situaciones de igualdad, siendo, en definitiva, ineficaces para lograr el fin que las justificaría.

### **Rendimiento escolar y repitencia**

El Artículo 10, prohibiendo la expulsión de alumnos, plantea la mantención del alumno en un establecimiento, imponiéndose la obligación de renovar la matrícula aún cuando el plan o ideario de aquél otorgue preeminencia al rendimiento escolar. Es decir, no se considera a las calificaciones del alumno un criterio válido para extinguir la relación de un establecimiento con un estudiante.

Las cuestiones que surgen de esta premisa son fundamentalmente dos: ¿la extensión del derecho a la libertad de enseñanza justifica la no renovación de la matrícula, o, por el contrario, el derecho a la educación se superpone a aquél? ¿es el rendimiento académico un criterio arbitrario y, por tanto, no admisible como baremo para extinguir la vinculación a un centro?.

En nuestra jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Santiago tuvo oportunidad de denegar un recurso de protección “Oliva Cabrera Cristián contra Saint George’s College”, fallado el 30 de abril de 2002 y confirmado por la Corte Suprema el 4 de junio del mismo año. En el caso, el alumno no cumplió con los requisitos del reglamento interno de la institución, los cuales eran más exigentes en cuanto a la promoción de curso que las normas impartidas por el Ministerio, situación que no se estimó arbitraria o ilegal (Morales Díaz 2005: 103-4).

El Tribunal Constitucional en la sentencia Rol 410, de 14 de junio de 2004, se pronunció sobre una norma muy similar a la hoy propuesta, que impedía al sostenedor aducir el no pago de compromisos económicos contraídos por el apoderado con el establecimiento como motivo suficiente para no renovar la matrícula de los alumnos que desearan continuar sus estudios en él al año siguiente, excepto en el caso de existir una deuda

pendiente al momento de la renovación de la matrícula. En aquella oportunidad el tribunal estimó inconstitucional la norma, pues producía una “grave alteración en el sistema de prestaciones entre las partes de la respectiva relación jurídica, lo cual puede acarrear graves consecuencias”. Ello puesto que el “fundador o sostenedor del establecimiento para su debida mantención deberá continuar cumpliendo con todas las obligaciones que de ello deriva, tales como sueldos de profesores, pagos periódicos provenientes del inmueble en que funciona y proveedores en general. No obstante, su contraparte, por el contrario, sin siquiera tener que dar una explicación o actuar por causa justificada, sino tan sólo porque el legislador se lo permitiría incondicionalmente, podría postergar sus obligaciones pecuniarias, sin dificultad hasta el inicio del año escolar siguiente”. A juicio del tribunal “Semejante desequilibrio en el cumplimiento de las prestaciones de las partes involucradas resulta definitivamente inaceptable... aliciente a la morosidad”.

### **Selección educacional**

De la redacción del Artículo 11 se deduce que el rendimiento escolar es un criterio esencialmente contrario a la igualdad, que merece el mismo reproche que haremos basados en el origen étnico o la escolaridad de los padres. Sin embargo, entre los especialistas, la utilidad y beneficios derivados de este tipo de parámetros es un tema lejos de estar zanjado. Además, la decidida opción del legislador por su eliminación colisiona con la autonomía de los establecimientos educacionales, derivada del derecho a la libertad de enseñanza.

Para sostener este último punto, cabe recordar la utilización en doctrina comparada del principio de proporcionalidad, originada en el Tribunal Constitucional Alemán, conforme a la cual la restricción de derechos debe ser “útil, necesaria y equilibrada para la satisfacción del interés general” (Barnes 1994: 499), deber que recae tanto sobre la Administración como sobre el legislador. En concordancia con lo expuesto, cada caso deberá superar un examen respecto de: a) la idoneidad de la medida, es decir, que ésta facilite la finalidad propuesta; b) su necesidad, esto es, su carácter de imprescindible, por no existir otra medida más moderada según parámetros objetivos; y c) su proporcionalidad strictu sensu, la cual implica la ponderación de los perjuicios causados a los ciudadanos y aquéllos a sufrir por el interés si no se realiza la acción (Barnes 1994: 500-8).

Respecto al mérito de los criterios de selección, Jorge Manzi (2007: 217) postula que “Es evidente que, de-

trás de la apasionada defensa que se ha observado de la selección, subyace una convicción muy arraigada en quienes sostienen este planteamiento: que la desigual distribución de los talentos, capacidades y competencias (que es un hecho innegable en toda sociedad) no sólo debe ser reconocida, sino que además protegida y cultivada mediante el sistema escolar. Esta visión valora la igualdad de oportunidades en educación, pero sólo en la medida en que ella no diluya las diferencias que son vistas como el motor básico del progreso social... En este contexto, la selección de estudiantes, incluso tempranamente, es esencial, pues reduce el riesgo de perder talentos". Por oposición, para una segunda perspectiva "la educación debe procurar en forma directa y sistemática eliminar todo tipo de prácticas que sirvan el propósito de preservar o reproducir las diferencias iniciales con que llegan los estudiantes a la escuela, asegurando una efectiva igualdad de oportunidades". A juicio del autor la evidencia disponible demuestra los efectos positivos de la eliminación de la selección, lo cual beneficiaría el aprendizaje de los estudiantes de más bajo rendimiento, favoreciendo la interdependencia entre los alumnos, favoreciendo la integración y equidad (Manzi 2007: 210-3)<sup>30</sup>.

A mayor abundamiento, cabe tener presente el fallo dictado por la Corte Suprema de 25 de septiembre de 2006, "Gaete Cornejo y Burgos Valera con Colegio de La Salle Talca"<sup>31</sup> caso que versó sobre la negativa a renovar matrícula a una alumna. En su considerando cuarto, el máximo tribunal indica que "debe consignarse en primer lugar que el actuar de la recurrida, concretado lógicamente a través de sus autoridades, no ha sido ilegal como se pretende, porque no existe norma de ley que la obligue a recibir alumnos, y no lo es la que se cita, de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, N°18.962, particularmente el artículo 2°... De dicho precepto no emana la exigencia u obligación para que algún establecimiento de enseñanza deba recibir a cualquier alumno y mantenerlo en sus aulas". Continúa, el considerando quinto, argumentando que "siempre tiene que existir, como ocurre en todos los aspectos del quehacer humano, una selección, que podría estimarse una suerte de discriminación lógica y el problema radica en determinar si aquí ella ha sido para efectos de este recurso- ilegal o arbitraria, esto es, una discriminación negativa....".

¿Varía tal deber respecto de establecimientos subvencionados? El Tribunal Constitucional manifestó en su sentencia rol 410, que "otorgar la subvención no es una

decisión de cumplimiento discrecional ni entregada a la magnanimidad del Estado. Por el contrario, trátase de una obligación ineludible, cuya justificación radica en la importancia excepcional que tienen la educación y la enseñanza en el desarrollo libre de la personalidad y de la sociedad en general", obligación que el Estado "requiere compartirla con los establecimientos de enseñanza privados que acceden al beneficio referido" (considerando décimo noveno). El Tribunal, prosigue reconociendo que del reconocimiento oficial que reciben los centros, como también de las subvenciones recibidas, surgen vínculos entre aquéllos y el Estado, los que deben armonizarse con el rol subsidiario del Estado. En consecuencia, tal principio de autonomía "es de aplicación amplia, cubriendo, entre muchos otros, a los establecimientos privados o particulares de enseñanza, sean o no subvencionados. Con dicha capacidad de regirse por sí mismos en lo docente o pedagógico, administrativo y económico, los establecimientos aludidos quedan habilitados por la Constitución para ejercer plenamente la libertad de enseñanza, sin intervención o injerencia indebida del Estado ni de terceros, los cuales son, en tal sentido, ajenos a ellos" (considerando vigésimo sexto). En consecuencia, es necesario reconocer que "Tratándose de los *establecimientos de enseñanza* el ámbito de extensión de la autonomía de la que gozan es amplio, aunque no ilimitado" (Fernández 2005: 46)<sup>32</sup>.

Luego, como corolario, el Tribunal concluye que, si bien, para recibir la subvención educacional dichos establecimientos se hallan obligados a cumplir determinadas exigencias legales, éstas han sido "adecuadas y proporcionadas al control que ella lleva consigo y, por lo mismo, resultan ponderadas y razonables en relación con la finalidad lícita referida. En esta medida, por ende, la intervención estatal, originada en el motivo descrito, se concilia con la libertad y autonomía explicadas, resultando así inobjetable desde el ángulo constitucional. Pero la **libertad de enseñanza** que el Poder Constituyente consagra, asegura y propugna es **vulnerada cuando se la subordina, directa o indirectamente, al reconocimiento oficial por el Estado o al otorgamiento de aquel beneficio pecuniario** al que tienen derecho los establecimientos particulares correspondientes"<sup>33</sup> (considerando vigésimo sexto).

El tema de la selección, en todo caso, ya ha generado un interesante y atractivo debate, con diversas críticas a su imposición, reconociendo que la demanda es mayor que la oferta y los derechos de las familias, sobre

la educación de sus hijos. Además, no existe evidencia suficiente de que en nuestro país se esté discriminando alumnos producto de los procesos de selección. Esto se puede comprobar al considerar una reciente encuesta del CEP donde se pregunta a los apoderados acerca de si su hijo fue aceptado y pudo matricularlo en la escuela que quería. La respuesta es que sólo un 5% dice haber sido rechazado mientras que un 93% señala que su hijo efectivamente quedó matriculado en el establecimiento que quería como primera prioridad” (Vial 2007).

A nuestro juicio, lo relevante de un proceso de selección equitativo se traduce en los parámetros predefinidos de esa selección, conociendo con anticipación los intereses los requisitos de la postulación, los tipos de pruebas con que ellos y/o sus familias van a ser medidos o entrevistados, los antecedentes requeridos y la línea de pensamiento y de valores del establecimiento, sin perjuicio de los aspectos propios del rendimiento del alumno. La diversidad en esa materia y la transparencia del proceso resultan el mejor modo de preservar la igualdad de acceso y la libre opción de las personas.

### Potestad reglamentaria y libertad de enseñanza

El artículo 30 referente al establecimiento de las bases curriculares por parte del Gobierno plantea preguntas sobre la competencia atribuida al Presidente de la República para establecer las bases del sistema curricular.

Respecto a la relación ley - reglamento, en específico en materia de libertad de enseñanza, nuestro Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en el fallo rol 423, de 18 de octubre de 2004 que declaró inconstitucionales las reformas propuestas en un proyecto de ley que buscaba modificar el Estatuto de los Profesionales de la Educación, incorporando normas que establecían la acreditación obligatoria para los directores de establecimientos educacionales del sector municipal, normativa que delegaba en el Presidente de la República facultades legislativas para regular dicho proceso de acreditación.

El sentenciador, en el considerando décimo tercero del fallo, indica “Que, ante tan **amplia remisión a la potestad reglamentaria**, imperativo se torna recordar lo expuesto en los artículos 1° inciso cuarto oración final, 6°, 7° y 19 N°s. 11 y 26 de la Constitución, pues de todos los preceptos citados fluye que el **ejercicio de la libertad de enseñanza sólo puede ser regulado por la ley**. Esta, en consecuencia, tiene que contemplar los **elementos normativos suficientes**, en contenido y precisión, que respeten el principio de

reserva legal, dejando a la potestad reglamentaria el desarrollo, pormenorizado y adjetivo, de la legislación que se trata de ejecutar”. En la misma línea argumentativa, el considerando décimo quinto señaló que “el derecho a **organizar establecimientos de enseñanza no se halla entregada** a lo que se disponga por la **potestad legislativa discrecionalmente**, sino que, por el contrario y como lo declaran, categórica y repetidamente los artículos 1° inciso cuarto, 5° inciso segundo, 6° y 7° de la Constitución, esa potestad es la que se encuentra al servicio del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, debiendo ser **desempeñada en términos de respetarlos y promoverlos**”.

Luego, la competencia atribuida al Presidente de la República para establecer las bases del sistema curricular, sin que se especifiquen principios rectores, que den a la potestad reglamentaria sólo un margen secundario de pormenorización, merece reparos de constitucionalidad. Si bien en el articulado del proyecto se establecen objetivos terminales para cada etapa educativa (art. 27, 28 y 29) y se reconoce la libertad para desarrollar los planes y programas de estudios, el Ministerio podrá objetar éstos utilizando las bases y marcos curriculares entregados a la potestad reglamentaria.

Por otro lado, esta norma presenta dificultades, por su indeterminación, pues “Sin tener claro cuál es la distinción entre “base” y “marco”, consideramos de gran importancia que se mantenga la idea de que al Ministerio le corresponde fijar objetivos o contenidos mínimos. Es un concepto importante, tanto para proteger la libertad de enseñanza (los contenidos deben ser suficientemente mínimos como para dar tiempo para enseñar otros) como para preservar la necesaria flexibilidad y adaptabilidad de la enseñanza a diferentes realidades” (Fontaine 2007: 80).

Respecto a la fijación de dichos contenidos mínimos se hace necesario al momento de analizar esta norma, como también al revisar los arts. 27, 28 y 29 del proyecto, recordar que conforme al art. 19 N° 11 inciso 5 de la Constitución, ello es tarea de una ley orgánica constitucional. Luego, deviene esta materia en una de aquellas reservadas a la ley, además, cabe recalcar que la Carta Política, autoriza a la fijación de “contenidos mínimos”, es decir, fuera de ellos prevalecerá la libertad del centro educacional o profesor, en otras palabras, el principio de subsidiaridad encuentra aquí otro ámbito de manifestación (Covarrubias Cuevas 2002: 71-8)<sup>34</sup>.

En consecuencia “debe entenderse que aquí hay una limitación a la potestad legislativa del Estado, por dos



razones: en primer lugar, las limitaciones a la libertad de enseñanza sólo podrán establecerse vía ley orgánica constitucional; en segundo lugar, requisitos mínimos implica hacer las mínimas exigencias necesarias para asegurar el bien común” (Orrego Sánchez 1986: 486).

### Libertad de enseñanza, el núcleo del derecho

Como ya hemos señalado en varios de los puntos hasta ahora desarrollados el derecho a la educación, específicamente, el derecho a acceder a una educación de calidad, tal como está configurado a lo largo de este proyecto, llega a contraponerse en más de una arista con la libertad de enseñanza, igualmente asegurada en nuestra Constitución.

Fundamental, en nuestro medio, es la determinación del núcleo esencial del derecho por parte de la Máxima Magistratura Constitucional en el fallo rol 410, de 14 de junio de 2004 ya citado. En esta sentencia, el Tribunal relaciona ambas garantías: “si bien el derecho a la educación y la libertad de enseñanza son diferentes, también es cierto que existen numerosos e **importantes** vínculos entre ellos, evidencia de lo cual resulta ser que el objeto de la educación, esto es, el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del N° 10 transcrito, se manifiesta, imparte o **lleva a la práctica a través de la enseñanza**, sea formal o informal, como se señala en el artículo 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza”<sup>35</sup>.

De este modo, el núcleo del derecho queda configurado por<sup>36</sup>:

1. El derecho a abrir establecimientos educacionales, conforme al ideario de sus fundadores.
2. El derecho a organizarlos, por tanto, podrán
  - a. Establecer sus finalidades
  - b. Determinar los métodos e instrumentos de aprendizaje
  - c. Fijar quiénes serán los profesionales que desempeñarán funciones en ellos
  - d. Disponer la estructura u organización del establecimiento
  - e. Generar reglas internas de orden y disciplina. Respecto a este punto, mención especial nos merece la jurisprudencia de nuestros tribunales en sede de protección referente a la no arbitrariedad de medidas de cancelación de matrículas conforme a

sanciones establecidas en los reglamentos internos de los establecimientos, lo cual no hace sino reafirmar la autonomía que nuestro ordenamiento les reconoce.<sup>37</sup>

- f. Disponer de su régimen financiero<sup>38</sup>.

3. El derecho a mantener los establecimientos educacionales

### Derecho a la educación, contenido esencial

El texto de nuestra Carta Fundamental hace expresa referencia al fin último del proceso educativo, esto es, “el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”. Ahora bien, la educación puede ser definida como “la operación, acción inmanente o proceso voluntario, por el cual la persona humana se perfecciona a sí misma en todas sus facultades” (Orrego Sánchez 1986: 470), además, en un sentido analógico puede ser entendida como la actividad de educar a otro (Orrego Sánchez 1986).

Conforme al Mensaje que dio origen a este proyecto la exigencia de una educación de calidad corresponde a “mayor democracia y participación”, luego, concretaría en mandato impuesto al Estado en los incisos 4° y 5° del artículo 1° de la Constitución.

En cuanto a la noción del derecho a la educación el propio proyecto ha definido éste como (art. 2) “el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su **desarrollo espiritual, ético, moral, solidario, afectivo, intelectual, artístico y físico**, mediante la transmisión y el cultivo de **valores, conocimientos y destrezas**, enmarcados en el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, en nuestra identidad nacional y en el ejercicio de la tolerancia, de la paz y del respeto a la diversidad, capacitándolas para convivir y participar en forma responsable, democrática y activa en la sociedad”<sup>39</sup>.

### ¿Un sistema contrario al núcleo fundamental de los derechos?

En el articulado del proyecto, como también en el mensaje que le dio origen, es patente la finalidad de elevar la calidad de la educación chilena (nuevo principio del sistema educativo chileno, art. 3), ello a través de un mayor control por parte del Estado del desarrollo y organización de los establecimientos educacionales, velando por la “evaluación continua y periódica del sistema educativo” comprendiendo ésta: los logros de aprendizaje de

los alumnos según criterios objetivos y transparentes, el desempeño de los profesionales y el funcionamiento de los establecimientos (art. 6 inciso 1, 2 y 3). Estos objetivos se reiteran a lo largo del proyecto, así, por ejemplo, es un deber de los sostenedores otorgar una educación de calidad (art. 9 letra e) inciso 2), dependiendo el reconocimiento de éstos de: su compromiso a cumplir parámetros nacionales y resultados educativos (art. 44 letra e), la presencia de personal idóneo sujeto a controles (art. 44 letra h), entre otras exigencias.

En el mismo sentido, y citando sólo a título ejemplar, el Ministerio diseñará e implementará un sistema nacional de evaluación de logros de aprendizaje, a través, de instrumentos válidos y confiables (art. 35 inciso 1), estableciendo estándares obligatorios para quienes reciban recursos del Estado (art. 36).

La compatibilización de un sistema como el diseñado inevitablemente se contrapone con lo que nuestra jurisprudencia constitucional ha configurado como el núcleo esencial del derecho a la libertad de enseñanza en la sentencia rol 410, citada ya en reiteradas ocasiones. Luego, cabe concluir que el legislador ha optado por una jerarquización de derechos fundamentales, otorgando primacía al derecho a ser educado, recibiendo una educación de calidad conforme a los parámetros a determinar por la propia Administración<sup>40</sup>.

La técnica usada en el proyecto, que importa la jerarquización del derecho a la educación, por sobre la libertad de enseñanza, inevitablemente lleva al conflicto entre ambas garantías, lo cual se contrapone al espíritu y al texto de la Constitución. Tras la consecución de un fin lícito, se controla, fiscaliza y evalúa a los establecimientos educacionales, restringiendo su ámbito de autonomía, instalando una interpretación no integradora del texto fundamental.

### **Derecho a desarrollar cualquier actividad económica y la creación, mantención y organización de establecimientos educacionales (Artículo 44 Letra A)**

En las Bases de la Institucionalidad encontramos un evidente reconocimiento de la primacía ontológica y teleológica del hombre frente al Estado, como también a la naturaleza social de éste. Así, los sujetos conforman núcleos o sociedades menores (art. 1° inciso 2). y se reconoce que el Estado está al servicio de la persona humana, por lo que debe regir su actuar conforme a la naturaleza y derechos del individuo (teniendo, asimismo, el deber

de respetar y promover estos últimos (art. 5), uno de los cuales es la facultad de desarrollar cualquier actividad económica. Asimismo, el fin del aparato estatal no es otro que el bien común, esto es, el de *“todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional”* (art. 1 inciso 4), finalidad no que podrá alcanzarse anulando al individuo, aún cuando el objetivo deseado sea loable.

Naturalmente, el desarrollo de la iniciativa económica no escapa a ello. Por tanto, la subsidiariedad deriva no sólo de una visión contingente de la realidad nacional, sino de la integración de diversas normas de nuestra Carta Fundamental, las cuales gozan de operatividad directa, es decir, no requieren de la dictación de una ley para imperar.

En consecuencia, si los privados quieren y pueden desarrollar una iniciativa, sea en cualquier ámbito, conforme a estos principios, el Estado no sólo podrá, sino que deberá permitir su realización. Con todo, de toda lógica es que la libre iniciativa de los particulares se encuentre con límites y requisitos, cuales son: la moral, el orden público, la seguridad nacional y las normas legales que regulen la actividad (art. 19 N° 21).

El desarrollo de actividades en el ámbito de la enseñanza y educación no escapa a estos postulados, es más, se refuerzan al ser conjugadas con las normas del art. 19 N° 11. Luego, ¿la obligación de constituirse bajo determinada forma jurídica, prohibiendo el fin de lucro es una medida razonable? ¿es una medida idónea en vistas a asegurar la calidad de la educación?. Nos parece que las respuestas a estas interrogantes ya fueron resueltas por la Magistratura Constitucional, ello en la sentencia rol 410. Reforzando esta posición, se encuentra en el Derecho Comparado de la Constitución Española de 1978, la cual en su art. 27 apartado 6, dispone “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”.

### **Conclusiones**

1. Si bien la normativa someramente abordada ha de ser objeto de una extensa y podemos aventurar, controvertida, tramitación legislativa, constituye un preocupante parámetro de cómo se ha abordado en el Chile del Siglo XXI la relación existente entre el derecho a la educación y la libertad de informar.
2. La Constitución Política de 1980, aún si se la despojara de su historia fidedigna y de las referencias va-

lógicas en que fue creada, es una Carta de derechos que otorga a éstos un valor similar y que, lejos de establecer jerarquías o normas de prevalencia, a través de sus acciones cautelares y de las herramientas que contempla, más bien hace un llamado a la armonización entre las diversas garantías y a la solución de aparentes conflictos, generados con motivo de su ejercicio, en esa clave interpretativa.

3. Las tesis conflictivistas sobre la relación entre los derechos, sea que busquen abordarlos desde una perspectiva jerárquica o bajo un sistema de ponderación o balancing test, importan siempre la imposibilidad de ejercicio de algunos de ellos en ciertos casos y, en consecuencia, su afectación esencial, lo cual constituye un atentado a sus titulares y un grave detrimento de la unidad de la Constitución.
4. La tendencia comparada, por esta causa, ha ido buscando la definición de situaciones de injerencia de unos derechos en otros observando la esencia de cada derecho, lo que permite soluciones equitativas.
5. A nuestro juicio, ése debiera ser el camino que abordara las complejas relaciones entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza: Aquél que, reconociendo el derecho de las personas al acceso a la educación sin discriminaciones y desigualdades, no desconozca por ello el esfuerzo, la inversión y la importancia de la iniciativa privada en materia de libertad de enseñanza, enmarcando jurídicamente esta actividad pero evitando ahogarla para generar una determinada calidad de ella direccionada por el Estado.
6. El proyecto planteado sobre esta materia, sin bien representa un reconocimiento a la transparencia de la gestión y la dignidad de las personas en el ámbito de la educación, aborda el tema sobre la base de ciertas ideas fuerza que no se encuentran necesariamente demostradas y que, en su aplicación, generan situaciones de seria privación de los derechos, como sucede con la intervención en la autonomía de las entidades

privadas de educación, la presunción de que la posibilidad de lucro necesariamente corrompe en materia educacional y que el Estado es un generador de prestaciones más eficiente y probo.

7. Así, resultan claramente objetables de inconstitucionalidad las distinciones sin fundamento que se efectúan entre instituciones privadas por el hecho de ser subvencionadas o no, la restricción de derechos e imposiciones a las primeras y la pretensión del Estado de subsumir la actividad de éstas en razón del aporte a su financiamiento.
8. Asimismo, atenta contra la Constitución la injerencia del proyecto en los criterios de selección y de mantención de alumnos en los establecimientos educacionales, considerando que cualquiera sean éstos, representan de suyo una discriminación arbitraria, lo cual ignora el concepto mismo de tal, ricamente interpretado por nuestra jurisprudencia. Ello, asociado con gran cantidad de atribuciones, incluso reglamentarias, que se otorgan al Ejecutivo, traspasando el marco de la ley y de la propia Constitución.
9. A fin de superar estas graves deficiencias, estimamos que, durante la discusión de esta normativa, será muy importante analizar los aportes del juez constitucional y realizar una exégesis finalista del articulado de nuestra Constitución, en aras de alcanzar soluciones que obtengan los resultados deseados sin por ello restar importantes cuotas de libertad a los particulares o pretender instalar un lenguaje y una operatoria de conflictuación en un ámbito de aquéllos más importantes y relevantes para las generaciones futuras del país.
10. Tal reflexión debiera llevarnos a un proyecto que, con moderación y respaldo de la Carta Fundamental, establezca criterios objetivos de calidad asociados con diversidad, responsabilidad y recursos, medidos y considerados por entidades autónomas, con pleno respeto a los derechos de todos.

## Notas

- 1 Con la valiosa colaboración de mi ayudante Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile señorita María José Lezana Illesca.
- 2 “El derecho a la educación, según se define en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, es en primer lugar un “derecho de segunda generación”. Para ser más preciso, se trata del ejemplo más notable de la categoría de “derecho cultural”, por más que algunos eruditos sostengan que constituye un derecho social. En tanto que “derecho de segunda generación”, el derecho a la educación se basa en el principio socialista según el cual los derechos humanos sólo pueden garantizarse mediante la acción positiva del Estado. En consecuencia, ese derecho obliga a los Estados a desarrollar y mantener un sistema de escuelas y de otras instituciones educativas que garanticen la educación de todos, a ser posible, de forma gratuita... La educación, no obstante, entra en la categoría de “primera generación de derechos humanos”. Aun cuando en las cartas de derechos clásicas, adoptadas en las revoluciones estadounidense y francesa, no se alude a ningún derecho específicamente vinculado a la educación, la situación se modifica con la creciente influencia del liberalismo en la definición de los derechos constitucionales, especialmente en Alemania. En esos derechos educativos se defienden claramente las ideas liberales y anticlericales de la libertad científica y de investigación, enseñanza, educación y elección de la profesión contra la injerencia del Estado y de la Iglesia. Finalmente, la educación no deja de guardar cierta relación con los derechos denominados de solidaridad correspondientes a la “tercera generación de los derechos humanos”...”. (Nowak 1995: 196-7).
- 3 “Para cumplir el conjunto de las misiones que le son propias, la educación debe estructurarse en torno a cuatro aprendizajes fundamentales, que en el transcurso de la vida serán para cada persona, en cierto sentido, los pilares del conocimiento: aprender a conocer, es decir adquirir los instrumentos de la comprensión; aprender a hacer, para poder influir sobre el propio entorno; aprender a vivir juntos, para participar y cooperar con los demás en todas las actividades humanas; por último, aprender a ser, un proceso fundamental que recoge elementos de los tres anteriores. Por supuesto, estas cuatro vías del saber convergen en una sola, ya que hay entre ellas múltiples puntos de contacto, coincidencia e intercambio”: Informe Delors sobre la educación en el siglo XXI, Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XX de la UNESCO, La educación encierra un tesoro (Santillana, ediciones UNESCO, Madrid, 1996, cap. 4).
- 4 “Educación y enseñanza son elementos formadores del consenso en el Estado constitucional. Con ellas se forja la imagen del ser humano, posibilitando internalizar la idea de libertad. Con ellas, educadores y discípulos deben comprender que una generación joven tiene que buscar primero su propio futuro, pero también comprender que ese futuro se encuentra en el patrimonio cultural del pasado” (Häberle 2003: 188 y ss). A ello agrega José Luis Cea: “Trátase de dos atributos inalienables, cuyo titular es toda persona natural, sin exclusión ni discriminación. Además, las personas jurídicas son titulares en la medida que se organizan para desarrollar sus propios proyectos educativos” (Cea 2006).
- 5 Al ejercer un derecho fundamental, éste se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar cómo se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales” (Peces Barba 1999: 594).
- 6 Frente a una situación de conflicto, la solución se reduce sólo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Para esto se hace necesario encontrar los mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro. Los principales mecanismos de solución que utilizan quienes parten de una visión conflictivista de los derechos humanos son la jerarquía y la ponderación de derechos”. (Castillo Córdova, 2005).
- 7 Como sucede con nuestro recurso de protección o nuestro amparo económico, previstos sólo para ciertas garantías constitucionales, o como es el caso del amparo de la Constitución española de 1978.
- 8 El derecho a la educación está contemplado en múltiples documentos que tratan sobre los derechos humanos, sin que se le defina en ello; por ejemplo, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XII; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica”, artículo 26.
- 9 En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se señaló, en el artículo 13, 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. Al mismo tiempo, se señaló que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos.
- 10 Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile: Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos (citado): 83.
- 11 Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 144: 16.
- 12 Vid., Constitución de 1925, artículo 10 N° 7.
- 13 Vid., Constitución de 1925, artículo 10 N° 7: 484 y 485.
- 14 Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 144: 20-1.
- 15 Sentencia TC 5/1981 de 13 de febrero, publicada en BOE N° 47.
- 16 Sentencia TC 37/1985 de 27 de Junio, publicada en BOE N° 170.
- 17 Ello, por supuesto, excluye expresamente la enseñanza político-partidista en los establecimientos de enseñanza reconocidos.
- 18 Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 17: 11.
- 19 Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 17: 11.
- 20 “Artículo 2 N°1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. N°2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. “Artículo 28 N°1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:
  - a. Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
  - b. Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
  - c. Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
  - d. Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;



- e. Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.”
- 21 Del cual puede destacarse el Artículo 10 - Educación y sensibilización del público. Las Partes deberán:
- propiciar y promover el entendimiento de la importancia que revisten la protección y fomento de la diversidad de las expresiones culturales mediante, entre otros medios, programas de educación y mayor sensibilización del público;
  - cooperar con otras Partes y organizaciones internacionales y regionales para alcanzar los objetivos del presente artículo;
  - esforzarse por alentar la creatividad y fortalecer las capacidades de producción mediante el establecimiento de programas de educación, formación e intercambios en el ámbito de las industrias culturales. Estas medidas deberán aplicarse de manera que no tengan repercusiones negativas en las formas tradicionales de producción.”
- 22 “En el debate sobre legislación educacional suelen confundirse dos aspectos distintos relacionados con el mejoramiento de la calidad de los colegios. En efecto, se entrelazan, como si fueran uno, los aspectos referidos a la rendición de cuentas con aquellos propios del aseguramiento de la calidad. En ambos la legislación vigente es débil y necesita modificarse. ¿Cómo? /Por lo pronto, debería reconocerse el principio fundamental de la autonomía de gestión de los centros educativos, incluidos los de administración municipal/En seguida, todos los sostenedores, por igual, deberían quedar sujetos a una regla de transparencia y rendir cuentas de los resultados de su gestión, de su desempeño y balance de ingresos y gastos. En este aspecto cabe, asimismo, una fiscalización dirigida a verificar el cumplimiento de las normas y la consistencia de la información entregada al público/Algo distinto es el régimen de aseguramiento de la calidad, cuyo objetivo es el mejoramiento continuo de los resultados de aprendizaje que logran los alumnos considerando su origen socio-económico y capital cultural. Cada centro educativo, dentro de su esfera de autonomía, debe determinar su misión, objetivos y metas y adoptar los arreglos docentes necesarios para desarrollar el currículo nacional y alcanzar los estándares fijados por la autoridad/El régimen de aseguramiento, a su turno, debe evaluar y apoyar a las escuelas; no puede concebirse, en cambio, como un mecanismo de vigilancia e intromisión en la vida interna de las instituciones escolares. Debería promover las capacidades necesarias para que cada colegio pueda gestionar la calidad; no imponerle esquemas externos de control que, al revés, inhiben el desarrollo de estas capacidades” (Brunner 2007a).
- 23 Considerando, precisamente, que en numerosos países, como el nuestro, existe subvención pública a la educación privada. “... Si uno mira todos los sistemas comparados puede resumir la situación como sigue: hay países como España, Francia, Irlanda y Holanda donde se justifica históricamente la transferencia de recursos del Estado a proveedores privados de educación sobre la base de fortalecer la libertad de enseñanza que esas constituciones explícitamente reconocen. Y se sostiene, entonces, que como la libertad de enseñanza equivale al derecho de los padres de elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos, entonces es necesario alentar que existan alternativas que permitan a los padres escoger entre proveedores públicos o privados. .. Hay otros países en los cuales la ley, y no la Constitución, establece formas de financiamiento al sector privado. Son los casos de Austria, Luxemburgo, Italia desde el año 2000 para las escuelas paritarias, Dinamarca, Suiza, Finlandia, Noruega, Australia y Nueva Zelanda. Y, finalmente, hay una pequeña porción de países en los cuales históricamente se prohibía el financiamiento público a proveedores privados de educación, pero los tribunales, las cortes, por razones de libertad de enseñanza, permitieron que se financiaran proveedores privados. Son los casos de Canadá, Sudáfrica, Estados Unidos y Alemania (Sudáfrica muy recientemente). Finalmente, hay otra porción de países en el mundo anglosajón, más clásico, que prácticamente no establece obligación legal para el Estado de transferir recursos a privados. El caso de Reino Unido es paradigmático. Con todo, la admisión de este financiamiento, no permite responder otras preguntas que también forman parte del debate en Chile, a saber, si acaso los proveedores privados pueden poseer fines de lucro y así y todo recibir financiamiento público y si habrá de permitirse el financiamiento compartido, o sea, si habrá de permitirse que los padres suplementen los aportes estatales a la hora de educar a sus hijos” (Peña 2006).
- 24 Como enfatiza Carlos Peña (2006): “...prácticamente en todos los países del mundo, a la hora de preguntar por qué el Estado transfiere recursos públicos a particulares - y quiero subrayar esto porque marca una de las originalidades más radicales de la experiencia chilena -la respuesta en prácticamente todo el mundo es la siguiente: para proteger la libertad de conciencia y el derecho de las minorías religiosas o étnicas de perpetuar sus costumbres y creencias y expandirlas en el resto de la sociedad”.
- 25 “La libertad de enseñanza no sólo tiene que ver con la posibilidad de la gente de abrir establecimientos educacionales o de los padres de elegir el colegio para sus hijos. También tiene que ver con la posibilidad de que en los establecimientos se puedan reproducir convicciones o una comunidad de valores” (Beyer 2007a).
- 26 La Comisión Asesora Presidencial propone tres dimensiones de “cambio estructural”: 1) un nuevo marco regulatorio, orientado según el principio del derecho a una educación de calidad (y no sólo el derecho “a la educación”); 2) un nuevo marco financiero, plasmado en el proyecto de subvención diferenciada, que busca resolver asimetrías fundamentales en los recursos de evidente impacto sobre la equidad, como que el Estado no compense a los más pobres por los recursos que aporta el financiamiento compartido ni que la subvención no distinga los costos de educar alumnos con evidentes desventajas sociales y en su capital cultural; y 3), un nuevo marco institucional (proyecto “superintendencia”), que apunta a lo que ningún ministro de Educación ha tenido el incentivo político ni el horizonte temporal como para abordar: la modernización coherente de la institución que dirige, y la construcción institucional de capacidades en el centro del sistema, que permitan presiones y apoyos más eficaces (Cox 2007).
- 27 No es casual el reemplazo del término “enseñanza” por el de “educación”, es decir, LOCE por LEGE. De alguna manera, ya desde un inicio, el Gobierno presenta un proyecto de ley en el cual se da decididamente preeminencia a la educación, más que procurar una armonía de ésta con la libertad de enseñanza.
- 28 La exigencia de responsabilidad no puede vislumbrarse en términos equitativos si no se puede asociar con una autonomía que la Constitución garantiza a las personas y a los cuerpos intermedios.
- 29 El artículo 4º inciso 6º, que complementa esta disposición, señala “Es deber del Estado velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, para lo cual deberá establecer políticas que contemplen medidas compensatorias o de discriminación positiva que reduzcan las desigualdades derivadas de circunstancias económicas, sociales, étnicas o territoriales, entre otras”.
- 30 La contraparte en el debate señala que “Ello en la práctica significa que si se eliminara en los colegios la posibilidad de hacer separación por habilidad, los estudiantes más hábiles serían relativamente más perjudicados de lo que se beneficiarían los estudiantes menos hábiles” (Beyer 2007b: 234-5).
- 31 En “Gaete Cornejo y Burgos Valera con Colegio de La Salle Talca”, el fallo de primera instancia fue revocado por la Corte Suprema con fecha 25 de septiembre de 2006, Base de Datos Lexis Nexis, N° Identificador 35195.
- 32 Las cursivas son del original.
- 33 La negrita es nuestra.
- 34 El TC en el fallo rol 352 de 15 de julio de 2002, considerando noveno, expresó que “en el plano educacional, el principio de subsidiariedad se expresa en los siguientes preceptos de la Carta Fundamental: 1) Artículo 19, N° 10, que dispone: “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho” (inciso tercero).2) Artículo 19, N° 11, que señala: “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales” (inciso primero).3) Artículo 19, N° 11, que expresa: “Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos” (inciso cuarto)”.

- 35 Manifiesta, asimismo, el Tribunal: “Pues bien, el núcleo esencial de tal libertad lo configura el Poder Constituyente, en primer término, al sostener, en cuanto a los titulares del derecho, que éstos son **todos los establecimientos de enseñanza, públicos o privados; se hallen reconocidos por el Estado o no lo hayan sido**; en fin, trátese o no de establecimientos subvencionados. “En seguida, este mismo núcleo esencial incluye el derecho de **abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales**. En las tres facultades inafectables, que tal libertad abarca, de modo que el respeto y protección de ellos es lo que requiere siempre la Constitución. Imperativo resulta detenerse en el examen de cada uno de esos tres derechos para aclarar en qué consiste, con respecto a ellos, la **seguridad jurídica** o certeza legítima, proclamada a favor de todas las personas, en la Carta Fundamental. En síntesis, en este primer aspecto, la libertad de enseñanza supone el respeto y protección de la **plena autonomía**, garantizada por la Constitución en favor del fundador o sostenedor del establecimiento respectivo, para la **consecución de su proyecto educativo, en los ámbitos docente, administrativo y económico**, porque sin gozar de certeza jurídica en el cumplimiento de tales supuestos esenciales tampoco es realmente posible afirmar que existe aquella libertad.
- 36 En este punto, con algunas variaciones, seguimos el esquema propuesto por el Prof. Miguel Ángel Fernández (2005: 24 y ss).
- 37 En fallos recientes: Corte Suprema, “Bugueño Hormazábal y otro con Opazo, Elena, Directora del CEP” fallo de 30 de enero de 2007, Base de Datos Lexis Nexis, N° Identificador 35904. Considerandos cuarto y quinto “4°) Que de lo expuesto no puede sino concluirse que los hechos antes descritos constituyen actividades reñidas con la conducta que debe observar un alumno dentro de un establecimiento educacional y que son contrarias al reglamento de convivencia escolar que los rige, como lo es la “toma de que se trata, la cual en su oportunidad fue rechazada por la gran mayoría de los estudiantes al ser consultados como da cuenta el “acta asamblea extraordinaria jueves 12 de octubre. Tabla: Toma de alumnos... en consecuencia, tal conducta no se encuentra amparada por la acción constitucional ejercida por la presente vía; 5°) Que ratifica lo precedentemente concluido el hecho que las conductas descritas se encuentran previstas y sancionadas en el reglamento de convivencia escolar, normativa que señala dentro de las descritas como “gravísimas y que sanciona con la “cancelación de la matrícula... cualquier conducta de extrema gravedad que no esté incluida en este manual y que atente directamente con los valores que promueve esta institución será sancionada del modo más riguroso, con lo cual queda descartado que haya habido ilegalidad por parte del establecimiento educacional “particular subvencionado recurrido, como lo denomina la ley N° 18.962 Orgánica Constitucional de la Enseñanza”.
2. Corte de Apelaciones de Santiago “Taylor Montgomery y Tapia Alucena con Colegio Craighouse S.A”, de 3 de febrero de 2006, confirmada por la Corte Suprema el 28 de marzo de 2006, Base de Datos Lexis Nexis, N° Identificador 34033. La Corte estimó, en sus considerandos tercero, cuarto y quinto, que “Entre los objetivos educacionales, se expresa que son parte integral del proceso educativo y esenciales para el desarrollo del carácter y de la personalidad del niño, entre otros, el comportamiento del alumno, explicitándose en su numeral 14, que la matrícula significa la aceptación expresa del padre o apoderado de los objetivos educacionales, reglamentos, políticas y directrices que el colegio aplique en materia de estudios, disciplinas, orden, uniformes, financieros, deportes, etc. y que su incumplimiento por parte del padre o apoderado y/o del pupilo, da derecho a aplicar lo dispuesto en el párrafo final. En éste se menciona el derecho absoluto de rechazar cualquier matrícula o reserva de matrícula, o suspender de clases a un pupilo, por estudios deficientes, falta de probidad, vías de hecho, injurias o mala conducta. Lo mismo si no se da cumplimiento a los reglamentos, políticas etc. del colegio; 4°) Que de esta forma, queda claro a estos jueces que la situación normativa del colegio había sido aceptada y era plenamente conocida tanto por el alumno como por su apoderado, en especial, si se considera que los problemas que motivaron las distintas anotaciones en las cuales se fundó la aplicación de la medida de no renovarse la matrícula para el año lectivo 2006, no eran nuevos ... A la vez, de los diferentes documentos del colegio acompañados al informar, aparece que la aceptación ha de referirse a los principios y valores que se contienen en los instrumentos de fojas 48 y 54...; 5°) Que, por consiguiente, no es posible seguir de los antecedentes allegados a los autos, que el colegio y sus autoridades hayan actuado arbitrariamente o en forma ilegal, pues no sólo tienen facultades para adoptar la decisión comunicada, sino que las han ejercido a partir de datos objetivos y múltiples, lo que implica meditación en vez de irracionalidad o capricho, por lo cual bajo este solo prisma la acción deducida debe ser rechazada”.
- 38 Vid los art. 10 a 13 del Proyecto de Ley que Crea la Superintendencia de Educación, los cuales regulan el régimen de rendición de cuentas de los sostenedores y establecimientos educacionales que reciban aportes o subvenciones del Estado.
- 39 Lo cual es compatible con el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, apartado 1, que “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”. Con todo, su apartado 3, en cuanto a la libertad de enseñanza, reconoce 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. Asimismo, dispone (art. 13 apartado 4) que “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” (las negritas son nuestras). Estas normas se complementan con las interpretaciones del Consejo Económico y Social de la ONU (ONU 1999).
- 40 Si se considera que las normas que regulan derechos no son reglas, sino principios que reflejan un estado de cosas que se considera deseable, los conflictos entre ellos serán sólo aparentes, pues el contenido del derecho no viene dado de forma absoluta por ninguna norma, sino que éstas colaboran a su configuración por vía interpretativa. Lo contrario, esto es, el modelo conflictualista, trae como necesaria consecuencia no “tomar en serio” todos los derechos, olvidando que éstos son parte de un sistema, en el cual coexisten, debiendo armonizarse en base a su contenido esencial. (Serna y Toller 2000: 18).

## Referencias

- **Barnes, J. (1994).** “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”. *Revista de Administración Pública*, N° 135.
- **Beyer, H. (2007a).** Opinión en *El Mercurio*, domingo 15 de abril de 2007. <http://www.cepchile.cl>.
- **Beyer, H. (2007b).** “Algunas notas sobre selección educativa”. Brunner, J.J. y Peña, C. coordinadores. *La reforma al sistema escolar aportes para el debate*. Santiago, Universidad Diego Portales y Universidad Adolfo Ibáñez.
- **Brunner, J. J. (2007, a).** Columna de opinión publicada en la sección Artes y Letras del diario *El Mercurio*, 3 junio 2007. [http://mt.educarchile.cl/mt/jjbrunner/archives/2007/06/comentarios\\_per.html](http://mt.educarchile.cl/mt/jjbrunner/archives/2007/06/comentarios_per.html), sitio consultado en julio de 2007.
- **Brunner, J. J. (2007, b).** “Los Principios en El Proyecto de Ley General de Educación (LEGE): Tres Test Para Probar Su Consistencia”. Seminario “¿Hacia una Educación de Calidad?”, 8 de mayo 2007, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- **Castillo Córdova, L. F. (2005).** “¿Existen los llamados conflictos de derechos fundamentales?”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 12 enero-junio. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- **Cea, J. (2006)** “Interpretación del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza según la Constitución”. [http://www.iglesia.cl/breves\\_new/archivos/20061019\\_jlcea.pdf](http://www.iglesia.cl/breves_new/archivos/20061019_jlcea.pdf), sitio consultado en mayo de 2007.
- **Concilio Vaticano II (1967).** “Declaración sobre la Educación Cristiana de la Juventud, N° 1”. *Concilio Vaticano II. Constituciones. Decretos. Declaraciones*. Madrid, BAC.
- **Covarrubias Cuevas, I. (2002).** “Vigencia de la libertad de enseñanza (una perspectiva jurídica a propósito de los contenidos mínimos obligatorios de enseñanza”. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año VI, N° 6.
- **Cox, C. (2007).** Educación: Avances y nudos pendientes. [http://editorial.elmercurio.com/archives/2007/05/educacion\\_avanc.asp](http://editorial.elmercurio.com/archives/2007/05/educacion_avanc.asp)
- **Díaz Lema, J. M. (1994).** “El régimen de las autorizaciones de los centros privados de enseñanza no universitaria”. *Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales N° 133*, enero - Madrid.
- **Díaz Revorio, F. J. (1998).** “El Derecho a la Educación”. *Parlamento y Constitución, Anuario N° 2*. Universidad de La Rioja.
- **García Hoz, V. (1986).** *La práctica de la educación personalizada*. Madrid, Rialp.
- **Fernández, M. A. (2005).** *La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional- Estudios de Derecho Actual 2*. Santiago, Universidad de los Andes.
- **Fontaine, L. (2007).** “Requisitos mínimos y objetivos por nivel en el nuevo PLGE”. Brunner, J.J. y Peña, C. coordinadores. *La reforma al sistema escolar aportes para el debate*. Santiago, Universidad Diego Portales y Universidad Adolfo Ibáñez.
- **Häberle, P. (2003).** *El Estado Constitucional*. Lima, P. Universidad Católica del Perú.
- **Manzi, J. (2007).** “Selección de estudiantes en el sistema escolar chileno: ¿la buena educación deber ser sólo para los mejores?”. Brunner, J. J. y Peña, C. coordinadores. *La reforma al sistema escolar aportes para el debate*. Santiago, Universidad Diego Portales y Universidad Adolfo Ibáñez.
- **Martínez López-Muñiz, J. L. (1993).** “El artículo 27 de la Constitución: Análisis de su contenido. Doctrina jurisprudencial. Tratados internacionales suscritos por España”. *Aspectos jurídicos del sistema educativo*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- **Millán Puelles, Antonio (1963).** *La formación de la personalidad humana*. Madrid, Rialp.
- **Morales Díaz, M. M. (2005).** *El ejercicio de la libertad de enseñanza en la jurisprudencia sobre recursos de protección 1999-2003*. Santiago, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Público, UC.
- **Nowak, M. (1995)** “The right to education”. EIDE et al., Nijhoff, M. ed. *Economics, Social and Cultural Rights*.
- **ONU (1998).** A/CONF.157/24, párr. 5. Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 3 de junio de 1998.
- **ONU (1999).** Observaciones Generales N° 13, E/C.12/1999/10. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1999.4.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1999.4.Sp?OpenDocument) acceso en junio de 2007.
- **Orrego Sánchez, C. (1986).** “El Derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución de 1980 desde una perspectiva filosófico - jurídica”. *Revista Chilena de Derecho, Vol 13*. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- **Peces Barba, G. (1999).** *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos-III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- **Peña, C. (2006).** Discurso inaugural Seminario Claves para una Educación de Calidad, Sofía, 10 de Agosto de 2006. [http://www.educacionempresa.cl/archivos/10\\_cpna.pdf](http://www.educacionempresa.cl/archivos/10_cpna.pdf).

- **Prieto de Pedro, J.** (2004). “Derechos culturales y desarrollo humano”. *Pensar Iberoamérica* (Revista Electrónica) septiembre - diciembre. <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm>.
- **Rodríguez Coarasa, C.** (1999). “Libertad de cátedra y autonomía universitaria: algunas reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N° 94*. Madrid, Gráficas Juma.
- **Serna, P. y Toller, F.** (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires, La Ley.
- **Silva Bascuñán, A.** (1994). *II Tratado de Derecho Constitucional Tomo II*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- **Tagle Martínez, H.** (1988). “El Estado y la Educación”. *XV Revista Chilena de Derecho*. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- **UNESCO de la Universidad de Orán** (Argelia). <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/16c99cf748b95f168025664300391016>, sitio consultado en junio de 2007.
- **UNESCO** (2005). “Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales y Anexo”. Boletín 4778-10.
- **UNICEF** (2000). *Ciclo de Debates, Desafíos de la Política Educativa: Tensión entre el derecho a la educación y la Libertad de Enseñanza*. Santiago, UNICEF.
- **Vial, G.** (2007). “Transantiago educacional”. [http://blogs.lasegunda.com/segunda/archives/2007/04/transantiago\\_ed.asp](http://blogs.lasegunda.com/segunda/archives/2007/04/transantiago_ed.asp), sitio consultado en julio de 2007.
- **Vivanco, A.** (2006). *Curso de Derecho Constitucional Tomo II, Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Santiago, Ediciones Universidad Católica.
- **Zumaquero, J. M.** (1984). *Los derechos educativos en la Constitución española de 1978*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra.
- **Zúñiga, F.** (2002). “Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 20*.





PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE

VICERRECTORÍA DE COMUNICACIONES Y ASUNTOS PÚBLICOS  
DIRECCIÓN DE ASUNTOS PÚBLICOS

Alameda 390, 3<sup>er</sup> piso. Teléfono: 354 6563. Email: [asuntospublicos@uc.cl](mailto:asuntospublicos@uc.cl) [www.uc.cl](http://www.uc.cl)