

2012
065 f
e. 1



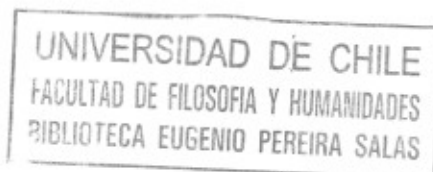
Universidad de Chile

Facultad de Filosofía y Humanidades

Departamento de Filosofía

Fundamentos teóricos del derecho a la educación en la Constitución de 1980

Informe final para optar al grado de Licenciada en Filosofía



Paula Órdenes Azúa

Profesores guías: Carlos Ruíz Schneider

Francisco Herrera

Santiago, Chile, 2012

Recibido, Abril 2013.

Para los pilares de mi formación: madre, abuela y el LI "Javiera Carrera"

Tan sólo por la educación puede el hombre llegar a ser hombre. El hombre no es más que lo que la educación hace de él (Kant, 2003, pág. 31)

Índice

Introducción

- a) La relación entre la educación actual y la Constitución de 1980..... 5
- b) Contexto de la Constitución de 1980 y el resultado actual de su desarrollo en educación.....8

Capítulo I

- a) Art. 1 de la Constitución y el rol de los actores sociales.....18
- b) Principio de subsidiaridad y bien común.....22

Capítulo II

Fundamentos del Art. 19 N°10 El derecho a la educación.....27

Capítulo III

El quiebre con la tradición constitucional y las discordancias con los acuerdos internacionales en educación.....53

Conclusión.....59

Bibliografía.....63

Introducción

El debate en torno al derecho a la educación en Chile ha llegado para quedarse, en la medida en que no se encuentre una resolución efectiva que dé cuenta de las demandas de los distintos sectores involucrados. Desde esto resulta esencial atender a las causas de la situación actual con el propósito de iluminar los principios que la fundamentan. Para comprender mejor qué se entiende por derecho a la educación nos hemos propuesto investigar los principios que fundamentaron su formulación en la Constitución de 1980 cuya vigencia, pese a sus modificaciones, persiste en nuestro país.

A modo de introducirnos en el enfoque propuesto para esta problemática, en primer lugar veremos la relación entre la actual situación de la educación chilena y la Constitución -para así entender la relevancia de la Carta Fundamental en la estructura educativa- y, en segundo lugar, el contexto en que se origina dicha Constitución -con el fin de reflexionar sobre su legitimidad- y el resultado actual de su desarrollo en la educación chilena.

a) La relación entre la educación actual y la Constitución de 1980.

A nadie deja indiferente la efervescencia y adhesión que generaron las movilizaciones estudiantiles, relativas al derecho a la educación, que se produjeron a lo largo de todo el país el año pasado (2011), cuyo antecedente lo encontramos en las demandas de la llamada “revolución pingüina” que encabezaron los estudiantes secundarios en el año 2006. Los “hijos de la democracia” se manifiestan ante el sistema heredado de la Dictadura Militar, antes como secundarios y hoy como universitarios. Estas demandas estudiantiles tienen distintos focos según el nivel de enseñanza por el cual se reclame, sin embargo, podríamos aunarlas principalmente en las siguientes: educación de calidad, igualdad de oportunidades -tanto de acceso como de financiamiento-, mayor aporte fiscal, democratización -participación triestamental en las instituciones de Educación Superior-, fin al lucro en la educación -que la libertad de enseñanza no se confunda con la libertad de empresa-, desmunicipalización -estatización del sistema público de enseñanza-, fin a la

segmentación social de los establecimientos educacionales –establecimientos diferenciados por el nivel económico de los estudiantes-, etc.

Como resultado de lo anterior, surgió una serie de cuestionamientos en la ciudadanía respecto a cómo se está ejerciendo el derecho a la educación y hasta qué punto dicha realización resulta coherente con la convención de los derechos humanos que ha suscrito nuestro país. Por estas razones, resulta fundamental atender a las normativas que da pie para esta situación en materia educativa, las que se dependen de lo que garantiza la Constitución Política de Chile.

Pero ¿Por qué tomar la Constitución Política como punto de partida para explicar este fenómeno? La razón es bastante simple, la constitución simboliza en una nación el eje rector que permite la interacción de unos con otros (de los distintos Poderes del Estado, de éste con los ciudadanos y de éstos entre sí) en el ámbito de lo legal y, por consiguiente, de la acción racionalmente posible o de lo políticamente aceptado como correcto. A partir de esta norma, se desprende todo el marco jurídico que rige en un país, pues es la ley fundamental a la que se subordinan el resto de las leyes.¹ Por tanto, es en la Constitución donde se deben buscar los principios básicos que fundamentan la visión hegemónica de las últimas décadas. A partir de esta visión de mundo plasmada en la Carta Fundamental de 1980 se ha llegado a la situación actual, manifestada por la ciudadanía en términos de desigualdad, segregación y disconformidad respecto a la educación.

Bajo el supuesto de que todo lo que se ha hecho ha estado sujeto a la Constitución, es decir, si tanto la legislación educativa como su cumplimiento se ha configurado en miras de aquélla, entonces, es la Constitución y sus principios fundamentales los que han de responder y, por tanto, las máximas desde las que procede deben ser replanteadas con el fin de ver si bajo estas premisas es posible o no llegar al cumplimiento del objetivo *per se* del Estado y de la sociedad, a saber: el bien común. Tal como señala la misma Constitución en el 4º inciso del At. 1º *El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada*

¹ La producción de normas jurídicas generales, esto es, el procedimiento legislativo, se encuentra regulado por la constitución, mientras que leyes de forma o procesales regulan la aplicación de las leyes materiales a través de los tribunales y las autoridades administrativas. (Kelsen, 1982, pág.84)

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.

Por otro lado, también se puede considerar desde otro punto de vista: si fuesen los principios de la Constitución los que no han sido bien encauzados, sin quitar crédito a la jurisdicción sino al cumplimiento de ésta, entonces, nos encontraríamos ante una situación de ilegalidad fáctica de las instituciones educacionales anteriormente no cuestionadas y amparadas muchas veces por la libertad de enseñanza. Si fuere este último el caso, resultaría atingente reconocer que la conducción y falta de regulación en el ejercicio educativo ha permitido tal acontecimiento. De lo que podríamos derivar que, a lo menos, algún vacío de la ley daría pie a esta situación. En virtud de aquello, cabe recordar un antecedente no menor, que tanto en la Constitución de 1833 como en la de 1925 en el campo de la educación se señalaba que: *Habrá una superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección bajo la autoridad del gobierno.*² Cuyo posible correlato lo encontramos a modo de Ley Orgánica en la Constitución de 1980. Por consiguiente, la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (1990) derogada por la Ley General de Educación (2009) serían las responsables de esta presunta situación de incumplimiento. Para evitar esto, se podría plantear el retorno de la Superintendencia de Educación Pública con el fin de contar con una institución que regule efectivamente cómo se imparte -en términos generales- la educación en Chile, sin embargo, si somos coherentes plantar algo de este tipo resultaría absolutamente inviable cuando es la propia figura de educación pública la que ha desaparecido de la actual Carta Fundamental. Por lo tanto, lo que cabría cuestionarse en este punto es la ausencia de dicha figura y el rol que toma, en consecuencia, el Estado y la Sociedad ante esta nueva estructura, la que parecería contrariar la tradición republicana previa a 1973, como se manifiesta en relación con las antiguas constituciones. De cualquier modo, ya sea por el primero o por el segundo de los casos aquí señalados, apremia replantearse las bases constitucionales en materia educativa, si lo que efectivamente persigue el Estado y la Sociedad es el bien común.

² Véase tanto en La Constitución de 1833, Capítulo XI Disposiciones generales, Art. 153 como en La Constitución de 1925, Capítulo III Garantías Constitucionales Art. 10 N° 7 inciso 4.

Finalmente, el problema se encontraría o en los principios que sustentan la normativa constitucional sobre el derecho a la educación o en el cumplimiento de estas normativas cuya regulación recae de todas formas en la jurisdicción. Por lo tanto, cumpliéndose cualquiera de las dos situaciones urge revisar lo dispuesto por la Ley en materia educativa.

b) Contexto de la Constitución de 1980 y el resultado actual de su desarrollo en educación.

Parece oportuno, con el fin de cumplir el objetivo de mostrar los fundamentos teóricos del derecho a la educación, considerar cómo, cuándo y quiénes determinaron el presente político y económico en el que se encuentra el país, cuyas máximas están a la base de la racionalidad general del *modus operandi* del Chile actual.³ Para ello, hemos de recordar que la Constitución de 1980 fue llevada a cabo mayoritariamente por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (CENC)⁴, más conocida como la Comisión Ortúzar en virtud de su presidente Enrique Ortúzar Escobar (Ministro de Justicia y Relaciones Exteriores durante el gobierno de Jorge Alessandri Rodríguez), la que contaba entre sus miembros con personas como Jaime Guzmán Errázuriz, Enrique Evans de la Cuadra, Alejandro Silva Bascuñán, Sergio Diez Urzúa, Jorge Ovalle, entre otras. Comisión que entre 1973 y 1978 generó un anteproyecto, el que fue revisado y modificado en algunos

³ No es menor tener este punto en consideración, ya que es la Constitución la que determina la estructura normativa del país, quiénes y bajo qué preceptos la configuraron es un dato esencial para una mayor comprensión de la misma. Pues "Si por constitución de una comunidad jurídica se entiende la norma, o las normas, que determinan cómo han de producirse -es decir, qué órganos y conforme a qué procedimiento-, sea mediante actos legislativos de intención expresa, en especial, la legislación, sea mediante la costumbre, las normas generales del orden jurídico constitutivo de la comunidad, la norma fundante básica es aquella norma que es presupuesta cuando la costumbre mediante la cual la constitución se ha originado, o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por determinados hombres, son interpretados como hechos productores de normas; cuando -en última instancia- el individuo, o la reunión de individuos que han redactado la constitución sobre la que reposa el orden jurídico, son vistos como una autoridad que impone normas. En este sentido, la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico-positivo. Es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo". (Kelsen, 1982, pág. 206)

⁴ La Comisión se formó el 24 de septiembre de 1973, pero fue oficializada recién el 25 de octubre del mismo año por el decreto supremo 1064. Para mayores detalles sobre la conformación y determinación del proyecto constitucional. Véase en Cavallo Castro, Ascanio, Capítulo XXX, *La pugna por la Constitución en La Historia oculta del Régimen militar*. Ed. Antártica 1990.

puntos -los que no contrarían en lo absoluto la naturaleza de la misma- por el Consejo de Estado⁵ (integrado por Jorge Alessandri Rodríguez, Gabriel González Videla, miembros de las Fuerzas Armadas, entre otros). Luego del examen realizado por parte del Consejo, el anteproyecto fue aceptado por la Junta Militar gobernante y llevado a plebiscito nacional el 11 de septiembre de 1980, aprobándose con un 67% de los votos. Tras este resultado obtenido por el proyecto constitucional en el plebiscito, se promulga la Constitución el 24 de octubre de 1980 y comienza a regir desde el 11 de marzo de 1981 -con un periodo de transición de ocho años, en los cuales Augusto Pinochet se desempeñó como Presidente de la República y la Junta de Gobierno ejerció el Poder constituyente y legislativo⁶-

En este período (1981-1989) se aprobó un conjunto de leyes cuyo objeto se puede resumir en tres puntos esenciales: (i) privatización generalizada -sistema de salud, sistema previsional, etc.-, (ii) liberalización del mercado, tanto interno -disminuyendo impuestos a las grandes empresas, debilitando a los sindicatos, etc.- como externo -eliminando trabas arancelarias, fomentando la lógica de “apertura” que se traduce en exportación de materias primas e importación de productos procesados, y (iii) reducción del gasto fiscal en todas las áreas sociales. En términos educacionales este proceso tuvo de antesala la intervención militar en las Universidades estatales (desde octubre de 1973 con Rectores Delegados, designados por el régimen militar), condición que facilitó la implementación de instrumentos destinados a reducir el gasto fiscal en educación, proceso que comienza simultáneamente con la Ley General de Universidades (1981) y la Ley de Municipalización de la educación (1981). La primera ley consistió en dar, por un lado, la posibilidad de crear universidades independientes del Estado -privadas- y por otro lado, en fraccionar el conjunto de universidades estatales, desarticulando el sistema público universitario (regionalización y división por sectores) a lo largo del país. La segunda ley fraccionó la educación escolar pública con el traspaso de los establecimientos escolares a los municipios. Este proceso finaliza con la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (1990) que se encarga de sellar la privatización en la educación chilena, quitando protagonismo al Estado y fijando

⁵ El Consejo de Estado fue creado por el Decreto Ley Nº 1.319 del 9 de enero de 1976

⁶ Para mayores detalles véase Silva Bascuñán, Alejandro (1997). *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo III: La Constitución de 1980. Antecedentes y génesis*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile

estándares mínimos para la apertura de colegios y universidades, con el fin de promover la iniciativa de los particulares, fomentando así la inserción definitiva y protagónica de los grupos intermedios en el ejercicio educativo.⁷

Considerando que han pasado más de treinta años desde que comenzó a imperar dicha Constitución en Chile, cabe al menos mencionar que durante los Gobiernos de la Concertación sí sufrió unas cuantas modificaciones⁸. Aunque, ninguna de ellas cambia las bases que fundamentan dicha Constitución, las que están, principalmente, en el artículo 1º desde el cual se subordinan todo el resto de las prescripciones constitucionales.

Por esta razón, si bien es cierto se tomará la Constitución Política actual como referencia el estudio principal será de la Constitución de 1980, puesto que el quehacer del binomio político en los años de Democracia no logró redefinir la Carta Fundamental que prevalece hoy por hoy en Chile, desde esto no parece pertinente detenerse en las ideas de los Gobiernos de la Concertación, ni tampoco en las del actual Gobierno. Aún cuando estemos al tanto de que sí han existido reformas legales en distintas áreas de la jurisdicción nacional, consideramos que lo fundamental sigue siendo la Constitución porque cualquier reforma jurídica tiene por principio la obligación de ser constitucional, en consecuencia, debe estar supeditada aquélla, cuya estructura se desprende del Art 1º de la misma, el cual no ha recibido modificación alguna. Por esto decimos que las reformas realizadas en el retorno a la democracia no determinan ni cambian en lo esencial la Constitución de 1980.

Por consiguiente, pese a que han pasado más de treinta años desde su vigencia, nos detendremos en los orígenes previos a su redacción final, es decir, en las actas de la Comisión Ortúzar y en escritos del considerado ideólogo principal de la misma, el Sr. Jaime Guzmán. Debido a que nos convoca el derecho a la educación, será en relación

⁷ En el Capítulo II del presente informe nos referiremos con mayor detalle a este proceso de la educación chilena.

⁸ Es conveniente señalar que de las treinta y una modificaciones que ha tenido la Constitución desde su promulgación hasta la fecha –de las cuales una fue durante el gobierno militar–, tres se refieren a la educación: la Ley Nº 19.634 que establece el reconocimiento a la educación parvularia (2/10/1999), la Ley Nº 18876 que establece la obligatoriedad y gratuidad de la Educación Media (22/05/2003) y la Ley 20.162 que establece la obligatoriedad de la Educación Parvularia en su segundo nivel de transición (16/2/2007). La obligatoriedad de la Educación parvularia es por parte del Estado en el sentido de promover un sistema que garantice el acceso a ella, sin embargo, los ciudadanos son libres en la elección de enviar o no a sus hijos al jardín infantil.

con este derecho donde se desplegará el trabajo investigativo. Sin embargo, somos conscientes de que muchos elementos que lo definen se encuentran determinados por otros, de los cuales pretendemos también hacernos cargo. Por este motivo, además del precepto específico sobre el derecho a la educación -el que relacionaremos también con la libertad de enseñanza- presente en la Constitución, será oportuno definir qué se entiende tanto por bien común como por subsidiaridad y, a la luz de estos conceptos, comprender las funciones que desempeñan los actores sociales - desde el Estado hasta los particulares, pasando por las personas (la familia) y los grupos intermedios-, en la obtención del bien común por medio del principio de subsidiaridad puntualmente en materia educativa.

Es de suma importancia reconocer también que el modelo económico -y político- a la base de la Constitución, fue determinado en gran medida por la influencia que ejerció la Escuela de Chicago en la Dictadura militar. Prueba de ello son las múltiples reformas llevadas a cabo bajo la dirección de los discípulos de Milton Friedman, más conocidos como los Chicago Boys⁹- estudiantes de economía de la Universidad Católica, la que tenía un convenio con la Universidad de Chicago, donde realizaron estudios de posgrado bajo el alero de Milton Friedman-, para reducir la inflación e impulsar el crecimiento económico, medidas que apuntaron a la privatización de las empresas públicas, reducción del gasto fiscal y liberalización de los controles estatales en el ejercicio del mercado (eliminación de obstáculos a la iniciativa privada). Medidas que en los años 80 fueron conocidas como parte del proceso de “Modernizaciones”.

En la práctica, disminuir el gasto público es, por lejos, la manera más conveniente para reducir el déficit fiscal ya que, simultáneamente, contribuye al

⁹ Los Chicago Boys tuvieron diversos cargos en la administración económica del Régimen Militar como Ministros de Economía se desempeñaron los Sres. Pablo Baraona, Hernán Büchi, Roberto Kelly y Rolf Lüders; como Ministros de Hacienda los Sres. Jorge Cauas, Hernán Büchi, Sergio de Castro y Rolf Lüders; como Presidentes del Banco Central los Sres. Pablo Baraona, Álvaro Bardón y Miguel Kast; en otros Ministerios (Minería, Trabajo y Previsión Social) estuvieron los Sres. José Piñera Echeñique y Miguel Kast. Entre otros puestos claves como Dr. Del Servicio de Impuestos Internos (Felipe Lamarca), Superintendente de AFP (Juan Ariztía Matte), y Dr. De Presupuestos (Juan Carlos Méndez González)

fortalecimiento del sector privado y, por ende, a sentar las bases de un saludable crecimiento económico.¹⁰

Bajo esta dirección Chile pasó de un modelo de carácter mayormente keynesiano, en el cual el Estado tiene un rol preponderante en el desarrollo económico de la sociedad, a uno de carácter neoliberal, modelo que vino a ser protegido por la Constitución de 1980. Donde el Estado termina desempeñando un rol minúsculo no sólo en lo económico, sino también en lo social.

El nuevo esquema constitucional se define resueltamente por un sistema económico libre, fundado en la propiedad privada de los medios de producción y en la iniciativa particular como motor básico de la economía.¹¹

Es un deber mencionar que este cambio en la economía chilena vino acompañado por un tratamiento de shock, el que fue recomendado en la carta que Milton Friedman dirige a Pinochet el 21 de abril de 1975, sobre las medidas que ha de tomar para salvar la crisis inflacionaria que vivía el país.

No existe ninguna manera de eliminar la inflación que no involucre un periodo temporal de transición de severa dificultad, incluyendo desempleo. Sin embargo, y desafortunadamente, Chile enfrenta una elección entre dos males, un breve periodo de alto desempleo o un largo periodo de alto desempleo, aunque sutilmente inferior al primero. En mi opinión, las experiencias de Alemania y Japón luego de la II Guerra Mundial, de Brasil más recientemente, del reajuste de postguerra en Estados Unidos, cuando el gasto público fue reducido drástica y rápidamente, argumentan en pro de un tratamiento de shock. Todas estas experiencias sugieren que este periodo de severas dificultades transicionales sea breve (medible en meses) para que así la subsecuente recuperación sea rápida.¹²

¹⁰ Véase en la Carta enviada por Milton Friedman a Augusto Pinochet el 21 de abril de 1975. Fuente (en inglés), en el libro Memorias de Milton y Rose Friedman titulado "Two Lucky People" (The University of Chicago Press, 1998).

¹¹ Véase en Guzmán Errázuriz, Jaime, en Revista Realidad N°3, agosto 1980, *La definición Constitucional*.

¹² Véase en la Carta enviada por Milton Friedman a Augusto Pinochet el 21 de abril de 1975. Fuente (en inglés), en el libro Memorias de Milton y Rose Friedman titulado "Two Lucky People" (The University of Chicago Press, 1998).

Periodo de dificultad que fue el garante para la aprobación de la Constitución que aquí pretendemos analizar. El propósito de este análisis consiste en mostrar los fundamentos que han posibilitado que un país como Chile¹³, cuyo crecimiento económico ha sido en la última época uno de los más envidiables en toda la región, posea una situación tan dramática en materia educativa, cuya amplia cobertura si bien es cierto real -pues la mayoría de los niños chilenos van al colegio- de aquella no se desprende -lamentablemente- que la estructura del sistema educativo esté felizmente resuelta. Los problemas que aquejan realmente a la educación chilena son: (i) la inequidad en la educación vinculada al rendimiento estratificado de los estudiantes según el tipo de educación a la que puedan acceder, particular pagada, particular subvencionada, municipal (ii) la segregación social que se encuentra determinada por el nivel de ingresos económicos de los padres, nivel que condiciona el tipo de establecimiento y, por consiguiente, los pares con que se educan sus hijos y (iii) -el más importante y presente en los dos anteriores- la crisis en la calidad de la educación, pues en estos momentos pareciese que la única forma de garantizar una educación de calidad sería invirtiendo altos recursos privados en ella. La calidad en la educación chilena se encuentra en una relación directamente proporcional con el Grupo socioeconómico al que pertenezca el estudiando. Mientras mayores sean los ingresos económicos mayor será la calidad a la que se pueda acceder. Pues, el catastro general muestra que en Chile los colegios particulares son los que muestran mejores resultados tanto en el SIMCE como en la PSU. Como podemos ver en las siguientes tablas que muestran los resultados del SIMCE 2011 de 4º y 8º básico según grupos socioeconómico (GSE).

¹³"En Chile, a partir de 1990, se ha logrado un período de excepcional estabilidad política y económica. Es un período de crecimiento económico, legitimidad política y popularidad de las autoridades que es difícil de encontrar en nuestra historia contemporánea. Chile, además, se ha integrado al exterior en una economía abierta, y su participación ha sido reconocida como la de un actor serio y competente en el concierto internacional de naciones. Sin embargo, el desarrollo intelectual y político en Chile se percibe debilitado por el fracaso de los gobiernos de la Concertación en mejorar la educación, particularmente la educación pública, que es un imperativo insoslayable de una política republicana. Allí tradicionalmente se ha educado la mayoría de la población. Esto es grave porque la educación incide directamente en la igualdad de oportunidades y en la posibilidad de encontrar y mantener buenos ingresos" (Ruiz-Tagle y Cristi, 2006, pág. 387)

Resultados del SIMCE por GSE 2011 de 4° básico

GRUPO SOCIOECONÓMICO	LECTURA		MATEMÁTICAS		CS. NATURALES	
	Promedio 2011	Variación ¹⁴	Promedio 2011	Variación	Promedio 2011	Variación
BAJO	249	-1	235	+12	234	+6
MEDIO BAJO	253	-3	243	+8	243	+5
MEDIO	267	-6	259	+4	260	+1
MEDIO ALTO	284	-7	278	+2	280	-1
ALTO	299	-5	301	+1	297	-4

En esta tabla se muestra claramente cómo bajan o suben los puntajes obtenidos en el Sistema de Medición de la Calidad de la Educación (SIMCE) 2011 según el grupo socioeconómico al que pertenezcan los estudiantes, en este caso de 4° básico, pero veamos en la próxima tabla si pasa lo mismo con 8° básico.

Resultados del SIMCE por GSE 2011 de 8° básico¹⁵

GRUPO SOCIOECONÓMICO	LECTURA		MATEMÁTICAS		C.S NATURALES		CS. SOCIALES	
	Promedio 2011	Variación	Promedio 2011	Variación	Promedio 2011	Variación	Promedio 2011	Variación
BAJO	235	+5	236	+2	240	+4	237	+10
MEDIO BAJO	238	+4	241	+1	243	+5	242	+10
MEDIO	255	+2	258	-2	263	+3	261	+9
MEDIO ALTO	274	+1	282	-4	287	+3	283	+7

¹⁴ La variación indica con un signo más antes del número si fue superior a la evaluación anterior del SIMCE y con un signo menos si fue menor. Los números indican los puntos de variación.

¹⁵

Fuentes extraídas de:

http://www.simce.cl/fileadmin/Documentos_y_archivos/SIMCE/Informes_2010/Folleto_Sintesis_WEB_2012.pdf

ALTO	293	-2	311	-6	309	-1	305	+5
------	-----	----	-----	----	-----	----	-----	----

Como podemos apreciar en 8° básico la situación no cambia, sino que se acrecienta la brecha entre los grupos socioeconómicos bajo y alto. En comparación con la diferencia de puntaje que se da en 4° básico con la de 8° básico –para las tres pruebas de referencia común- tiende a aumentar en 10 puntos aproximadamente la brecha entre el sector más vulnerable y el sector más acomodado. Situación de inequidad, segregación y falta de calidad que culmina con los resultados que obtienen los estudiantes al rendir la Prueba de Selección Universitaria (PSU). El puntaje de esta prueba determina el ingreso de los estudiantes a la Universidad, produciéndose la paradoja de que los estudiantes con mejores puntajes (pertenecientes al GSE alto) entran a las Universidades Estatales que son las que piden un puntaje mayor (el corte de ingreso es más alto que en el resto de las universidades), siendo “las más baratas” del sistema universitario y con mayores opciones de becas y créditos. Por otro lado, los estudiantes con menores puntajes (pertenecientes al GSE bajo) terminan accediendo a las universidades cuyo corte es menor y las que a su vez representan –por lo general- la opción más costosa del sistema, teniendo menores posibilidades de becas y de créditos con garantía estatal. Resultado: los estudiantes con mayores puntajes PSU acceden al sistema estatal y los estudiantes con menores puntajes entran al sistema privado. El desequilibrio del Sistema Público termina favoreciendo a quienes por el hecho de nacer ya tienen garantizada su educación de calidad y perjudica en vez de igualar las oportunidades de aquellos que justamente por nacer en condiciones económicas adversas, y bajo un desigual sistema educativo, terminan recibiendo una educación deficiente y costosa, produciéndose el endeudamiento masivo de las familias con menores recursos económicos. Ante esto, el principio de subsidiaridad del Estado fracasa totalmente, convirtiéndose bajo esta lógica la “libertad” y la “igualdad” de derechos en meros recursos retóricos.

Los tres problemas mencionados anteriormente –inequidad, segregación y crisis en la calidad de la educación- se derivan de la falta de responsabilidad que adopta el Estado con el desarrollo social de sus ciudadanos, dejando gran parte de esta tarea a los particulares. Quedando, de este modo, también la educación sometida a las reglas

del mercado y no a los deberes del Estado¹⁶. La causa del cambio de protagonismo en la esfera educativa proviene del desentendido rol que juega el Estado a partir de la Constitución de 1980 y de la legislación sobre enseñanza que determina ésta.

Además, cabe señalar que con las premisas del mercado el modelo opera -dentro de sus múltiples lógicas- bajo el criterio de que el educando sería el único favorecido al adquirir mayores competencias educativas (formación profesional). Las que tenderían a aumentar sus niveles de rentabilidad a futuro, por tanto, sería a éste o a su familia a quiénes les correspondería pagar por dichas herramientas y no al Estado. Teniendo esto en cuenta, salta a la vista que uno de los errores importantes es haber tomado como cierta la homologación entre crecimiento económico y desarrollo social, en aras del bien común. Pues, aunque siga aumentando la cantidad de instituciones educacionales y la de individuos educados en éstas, de ello no dependerá que la igualdad, la integración y la calidad del sistema educativo también aumente; frente a esto, cabe reiterar que tanto la constitución de 1833 como de 1925 aseguraban la existencia de una superintendencia de educación que fiscalizase el funcionamiento de los organismos educativos, cosa que desaparece en la Constitución de 1980.

Debido a que el propósito de este informe consiste en mostrar las líneas de pensamiento que fundamentan el derecho a la educación en la Carta Fundamental que rige a nuestro país -desde el cual se desprende, en gran medida, el actual estado de cosas en educación-, se considera necesario tomar en cuenta (i)¹⁷ el Art. 1º del Capítulo I, Bases de la Institucionalidad, como punto de partida de la argumentación para comprender el rol que adoptan posteriormente en el campo educativo los distintos actores sociales reconocidos por la Constitución (la persona, la familia, los grupos intermedios y el Estado); cuyos roles se expresan de manera explícita en el Art. 19 del Capítulo III, De los derechos y deberes constitucionales, (ii) N° 10 El Derecho a la Educación y N° 11 La Libertad de Enseñanza¹⁸.

¹⁶Un cuarto problema que se desprende del desequilibrado sistema educativo es el lucro en la educación, situación que se muestra, por ejemplo, en el engaño inmobiliario que escondían varias universidades privadas y en la falsificación de la asistencia en escuelas subvencionadas.

¹⁷ Los números romanos en esta parte simbolizan las temáticas a tratar en cada uno de los tres capítulos.

¹⁸ Aunque la mencionaremos no nos detendremos mayormente en la libertad de enseñanza, pues el propósito de este informe concierne al derecho a la educación.

El análisis de esta normativa constitucional se hará también en vistas de la discusión previa a su redacción final, presente en las Actas de la Comisión Ortúzar, lo que ayudará a entender la visión que fundamenta la función que se le asigna al Estado, a los grupos intermedios y a la familia en el ejercicio educativo. Definiendo estos roles se confirmará el rol subsidiario del Estado y la relevancia del mercado en la educación chilena. Lo cual permitirá comprender con mayor propiedad qué significa el derecho a la educación bajo esta estructura. Por último, a fin de observar con sentido crítico la naturalización del sistema actual, se ha considerado pertinente comparar (iii) cómo se dieron estas funciones en las dos últimas Constituciones¹⁹, la de 1833 y la de 1925, para visibilizar el quiebre o giro que se produce, en materia educativa, respecto a la tradición constitucional previa a 1980, donde el Estado y el Mercado parecieran invertir sus roles. Conjuntamente se ponderará esta estructura con los tratados internacionales a los que se encuentra adscrito Chile.

Finalmente, después del análisis de la actual Constitución y la comparación tanto con las anteriores Cartas Fundamentales como con la Declaración de los Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, evaluaremos la situación actual contextualizando los orígenes de la misma. Desde donde se podrá comprender cómo se ha venido mermando la educación pública en aras de la neoliberalización del sistema en general, expresado aquí en materia educativa y el problema que trae consigo este tipo de normativas de carácter social llevadas a la práctica, si lo que se quiere es efectivamente el bien común.

¹⁹Para los fines de este informe no es necesario recurrir a toda la trayectoria constitucional, basta con las constituciones más relevantes de nuestra historia cívica.

CAPÍTULO I

a) Art. 1 de la Constitución y el rol de los actores sociales.

En el Capítulo I de la Constitución se sientan las bases, como su nombre lo dice, de la institucionalidad. Lo que significa que es a partir de él desde donde surge la estructura de todo el sistema jurídico nacional²⁰. Tal como señala Jaime Guzmán en su escrito *La Definición Constitucional*, publicado en la Revista Realidad:

El carácter libre que acompaña al ser humano desde su nacimiento, y la igualdad de todos los hombres en dignidad y derechos, constituye la portada del texto constitucional. De ahí se desprenderá explícitamente la afirmación de que la finalidad última del Estado es promover el bien común, entendido como el conjunto de condiciones sociales que permitan a todas y cada una de las personas su mayor realización espiritual y material posible.

En ese primer artículo, queda afianzada la noción de que, en definitiva, el Estado está al servicio de la persona y no al revés, y en el hecho se consagra además el principio de subsidiariedad como clave de una sociedad libre, al proclamarse a la familia como núcleo básico de la sociedad y al reconocerse la autonomía de los cuerpos intermediarios para sus fines propios. Por clara deducción, la órbita del Estado se sitúa en aquello que los particulares, en forma individual o agrupados en sociedades intermedias libremente generalizadas, no están en condiciones de realizar en forma adecuada.²¹

En vistas de nuestro propósito de establecer los fundamentos del derecho a la educación, se analizará el rol que juegan los distintos actores sociales en la Constitución para así determinar a qué modelo político y económico corresponde ésta en materia educativa, resulta primordial entonces considerar el Artículo 1º pues

²⁰ Como señala Soto Kloss citando al Tribunal Constitucional respecto al Artículo 1 de la Constitución "es de un profundo y rico contenido doctrinario: refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional" Eduardo Soto Kloss, 1994. Pág. 218 (Revista)

²¹ Véase en Guzmán Errázuriz, Jaime, en Revista Realidad N°3, agosto 1980, *La definición Constitucional*.

en éste se encuentran reconocidos con sus respectivas funciones cuatro actores diferentes en la sociedad: la persona, la familia, los grupos intermedios y el Estado.

El inciso 1º declara que *las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. En otras palabras, cada ser humano es libre e igual a otros al momento de nacer tanto en dignidad como en derechos. Por consiguiente, la constitución no considera seres humanos ontológicamente ni superiores ni inferiores cuando nacen, es decir, ni más libres ni menos libres, ni más dignos ni menos dignos, sino que iguales ante derechos²². Cabría preguntarse si esto es válido sólo para el momento de nacer o acompaña a la persona el resto de su vida y si dadas las diferencias propias de las circunstancias de vida existe el espacio para igualar las oportunidades garantizado de manera constitucional. Sabemos que si se comete un delito -dependiendo de su gravedad- puede verse, entre otras cosas, privado de libertad. Desde esto no resulta extraño que exista el resguardo (tanto en la Constitución como en la Declaración de los Derechos Humanos) de utilizar el verbo “nacer” en vez del verbo “ser”. Pero ¿qué sucede fuera del rango delictual –en el que se justificaría la pérdida de los beneficios sociales-? Por ejemplo, cuando las condiciones económico-culturales impiden el ejercicio igualitario de libertades y de derechos. Porque nacer es una cosa y crecer es otra. Habría en este caso algún tipo de mecanismo constitucional que se hiciera cargo de este problema, es decir, si la sociedad civil, representada en el Estado tomaría o no medidas para zanjar este asunto. Una posible respuesta ante esta pregunta la encontramos en el principio de subsidiaridad, el que más adelante veremos con mayor detalle, que determina el rol que juega el Estado, el de los grupos intermedios y, de cierto modo, también el que juega la familia.

El N°2 del Art. 1 señala que *la familia es el núcleo fundamental de la sociedad*. Vale decir, la familia, entonces, sería el sustrato determinante de la sociedad chilena, es decir, la unidad básica desde donde se constituye la primera forma de organización. Esta afirmación constitucional tiene como antecedente la Declaración de principios de 1974²³ cuya autoría corresponde a Jaime Guzmán²⁴, declaración que rige hasta la

²² Reconocido en el Art. 19 N°2. *La igualdad ante la Ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la Ley.*

²³ En el apartado N°9 de la *Declaración de Principios de 1974* cuyo nombre es *La Familia, la mujer y la juventud: pilares de la reconstrucción nacional* se señala que: “el actual Gobierno considera que toda la tarea antes reseñada ha de encontrar en la familia su más sólido fundamento, como escuela

promulgación de la constitución de 1980. Establecer la estructura social a partir de la familia es una sólida antesala para justificar el principio de subsidiaridad, principio que, por lo demás, se caracteriza por pertenecer a la misma raíz religiosa. Cabe recordar que el principio de subsidiaridad pertenece a la doctrina social de la Iglesia Católica y surgió como respuesta a la *cuestión social* que dejó la crisis de 1929, en la encíclica “Quadragesimo Anno”. Tras la gran depresión, Pío XI declara que ni el liberalismo individualista, ni el socialismo colectivista son la solución, sino que el Estado ha de estar presente, pero como promovedor y regulador de la actividad social.

Hasta ahora el inciso 1º y el 2º han presentado dos actores sociales distintos, la persona y la familia. En los próximos incisos aparece el Estado y sus funciones, dentro de las cuales está reconocer y amparar al cuarto actor, los grupos intermedios. Dice así el inciso 3º: *El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos*. Los grupos intermedios son aquellos que intervienen entre la persona y el Estado, organizaciones sociales e instituciones de diversa índole (las distintas organizaciones religiosas, las empresas, los sindicatos, las escuelas, las universidades, los gremios, etc.). En esta afirmación se muestra: por un lado, el deber del Estado de garantizar la autonomía de los grupos intermedios en la concreción de sus fines particulares y, por otro, el reconocimiento de la importancia vital de estos grupos en la construcción de la sociedad. Tal garantía y reconocimiento constituyen una esfera más del principio de subsidiaridad, el que se concreta con el inciso 4º y 5º. Este principio pareciera fundamentar el cómo se ha de estructurar la sociedad y el Estado chileno en su conjunto. Siempre en vistas del bien común. Al término del análisis de este artículo, se indagará un poco más en la noción de bien común y subsidiaridad aquí tomadas en consideración.

Inciso 4º *El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones*

de formación moral, de entrega y generosidad hacia los semejantes y de acendrado amor a la patria.”

²⁴ Jaime Guzmán fue uno de los principales ideólogos del Régimen Miliar: político, abogado y profesor de la Pontificia Universidad Católica, fundador del Movimiento Gremial de su Universidad y del partido político Unión Democrática Independiente (UDI). Para mayores detalles sobre el pensamiento del Sr. Guzmán véase *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y Libertad*, Renato Cristi (2000)

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. Este inciso es la clave de lo que ya habíamos adelantado, el principio de subsidiaridad como *modus operandi* en vistas del bien común. El rol tanto instrumental como promotor del Estado en aras del bienestar de la comunidad completa queda manifiesto, tanto con la subordinación de éste a la persona humana como con el deber de contribuir, generando las condiciones necesarias, para la mayor realización posible de cada uno de los miembros de la sociedad, es decir, de la persona, de la familia y de los grupos intermedios.

Finalmente, el 5º inciso señala que: *es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la interacción 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.* Queda en manos del Estado la seguridad nacional, condición para que éste se desarrolle con normalidad, la que envuelve tanto a los habitantes del país como a las instituciones que configuran la Nación, en otras palabras es un derecho ser protegido por el Estado, él que además tiene como deber promover la armonía social y asegurar la igualdad de oportunidades a toda persona en el ejercicio de sus derechos al interior de la sociedad. Aquí se encontraría la respuesta a la pregunta que surgió del análisis del inciso 1º, sobre si existe algún tipo de mecanismo constitucional que garantice el cumplimiento de que los seres humanos nazcan y crezcan –como se enfatizó arriba- libres e iguales en dignidad y derechos pese a las circunstancias sociales (económicas, políticas y culturales) de procedencia. De no ser así, entonces, esta prescripción constitucional sólo abarca el nacimiento y no el crecimiento y desarrollo de los individuos, lo que a simple vista no debería ser la respuesta de la Constitución a esta pregunta. Pues, si el Estado tiene el compromiso de igualar las oportunidades para el ejercicio de los derechos de las personas en la vida nacional, entonces, tal normativa no se reduce al mero nacimiento sino a la existencia del individuo en la sociedad, considerando, además, que el Estado tiene como objetivo el bien común para el cual debe contribuir generando las instancias necesarias para su obtención. Pero ¿de qué forma garantiza el Estado la igualdad de oportunidades? Cabría esperar un compromiso de éste al menos en las áreas

propiamente sociales como la salud y la educación, pues a través de ésta última sí se puede efectivamente contribuir con la igualdad de oportunidades, desde la formación básica de los ciudadanos hasta la formación destinada a la producción. Más adelante volveremos sobre este punto.

Con esto se han revisado los 5 incisos que componen el Artículo 1º de la Constitución, en los que se establecen derechos, deberes y garantías que permiten visibilizar el rol que cumplen los cuatro actores sociales reconocidos por la Constitución. Sin embargo, hay un par de conceptos que es necesario abordar todavía un poco más para comprender posteriormente el papel que juegan dichos actores en materia educativa, a saber, qué se entiende tanto por bien común como por subsidiaridad.

b) Principio de subsidiaridad y bien común.

El principio de subsidiaridad en nuestra Constitución se encuentra estrechamente relacionado con el bien común en tanto se lo considera el instrumento para conseguir dicho bien, en otras palabras, a través de una Sociedad que se rija por el principio de subsidiaridad se lograría el bien común de la misma. Donde las instituciones más grandes deben ayudar y promover a las más pequeñas en la realización de sus fines particulares, en tanto estos contribuyen al bienestar general. En este caso, el Estado a los grupos intermedios, éste y aquel a la familia y los tres a la persona.

Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija.

Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función "subsidiaria", el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la

autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación.²⁵

Con motivo de los 40 años de “Rerum Novarum”, el Pontífice Pío XI publica la encíclica “Quadragesimo anno” lugar en que aparece el principio de subsidiaridad como respuesta de la Iglesia Católica ante la debacle económica y social de 1929, crisis que surgió en Estados Unidos -bajo un modelo de capitalismo liberal- y que repercutió en todo el mundo –principalmente, como apuntan algunos, por la falta de regulación de los Estados en la economía mundial- generando la así llamada *cuestión social*.

El principio de subsidiaridad no sólo busca responder al liberalismo de la época, sino también al comunismo que en aquel entonces se contemplaba como el otro modelo político-económico posible, cuya característica de estatismo absoluto se opone a los principios de la Iglesia Católica.

Dios ha ordenado que el hombre tienda espontáneamente a la sociedad civil, exigida por la propia naturaleza humana. En el plan del Creador, la sociedad civil es un medio natural del que cada ciudadano puede y debe alcanzar su fin, ya que el Estado es para el hombre y el hombre para el Estado (*civitas homini, non homo civitati existit*). Esta última afirmación, sin embargo, no debe ser entendida en el sentido del llamado liberalismo individualista, que subordina la sociedad a las utilidades egoístas del individuo; sino sólo en el sentido de que, mediante la ordenada unión orgánica con la sociedad, sea posible para todos, por la mutua colaboración, la realización de la verdadera felicidad terrena, y además, en el sentido de que en la sociedad hallen su desenvolvimiento todas las cualidades individuales y sociales insertas en la naturaleza humana, las cuales superan el interés particular del momento y reflejan en la sociedad civil la

²⁵ Pío XI, *Quadragesimo anno*, parágrafo 80. Formato digital presente en <<http://www.instituto-social-leonxiii.org/>>

perfección divina; cosa que no puede realizarse en el hombre separado de toda sociedad.²⁶

Como podemos ver, el bien común estaría dado por la búsqueda individual del propio bien de cada cual en colaboración mutua con los otros y él que se viese imposibilitado de alcanzarlo tendría que ser subsidiado de algún modo, ora por la sociedad civil ora por el Estado.

Desde un punto de vista político-jurídico, el principio de subsidiaridad del Estado tiene por objeto la distribución del poder al interior de la sociedad, mediante el establecimiento de criterios que determinen a qué miembro (Estado, grupos intermedios, familia o individuo) corresponde la responsabilidad de ejecutar las tareas necesarias para el bien común, obligando al miembro mayor a efectuar la tarea del menor cuando éste no es capaz de realizarla por sí mismo.

Este principio tiene tanto un aspecto positivo como uno negativo²⁷. El aspecto positivo se resume en tres modos de acción del Estado: el rol de suplencia (cuando los particulares no pueden hacerse cargo de su tarea, ya sea por falta de iniciativa o por incapacidad, entonces es el Estado quien debe ejecutarla), el rol de fomento o estímulo (promover la iniciativa privada creando las condiciones necesarias para el libre desarrollo de la misma. De modo tal que los particulares puedan contribuir al bien común), y el rol de regulación (donde el Estado coordina y vigila la actividad de los particulares para que se mantenga de manera armoniosa y no se produzcan abusos por ninguna de las partes en cuestión). El aspecto negativo se traduce en el rol limitado del Estado en la ejecución de actividades económicas y sociales que por principio le corresponde a los particulares hacerse cargo (según esta doctrina) y no corresponde al Estado atribuirse un rol protagónico en éstas ya que corrompería con “el sano camino” hacia el bien común. Pues *es la justicia, que estriba en dar a cada uno lo suyo y se opone, por tanto, a que el Estado asuma lo que no le pertenece, por ser de la incumbencia de las personas individuales y de las comunidades o*

²⁶ PIO XI, Divini Redemptoris parágrafo 29, presente en formato digital en <<http://www.instituto-social-leonxiii.org/>>

²⁷ Para más detalles al respecto véase Vera Orriols, José Miguel, 2006. *El principio de subsidiaridad del Estado en materia educacional*.

*agrupaciones menores que éstas constituyan en uso del derecho natural de libre asociación*²⁸.

Resta aún enfatizar qué se entiende por bien común en nuestra Constitución, para ello tomaremos una definición -además de lo dicho anteriormente sobre las encíclicas, las que se encuentran fuertemente vinculadas con la visión de mundo de los redactores de ésta- tomada de las Actas oficiales de la Comisión Constituyente para una nueva Constitución, sesión N°40.

El señor Guzmán expresa compartir la opinión del señor Evans, cual es fijar la misión del Estado, esto es, determinar que el Estado no tiene sino una finalidad que es la de promover el bien común (...) todo lo demás fluye como consecuencia o como directriz para promoverlo (...) existe consenso en la Comisión en el concepto de bien común, cuyas definiciones pueden ser muchas, pero cuyo sentido fundamental es el de la creación de un conjunto de condiciones que le permitan a todos y a cada uno de los miembros que componen la comunidad nacional acercarse, en la máxima medida posible, a su pleno desarrollo personal.²⁹

De lo anterior, se desprende que el rol del Estado es promover el bien común, a través del principio de subsidiaridad en la sociedad. Por consiguiente, el estado ha de generar el conjunto de condiciones necesarias para el desarrollo de los individuos -en la medida de lo posible- tanto material como espiritualmente. Supliendo -en los casos estrictamente justificados-, fomentando y regulando la actividad de los particulares con el propósito de impulsarlos al bien común. Donde éste no es considerado como la suma de los bienes individuales (lo que correspondería a una visión liberal), ni tampoco como un bien colectivo homogéneo (lo que correspondería a una visión comunista).³⁰ De este modo, sólo a través de la acción conjunta, respetando los

²⁸ Millán Puelles, A., "Persona humana y justicia social", Madrid, 1962, pp. 142

²⁹ El destacado es nuestro. Véase Tomo I Comisión Ortúzar, pág. 855. Fuente extraída de la Biblioteca del Congreso Nacional

³⁰ "En el fondo, si se clarifica el concepto de bien común en los términos señalados, se desvirtúa la concepción que ve en el bien común una simple suma de bienes individuales o el bien de un todo colectivo, en el cual la persona humana queda disuelta o absorbida enteramente como parte del todo, sin que tenga ningún ser independiente de ese todo. Expresa que formula esta observación desde un punto de vista filosófico, es decir, entendido como el bien de un ser accidental, de relación,

intereses de cada cual y promoviendo la realización personal bajo la lógica de ayuda del más grande al más pequeño se puede encaminar la sociedad hacia el bien común.

que le permite a todos los seres humanos alcanzar sus objetivos; pero que les permite a todos y a cada uno, no a algunos de ellos. Entonces, para lograr configurar ese orden, ese modo adecuado de relación, es necesario respetar los derechos naturales, inalienables y fundamentales de la persona humana, porque no se puede concebir que un orden los vulnere". (Tomo I, Comisión Ortúzar, pág. 856)

CAPÍTULO II

Fundamentos del Art. 19 N°10 El derecho a la educación

En el Art.19 el N° 10 del Capítulo III, De los derechos y deberes constitucionales la Constitución *asegura a todas las personas el derecho a la educación*. En este numeral aparece el punto crucial del presente trabajo que se pregunta por los fundamentos del derecho a la educación en la Constitución Política de Chile. Para responder a este cuestionamiento se considera pertinente realizar tanto un análisis de la normativa explícita en el N°10 del Art. 19, como una investigación respecto a los argumentos que lo originaron. Para tal análisis se continuará con el hilo conductor del capítulo anterior, visibilizando el *modus operandi* que otorga la Constitución a los actores sociales, en este caso, será la función que le corresponde a cada uno de los miembros de la sociedad en el ejercicio del derecho a la educación. Con el fin de visibilizar los argumentos a favor y en contra de un rol más fuerte del Estado o de la familia o de los grupos intermedios en la educación, se atenderá al debate a propósito de este derecho entre los miembros encargados de crear la nueva institucionalidad tras el golpe de Estado de 1973. De este modo, se verá cuáles son los principios que sostienen el derecho a la educación en la Constitución de 1980.

Como de educación se trata se define el objetivo de esta en el 2° inciso del N° 10 del art. 19, el que señala: *la educación tiene como objeto el pleno desarrollo de las persona en las distintas etapas de su vida*. Dicho de otra forma, educación y desarrollo personal se corresponderían mutuamente. Por otro lado, si atendemos a la definición del bien común como el mayor desarrollo posible tanto espiritual como material, entonces la educación resultaría ser una herramienta fundamental para la obtención del mismo. Y, si al Estado le corresponde crear el conjunto de condiciones necesarias que le permitan a cada uno su pleno desarrollo personal posible y, a su vez, tiene el deber de igualar las oportunidades para ello. Entonces, cabría esperar un rol protagónico del principal promotor del bien común. Pero veamos qué nos dice el inciso 3° del N°10: *Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado entregar especial protección al ejercicio de este derecho*. Del inciso 3° se desprende el rol subsidiario del Estado en educación en tanto protege el ejercicio del derecho de los padres de educar a sus hijos, derecho que también es un deber de éstos para con ellos. El hecho que educar a los hijos sea un

deber de la familia también se puede inferir del principio de subsidiaridad (donde el mayor ha de hacerse cargo –en este caso casi sin excepciones- del menor) y del rol de la familia como núcleo básico al interior de la sociedad. Sin embargo, este derecho y deber de los padres no se ciñe a un mero criterio de voluntad, sino a la capacidad efectiva para su concreción. Ante esto el Sr. Atria (2007) señala primeramente que este derecho de los padres no sería un derecho propiamente tal cuyo correlato³¹ es un deber del Estado sino que podría ser entendido como una libertad desnuda o hohfeldiana³² cuyo correlato es una ausencia de derecho por parte del Estado:

De acuerdo a la redacción del inciso 3º el Estado no tiene un deber correlativo al derecho, sino el deber de proteger el ejercicio del derecho. En otras palabras, el correlato del derecho de los padres no es una acción del Estado, sino algo que es caracterizable con independencia del Estado. Es este “algo”, que por ahora dejaremos sub-analizado, lo que el Estado tiene el deber especial de proteger. Estas consideraciones parecen justificar la conclusión de que los padres tienen, entonces, no es un derecho, sino una libertad.³³

En el caso de Chile este “derecho subjetivo” de los padres a educar a sus hijos dependerá, en última instancia, del poder adquisitivo y cultural de los padres para concretar dicho acceso a la educación³⁴. Puesto que actualmente contamos con tres

³¹ Fernando Atria considera la teoría de W. N Hohfeld presente en los *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (1992) para mostrar en qué sentido se utilizan los términos derecho, deber, libertad, privilegio, entre otros. Respecto al derecho subjetivo Hohfeld señala: “Si reconocemos, como tenemos que hacerlo, el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra “derecho” (subjetivo) cabe preguntar qué indicio o pista hallamos en el lenguaje jurídico ordinario que sugiera una limitación de ella en la dirección de un significado debido y apropiado. Esta pista o indicio consiste en el “deber” correlativo, porque no cabe duda de que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto “derecho” (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en “deber” como su correlativo invariable” (Hohfeld, 1992, pág. 49) En el presente trabajo hemos decidido en concordancia con el Sr. Atria trabajar también con la noción de derecho como correlativo de un deber. Más adelante también utilizaremos la noción de privilegio presente en Hohfeld.

³² Sin embargo, no podría ser una libertad desnuda –como señala el Sr. Atria posteriormente-, porque esto sería incompatible con el deber del Estado de proteger este derecho. Más adelante volveremos a este punto presente en Atria (2007)

³³ Atria 2007, pág. 42

³⁴ “La ley no me da la libertad de elegir, lo que me da la libertad de elegir es mi dinero. Si tengo poco dinero tengo poca libertad y si tengo mucho dinero tengo mucha libertad.

sistemas educacionales segregados bajo el criterio económico (criterio que actualmente determina la calidad de los establecimientos): la educación particular pagada, la educación particular subvencionada y la educación municipalizada. Los que se “ajustan” -en gran medida- a las tres clases económico-sociales: clase alta, clase media y clase baja, respectivamente.³⁵ Antes de seguir con el resto de los incisos del N° 10 relativos al derecho a la educación en la Constitución, hemos de contextualizar brevemente cómo se estructuró este derecho.

Vayamos por orden: cuando se quebró la democracia en el año 1973 dejó de regir, hasta como entonces lo había hecho, la constitución de 1925 por lo cual se dictaron, con el fin de instaurar el momentáneo eje rector en la sociedad, una serie de decretos: supremos, con fuerza de ley; declaraciones de principios, informes en el Diario Oficial que daban cuenta de parte de las actas secretas del Consejo de Estado y de la Comisión Constituyente, etc. durante esta época la Junta Militar ejerce tanto el Poder Constituyente como el Poder Legislativo. Sin ahondar demasiado en esto, vale a lo menos tener presente que en este contexto surgió la Constitución que actualmente nos rige. La que se configuró, principalmente, bajo la Comisión Constituyente³⁶

Mirado así, es bastante claro quién acude a la educación municipalizada gratuita de hoy: los que no son elegidos por nadie, ni pueden elegir con quien no estar. Tras la estricta segregación por clase, en la educación pública de establecimientos “no emblemáticos” queda el gueto de los que no tienen la libertad para elegir, porque no satisfacen criterio alguno de selección. Los “liceos de excelencia” hacen la última selección, y sacan lo último “utilizable”, que son los jóvenes pobres de buenos rendimientos. Tras eso, en la educación pública, donde va el 37% de los alumnos chilenos, no queda nada que al mercado le interese. Ellos no están ahí porque, en ejercicio de su libertad, hayan decidido que esa es la educación que quieren. Para ellos no hay libertad” (Atria, 2012, pág. 40) El Sr. Atria señala, entre otras cosas, que la libertad de educar a los hijos se determina por la capacidad adquisitiva de los padres, cuya búsqueda además de centrarse en la calidad, tiene como motor el tipo de compañeros que tendrán sus hijos. El Sr. Atria postula, a su vez, que la segregación social además de producirse porque los padres eligen la escuela de sus hijos –en los casos que pueden elegir, claramente-, se produce porque las escuelas eligen los hijos que van a educar y propone eliminar este criterio de selección por parte de los establecimientos, principalmente los que poseen el carácter de subvencionado. Para mayores detalles sobre este argumento, véase el Artículo *¿Qué educación es pública?*

³⁵ Véase la introducción de este trabajo, donde se compara los resultados obtenidos por las pruebas SIMCE de 8º Y 4º básico según Grupo socioeconómico. Tablas que muestran que a mayor dinero, mejor calidad de enseñanza.

³⁶ El señor GUZMAN explica que entiende que la tarea de esta Comisión comprende dos partes. Una fundamental, que es el despacho del texto constitucional propiamente tal, y otra secundaria pero no por eso menos importante, que es el despacho de todo lo que se podría llamar “leyes constitucionales”, leyes de rango superior al de la ley común, que sean complementaria del texto constitucional, como el estatuto de los medios de comunicación social y otros. Porque se está viendo que hay ciertas garantías constitucionales que han tenido demasiada extensión en el texto, demasiado desarrollo, como consecuencia de la historia, del origen que tuvieron, que todos conocen. Entonces se trataría de depurar un poco la Constitución para llevarla de nuevo a lo

(desde 1973) que a partir de la sesión N°246 pasa a llamarse Comisión de Estudios de la nueva Constitución, más conocida como Comisión Ortúzar -en honor a su presidente- y que junto con el anteproyecto realizado por el Consejo de Estado se genera, finalmente, la Carta Fundamental que tras un plebiscito es promulgada en 1980.

La Comisión es consciente –como las actas lo demuestran³⁷- de la importancia de la educación en la sociedad dada por los tratados internacionales y de cómo ha de ser encauzada para evitar cualquier aproximación a la idea de una Escuela Nacional Unificada (ENU) –idea que se pretendió llevar a cabo en el gobierno del Sr. Salvador Allende con el propósito de que todos recibieran en el ciclo básico la misma educación, la estaría marcada por las ideas de la Unidad Popular- De ahí que el rol del Estado no sea protagónico en la nueva Carta Fundamental y que la libertad de enseñanza sea una garantía protegida por sobre el derecho a la educación³⁸.

Como lo señalara el señor Presidente³⁹ en su exposición previa, el derecho a la educación y la libertad de educación o libertad de enseñanza son dos pilares fundamentales que, en este momento, en el contexto jurídico internacional⁴⁰, han sido aceptados generalmente, entendiéndose por derecho a la educación la posibilidad de que toda persona pueda obtenerla en cualquier nivel, en igualdad de oportunidades, sin consideraciones políticas, sociales, económicas u otras.⁴¹

fundamental, despachando también estas leyes constitucionales que revisten un carácter complementario. (Tomo I, Comisión Ortúzar, pág. 45)

³⁷ Véase para el derecho a la educación las Actas de las Sesiones N°3, N°17, N°84, N°132, N°133, N°134, N°135, N°136, N°137, N°139, N°140, N°141, N°142, N°143, N°144, N°146, N°147, N°148, N°152, N°221, N°222, N°223, N°224, N°227, N°245 Y N°411.

³⁸ Situación que se demuestra en el Art. 20. *El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.*

³⁹ Se refiere al Sr. Ortúzar.

⁴⁰ Acá el Sr. Ortúzar alude al Art. 26 de los Derechos Humanos. En el Capítulo III de este informe abordaremos con mayor detalle éste artículo y su relación con el caso chileno.

⁴¹ Las referencias a las Actas de la Comisión Ortúzar respecto al Derecho a la educación fueron extraídas de la edición en formato pdf de la biblioteca del Congreso Nacional presentes en: *HISTORIA DE LA LEY. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1980. Artículo 19 N° 10 El Derecho a la Educación. Véase en <http://www.bcn.cl/>. Pág. 14, Sesión N° 133.*

(...)

El señor Silva Bascuñán señala que habrá que considerar también esta materia con mucho detenimiento, porque se ha producido un cambio muy trascendente en la concepción tradicional que se tenía sobre la libertad de enseñanza, concepción que, explica, le satisfacía muchísimo. Hace presente que su primera formación estuvo marcada por el signo de la carencia de una verdadera libertad de enseñanza. De manera que en esta materia, en los últimos seis o diez años, se varió de ruta en forma poco satisfactoria puesto que la nueva vía adoptada ofrece grandes peligros, como lo demuestra el hecho que de allí surgió la idea maquiavélica de establecer la educación nacional unificada.

Estima que en este punto habrá que hacer una revisión bastante profunda de modo de situarlo otra vez en un término apropiado y de aprovechar una tradición de más de 140 años, (...) ⁴² debe buscarse el modo de precaver los gravísimos peligros que presenta esta disposición tal como quedó consagrada en la Constitución con la reforma de 1971. ⁴³

Aunque el Sr. Silva Bascuñán apele a la tradición de más de 140 años para considerar los preceptos sobre educación -la cual era una atención preferente del Estado- resalta que se debe tener mayor cuidado con la libertad de enseñanza, de modo de protegerla de una idea como la de la ENU. Por esto, en la misma línea de quitar protagonismo al Estado en el ejercicio de la educación, ya no se la tomará como un deber en el sentido estricto del cual el Estado se tenga que hacer responsable, sino como un deber de la sociedad entera y se la comprenderá como una empresa que ha de estar a cargo mayoritariamente de los grupos intermedios, para que de este modo se garantice el derecho de los padres a escoger la educación que mejor les parezca para sus hijos ⁴⁴ y con ello se protege, finalmente, la libertad de

⁴² El resaltado es nuestro.

⁴³ *Ibíd.* Págs. 10-11

⁴⁴ Como vimos anteriormente, pese a los resguardos por garantizar el derecho a los padres de escoger la educación de sus hijos, tal derecho no se cumple si los padres no tienen el dinero suficiente que les permita elegir -y no verse obligados- la educación que recibirán sus hijos.

enseñanza⁴⁵. Lo que hemos dicho ya aparece en las primeras declaraciones del Presidente de la comisión sobre educación presentes en las actas constitucionales:

Si se va a garantizar la libertad de enseñanza, debe concebirse dentro de esta idea algo más de lo que se entendió por libertad de enseñanza cuando esta garantía se incorporó a las Constituciones del siglo pasado. La iniciativa, por ejemplo, de don José Joaquín de Mora, que abrió una escuela de su peculio, con su esfuerzo y donde él personalmente hizo las primeras clases, no es hoy día la característica fundamental de la educación privada. Incluso, se atrevería a señalar que aquello que el memorándum que la Comisión Constituyente entregó a la Honorable Junta de Gobierno y que llamó “poder social”, esto es, organizaciones intermedias existentes entre el hombre individualmente considerado y el Estado, corresponde en gran medida a la realidad educacional del presente. Hoy día una escuela de cualquier nivel —sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer— consiste en una empresa considerable, con una gran inversión de capital, con un importante número de personas que labora en ella, y que está dando educación a nivel general. Ello constituye una organización empresarial -usa la expresión desde un punto de vista estrictamente jurídico-, un ente intermedio entre el hombre y el Estado.⁴⁶

De la cita anterior cabe destacar dos cosas: en primer lugar, el rol preponderante que se le asigna a “poder social”, lo que en el Art. 1º se llama “grupos intermedios”, en la educación en la relación entre el Estado y el individuo y, en segundo lugar, la visión de carácter empresarial para comprender el funcionamiento de los establecimientos educacionales. Estas dos características que se le dan a la educación visibilizan, por una parte, el rol protagónico de los grupos intermedios y, por otra parte, la noción mercantil que tiene el Sr. Ortúzar de la educación.

Por otro lado, se considera que sólo en la medida de lo funcional ha de ser obligatoria la educación y, por tanto, el Estado en este nivel ha de garantizar el acceso a todos,

⁴⁵ “la Comisión tiene plena conciencia de que hay principios fundamentales que es menester consagrar en la nueva Constitución que se le ha encomendado elaborar, y atribuye particular importancia a la libertad de enseñanza.” (Sesión 135, pág. 54)

⁴⁶ *Ibíd.* Pág. 16

independiente de la condición económica del individuo, situación que no se daría en los niveles que superan la instrucción primaria (básica). Sólo en la educación que es un deber de los ciudadanos, el Estado otorga el derecho a ésta, generando un sistema gratuito para su efectiva realización. Por consiguiente, si la educación superior y la educación media son opcionales, entonces el Estado no debe garantizar constitucionalmente el acceso universal a aquéllas, en otras palabras, no correspondería la gratuidad en estos niveles educacionales.⁴⁷

En seguida, expresa que la gratuidad no tiene por qué seguir subsistiendo, por lo menos desde un punto de vista constitucional en Chile, más arriba de un cierto nivel. De tal forma que le parece que es fundamental que de algún modo en la nueva Constitución se establezca el grado o el nivel en que la enseñanza debe ser de cargo del Estado, lo cual, naturalmente, no excluye la posibilidad de la enseñanza particular. Todo el problema que afrontan hoy día, por ejemplo, las universidades frente al concepto de gratuidad de la enseñanza llevado hasta el nivel superior, contrastado con la evidente necesidad que tiene el Estado de dar enseñanza básica gratuita, implica la necesidad de establecer por lo menos un límite hasta el cual la obligación del Estado pudiera hacerse exigible⁴⁸.

Este sería el panorama más o menos general en el que se enmarca el derecho a la educación o como lo plantea de manera consensuada la Comisión Constituyente en su primera fase. Sin embargo, al interior de la Comisión se dio un choque de principios en lo relativo al rol que debía tomar el Estado en materia educativa. Nos parece pertinente atender a esta problemática por dos motivos: En primer lugar, porque el propósito de este informe es mostrar los fundamentos teóricos que sostienen la visión del derecho a la educación en la Carta Fundamental y, en segundo lugar, porque muchos de los argumentos que en las actas se esbozaron siguen resonando en la conciencia actual de la época -pese a la naturalización de este

⁴⁷ En las reformas constitucionales llevadas a cabo por los gobiernos de la concertación se introduce la educación media como obligatoria y la educación parvularia como una obligación del Estado en su promoción. Por tanto, el Estado se ha de hacer cargo de éstas también garantizando un sistema de acceso universal para ellas. véase Art 19 N° 10 Incisos 3 y 4. Sin embargo, en la educación parvularia se rompe la relación entre gratuidad y obligatoriedad para con los ciudadanos, la obligación es del Estado solamente y no es un deber de los ciudadanos ingresar al sistema de educación parvularia.

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 15

sistema, consolidado a más de treinta años- a la hora de plantearse el rol que debe y que puede jugar cada uno de los actores sociales en materia educativa. A la luz del análisis de estos argumentos se podrán ver los principios que fundamentan el derecho a la educación consolidado en la Constitución de 1980.

El conflicto de carácter ideológico al interior de la Comisión se dio principalmente entre los argumentos de los Sres. Diez, Ovalle, Evans y Silva Bascuñán contra los argumentos del Sr. Guzmán y del Sr. Ortúzar -aunque de éste último en menor medida-. Los primeros consideran que el rol del Estado en educación no ha de ser meramente subsidiario, sino activo, a diferencia del pensamiento del Sr. Guzmán, el que suele argumentar en dos vías para sostener esto: o en pro de la libertad de enseñanza y del derecho de los padres a educar a sus hijos o como medida cautelar para que no se llegase a concretar una idea similar a la propuesta sobre una Escuela Nacional Unificada.

El señor Guzmán hace presente que el derecho que se concede a la educación engendra el nacimiento de una función que algunos tienen el deber de realizar.

Es cierto que se ha incluido el derecho de los particulares a intervenir en la función educacional, además de los padres de familia, pero eso es importante para situar con exactitud dónde se mueve la acción obligatoria del Estado en el campo de la educación, la que reviste un carácter subsidiario, no sólo respecto de los padres de familia, sino, también, de las entidades particulares que colaboran en la enseñanza.⁴⁹

En el extracto citado del Sr. Jaime Guzmán, se puede apreciar el rol del Estado, de los grupos intermedios y de la familia en la educación. Los cuales se subordinan al principio de subsidiaridad como habíamos mostrado en el inciso 2º del derecho a la educación. Según este párrafo el deber del Estado en educación sería -solamente- subsidiar a los particulares y a la familia en el ejercicio de la misma -ya sea dándola o recibéndola-. Y, enfatiza: *el Estado tiene la obligación de respetar este doble derecho, en el sentido de que al entrar a actuar en el campo educacional lo hace con un carácter subsidiario y complementario, no sólo del derecho prioritario de los*

⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 226

padres de familia a educar a sus hijos, sino, además, del derecho de los particulares a abrir establecimientos de enseñanza y a ser sujetos activos de la tarea educacional.(ibíd., pág. 227) A lo que se refiere aquí por doble derecho es: la libertad de enseñanza y el derecho a la educación -de los padres con sus hijos-.

Ante esto responde el Sr. Diez que el Estado no puede tomar un rol tan minúsculo en educación, pues ésta es fundamental para el desarrollo del país. Por consiguiente, el Estado no debe dejar esta tarea al libre arbitrio de los particulares solamente, sino que ha de tomar un papel protagónico que le permita contribuir efectivamente al bien común y no resumir su labor sólo a llenar vacíos que las entidades particulares no son capaces de abarcar. A este respecto dice:

No puede aparecer, en un país en que el problema educacional es tan grave y en que se necesita una acción tan permanente en todos los campos, en que no hay ninguna posibilidad real de que los particulares la enfrenten en profundidad y en extensión, que la Constitución Política, que es la ley fundamental, no la declaración de principios del Estado, diga que la función del Estado es subsidiaria en la educación, aunque ello sea cierto. Eso equivale a decir: primero, la obligación es de los particulares y, después, del Estado, lo que a su juicio, no es admisible en materia educacional, porque el Estado, al velar por el bien común, tiene como obligación primordial la de educar. El Estado no debe esperar lo que hagan los particulares para llenar los vacíos; sino que debe tomar la iniciativa en materia educacional y tiene la obligación de educar, porque posee más medios y esa obligación no es subsidiaria en los momentos que está viviendo el país, en los momentos históricos de los próximos cincuenta o cien años; esa obligación es principal.⁵⁰

Resulta bastante sensato lo que presenta el Sr. Diez respecto al rol de Estado en la educación, si se considera que no se trata de la Constitución para un país ya desarrollado, donde el ejercicio de la educación esté resuelto en el seno de la sociedad civil, sino de un país que recién se está formando, por consiguiente, mucho

⁵⁰ Ibíd. Pág. 228

no se podría esperar de la acción de los particulares y es absolutamente lógico que así sea en tales circunstancias. Por tanto, el deber de brindar el derecho a la educación no podría recaer en otro sino que en el Estado, pues éste posee más medios que cualquiera de los particulares para llevarla a cabo y que además tiene por finalidad promover el bien común.

El Sr. Ovalle respalda la posición del Sr. Díez señalando que el derecho a la educación es un derecho social y como tal contribuye al bienestar general de la comunidad. Razón por la cual correspondería que el Estado, en tanto entidad superior que representa a la comunidad, se hiciera cargo de este derecho. Desde esta perspectiva la argumentación corre de manera similar al argumento anterior, pues ambos buscan coherencia en la relación de obligación que tiene el Estado con el bien común:

El derecho a la educación —ya lo ha dicho en otras ocasiones— es un derecho social y como tal implica, fundamentalmente, la acción de la comunidad para asegurar, a todos, el acceso a la educación; y si implica la acción de la comunidad, para él, dentro de ella la institución fundamental es el Estado. Y, obviamente, si es la comunidad la que tiene que entregar los elementos para que el derecho a la educación se alcance, el Estado está en la obligación, en el deber de participar con todos los instrumentos de que dispone en esta tarea de darle a su pueblo el acceso a la educación. No puede, en consecuencia, a su juicio, al consagrarse el derecho a la educación, comenzar por disminuir el rol del Estado en el ejercicio de este derecho.⁵¹

El Sr. Ovalle critica que se declaren principios tales como el de subsidiaridad dentro de la normativa constitucional, pues a ésta le corresponde legislar y no adoctrinar, aún cuando tales principios estén a la base de la legislación no corresponde que formen parte de ella. Pues, en el caso puntual del principio de subsidiaridad, éste no debería explicitarse en cada una de las tareas sociales que ha de realizar el Estado, porque esto terminaría reduciendo tanto su autoría como su labor frente a los

⁵¹ *Ibíd.* Pág. 230

particulares. Menos aún en el caso de la educación, pues para que ésta se desarrolle y supere la precaria situación en la que se encuentra el Estado debe tomar un rol importante como hasta entonces lo había hecho.

Luego, aún cuando en los principios se quisiera que el Estado fuera supletorio o complementario; aún cuando en los conceptos se pensara que el Estado debe enseñar cuando otros no enseñan o que el Estado debe educar, cuando otros no educan; aún cuando así fuere, en la Constitución se está legislando para Chile. Esta es una realidad que no se la puede desconocer. Pero aunque así no fuere, Chile vive en un estado de semianalfabetismo. En Chile el alfabetismo es casi un mito. Hay millones de chilenos que no han recibido educación; hay muchos millones de chilenos que saben apenas leer y escribir, pero no entienden lo que leen y malamente pueden expresar pensamientos por escrito. En consecuencia, el problema educacional de Chile es básico. Desde el punto de vista social, por consiguiente, y desde el punto de vista histórico, el papel del Estado ha sido y tiene que ser un rol importante y, quizás, fundamental en esta tarea.⁵²

Al declarar esto, no significa que el Estado deba restringir la actividad de los particulares en el ejercicio de la libertad de enseñanza. El Sr. Ovalle considera que para garantizar la libertad de enseñanza no se sigue reducir la actividad del Estado sólo al estímulo de la iniciativa privada. Debido a que el derecho a la educación es un derecho social que le compete a toda la comunidad, entonces es labor del Estado darle prioridad a la población en el cumplimiento de este derecho por sobre otros deberes que tenga el Estado para con la ciudadanía, dicha prioridad no ha de entenderse por sobre los particulares, sino por sobre otras tareas que éste desempeñe⁵³.

⁵² *Ibíd.* Págs. 230-231

⁵³ *"Por eso, desde el punto de vista de los conceptos, la proposición del señor Guzmán no le gusta –al Sr. Ovalle–, porque deja al Estado al margen de un deber, no ya del derecho de impartir enseñanza dentro de un régimen de libertad de enseñanza, sino que al margen, en un carácter complementario o supletorio, respecto a un deber que, compitiendo a toda la comunidad nacional, compete esencialmente al Estado. No es que se esté distinguiendo dos conceptos que, en el fondo, son lo mismo. Se está distinguiendo dos conceptos que tienen un carácter perfectamente diferenciado y cuando ellos se confunden se cae en conclusiones como las que se están analizando."* (*ibíd.*, pág. 231)

En la sesión N° 224 de la Comisión Constituyente del 22 de junio de 1976 el Sr. Evans a propósito de la inquietud manifestada por el Ministerio de Educación⁵⁴ logra establecer un rol más protagónico del Estado en materia educativa, apelando a la necesidad de una normativa constitucional que justifique un presupuesto anual para la educación por parte del fisco.

El señor EVANS es partidario de la frase: “El Estado debe atender prioritariamente las necesidades de la educación”, colocada a continuación del párrafo “Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.

El señor OVALLE señala que a él le gusta esa redacción.

El señor EVANS manifiesta que, además de satisfacer una inquietud que formuló el Ministerio, la redacción antes citada interpreta el sentir de los miembros de la Comisión, porque en el concepto de comunidad nacional se había considerado al Estado. Pero el Ministerio decía, ¿dónde hay un asiento constitucional para exigir en el Presupuesto Nacional un presupuesto de educación satisfactorio? No está en ninguna parte.

El señor ORTUZAR (Presidente) explica que a él le agrada. Reconoce que está pensando en el problema de la salud, aun cuando el Estado debe atender prioritariamente a la educación y luego a aquella.⁵⁵

Coincide que cuando se establece que “el Estado debe atender prioritariamente a las necesidades de la educación” no se encontraba presente el Sr. Guzmán en la sesión de la Comisión Constituyente. No obstante, en una sesión posterior en que se recapitula la redacción que había hasta ese entonces del derecho a la educación, surge la inquietud del Sr. Guzmán al advertir el carácter de este inciso.

“Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, y la facultad de escoger el establecimiento de enseñanza. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de estos derechos.

⁵⁴ El Ministerio de Educación Pública -como se llamaba antiguamente- estaba a cargo en este momento del Almirante don Arturo Troncoso Daroch el que se desempeñó como ministro hasta fines de 1976.

⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 467

“Es deber de la comunidad nacional contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación. El Estado debe atender prioritariamente las necesidades de la educación.

El señor ORTUZAR (Presidente) explica, ante una pregunta del señor Guzmán, que ese inciso se estableció en una sesión en que no estaba el señor Guzmán.

Se hizo presente, sobre todo por el señor Evans, que no se había contemplado, en cierto modo, la función muy principal que de alguna manera cabe al Estado en materia educacional; que el señor Calderón, Asesor Jurídico del Ministerio de Educación Pública, así se lo había hecho presente.

El señor EVANS agrega que el Ministro de Educación Pública lo hizo presente en forma muy especial y reiterada.

El señor ORTUZAR (Presidente) prosigue diciendo que, con posterioridad, lo hizo presente el señor Calderón. Y a la Comisión le pareció perfectamente razonable, sobre todo que, consagrado como está, después del inciso que reconoce el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, no plantea ningún problema, puesto que se refiere al deber de atender las necesidades de la educación.

El señor EVANS recuerda a la Comisión, y al señor Guzmán en particular, ya que le ha llamado la atención esta redacción, que la idea del Ministro de Educación Pública era la de establecer un precepto que dijese que la educación es una obligación prioritaria del Estado.⁵⁶

Sinteticemos los argumentos hasta aquí expuestos. Por una parte, se considera que la Constitución debe asegurar a los padres el derecho a educar libremente a sus hijos, para esto se requiere la activa iniciativa del “poder social” (los grupos intermedios) en educación, pues ésta contribuiría con el ejercicio de este derecho –en tanto ayudaría a brindar mayores posibilidades de elección a los padres-, quedando el Estado en relación a este derecho con el rol de proteger y fomentar las condiciones para que éste se concrete. Por otro lado, el deber del Estado se reduce sólo a garantizar un sistema de acceso gratuito a la educación de nivel instrumental (enseñanza básica), los otros niveles educacionales no son obligatorios y, por tanto, el Estado no ha de hacerse cargo de ellos. Más atribuciones al Estado no le

⁵⁶ *ibíd.*, pág. 496

corresponden, pues éste se encuentra al servicio de las personas y no éstas al servicio de aquél. Finalmente, el rol subsidiario del Estado ha de quedar establecido para evitar cualquier idea (como la de la ENU) que transgreda el derecho de los padres de escoger la educación de a sus hijos. Esta vía argumentativa es la que toma, fundamentalmente, el Sr. Guzmán.

La otra vía de argumentación considera que si el Estado tiene como finalidad el bien común, le corresponde un rol protagónico en la educación, pues la educación contribuye con el desarrollo espiritual y material de las personas. Siendo el Estado el organismo más grande y con mayores herramientas para enfrentar la situación educacional del país-que carece en ese momento y también ahora de una población efectivamente educada- debe hacerse cargo de forma activa de ésta y no quedarse a la espera de que la iniciativa privada resuelva la tarea educativa, ni mucho menos limitar su rol a llenar los vacíos que ésta vaya engendrando o de los cuales simplemente no quiera o no pueda satisfacer. Por otro lado, no se considera que sea incompatible un rol protagónico del Estado en educación con el derecho de los padres a educar a sus hijos, pues son dos cosas diferentes: la primera corresponde al derecho de los ciudadanos a tener acceso a la educación y la segunda a la libertad de enseñanza de los establecimientos que la imparten. Finalmente, la educación es un derecho social, que compete a cada uno de los miembros de la comunidad nacional, por tanto, debe ser el representante institucional del conjunto de la sociedad civil, el Estado, quien debe atender prioritariamente a las necesidades de la educación en general.

Para anular este argumento se suele apelar a los casos de excepción, por ejemplo, cuando hay un desastre natural y se necesita reconstruir el país, en este caso cómo se le va a dar prioridad a la educación siendo que la emergencia exige otra cosa. Entonces, si se asegura dentro de la Constitución la prioridad de la educación por sobre otros deberes del Estado, para un caso de este tipo el Estado se vería imposibilitado de actuar y de verter los recursos necesarios para solucionar una situación de tal envergadura. Con una Constitución que avalara la supremacía del derecho a la educación, entonces sería legítimo que esto sucediera. Para evitar esta

absurda problemática, la Constitución no puede priorizar este derecho sobre otros.⁵⁷ Si bien este argumento puede resultar en algún punto convincente, peca de ingenuidad al establecer un criterio tan rígido en la aplicación de las normativas constitucionales, como si no hubiese forma de establecer un criterio para estos casos, como si no se pudiera sacar recursos de otras áreas en las que invierte el Estado o como si por establecer que el Estado se ha de hacer cargo de la educación todos los fondos fiscales se volvieran humo y desaparecieran, como si invertir en el capital humano no fuese a traer réditos, como si el sistema productivo fuera absolutamente independiente de la formación de sus trabajadores.

Finalmente, en la sesión N° 411 de las actas oficiales de la Comisión Ortúzar el Sr. Guzmán sugiere cambiar la parte final del inciso 3° que señala que *el Estado debe atender a las necesidades de la educación*, por *el Estado atenderá a las necesidades de la Educación*. En esta sesión ya no se habla en los términos establecidos en la sesión N° 224 que señalaba que *el Estado debe atender prioritariamente a las necesidades de la educación*. Ya para el 6 de septiembre de 1978 había desaparecido dentro de la Comisión tanto la noción de deber del Estado para con la educación, como la noción de prioridad de este deber por sobre otros. Para ese entonces, por razones políticas, habían dejado de formar parte de la Comisión los Sres. Evans, Ovalle y Silva Bascañán.⁵⁸

⁵⁷ Al respecto el Sr. Guzmán señala: "Pero, ¿por qué se pone "prioritariamente" en el caso de la educación, y no en el de la salud y en muchos otros, teniendo aquí, además, el riesgo de que, por tradición histórica, el término pueda ser mal entendido, más allá de la voluntad de la Comisión? No es posible ir agregando el término "prioritariamente" en cada parte. Todas las labores que se asignan al Estado por la Constitución tienen igual importancia. La prioridad entre ellas, para el caso de que, en un momento dado, el Estado deba optar, dependerá de las circunstancias: puede ser que, en un instante, lo prioritario sea reconstruir materialmente el país, si ha sido asolado por un terremoto, antes que atender

a funciones educacionales más desarrolladas" (Ibíd. Pág. 497)

⁵⁸ En la sesión 277 del 17 de marzo de 1977 se presenta la renuncia del Sr. Evans a días del Decreto Ley N° 1697 que establece la disolución de todos los partidos políticos, agrupaciones, facciones o movimientos de carácter político. Por las mismas razones, renuncia el Sr. Silva y dirige una carta el mismo día de esta sesión, la cual es leída en la sesión siguiente, en la que expresa claramente su desencanto ante este decreto. Ambos estaban ligados al Partido de la Democracia Cristiana. Dos meses después la ministra de Justicia Mónica Madariaga le pide la renuncia al Sr. Ovalle, cuya renuncia es presentada el 29 de mayo de 1977 en la sesión N° 294, cabe señalar que el Sr. Ovalle estaba involucrado al Partido Radical. Para mayores detalles revítese las Actas Constitucionales de la Comisión Ortúzar: N°277, N°278 y N° 279. Lamentablemente, no pudimos encontrar bibliografía especializada que abordará con mayor profundidad el retiro de los Sres. Evans, Silva Bascañán y Ovalle, las razones al respecto se extrajeron directamente de las Actas mencionadas.

El anteproyecto generado por la Comisión Ortúzar fue discutido con posterioridad en el Consejo de Estado que presidía el ex Primer Mandatario de la nación Don Jorge Alessandri Rodríguez, con el propósito de establecer un consenso definitivo en la Constitución que regiría el futuro de Chile.

Sin embargo, en las actas oficiales del Consejo de Estado relativas al derecho de la educación vuelve aparecer el precepto que indica cierto protagonismo del Estado en el ejercicio de este derecho. Como se puede apreciar en la sesión N°59 del 19 de diciembre de 1978 donde el Consejo de Estado analizará el anteproyecto:

El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida y para ello promoverá en los educandos el sentido de responsabilidad moral, cívica y social; el amor a la Patria y a sus valores fundamentales; el respeto a los derechos humanos y el espíritu de solidaridad entre los hombres y de paz entre los pueblos.

La educación es una atención primordial del Estado⁵⁹, el cual deberá fomentar su desarrollo, como asimismo el estímulo de la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación.

Los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos, y la facultad de escoger el establecimiento de enseñanza.

La educación básica es obligatoria, y el Estado deberá mantener las escuelas gratuitas que, para este efecto, sean necesarias.

La ley contemplará los mecanismos adecuados para crear, mantener y ampliar los establecimientos educacionales tanto públicos como privados, y establecerá las modalidades y requisitos para la distribución de los recursos disponibles⁶⁰.

Durante la revisión del anteproyecto de la Comisión Ortúzar en el Consejo de Estado, también se dio un debate ideológico que se caracterizó, al igual que en la Comisión Constituyente, por el rol que debía cumplir el Estado en la educación. En el Consejo se libró el conflicto entre el Sr. Cáceres y el Sr. Hernández,

⁵⁹ El resaltado es nuestro.

⁶⁰ *Ibíd.* pág. 548.

principalmente. Por una parte, según el Sr. Cáceres el rol del Estado en la educación sólo debe ser subsidiario y que esto se ha de explicitar en la Constitución para evitar que se diese algún símil a la idea de la Escuela Nacional Unificada. Por otra parte, el Sr Hernández apela que si bien el Estado se rige bajo el principio de subsidiaridad, este principio no es aplicable para los derechos sociales ni de la educación ni de la salud en tanto ellos contribuyen al bienestar general de la sociedad civil y si el Estado es la representación institucional de ésta, le corresponde a él garantizarlos. Este argumento va en la misma línea que los declamados por Ovalle, Evans y Silva Bascuñán, cuyos principios se fundamentan en la tradición republicana de Chile. A diferencia de los que articula tanto el Sr. Cáceres como el Sr. Guzmán que tienen su basamento, principalmente, en el principio de subsidiaridad propuesto por la doctrina social de la Iglesia Católica.

Después de varias sesiones de revisión del anteproyecto por el Consejo de Estado se decide acotar el numeral relativo al derecho a la educación, acentuando la normativa constitucional sólo a lo esencial con el fin de eliminar todo aquello que pudiese conducir a ambigüedades que pusieran en riesgo la institucionalidad. La sesión N° 98 del 4 de diciembre de 1979 el Consejo de Estado estima que tras los acuerdos arribados en la Comisión Ortúzar, más los del propio Consejo de Estado y el análisis de las Constituciones anteriores, más el de la Reforma de 1970 se determinó una formulación escueta del derecho a la educación que contenga sólo lo fundamental. La que se traduciría en:

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

9.- El derecho a la educación.

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

La educación básica es obligatoria. El estado deberá mantener un sistema gratuito con tal objeto.

Le corresponderá, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus otros niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación.

Los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos”⁶¹.

⁶¹ *Ibid.*, pág. 553

Como podemos ver nuevamente desaparece en la formulación el precepto de que *la educación es una atención primordial del Estado*. No obstante, en la misma acta de la sesión N° 98 se habla sobre por qué se cambia la palabra función por atención y de que es primordial porque dentro de las labores del Estado es una de las más importantes, a su vez en la acta de la sesión N° 100 del 8 de enero de 1980 el Sr. Ibáñez *“propone sustituir las palabras iniciales del inciso tercero de este número, que dice: “Es deber preferente del Estado...”, por “Es una atención primordial del Estado”*; se basa para ello en la necesidad de uniformar la terminología, siendo esta última la que se acordó finalmente emplear en el derecho a la educación. Posterior a esta declaración del Sr. Ibáñez, en el acta sólo se señala que queda pendiente la indicación y se levanta la sesión.

Desafortunadamente no pudimos encontrar ni dentro de las Actas de la Comisión Ortúzar ni dentro de las Actas del Consejo de Estado a disposición, en qué momento se elimina y cuáles son los argumentos que permiten liberar, finalmente, al Estado de la obligación de atender a la educación de sus ciudadanos, ya sea de manera preferente como en las Constituciones anteriores o de manera prioritaria o primordial como podría haber sido en la Constitución de 1980 si se hubiese respetado lo establecido en la Acta N° 224 de junio de 1976. Pese a que las actas secretas del Consejo de Estado y de la Comisión Ortúzar ya no son el tabú que fueron en la época de su gestación, aún no contamos con el registro completo y acabado de aquéllas, el que nos permitiría comprender con mayor detalle por qué prevalecieron ciertos principios sobre otros. Hasta acá dejamos la recapitulación de los orígenes del derecho a la educación en la Constitución de 1980. El que fue redactado finalmente como:

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas;

10°.- 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.

La educación básica es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población.

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.

Podemos ver que en la redacción final de la Constitución de 1980 no prevalecieron los argumentos en pro de un Estado más activo en el ejercicio del derecho a la educación, sino que prevalecieron los argumentos a favor de un Estado subsidiario y un rol protagónico de los padres y de los grupos intermedios en el ejercicio de este derecho. Pues según el inciso 3º *-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-* los padres representan el titular preferente del derecho a la educación de sus hijos y a su vez representan también el sujeto pasivo de este derecho, pues a ellos les corresponde el deber de educar a sus hijos, siendo los hijos finalmente el verdadero titular del derecho. Al Estado le corresponde dar especial protección al derecho de los padres a educar a sus hijos, desde esta perspectiva el derecho a la educación que asegura la Constitución no es un derecho que entrega el Estado a los ciudadanos directamente, sino un derecho de los padres que el Estado protege.⁶²

Por otro lado, si el objeto de la educación es el pleno desarrollo de las personas a lo largo de su vida y el Art. 19 N°10 asegura el derecho a la educación a todas las personas, cabría preguntarse qué significa esta garantía y cómo se da de manera

⁶² "Aunque plausible, la interpretación del derecho contenido en el inciso 3º del N°10 como libertad desnuda no es correcto. Ello porque es incompatible con el deber que la segunda parte del inciso 3º le impone al Estado, el deber especial de proteger el ejercicio del derecho (de los padres de educar a sus hijos). La razón no es que una libertad de X sea incompatible con un deber de Y, porque evidentemente no hay incompatibilidad alguna en eso. La razón es simplemente que en el ejercicio de una libertad desnuda no es susceptible de ser protegido, porque no puede ser protegido el ejercicio de la ausencia de un deber. Dicho de otro modo: si el Estado tiene el deber de proteger el ejercicio de un derecho no puede ser una libertad desnuda, porque las libertades desnudas no son susceptibles de ser ejercidas." (Atria, 2007, pág. 45) En cambio el derecho a la educación sí ha de ser ejercido por los padres.

efectiva. Se refiere sólo al acceso de las personas a la educación en general, se refiere sólo a un tema de cobertura o se refiere a una garantía que asegure o entregue las herramientas para el desarrollo personal en todas las etapas de la vida. Dado que las personas no están obligadas a educarse más que hasta el ciclo básico, según la Constitución de 1980 sin considerar las reformas posteriores - *La educación básica es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población*- entonces el Estado sólo aseguraría el acceso de las personas hasta 8° básico y el rol que desempeñaría en la educación de las personas después de 8° básico sería sólo proteger el derecho de sus padres a educarlos -lo que significa que si éstos pueden y quieren educar a sus hijos después de 8° serán protegidos (¿cómo?) al momento de hacerlo- y fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles, aunque cabe precisar que en el 5° inciso del N° 10 del Art. 19 de la Constitución en el momento que se declara que: *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.* Abandona el derecho individual a la educación presente en los incisos anteriores y se refiere a la educación en tanto derecho social que le compete a toda la comunidad. Para el cual ha de fomentar y estimular su desarrollo científico, tecnológico, artístico, etc. En este inciso se declara el nuevo y minúsculo rol que tendrá el Estado con los organismos que imparten y que desarrollan en todos sus niveles (y áreas) la educación. Rol que implica no solamente a la iniciativa privada interesada en estas áreas, sino también a todas las instituciones estatales en la materia. Desde este inciso se desprende la existencia del sistema mixto (con financiamiento estatal y con financiamiento de particulares) que envuelve a todas las instituciones educacionales de carácter público (Universidades, Centros de Formación Técnica, etc.) las que tienen que financiarse en gran medida y que, a su vez, deben competir en el “nuevo mercado educativo”.

El inciso final señala que *es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.* Por lo tanto, es la sociedad civil la que está obligada a contribuir en desarrollar y mejorar la educación y no es el Estado quien tiene esta obligación. Pero si al Estado, que es el representante dentro de la Institucionalidad de toda la Comunidad nacional, no le corresponde este deber, entonces ¿bajo qué figura o qué actor social estaría representada ahora la comunidad

nacional en el ejercicio de este deber? La respuesta a esta pregunta una vez revisada la discusión en torno al derecho a la educación es de fácil alcance, pues en un Estado cuyo rol es subsidiario incluso en los derechos sociales, el deber de contribuir en el desarrollo y mejoramiento de la educación recae en los grupos intermedios y sólo por deficiencia de éstos, ha de actuar el Estado. Tras el descontento manifestado por la ciudadanía en las movilizaciones del año pasado (2011) respecto a la educación, sería oportuno que se reevaluará tanto los principios como los roles que deben tomar los actores sociales en el ejercicio educativo. Replantearse, por ejemplo, si el Estado seguirá ejerciendo un papel subsidiario frente a los derechos sociales como la educación, la salud, etc., derechos que contribuyen al bien común que es la finalidad propia del Estado y seguir dejando en manos de las entidades privadas el ejercicio de éstos, pero ya no como derechos que pueden ser exigidos sino como servicios que deben ser pagados, o, al menos en estas materias, tomará un rol protagónico que garantice efectivamente la obtención de los derechos sociales que figuran en la Constitución, la que a su vez los ha ratificados en los Pactos Internacionales, y no sean sólo parte de la retórica constitucional, sino más bien parte de la realidad nacional. Pues, en este caso, si la educación es el desarrollo en todas las etapas de la vida de la persona, por qué se garantiza el acceso en 1980 sólo hasta la enseñanza básica, a partir del 2005 se suma hasta la enseñanza media, y no se lo garantiza hasta el último nivel de educación formal. Ya que si para poder estudiar en la Educación Superior⁶³ se debe o tener el dinero para costearla o tener el mérito académico suficiente para que el Organismo que la imparte vea al futuro estudiante como inversión o tener que acreditar una situación económica desfavorable que en el mejor

⁶³ A propósito de la Educación Superior cabe considerar que antes del Golpe de Estado era financiada principalmente por el fisco y que desde 1974 comenzó el traslado paulatino de los recursos destinada a financiarla a otros sectores tanto dentro como fuera de la educación. Tal como señala el Sr. Troncoso "el Gobierno está tratando de trasladar los medios económicos de que se dispone de un y medio, el Estado destinaba más del 50% de los recursos asignados a la educación al sector universitario, que comprende solamente el 4% de los educandos chilenos, y el resto, el 96% del sector educacional, era atendido con menos del 50%. Por supuesto, había sectores que sencillamente no recibían atención, lo que constituye una injusticia social y, además, un privilegio, porque sólo una "élite" puede ingresar a la universidad.

Durante estos dos años se ha desarrollado esta política de traslado de recursos de un sector a otro, y se va a seguir desarrollando porque quien llega a la universidad, aprovechando una oportunidad que es igual para todos, debe pagar sus estudios, obviamente no durante la realización de los mismos, sino cuando egresa, a fin de que devuelva a la sociedad lo que ésta le dio para permitirle ser mucho mejor de lo que era. De esta manera el Estado estará en condiciones de destinar recursos al cumplimiento de funciones que no es posible que otros realicen" (Historia de la Ley del Derecho a la Educación, pág. 371)

nacional en el ejercicio de este deber? La respuesta a esta pregunta una vez revisada la discusión en torno al derecho a la educación es de fácil alcance, pues en un Estado cuyo rol es subsidiario incluso en los derechos sociales, el deber de contribuir en el desarrollo y mejoramiento de la educación recae en los grupos intermedios y sólo por deficiencia de éstos, ha de actuar el Estado. Tras el descontento manifestado por la ciudadanía en las movilizaciones del año pasado (2011) respecto a la educación, sería oportuno que se reevaluará tanto los principios como los roles que deben tomar los actores sociales en el ejercicio educativo. Replantearse, por ejemplo, si el Estado seguirá ejerciendo un papel subsidiario frente a los derechos sociales como la educación, la salud, etc., derechos que contribuyen al bien común que es la finalidad propia del Estado y seguir dejando en manos de las entidades privadas el ejercicio de éstos, pero ya no como derechos que pueden ser exigidos sino como servicios que deben ser pagados, o, al menos en estas materias, tomará un rol protagónico que garantice efectivamente la obtención de los derechos sociales que figuran en la Constitución, la que a su vez los ha ratificados en los Pactos Internacionales, y no sean sólo parte de la retórica constitucional, sino más bien parte de la realidad nacional. Pues, en este caso, si la educación es el desarrollo en todas las etapas de la vida de la persona, por qué se garantiza el acceso en 1980 sólo hasta la enseñanza básica, a partir del 2005 se suma hasta la enseñanza media, y no se lo garantiza hasta el último nivel de educación formal. Ya que si para poder estudiar en la Educación Superior⁶³ se debe o tener el dinero para costearla o tener el mérito académico suficiente para que el Organismo que la imparte vea al futuro estudiante como inversión o tener que acreditar una situación económica desfavorable que en el mejor

⁶³ A propósito de la Educación Superior cabe considerar que antes del Golpe de Estado era financiada principalmente por el fisco y que desde 1974 comenzó el traslado paulatino de los recursos destinada a financiarla a otros sectores tanto dentro como fuera de la educación. Tal como señala el Sr. Troncoso "el Gobierno está tratando de trasladar los medios económicos de que se dispone de un y medio, el Estado destinaba más del 50% de los recursos asignados a la educación al sector universitario, que comprende solamente el 4% de los educandos chilenos, y el resto, el 96% del sector educacional, era atendido con menos del 50%. Por supuesto, había sectores que sencillamente no recibían atención, lo que constituye una injusticia social y, además, un privilegio, porque sólo una "élite" puede ingresar a la universidad.

Durante estos dos años se ha desarrollado esta política de traslado de recursos de un sector a otro, y se va a seguir desarrollando porque quien llega a la universidad, aprovechando una oportunidad que es igual para todos, debe pagar sus estudios, obviamente no durante la realización de los mismos, sino cuando egresa, a fin de que devuelva a la sociedad lo que ésta le dio para permitirle ser mucho mejor de lo que era. De esta manera el Estado estará en condiciones de destinar recursos al cumplimiento de funciones que no es posible que otros realicen" (Historia de la Ley del Derecho a la Educación, pág. 371)

de los casos permita acceder a una beca y que en el peor de éstos a un crédito, entonces, la educación no es un derecho sino un privilegio.

Cabe destacar cuatro cosas más antes de finalizar este capítulo. La primera, es el proceso de intervención de los militares en las Universidades públicas, el que comienza a menos de un mes del Golpe de Estado⁶⁴ cuando se proclama el Decreto Ley N° 50 que designa un Rector Delegado en cada una de las Universidades estatales con el propósito de unificar el sistema universitario, Rector Delegado que posteriormente tendría una serie de atribuciones, tales como crear o suprimir cargos, remover o destituir a autoridades, profesores, funcionarios, etc. Dicho proceso, que tiene un conjunto de normativas jurídicas en pro de la intervención universitaria, de la reducción del gasto fiscal en ella⁶⁵-y en la educación en general-, del estímulo a la iniciativa privada para emprender en la educación superior y del definitivo desmantelamiento de la Universidad de Chile y de la Técnica del país, termina -y se establece- con la derogación del Decreto de Ley N°50 el mismo día que se promulga la Ley Orgánica de Enseñanza.

La segunda, es que a partir de 1977 comenzó el proceso de Municipalización de la educación escolar pública, con el traspaso de los recursos estatales para la educación a las municipalidades⁶⁶, lo que conllevó que las escuelas anteriormente fiscales quedaran bajo la administración de turno de cada una de las comunas del país. Este

⁶⁴ El Profesor Carlos Ruíz señala en su libro *De la República al mercado* que dentro de las políticas educacionales del Régimen Militar se encuentran claramente dos objetivos: el primero es insertar el neoliberalismo en esta materia y el segundo es controlar –disciplinar- a los actores participantes del ejercicio educativo. “El primer objetivo tiene que ver con el proyecto neoliberal global de desmantelamiento del Estado democrático-social, lo que se expresa en una reducción drástica del gasto fiscal en educación y en general en todo el gasto social. El peso del sector educacional es muy importante, ya que su financiamiento representa el 20% del gasto fiscal total. Como el desmantelamiento del Estado interventor es complementado con el abandono del modelo de sustitución de importaciones, se comprende que la reducción del gasto en educación, especialmente en capacitación y formación de recursos humanos para la producción, no sea un impedimento para llevar adelante estas políticas.

El segundo objetivo mantiene una cierta continuidad con las políticas de la etapa anterior y se expresa en la necesidad de disciplinamiento de los actores sociales del campo; en especial, como lo hemos visto, de las organizaciones docentes y las de estudiantes universitarios” (Ruíz, 2010, pág. 103)

⁶⁵ En el Decreto con Fuerza de Ley N° 4 de 1981 se establece un nuevo sistema de financiamiento universitario en el que el Estado deja de ser responsable de éste y pasa sólo a contribuir en el financiamiento de las Universidades y de los estudiantes. Esta liberación de responsabilidad del Estado en el financiamiento de la Educación Superior se sustenta en el 5º inciso del N° 10 del Art. 19, pues el rol del Estado en esta materia es sólo incentivar y estimular su desarrollo.

⁶⁶ Traspaso que se regula con el Decreto con Fuerza de Ley 1-3063 de 1978.

proceso generó una serie de inequidades dentro del sistema público de enseñanza, ya que en Chile la diferencia socio-económica entre las comunas es realmente abismante, piénsese en el caso de una comuna como la Pintana versus otra como Vitacura y para qué hablar de lo que ocurre en regiones. Esta situación continúa vigente hasta el día de hoy contribuyendo a la segregación social existente en Chile. Pues forma parte de las privatizaciones masivas que se enmarca en el proceso de las “Modernizaciones” impulsadas por el Gobierno Militar a comienzos de 1980, cuyo fin consistió en reducir el rol del Estado, estimular la iniciativa privada y, en definitiva, consagrar el modelo neoliberal en Chile.⁶⁷ Dígase de paso los hitos que caracterizaron este “proceso de modernización” son: la Reforma laboral, la primera fase de privatizaciones de empresas públicas, la liberalización del comercio exterior (Política de aranceles), la Reforma al mercado de capitales (apertura del crédito a la banca privada), la renegociación de la deuda externa tras la crisis de 1981 (venta de activos estatales por recompra de los pagarés de la deuda externa privada) que es la segunda fase privatizadora, la Reforma al sistema previsional (AFP), la Reforma a la salud (Ley de Isapres y municipalización).

La tercera es la Ley N°18.962, Ley Orgánica de Enseñanza (LOCE) que se encarga de dar cuerpo a los preceptos establecidos por la Constitución respecto a la educación, principalmente, en referencia el Art. 19 N° 11 La Libertad de enseñanza que establece:

11°.- 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.

⁶⁷ “Nuestra sociedad es tal como la hacemos. Podemos modelar nuestras instituciones. Las características físicas y humanas limitan las alternativas de que disponemos. Pero nada nos impide, si queremos, edificar una sociedad que se base esencialmente en la cooperación voluntaria para organizar tanto la actividad económica; una sociedad que preserve y estimule la libertad humana, que mantenga al Estado en su sitio, haciendo que sea nuestro servidor y no dejando que se convierta en nuestro amo” (Friedman, 1983, pág. 61) Bajo este ideal se insertó el sistema neoliberal en Chile. Desde la Constitución que cambió la estructura normativa de la sociedad y el rol de sus actores, hasta las reformas en casi todas las áreas, las que terminaron por sellar el nuevo sistema político-económico de Chile.

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.

Esta Ley Orgánica es el marco ordenador que decreta el rol subsidiario del Estado en la educación, en tanto se limita a ser un ente regulador dentro de la misma, cuyo deber se reduce sólo a entregar el acceso a la escolaridad básica. De esta forma, la LOCE representa la máxima expresión de neoliberalismo del aparato jurídico nacional en educación hasta entonces visto en Chile –y muy posiblemente en el mundo- en tanto consagra la libertad de enseñanza por sobre el derecho a la educación. Mercantilizando la educación con ideas similares a las que podemos encontrar con el Sr. Friedman: como la libre elección de las escuelas, que la calidad del mercado educativo va a mejorar en tanto haya mayor competencia, pues si los padres son libres de escoger la escuela de sus hijos a través de un sistema de Voucher, financiamiento estatal a la demanda (los padres⁶⁸) y no a la oferta (las escuelas), podrán elegir las mejores y no verse forzados por sus recursos a elegir las peores por ser éstas públicas. Que si bien es cierto al Estado le corresponde legislar y financiar la educación obligatoria, no tiene por qué ser él quien administre las escuelas, las escuelas se han de desnacionalizar, pues sólo genera un sistema cada vez más burocrático que impide el crecimiento y desarrollo, obligando a los padres a tener a sus hijos en escuelas malas –cuando no tienen recursos- ya que éstas son públicas y no exigen altas sumas de dinero para estar en ellas., etc.⁶⁹ Este tipo de argumentos cuya validez reside en la contingencia, son los que se han utilizado para

⁶⁸ En Chile el voucher a la demanda no se asigna directamente a los padres, sino de manera indirecta. El financiamiento estatal a la demanda se traduce en el dinero-subvención- que aporta el Estado por alumno matriculado en una escuela. De este modo, no es un capital fijo que esté destinado a las escuelas, sino un capital fijo por alumno, cuyo traspaso se concreta una vez que éste se haya matriculado. Además, existe una subvención que se paga a las escuelas por porcentaje de asistencia de los estudiantes a los establecimientos escolares.

⁶⁹ Véase, Friedman, tanto Libertad de Elegir como Capitalismo y Libertad.

disminuir y liberar al Estado de su deber para con el cumplimiento de los derechos sociales. Apelando a que el Estado es un mal administrador, que no genera réditos, sino sólo deuda y además de eso suele fracasar en sus propósitos pues, por lo general, termina generando lo que pretende eliminar –en el caso de la educación, más ignorancia-. Por esta razón, toda empresa estatal, debe pasar a manos de los privados pues se cree que una empresa competitiva es mucho más eficiente al momento de satisfacer la demanda que una empresa nacional.

Lo que tenemos, en suma, en Chile, como resultado de la política de mercado en educación, con su disminución del gasto público y en énfasis en los subsidios, es este sistema fuertemente diferenciado según la clase, segmentado, cuyo fundamento es la idea del Estado subsidiario, es decir, que la idea del gasto estatal en educación sólo se justifica a nivel primario y más allá, sólo el caso de los estudiantes pobres y extremadamente pobres. Aunque esto puede significar un aumento en la cobertura, significa necesariamente educación de mala calidad, porque el sistema municipal y subvencionado gratuito, para contribuir a que se desarrolle la educación privada –y por lo tanto a incentivar el esfuerzo y el trabajo individual y posibilitar una locación más eficiente de los recursos estatales- debe ser de calidad relativamente baja (Ruíz, 2010, pág. 115)

El cuarto y último punto que consideraremos son las reformas educacionales hechas por los gobiernos de la Concertación. La LOCE fue modificada nueve veces entre los años 1991 y 2005 hasta que en el año 2009 fue finalmente derogada por disposición del Art. 70 de la nueva Ley General de Educación (LGE)⁷⁰. Anterior a la LGE se le agregó un nuevo inciso y se modificó otro a la Constitución en al Art. 19 N°10 del derecho a la educación. Los que corresponden a los actuales incisos 4° (publicado por el Diario Oficial el 16 de febrero del 2007) y 5° (publicado el 22 de mayo del 2003) que señalan:

⁷⁰ Es importante mencionar que el contexto social que motivo la derogación de la LOCE fue el de las movilizaciones (marchas y tomas de la mayoría de los colegios municipalizados del país) por parte de los estudiantes secundarios a lo largo de todo el país, la llamada "revolución pingüina" del 2006. Cuyas principales consignas eran: cambio Constitucional, desmunicipalización, derogación de la LOCE y otros reclamos más inmediatos como infraestructura en los colegios, funcionamiento del pase escolar durante todo el año, quitar el costo por dar la PSU, entre otros.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición, sin que éste constituya requisito para la educación básica. Ley N° 19.876 Art. único N°1

La educación básica y la educación media 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 con la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

Ley N° 19.876 Art. único N°1.

Los incisos agregados por la Concertación amplían el deber del Estado para con los ciudadanos en el ejercicio del derecho a la educación. Por un lado, al garantizar un sistema de acceso gratuito a la educación media y al volverla obligatoria hasta los 21 años y, por otro lado, al promover la educación parvularia y garantizar un sistema gratuito de acceso a ella, sin ser esta obligatoria. En este punto final se diferencia el rol del Estado al de la lógica de la Comisión Ortúzar que, como vimos anteriormente, establecía un criterio entre obligatoriedad y gratuidad, bajo el cual la educación gratuita ha de ser sólo aquella que es obligatoria, por esta razón la educación media y la educación superior no eran gratuitas, en tanto no eran obligatorias. Criterio que no se respeta en la elaboración respecto a la educación parvularia, pues no es obligatoria y se garantiza un acceso gratuito.

Con las Reformas Constitucionales de los gobiernos de la Concertación hemos finalizado la contextualización del derecho a la educación. No ahondaremos en dichas reformas porque el objetivo de este informe consiste en atender los fundamentos que inspiraron la concepción del derecho a la educación dentro de la Constitución de 1980.

CAPÍTULO III

El quiebre con la tradición constitucional y las discordancias con los acuerdos internacionales en educación.

Tras el estudio realizado en los Capítulos I y II del presente trabajo estamos en condiciones de afirmar que el derecho a la educación dentro de la Constitución de 1980 se estructuró de manera absolutamente coherente con los principios que inspiraron a la Comisión Ortúzar cuyas actas relativas a este derecho se revisaron y con esto se mostró la visión que terminó predominando en la Carta Fundamental. El principio de subsidiaridad prevalece como eje rector de la Constitución incluso en los derechos sociales, lo que resulta problemático si lo que se quiere es el bien común y si no existe un compromiso efectivo por parte del Estado de igualar las oportunidades de las personas en su desarrollo tanto espiritual como material al interior de la Constitución.

Por otra parte, si bien existe cierta coherencia entre los roles que define la Constitución en el Art. 1º a los actores sociales y cómo dichos roles se expresan en el derecho a la educación. No obstante, la forma en que se dan las relaciones de los actores sociales al interior de la Constitución no deja de simbolizar dos cosas: por un lado, el quiebre con la tradición republicana de Chile previa al Golpe de Estado de 1973 y por otro lado una falta de atención a los Pactos Internacionales ratificados por Chile.

Para evidenciar el quiebre republicano consideraremos las dos Constituciones que tuvieron mayor vigencia en el país, a saber, la Constitución de 1833 y la Constitución de 1925. En la Constitución de 1833 en el Capítulo XI Disposiciones generales se señala respecto a la educación lo siguiente:

Art. 153 La educación pública es una atención preferente del gobierno. El congreso formará un plan general de educación nacional: y el ministerio del despacho respectivo le dará cuenta anualmente del estado de ella en toda la República.

Art.154 Habrá una superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección bajo la autoridad del gobierno.

Como se puede apreciar en esta Carta Fundamental se señalan tres puntos esenciales que marcan un rol preponderante del Estado en materia educativa. En primer lugar se habla de educación pública, figura que desaparece en la Constitución de 1980, en segundo lugar la educación será una atención preferente del Estado, prioridad que tampoco aparece en la Constitución actual y en tercer lugar se establece una Superintendencia de educación pública encargada de la inspección de la enseñanza, entidad que tampoco se encuentra presente en la Constitución de 1980 y cuyo similar es la Ley Orgánica de Enseñanza (actual Ley General de Educación). Cabe considerar que la libertad de enseñanza no se encontraba establecida en los inicios de la Carta Fundamental de 1833. Situación que cambia con la Reforma de 1874, donde se modifica el N° 6 del Artículo 12 cuyo último inciso asegura a todos los habitantes de la república la libertad de enseñanza. La que toma forma con la Ley del 9 de enero de 1879 que permite fundar establecimientos de instrucción secundaria o superior y enseñar pública o privadamente cualquier ciencia. Esto significó un incentivo para el surgimiento de nuevos centros educacionales, por ejemplo, la Pontificia Universidad Católica de Chile en 1888.

La Constitución de 1925 preserva todo lo anterior y lo estructura en el Capítulo III Garantías Constitucionales donde asegura a todas las personas:

Art 10 N° 7 libertad de enseñanza

La educación pública es una atención preferente del estado

La educación primaria es obligatoria

Habrá una superintendencia de educación pública a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección, bajo la autoridad del gobierno.

En la Carta Fundamental de 1925 se agrega la libertad de enseñanza y la educación primaria se vuelve obligatoria, además, se mantiene tanto la figura de educación pública como función preferente del Estado como la Superintendencia de educación pública para fiscalizar la enseñanza nacional. Salvo la libertad de enseñanza y la obligatoriedad de la educación básica todo lo demás se pierde con la Constitución de 1980.

Con esto parece evidente el giro que se da en materia educativa con la Constitución de 1980, pues en ésta el rol preponderante recae en los padres y en los grupos intermedios amparados por la libertad de enseñanza. Por otro lado, se debe destacar que el derecho a la educación no aparece como tal en las Constituciones anteriores y, en cambio, en la de 1980 sí. Esto se debe entender bajo al contexto histórico en que se enmarca la redacción de la misma, el cual es posterior a la creación de las Naciones Unidas, organismo del cual Chile es miembro desde 1945. Este Organismo internacional se expresa por primera vez en materia educativa en la Declaración de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en París el 10 de octubre de 1948, en la que expresa en el artículo 27 sobre educación que:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Si bien es cierto que el Art. 27 de la Declaración de los derechos fundamentales tiene varias similitudes con los preceptos establecidos por la Constitución de 1980. Saltan a la vista dos diferencias: la más evidente se expresa en el N°2, pues en éste se plantean objetivos específicos dentro de los propósitos de la educación. La segunda diferencia se encuentra relacionada a la educación técnica y profesional cuyo acceso no es igual para todos, pues como vimos anteriormente en las actas constitucionales se la considera un privilegio por el cual se debe pagar, ya que contribuye sólo al desarrollo individual. Por tanto, es una inversión particular que cada cual debe hacer

consigo mismo, en el caso chileno esta responsabilidad recae esencialmente en los padres o en el educando. Ante esto podemos decir dos cosas: la primera es que plantear algo de este tipo significa concebir al individuo como un ser totalmente independiente de la sociedad de la que forma parte, como si el bienestar de éste no contribuyese con el bienestar de la comunidad. Noción que si se toma en relación con el bien común, contradeciría en parte lo que por éste se define⁷¹ en la misma Constitución y se fundaría en una noción liberal del bien común y no subsidiaria como se autodetermina. La segunda es que si para poder acceder a la educación superior se debe pagar, entonces, inmediatamente deja de ser un derecho la educación en general y se vuelve un privilegio.⁷² Puesto que derecho en este sentido significa, según la visión más estándar que podemos encontrar, la *Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor* y en tanto pertenezca a los derechos fundamentales *por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, suelen ser recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior*⁷³. Si el derecho a la educación que garantiza la Constitución se reduce sólo a la educación básica (y ahora también a la educación media) no está en concordancia con la Declaración de los Derechos Humanos y tampoco con el objeto que ella misma define en la educación. Pues si la Constitución garantiza el derecho a la educación a todas las personas en el Art. 19 N° 10 y de ésta se dice en el 2° inciso que tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de la vida y sin embargo, se establece un sistema educativo garantizado en el inciso 4° (y el 5° que se añade con las reformas) que excluye la Educación superior, entonces o se entiende que la educación superior va más allá de la vida o se entiende por garantizar un derecho un mero acto retórico. No sabemos.

Por otra parte la Declaración de Derechos Humanos es un derecho internacional de carácter consuetudinario, no vinculante. Por tanto, es una recomendación de cómo

⁷¹ Véase el Capítulo I de este informe.

⁷² Se recordará, por supuesto, que un deber es el correlativo invariable de aquella relación jurídica que con mayor propiedad recibe el nombre de derecho (subjeto) o pretensión. Siendo así las cosas, si fuera menester más pruebas respecto de la fundamental e importante diferencia entre un derecho (o pretensión) y un privilegio, seguramente se las hallaría en el hecho de que el correlativo de la última relación es un "no-derecho", expresión que usamos en razón de que no existe ninguna palabra acuñada para expresar este concepto. (Hohfeld, 1992, Pág.51)

⁷³ Definiciones tomadas por el diccionario en línea de la Real Academia de la lengua Española.

han de encauzar la jurisdicción de los países parte de las Naciones Unidas y no una determinación. Sin embargo, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) de 1966 sí reviste un carácter vinculante que deben cumplir los miembros de las Naciones Unidas. Pacto que entró en vigor Internacional para Chile en marzo de 1972 y se promulgó con el Decreto N°326 el 28 de mayo de 1989 ocho meses antes de la promulgación de la LOCE, ley que no se hace cargo de forma absoluta a lo que este Pacto en materia educativa dispone en su Artículo 13:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen 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. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Si bien es cierto que ya en la Constitución de 1980 se considera el derecho a la educación y la libertad de enseñanza de una manera similar a la expresada en el N°1, N°3 y N° 4 del a Art. 13 de los DESC, del N° 2 sólo se cumple a) la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, y de las cuatro letras restantes no se hace cargo⁷⁴, pese a que el Pacto ya se encontraba en vigencia Internacional para Chile desde 1972. No obstante, se podría esperar que luego de ratificar el Pacto Internacional de los DESC se tendiese a cumplir con lo que éste exige en la Ley Orgánica que aún no entraba en vigencia. Sin embargo, ocurre todo lo contrario, la LOCE en vez de tender a un sistema de enseñanza gratuito en todos sus niveles, promueve todo lo contrario. Encargándose, más bien de dar herramientas que permitan mercantilizar la educación y volverla en un bien de consumo por el cual se debe pagar, en vez de democratizarla y hacerla accesible para todos como así supuestamente lo garantizaría tanto el Capítulo III de la misma Art. 19 N° 10 donde la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a la educación, lo que si se considera a cabalidad y en concordancia con el Pacto Internacional de los DESC parece ser sólo un discurso demagógico carente de efectividad.

⁷⁴ Con las reformas educacionales de los gobiernos de la concertación, el Estado comienza a hacerse cargo de b) Educación secundaria gratuita y obligatoria y de algún modo con las nuevas leyes de subvenciones también de e) en tanto inserta un sistema de becas que en la LOCE originalmente no se encontraba presente. La LGE marca cierta diferencia con la LOCE aunque no demasiada pues mantiene un sistema universitario pagado, tanto el público como el privado.

CONCLUSIÓN

La falta de preocupación del Estado chileno en materia educativa es una demanda que en los últimos seis años se ha hecho manifiesta por la ciudadanía. Cuyos hitos más emblemáticos han sido las movilizaciones de los estudiantes secundarios en el año 2006 y la de tanto universitarios como secundarios en el año 2011. Los hijos de la democracia se revelan ante un sistema que ha liberalizado todos los derechos sociales y ha insertado la lógica del mercado en todo orden de cosas, generando una sociedad desigual, segregada y endeudada con ciudadanos categorizados por sus ingresos económicos. Los hijos de la dictadura pagan ahora como padres los costos de una Constitución de dudosa legitimidad, la que debe ser revaluada tanto por su origen como por los frutos que en materia social se están cosechando actualmente.

Sostener argumentos falaces como la homologación entre crecimiento económico y desarrollo social han fomentado en un alto grado la miopía de nuestro sistema político, lo que se demuestra a la hora de elaborar políticas públicas que van al síntoma y no a la causa del problema. Porque las causas se encuentran en la Constitución y la nuestra es de una rigidez extrema. La Concertación durante 20 años trató de parchar con 31 reformas los vacíos y problemas que se generaban a medida que la ciudadanía se iba acomodando a una Constitución que se desenvolvía paulatinamente. Pero, de forma definitiva. Pues el actual sistema constitucional está tan inteligentemente sellado que cualquier reforma que se pretenda hacer no podrá sino darse de manera que la estructura en su conjunto resulte, finalmente, inamovible. El mérito de esto se lo debemos esencialmente al Sr. Guzmán y a las circunstancias ilegítimas en que se da su promulgación.

Lo que logra Guzmán es el derrumbe no solo de la Cuarta República, sino de la institucionalidad republicana que se forja en Chile a partir de su Independencia. Esto es posible por su decisión de transferir el Poder Constituyente del pueblo a la Junta Militar presidida por Pinochet. Lo que no entra en sus cálculos es que con ello estaba comprometiendo gravemente la legitimidad de su obra principal, a saber, la Constitución de 1980, como lo reconoce la *Declaración de Profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad de Chile respecto de la Convocatoria a Plebiscito para Ratificar la Constitución* de 24 de agosto de 1980. Esta *Declaración* confirma la naturaleza no democrática del plebiscito

convocado para aprobarla, pues esa decisión de la Junta en ningún modo intentó activar el Poder Constituyente del pueblo. Según la *Declaración*, que firma Guzmán, la Junta Militar “en cuanto titular del Poder Constituyente originario” estaba legítimamente capacitada para otorgar la Constitución sin necesidad de un plebiscito, que solo “por razones de prudencia y no de necesidad jurídica” decidió llevar a cabo. Esto confirma la abrogación del Poder Constituyente del pueblo, vigente en Chile desde la Independencia.⁷⁵

Otra homologación equivoca ha sido suponer que cubrir las necesidades educativas se reducía a aumentar el número de instituciones educacionales, impulsando a los privados a participar en esta tarea invirtiendo en educación. Llamado al que atendió la clase empresarial y que contribuyó en gran medida con la cobertura. Pero como en toda empresa se busca que al menor costo haya el mayor beneficio posible la calidad de la educación impartida se torno el problema principal que motivo las movilizaciones del año pasado, Pues de poco sirve tener 12 años de instrucción escolar si los objetivos planteados por ésta-un futuro mejor, igualdad de oportunidades en el sistema laboral, movilidad social, etc.- se han falseado y no desarrollado. De nada sirve tener miles de profesionales “no calificados”. Si se considera el destape de la olla a presión, a la que ha sido sometida la ciudadanía a costo del engaño (por engaño entendemos la promesa de que la educación permitirá movilidad social, lo que termina muchas veces siendo falso cuando existen organismos educativos deficientes que entregan títulos que son rechazados de plano por el mercado) y del endeudamiento (el que en el mejor de los casos es considerado una inversión, cuyo retorno se manifestará a lo largo de la vida laboral, no obstante en variadas ocasiones tal inversión resulta sólo pérdida, pues la misma deuda termina impidiendo el sueño de concretar una carrera), entonces, parece pertinente o modificar el punto de partida o modificar la meta trazada. En definitiva, transparentar la forma en que se está dando la educación en Chile y volverla coherente con el desarrollo efectivo de las personas.

⁷⁵ Ruiz-Tagle y Cristi, 2006, págs. 129-130

Pues, por mucha confianza que se tenga en el mercado, pareciese ser sensato volverse un poco más responsable con el devenir político del país y asumir que el mercado no ha sido capaz de resolver los problemas sociales y que tampoco lo será, sencillamente porque en el mundo de la oferta y la demanda las necesidades de quienes no tienen la capacidad adquisitiva para transar pasan inadvertidas por el mercado, sin dejar por esto de existir. Por consiguiente, no habría forma de que éste fuese capaz de hacerse cargo de aquéllas. Bajo la legislación de la oferta y la demanda no hay deberes ni derechos para quienes no pueden transar. No es deber del mercado hacerse cargo de los problemas sociales, ni derecho de los individuos a recibir una solución de su parte. El deber es del Estado y el derecho de los ciudadanos.

Dicho en otras palabras, se quiere el bien común o no y, si se quiere, entonces algo en esta estructura constitucional debe cambiar. Pues, la situación en la educación chilena es sólo un síntoma más de que el sistema en materia social no funciona de manera tan eficiente bajo las leyes de la oferta y la demanda como sí puede hacerlo -quizás- en el sistema financiero.

En resumen, podemos concluir que el problema de la situación actual en educación proviene de la Constitución de 1980. La que, como ya vimos, carece de legitimidad democrática y que se encarga de instaurar un sistema neoliberal en Chile. Reduciendo el rol del Estado no sólo en lo económico, sino también en los deberes de éste con los ciudadanos. Sistema que en el plano económico ha destacado internacionalmente de manera positiva y socialmente de manera negativa. En Chile los derechos sociales se han vuelto servicios por los que se debe pagar, ya sea que tengan el carácter de bienes de consumo (como la salud) o de bienes de inversión (como la educación). En Chile, prácticamente, “nada” es gratis y lo que es gratis es, entonces, “malo”.

Finalmente, sobre la Constitución cabe decir que así como está -incluso hoy después de las 31 reformas de los Gobiernos de la Concertación- impide que el Estado pueda tener un rol preponderante en la educación. De este modo, no pueda contribuir de manera efectiva en igualar las oportunidades ni generar las condiciones necesarias para la obtención del bien común.

Para ello, se debería, en primer lugar equilibrar la relación que existe entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, situación de desequilibrio que se manifiesta en tanto que la libertad de enseñanza está resguardada bajo el Recurso de Protección y el derecho a la educación no. Lo que cabría hacer a este respecto es resguardar también el derecho a la educación, de modo que no quede supeditado ni a la libertad de enseñanza, ni mucho menos a la libertad de empresa (que también se encuentra resguardada en el Art. 20)

Por otro lado, si el principio de subsidiaridad se lo entiende principalmente como límite para el Estado en vez de contribución para el bien común. Entonces, lo que debe cambiar ya no es solamente el Art. 20 en incluir al derecho a la educación, sino que el Art. 1º donde se fijan los roles de los actores sociales y desde el cual se determina el resto de la estructura constitucional. En otras palabras, si por subsidiaridad del Estado sólo se entiende “supervigilar” a los grupos intermedios y no se la entiende como “fomentar” y “generar” las condiciones necesarias para la obtención del bien común. Entonces, lo que se debe cambiar es la Constitución, si lo que se quiere efectivamente es un Chile “desarrollado”, es decir, con menor segregación y mayor equidad.

Para que esto suceda se necesita que la población más vulnerable adquiera verdaderas herramientas a través de la educación, las que le permitan lograr sus fines particulares y no esperar donaciones de carácter caritativo, ni del Estado ni de privados, pues sólo alivian el síntoma y no el problema.

Bibliografía

Primaria:

Actas Constitucionales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile. Fuente digital de la Biblioteca del Congreso Nacional <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r>

Constitución Política de la República de Chile versión original de 1980.

Constitución Política de la Republica de Chile actualizada al 2012.

Constitución de 1925.

Constitución de 1833.

Declaración Fundamental de los Derechos Humanos.

Encíclicas Papales: Quadragesimo Anno y Divini Redemptoris, extraídas en formato digital de <<http://www.instituto-social-leonxiii.org/>>

Historia de la Ley de Constitución Política de la República de Chile 1980. Artículo 19 N° 10 El Derecho a la Educación. Fuente digital de la Biblioteca del Congreso Nacional <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl>

Ley 18962: Ley Orgánica Constitucional de la Educación.

Ley 20370: Ley General de Educación.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Secundaria:

Alvarado Zamorano, Claudio. *La educación ante la Constitución y la jurisprudencia*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008

Atria, Fernando. *Mercado y Ciudadanía en la educación*. Santiago de Chile. Flandes indiano, 2007.

Atria, Fernando. *La Mala educación*. Santiago de Chile. Catalonia, 2012

Beyer, Herald. *Selección de escritos políticos y económicos de Milton Friedman* en Revista del Centro de Estudios Públicos, 60 (Primavera 1995).

Bravo, David y Marinovic, Alejandra. *La Educación en Chile: una mirada desde la economía*. Santiago. Universidad de Chile, Departamento de Economía, 1997

Cavallo Castro, Ascanio, *La Historia oculta del Régimen militar*. Editorial Antártica 1990.

Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional. Tomo I*. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002

Cea Egaña, José Luis. *Escritos de Justicia Constitucional*. Cuadernos del Tribunal Constitucional Número 35, 2007

Cristi, Renato y Ruíz-Tagle, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago de Chile. LOM, 2006

Cristi, Renato y Ruiz, Carlos. *El pensamiento conservador en Chile*. Santiago de Chile. Editorial Universitaria, 1992

Cristi, Renato. *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y Libertad*. Santiago de Chile. LOM, 2000

Díaz Maldonado y San Martín Cornejo, Marco *Jurídico de la Educación en Chile (1973-2010)*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2011

Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. 2ª Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1999

Friedman, Rose y Milton. *Libertad de Elegir*. Buenos Aires. Ediciones Orbis, 1983

Friedman, Rose y Milton. *Capitalismo y Libertad*. Madrid. Rialp, 1966

Carta enviada por Milton Friedman a Augusto Pinochet el 21 de abril de 1975.

Fuente (en inglés), en el libro Memorias de Milton y Rose Friedman titulado *Two Lucky People* (The University of Chicago Press, 1998).

Gutiérrez, Claudia. *Pasado y presente de la educación pública*. Santiago de Chile. Catalonia, 2011

Guzmán Errázuriz, Jaime. *Jaime Guzmán: su legado humano y político*. Santiago de Chile. Ercilla, 1991

Guzmán Errázuriz, Jaime, *Escritos personales*: Santiago de Chile. Editorial Universitaria, 1992

Guzmán Errázuriz, Jaime, *La definición Constitucional* en Revista Realidad N°3, agosto 1980.

Hayek, Friedrich. *Camino de servidumbre*. Madrid. Alianza, 1985.

Hohfeld, W.N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México D.F. Distribuciones Fontamara, 1992.

Huneus, Carlos. *Tecnócratas y políticos en un régimen autoritario* en Revista Ciencia Política, Volumen XIX, 1998

Kant, Immanuel. *Sobre pedagogía*, Madrid, España. Akal, 2003

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Autónoma de México, México D.F, 1982

Massini, Carlos. *Acercas del Fundamento del principio de subsidiaridad* en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile. N°39-40, 1986

Millán Puelles, A, *Persona humana y justicia social*, Madrid, 1962

Ruiz Schneider, Carlos. *De la República al mercado: ideas educacionales y política en Chile*. Santiago de Chile. LOM, 2010

Sagüés, Néstor. *Principio de subsidiaridad y principio de antisubsidiaridad* en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile. N°39-40, 1986

Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo III: La Constitución de 1980. Antecedentes y génesis*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1997

Soto Kloss, Eduardo. *Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiaridad (una aproximación)* en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile. N°39-40, 1986

Soto Kloss, Eduardo. *La Familia en la Constitución Política*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, 1994

Vera Orriols, José Miguel. *El principio de subsidiaridad del Estado en materia educacional*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Viña del Mar. Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 2006