

CAPÍTULO XLVII

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN CHILE Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA. LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD*

Rodrigo Andrés Poyanco Bugeño¹
Universidad de los Andes, Chile

1. El régimen anterior a la Constitución de 1980

El régimen previsto bajo la vigencia de la Constitución chilena de 1925² entendía a la educación, fundamentalmente, como un deber del Estado³. El art. 10 n° 7 de esa Carta fundamental garantizaba, en un mismo artículo, la libertad de enseñanza y el derecho a la educación en su aspecto prestacional. Señalaba a este último como “una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización, ajustándose a los planes y programas establecidos por las autoridades educacionales”. Agregaba la norma que “sólo la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro recibirá del Estado una contribución económica que garantice su financiamiento, de acuerdo a las normas que establezca la ley”⁴. Esto dio lugar a lo que en su época se conoció como el “Estado docente”⁵.

Lo expuesto resultaba coherente también con la orientación doctrinaria global de la Carta de 1925, que relacionaba expresamente “el pleno desarrollo y la dignidad de la persona humana” con el cumplimiento de determinados mínimos materiales, de cargo del Estado. Es así como, por ejemplo, el art. 10 N°17 de aquella Constitución aseguró:

“El derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de derechos humanos en la Universidad de los Andes, Santiago de Chile.

* Trabajo presentado en el marco de la tesis desarrollada por el autor bajo la dirección del profesor Antonio Carlos PEREIRA MENAUT para obtener el grado de Doctor en Derecho, por la Universidad de Santiago de Compostela, España.

² El texto final de esta Constitución, incluyendo la última reforma constitucional de 1970, puede consultarse en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131386>

³ Para un estudio del régimen legal previo a esa Constitución, véase FLORES RIVAS (2014, p. 122–123)

⁴ El mencionado artículo también garantizaba, en relación a la libertad de enseñanza, la autonomía de las instituciones privadas de educación en cuanto a su organización administrativa y designación de personal, aunque con sujeción a las normas legales.

⁵ En sentido propio, esa expresión se utiliza para el período que va entre 1830 y 1920, en que se inicia la participación intensiva del Estado en la escolarización del país (véase al respecto, p. ej., Aedo-Richmond, R. **La educación privada en Chile: Un estudio histórico-analítico desde el período colonial hasta 1990**. Santiago de Chile: RiL Editores, 2000. ISBN 9789562841368. Disponible en: https://books.google.es/books?id= 0eo4lcvj_kC [Acceso em: 24 de marzo de 2017]). Nosotros utilizaremos esa expresión en sentido amplio, para referirnos al sistema previo a la CP 1980.

persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional. *El Estado deberá remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos*, y garantizará y promoverá su acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley”⁶.

2. El principio de subsidiariedad en materia de derechos sociales

Frente a lo anterior, el constituyente de 1980 quiso imprimir un importante cambio de sentido al ordenamiento constitucional chileno⁷. Una de las muestras más expresivas de esto es el inciso cuarto del art. 1º de esa Constitución. Lo significativo de esa norma no es tanto lo que dice, sino más bien lo que se abstiene de mencionar, pues, aunque dispone que “el Estado está al servicio de la persona humana”, y que éste “debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, elimina toda referencia a la necesidad de que sea el Estado el ente que, de forma exclusiva, garantice determinadas condiciones materiales para lograr ese desarrollo o la dignidad de las personas, e impone que esa acción estatal debe respetar plenamente los derechos y garantías constitucionales.

Esto es coherente con la incidencia del denominado “principio de subsidiariedad”, doctrina que alumbró todo el ordenamiento constitucional de 1980. Bajo este esquema, las garantías constitucionales en materia social no buscan tanto afirmar la acción del Estado —aunque tampoco la impiden—, sino más bien asegurar los derechos y libertades de las personas, y la participación de los particulares, entre otras áreas, en la prestación de los servicios relativos a educación, salud y seguridad social⁸. En este sentido, el principal ideólogo del principio de subsidiariedad en Chile, Jaime GUZMÁN, sostenía que la disminución del tamaño del Estado, reduciéndolo a las actividades que le son propias e indelegables, favorece la existencia de un poder público más eficiente, al tiempo que incentiva la “vitalidad creadora y participativa de la sociedad”:

“[...] Siempre que no se trate de una función exclusiva e indelegable del Estado (y ni las prestaciones de servicios educacionales o de salud lo son), la responsabilidad estatal debe entenderse subsidiaria o supletoria. Aun cuando nuestra actual o futura realidad social exija que, por algún tiempo breve o largo, el Estado asuma la mayor parte de las prestaciones educacionales o de salud, ello no implica que esta acción pierda su rasgo subsidiario mientras se circunscriba a lo

⁶ Véase también el n° 16 de la misma norma. Estas modificaciones tuvieron breve vigencia —puesto que fueron introducidas en 1970, y el golpe militar que derrocó a Allende se produjo en 1973—, pero pueden considerarse como una muestra del pensamiento constitucional mayoritario en esa época, dado el alto grado de consenso político que debió lograrse para aprobarlas.

⁷ Sin embargo, este cambio no parece haber tenido una relación, al menos directa, con la tendencia mundial que algunos identifican en el paso del estado social típico del siglo XX al estado marcado por la economía de mercado, producto de la “contrarreacción liberal” que se dio precisamente en los años 80 del siglo XX. Para esto último, puede consultarse: DOLENC DEL MASSO, Fabiano; MIRANDA GONÇALVES, Rubén; ZEFERINO FERREIRA, Rui Miguel. A re (invenção) do estado do século XXI: o regresso ao liberalismo como suporte do sistema democrático. *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. 01, n. 01, 2015. doi:10.19135/revista.consinter.00001.15.

⁸ Cfr. BERTELSEN REPETTO (1987, p. 59).

que el país necesita y los particulares no están en condiciones de abordar; o sea, a su extensión legítima [...]”⁹.

3. La división expresa entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza

De esta manera, no es extraño que el enfoque aplicado al derecho a la educación sufriera un cambio dramático, incluso antes de aprobarse la actual Constitución de 1980¹⁰ (en adelante, también, CP). En lo que interesa a este trabajo, la discusión constituyente que dio lugar a esta carta fundamental giró alrededor de la relación que debía trabarse en esta materia entre el Estado, como ente subsidiario, la sociedad y la familia¹¹, y concluyó con la regulación separada del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. De esta manera, en la actual carta fundamental, el aspecto prestacional del derecho a la educación se encuentra en el numeral 10º del art. 19º¹². Dice esta norma:

“10º.- El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

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.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica.

La educación básica y la educación media¹³ son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”

⁹ Senado de la República de Chile (1990, Intervención del Senador Jaime GUZMÁN, p. 15)

¹⁰ La actividad legislativa del gobierno militar, previa a la carta de 1980, buscó descentralizar la educación pública y dar paso a la financiación mixta de parte de la educación privada. Véase GARCÍA PINO y CONTRERAS VÁSQUEZ (2014, p. 288); y RUIZ SCHNEIDER (2012, p. 203–204).

¹¹ GONZÁLEZ TUGAS (2012, p. 107–108) agrega que se discutieron cuestiones tales como la función docente y el papel del Estado; el sistema de financiamiento, vía subvención, a establecimientos públicos y privados; y el principio de autonomía de los establecimientos que imparten educación general y centros de educación superior.

¹² El art. 19 menciona todos los derechos civiles y políticos y sociales protegidos por la constitución de 1980, sin establecer ninguna prelación o separación formal entre ellos. Sin embargo, sólo algunos de ellos están protegidos por la acción de amparo de derechos fundamentales del art. 20 CP (en general, derechos civiles y políticos, derechos sociales laborales, y libertades asociadas a los derechos sociales de prestación).

¹³ Nombre de la educación secundaria en Chile

Sin embargo, la precitada norma no está sujeta al recurso de amparo previsto en el ordenamiento constitucional chileno, conocido como el “recurso de protección”¹⁴. La libertad de enseñanza, en cambio, que sí está amparada por esa acción constitucional, aparece de forma separada en el numeral siguiente:

“11º.- La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

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

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

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

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

De esta manera, la agencia fundamental de la educación se traslada del Estado a los individuos, sus familias y el mercado. El Estado y las políticas públicas en educación pasan a ser concebidas a partir del *principio de la subsidiariedad*¹⁵, lo que significa que el sistema público debe intervenir en esta esfera sólo cuando los agentes privados son incapaces de responder a las demandas de las personas¹⁶. Como es obvio, lo expuesto no implica la inexistencia en Chile de un amplio sistema público de educación primario y secundario, que incluye además algunas universidades públicas. Significa, más bien, que los particulares pueden intervenir en estos ámbitos, con protección constitucional, compitiendo de igual a igual con el Estado.

4. El margen de configuración del legislador frente a la regulación constitucional

Por otro lado, la referida configuración constitucional indica que el aspecto prestacional y la conformación legislativa de este derecho, cuando dependen del Estado, están sujetos a lo que GONZÁLEZ TUGAS denomina como la “indeterminación estructural” de la regulación constitucional chilena. Esto significa que el deber de garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal a los niveles de educación parvularia, básica, media y superior no predispone al Estado a un régimen determinado en materia de financiamiento, sino, únicamente, al que más se adecue a las posibilidades económicas del país. Bajo esta perspectiva la configuración del derecho a la educación en su aspecto prestacional es competencia exclusiva y

¹⁴ Art. 20 de la Constitución de 1980. Lo mismo sucede con el aspecto prestacional de los demás derechos sociales.

¹⁵ Para entender la relación entre el principio de subsidiariedad y la labor del Estado en materia de derechos sociales y prestacionales, véase el artículo de SAN FRANCISCO REYES aquí citado y, también, POYANCO BUGUEÑO, R. A. (2017), en particular pp. 781 y ss.

¹⁶ RUIZ SCHNEIDER (2012, p. 203–204). El autor agrega, sin embargo, que eso –la incapacidad de la sociedad para afrontar determinados problemas- es lo que sucede cuando se trata de la educación de los sectores más pobres, cuestión desmentida, empero, por la existencia en Chile de numerosas iniciativas privadas dirigidas a la educación de las personas de escasos recursos.

privativa del legislador, abriéndose, asimismo el espacio necesario a la participación de los particulares, de conformidad al principio de subsidiariedad¹⁷.

5. La libertad de enseñanza, el principio de subsidiariedad y la obligación de financiar la educación

Sin embargo, la libertad del legislador en materia educacional tiene un límite, dado no tanto por el aspecto prestacional del derecho a la educación sino más bien por su contraparte, la libertad de enseñanza. Como sería esperable en un régimen como el chileno, esta última es entendida a nivel constitucional como una libertad contra el Estado, el cual no puede intervenir limitando las facultades de los individuos en este ámbito por otras razones que no sean la moral, las buenas costumbres, el orden público o la seguridad nacional. Al interior de los establecimientos educacionales, la libertad de enseñanza también adopta la modalidad de la libertad de cátedra que ejercen los docentes, las políticas internas que adoptan los directivos de los establecimientos educacionales y las decisiones que toman los padres, al adherir a un determinado proyecto educativo¹⁸. La finalidad fundamental del diseño constitucional consagrado en la carta fundamental de 1980, es evitar el riesgo del control ideológico de la educación por parte del Estado¹⁹, garantizando la diversidad de proyectos educativos y la libertad de la sociedad frente al poder político²⁰.

En base a lo expuesto, es fácil entender por qué la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno había entendido, hasta fechas relativamente recientes, que las obligaciones prestacionales del Estado en favor de los sostenedores de establecimientos particulares que estén acogidos a un régimen de subvención, no emanan tanto de un principio de Estado social —que, al menos en forma expresa, no existe en Chile— sino más bien de la necesidad de preservar la libertad de enseñanza y la existencia de establecimientos educacionales no estatales.

6. El derecho a la educación...a través de la libertad de enseñanza

La sentencia más importante al respecto es la Rol 410 de 2004, referida a la constitucionalidad de ciertas normas legales relativas a la subvención fiscal de establecimientos educacionales privados. Como recuerda FERNÁNDEZ GONZÁLEZ²¹, esa sentencia definió el núcleo de la libertad de enseñanza, vinculándolo directamente con la autonomía de los establecimientos educativos. Dada

¹⁷ GONZÁLEZ TUGAS (2012, p. 110–111). Véase también BERTELSEN REPETTO (2005, p. 172–173)

¹⁸ GARCÍA PINO y CONTRERAS VÁSQUEZ (2014, p. 618)

¹⁹ No faltaban antecedentes históricos para llegar a esa conclusión. FONTAINE, GARCÍA-HUIDOBRO et al. (1973, p. 17), dan cuenta de los intentos del gobierno de Salvador Allende de implantar lo que se conoció como la 'Escuela Nacional Unificada' (ENU). Partiendo de la base de que el sistema educacional vigente estaba diseñado para "reproducir el sistema de dominación de las mayorías por las minorías y de explotación del hombre por el hombre", la ENU buscaba implantar una nueva formación de la juventud "a fin de convertir [a los jóvenes] en constructores activos de la nueva sociedad", con "una concepción científica de la sociedad, del hombre y de la naturaleza".

²⁰ SAN FRANCISCO REYES (1992, p. 536–537). Además de lo expuesto por el autor citado, así aparece de las intervenciones de los comisionados Alejandro SILVA BASCUÑAN (sesión 136, 8 de julio de 1975) y José Luis CEA EGAÑA (sesión 140, de 22 de julio de 1975) en la Comisión de Estudios de la Nueva constitución.

²¹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2006, p. 65)

su importancia²², vale la pena reproducir los párrafos esenciales de esa sentencia. En primer lugar, el TC define cual es el núcleo fundamental de la libertad de enseñanza:

“[...] 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, trátase o no de establecimientos subvencionados.

En seguida, este mismo núcleo esencial incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales [...]. 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”²³.

Además, en ese pronunciamiento judicial, se estableció la “relación inextricable” que existe entre el derecho a la educación, asegurado en el artículo 19 N° 10° de la Constitución, y la libertad de enseñanza, garantizado en su numeral 11°. En síntesis, la relación se produce por el objetivo de la educación, esto es, el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida²⁴. Siendo distintos el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, existen importantes relaciones entre uno y otra, sobre todo porque es a través de esta última que se lleva a la práctica el primero²⁵. BERTELSEN, en términos más generales, se refiere, con base en esta sentencia, a la importancia de la libertad de enseñanza para combatir la uniformidad ideológica de la población y fomentar tanto el desarrollo económico del país y las personas, como la cultura y virtudes cívicas necesarias para la calidad de la vida democrática²⁶.

A partir de lo expuesto, y en segundo lugar, el TC en esta sentencia deriva de la configuración constitucional, tanto la obligación del Estado de concurrir al financiamiento de la educación subvencionada, como la responsabilidad de la propia sociedad de aportar a dicho financiamiento. Respecto de lo primero, dice el TC chileno que la decisión del Estado de otorgar la subvención a quienes la merezcan no es una decisión de cumplimiento discrecional ni entregada a la magnanimidad del Estado. Por el contrario, se trata 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 general²⁷. La obligación de los ciudadanos de contribuir al esfuerzo de financiar la educación deriva, en tanto, “del inciso final del

²² BERTELSEN REPETTO (2005, p. 174) estima que esta sentencia debiera convertirse en una jurisprudencia de alcance general respecto del cumplimiento de los deberes que pesan sobre los órganos estatales en materia educacional.

²³ Tribunal Constitucional de Chile (STC 410-2004, Considerando 10°)

²⁴ Tribunal Constitucional de Chile (STC 410-2004, Considerando 7°)

²⁵ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2006, p. 73–74)

²⁶ BERTELSEN REPETTO (2005, p. 178). El autor destaca también cómo, a partir de esta sentencia, puede entenderse cómo todas las libertades constitucionales están entrelazadas, en términos de que no se puede disfrutar de una sin considerar a las demás.

²⁷ Tribunal Constitucional de Chile (STC 410-2004, Considerandos 19° y 21°)

numeral 10º, [que establece] que [la comunidad] ha de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”²⁸

En otras palabras, la tarea constitucional entregada al Estado por el art. 1º de la Constitución, de establecer las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece, ha de realizarse en el marco del principio de subsidiariedad, lo que implica dar la preferencia y el apoyo a los organismos sociales intermedios que asumen tareas de bien común; en este caso, la labor de educar. Por lo mismo, el TC dejó claro que la necesidad de financiamiento legal no permite al legislador imponer sobre los establecimientos educacionales subvencionados el cumplimiento de condiciones, prohibiciones o requisitos que les impidan, o tornen muy difícil o gravoso el ejercicio de un derecho constitucionalmente asegurado²⁹. El constituyente de 1980 confía en alcanzar la realización del derecho social a la educación, a través del respeto a la libertad de enseñanza y la concurrencia de los particulares a la prestación de servicios educativos.

Veremos ahora cómo esto ha sido recientemente revisado por el TC.

7. La modificación del alcance de la libertad de enseñanza y el Estado subsidiario en materia educacional: la ley nº 20.845, de inclusión escolar.

La visión de Estado subsidiario y de la libertad de enseñanza en la jurisprudencia del TC chileno han sufrido un reciente e importante cambio, precisamente, a cuenta del aspecto prestacional del derecho a la educación. En dos sentencias, los Roles 2781-15 y 2787-15, el TC chileno examinó una nueva ley de educación, la nº 20.845, denominada “de inclusión escolar”³⁰, que, entre otras cosas, apunta a eliminar el tradicional sistema de financiamiento compartido —que favorecía a colegios creados por sostenedores particulares—, para reemplazarlo por un nuevo principio de “gratuidad tendencial”, destinado a eliminar cualquier copago de parte de los educandos, tanto en los colegios públicos como particulares subvencionados. Si bien el objetivo declarado de la ley no es eliminar la existencia de establecimientos educacionales privados —sino más bien liberar a los padres y apoderados usuarios del copago en dichos establecimientos—, lo cierto es que, en comparación con el sistema legal anterior, la ley en examen restringe considerablemente el tipo y número de colegios particulares subvencionados que pueden recibir el nuevo beneficio (pues sólo se entregará a los colegios constituidos como personas jurídicas sin fines de lucro³¹, y propietarias del inmueble en que operan³²).

²⁸ Tribunal Constitucional de Chile (STC 410-2004, Considerando 8º). El considerando 84 de la misma sentencia reafirma el derecho de los establecimientos educacionales subvencionados de cobrar a sus usuarios, ante la insuficiencia del aporte estatal para cubrir las necesidades de los establecimientos educacionales sujetos a esa modalidad de funcionamiento.

²⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2006, p. 67–68), quien se refiere al considerando 84 de esta sentencia. Véase también BERTELSEN REPETTO (2005, p. 162).

³⁰ Su texto puede consultarse en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1078172> [Acceso em: 25 de marzo de 2017]

³¹ Aquellos que no cumplen con este requisito, deben transferir la calidad de sostenedor a una persona jurídica sin fines de lucro, o constituirse como tal

³² Hasta ahora, el sostenedor podía ser simple arrendatario del inmueble en cuestión. Pero ahora debe ser propietario o comodatario del inmueble o, en determinadas situaciones, arrendatario, bajo estrictas restricciones. En ciertos casos, se permite enajenar el inmueble donde funciona el establecimiento en favor del Estado con un precio máximo fijado por la ley.

No obstante lo expuesto, la ley superó los cuestionamientos a la constitucionalidad de estas limitaciones³³. El argumento utilizado por el voto vencedor de ambas sentencias, en lo sustancial, fue el carácter de configuración legal del derecho a la educación en su aspecto prestacional, y la amplitud de competencias con que cuenta el legislador en esta materia³⁴. Es así como, en la STC 2787-15 el voto vencedor, analizando las nuevas restricciones que se imponen a la libertad de los sostenedores en el manejo de los fondos estatales, asignados de acuerdo a las nuevas normas legales³⁵, sostiene que el derecho de subvención está sujeto a una configuración meramente legal, que el legislador cuenta con un amplio poder de configuración en esta materia y que las subvenciones son sólo un medio, entre otros posibles, que el Estado utiliza para obtener la gratuidad³⁶. En la STC 2781-15, en tanto, respecto de la extensión gradual de la gratuidad prometida en la norma legal en examen, el voto vencedor del TC calificó al deber de gratuidad de la educación establecido en el art. 19, n.º. 10 de la Constitución política como una obligación progresiva y no inmediata, lo que implica también, implícitamente, reconocer las facultades discrecionales del legislador en este punto³⁷.

8. La gratuidad de la educación no se opone, ni debe oponerse, a la libertad de enseñanza

Aceptando que, por lo general, los derechos sociales prestacionales dependen en gran medida de su regulación legislativa —ámbito en que el legislador goza de una considerable latitud de competencias—, lo que nos parece muy discutible es el entendimiento que parece presidir el razonamiento del voto vencedor en cada una de esas sentencias, y que olvida que en la Constitución de 1980 el aspecto prestacional del derecho a la educación es inescindible de la libertad de enseñanza, y que ésta, a

³³ La brevedad de este trabajo no nos permite referirnos a otras muchas críticas que se dirigieron contra esta ley, fundamentalmente por las implicancias ideológicas que se advierten de su preceptiva. Esto nos recuerdan los temores del constituyente de 1980 frente a la influencia doctrinaria del Estado en materia educacional. Bástenos, por ahora, reproducir las duras palabras contenidas en el considerando 2º del voto de minoría de la sentencia 2787-15: “[q]ue el Proyecto de Ley [en examen] **introduce regulaciones intrusivas de gran intensidad** y que constituyen una **radical innovación** respecto del marco jurídico existente, así como de la interpretación constitucional que ha sostenido este Tribunal con anterioridad sobre la libertad de enseñanza, derecho constitucional que está en el centro de la controversia de autos” (destacados en el original).

³⁴ Confirmando lo señalado oportunamente por GONZÁLEZ TUGAS en relación a la indeterminación “estructural” del derecho a la educación. Véase nota al pie 17, *supra*.

³⁵ Esto pues a partir de la nueva regulación legal, nace la obligación del sostenedor de utilizar todos los aportes que reciba en fines taxativamente especificados en la ley.

³⁶ Considerando n.º 52

³⁷ Tribunal Constitucional de Chile (STC 2781-15, Considerandos 19º–20º). Aquí la sentencia alude a la progresividad en “sentido negativo”, es decir, como un argumento que permite al Estado *postergar* el pleno cumplimiento de un derecho social (así, p. ej., art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Sin embargo, los votos disidentes —Ministros Iván Aróstica Maldonado, María Luisa Brahm Barril y Cristián Letelier Aguilar—, estimaron la disposición legal respectiva como inconstitucional, en cuanto la Constitución de 1980 se refiere a la gratuidad de la educación como una obligación *inmediata* y no sujeta a modulaciones como la progresividad. Finalmente, y por otro lado, muchos entienden aquel principio de progresividad como una razón que obliga al Estado a *avanzar tanto como le sea posible, en sentido siempre incremental*, en favor de una cada vez mejor y mayor cobertura de los derechos sociales a su cargo. Véase EIDE (1995, p. 35–36) y GOMES CANOTILHO (1993, p. 468–469)

su vez, no se opone a la gratuidad ordenada por esa carta fundamental. Así se advierte, por ejemplo, de la afirmación que transcribimos a continuación³⁸:

“[E]l objeto de la gratuidad, dentro del cual se enmarca la subvención educacional, no es garantizar el lucro o la libertad de enseñanza. Su objeto es asegurar la educación básica, la educación media y la educación parvularia, en la parte que la Constitución garantiza en este último nivel. La Constitución utiliza la expresión “con tal objeto”. Por lo mismo, fija o establece la finalidad que eventualmente pueda tener una subvención estatal. Es un mandato constitucional, entonces, la afectación de estos fondos”.

El error patente de esta afirmación del voto vencedor es olvidar que la educación en Chile se realiza —y debe realizarse— como vimos anteriormente, principal y preferentemente *a través de la libertad de enseñanza*. La gratuidad como deber a cargo del Estado no se opone, ni debe oponerse, a la participación de la sociedad en la prestación de este tipo de servicios, como lo probaba el propio régimen de subvenciones escolares que ahora se modifica. En consecuencia, no debe usarse como excusa el mandato constitucional de gratuidad para limitar el alcance del art. 19 n° 11 de la Constitución o, en términos generales, el principio de subsidiariedad, ambos mandatos constitucionales tan vigentes como el primero.

En consecuencia, y aunque por ajustada mayoría³⁹, el TC parece contradecir su propia jurisprudencia anterior —en particular, la sentencia 410, antes analizada— en cuanto a la amplitud que debe tener la libertad de enseñanza en el marco de la Constitución de 1980. Así lo confirma también el voto vencido de la STC 2787-15:

*“[...] [L]as disposiciones objetadas en su constitucionalidad por el requerimiento dan cuenta de una regulación (muchas veces prohibitiva) que es de una intensidad tal que se traduce en medidas lesivas innecesarias y desproporcionadas. [...]. [Las] **disposiciones [de este proyecto de ley] buscan limitar [la libertad de enseñanza] hasta convertirla en algo parecido a una concesión de la autoridad [...].** [E]n síntesis, y en términos generales, las interferencias estatales precedentemente mencionadas son inconstitucionales, entre otras razones, [porque]: (a) los nuevos impedimentos legales coartan alguno de los tres derechos que incluye la libertad de enseñanza (derechos a abrir, organizar y mantener) consagrada en el artículo 19, N° 11°, inciso primero; (b) para prohibir el ejercicio de tales derechos no hay otras causales que las taxativamente enumeradas en 19, N° 11°, inciso segundo (contrariar la moral, las buenas costumbres, el orden público o la seguridad nacional); (c) ninguno de los nuevos impedimentos que crea el proyecto pueden encuadrarse dentro de estas causales; y (d) las restricciones dispuestas resultan desproporcionadas: en algunos casos carecen de idoneidad y, en otros, no son indispensables,*

³⁸ Considerando 52º, STC 2787-15, que se refiere a las restricciones que se imponen al sostenedor para manejar los nuevos fondos que se le entregan.

³⁹ En casi todas las cuestiones controvertidas en esa ley, el voto dirimente del presidente del TC, un antiguo asesor jurídico de la Presidenta Michelle Bachelet, fue determinante para resolver las controversias planteadas entre los magistrados del TC, a propósito de las sentencias aquí estudiadas.

generando, por ende, lesiones innecesarias (frente a alternativas más benignas) en el ejercicio de derechos constitucionales [...]"⁴⁰

9. Conclusiones

El sistema constitucional chileno, sin perjuicio del papel que corresponde al Estado en materia de educación, permite en esta materia la intervención de los particulares, en igualdad de condiciones con el poder político, habiéndose entendido que el derecho a la educación se realiza de forma privilegiada a través de la libertad de enseñanza. Sin embargo, este enfoque, anteriormente reafirmado por la STC 410-04, ha sufrido un duro revés con las sentencias roles 2781-15 y 2787-15 del TC, que han aceptado una severa restricción legislativa al universo de particulares que pueden prestar el servicio de educación, contradiciendo ese órgano su propia jurisprudencia en esta materia y poniendo en duda el actual alcance constitucional de la libertad de enseñanza, como expresión del principio constitucional de subsidiariedad.

Referencias bibliográficas y documentales

■ Libros y documentos

- BERTELSEN REPETTO, Raúl. Libertad de enseñanza: dos sentencias del Tribunal Constitucional. In: FERNANDOIS VÖHRINGER, A.; SOTO VELASCO, S.; CÁCERES, C. F. (Org.). **Sentencias destacadas 2004: Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas** : Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Tribunal de Libre Competencia. 1. ed., [Santiago, Chile]: Libertad y Desarrollo, 2005. 314 p. ISBN 9789567183197, p. 157–195.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl. Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile. **Revista Chilena de Derecho**, v. 14, n. 1, p. 49–62, 1987. Disponible em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649593.pdf>>. Acceso em: 30 dez. 2016.
- DOLENC DEL MASSO, Fabiano; MIRANDA GONÇALVES, Rubén; ZEFERINO FERREIRA, Rui Miguel. A re (invenção) do estado do século XXI: o regresso ao liberalismo como suporte do sistema democrático. **Revista Internacional Consinter de Direito**, v. 01, n. 01, 2015. doi:10.19135/revista.consinter.00001.15.
- EIDE, Asbjørn. Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. In: EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (Org.). **Economic, social and cultural rights: A textbook**, Dordrecht etc: Martinus Nijhoff, 1995. 506 p. ISBN 0792332776, p. 21–40.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. **Los Derechos Fundamentales en 25 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1980 – 2005**. 1. ed. Santiago de Chile, 2006. (Cuadernos del Tribunal Constitucional, 33).
- FLORES RIVAS, Juan Carlos. Derecho a la educación: Su Contenido Esencial En El Derecho Chileno. **Estudios Constitucionales**, v. 12, n. 2, p. 109–136, 2014. doi:10.4067/S0718-52002014000200005.
- FONTAINE, Arturo; GARCÍA-HUIDOBRO, Cristián; HAHN, Erwin; HARDESSEN, Alberto; INFANTE, Ramón; LAMARCA, Felipe; MELERO, Manuel; MOHOR,

⁴⁰ STC 2787-15, apartado "Voto por acoger", ministros Marisol Peña Torres, Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán, María Luisa Brahm y Cristián Letelier Aguilar, considerandos 1-16. Destacados en el original

Cecilia; SEPÚLVEDA, Maite. ENU: el control de las conciencias: Informe crítico preparado por la FEUC. Disponible em: <<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-81406.html>>. Acceso em: 21 dez. 2016.

GARCÍA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. **Diccionario Constitucional Chileno**. Santiago de Chile, 2014. (Cuadernos del Tribunal Constitucional, 55). ISBN 978-956-358-138-6.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. XXII, 1228. ISBN 9789724007571.

GONZÁLEZ TUGAS, Juan Andres. Breve análisis sobre la evolución jurídico-constitucional del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en Chile. **Revista Derecho Público Iberoamericano**, n. 1, p. 85–124, 2012. Disponible em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5640547.pdf>>.

POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés. El principio de Estado Social en la Constitución chilena. In: MIRANDA GONÇALVES, Rubén.; DA SILVA VEIGA, F. (Org.). **O Direito Atual e as Novas Fronteiras Jurídicas**, Barcelos, Portugal: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (IPCA) - Centro de Investigação Jurídica Aplicada., 2017. ISBN 978-989-99465-8-3. Disponible em: <<http://works.bepress.com/rodrigopoyanco/9/>>, p. 765–794.

RUIZ SCHNEIDER, Carlos. Notas sobre la idea de un derecho a la educación: Desde la filosofía política al Chile actual. **Anuario de Derechos Humanos**, n. 8, p. 195–207, 2012. doi:10.5354/0718-2279.2012.20578.

SAN FRANCISCO REYES, Alejandro. Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980. **Revista Chilena de Derecho**, v. 19, n. 3, p. 527–548, 1992.

SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Sesión 15, Ordinaria. Disponible em: <<http://www.senado.cl/appsenado/generaPDF.php?mo=sesionessala&teseid=25263&legiid=162>>. Acceso em: 20 dez. 2016.

■ Sentencias del Tribunal Constitucional chileno

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. **Rol 2787-15**, 1º abr. 2015. Disponible em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/Rol2787.html>>. Acceso em: 19 dez. 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. **Rol 2781-15**, 19 mai. 2015. Disponible em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/ver.php?id=3119>>. Acceso em: 19 dez. 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. **Rol 410-2004**, 14 jun. 2004. Disponible em: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/ver.php?id=210>>. Acceso em: 17 dez. 2016.