



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PUBLICO**

**HACIA LA DETERMINACIÓN DE UN CONCEPTO DE (DERECHO A LA) EDUCACIÓN
Y SU EFECTIVA TUTELA MEDIANTE EL RECURSO DE PROTECCIÓN.**

**LUCAS AGUILERA ROJAS
LEONARDO JOFRÉ RÍOS**

Profesor Guía: ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

**Santiago de Chile,
2018**

A mis padres María y Ángel, por su amor y sabiduría inagotable.

A mis hermanos y familiares, amigos y amigas que durante todos estos años han contribuido con su apoyo incondicional y afecto.

Lucas Aguilera Rojas.

A mi madre, Myriam; a mi padre, Leonardo; a mi hermana, Natalia; por ser quienes me han permitido ser quien soy. Todo es fruto de un camino forjado desde el primer día.

A David, Gabriela, Teresa y Claudio, quienes de alguna forma u otra siempre han estado ahí. A mis abuelas y abuelos, por ser ellos quienes sembraron el camino para toda una familia.

A mis compañeros y compañeras de organización y militancia, con quienes fraguamos la necesidad de trabajar día y noche para construir un mejor país, y a quienes les debo la paciencia y madurez.

Y al movimiento estudiantil y social, por ser el motor de esta tesis, construyendo etapas que no se olvidan y que más temprano que tarde lograrán -lograremos- cada una de sus metas.

Leonardo Jofré Ríos.

ÍNDICE.

Abstract.....	6
Introducción.....	7
I. PRIMER CAPÍTULO: Sobre el concepto de Derechos Fundamentales.....	10
I. a. El Concepto de Estado.....	10
I. a. i. Concepto jurídico de Estado.....	14
I. a. ii. Estado Social de Derecho.....	17
I. b. Los Derechos Fundamentales.....	20
I. b. i. Derechos Fundamentales y Derechos Humanos.....	24
I. b. ii. Derechos y Garantías Fundamentales.....	25
I. c. Aplicación de los Derechos Fundamentales en nuestro ordenamiento Jurídico.....	27
I. c. i. El Bloque de Constitucionalidad.....	27
I. c. ii. Efecto Horizontal de los Derechos Fundamentales.....	30
I. c. iii. El Control de Convencionalidad.....	32
SEGUNDO CAPÍTULO - Teoría crítica de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales.....	39
II. a. Las tres generaciones de derechos humanos.....	39
II. a. i. Crítica a las tres generaciones de derechos humanos.....	43
II. b. La crítica de Ernst Tugendhat a la concepción liberal de los Derechos Fundamentales.....	47
II. b. i. Derechos Económicos.....	50
II. c. La crítica desde el marxismo.....	54
III. TERCER CAPÍTULO - El Derecho a la Educación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Hacia la determinación de un concepto.....	62
III. a. Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDHH).....	62
III. b. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.....	64
III. c. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).....	65
III. b. i. Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	67
III. d. Convención Americana de los Derechos Humanos.....	70
III. e. Protocolo Adicional a la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica) sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y culturales.....	71
III. f. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	74
III. f. i. Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, Protocolo de Buenos Aires.....	75
III. g. Convención Sobre los Derechos del Niño.....	78

III. h. Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.	81
III. i. Otros tratados o cuerpos jurídicos internacionales.	85
III. i. i. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	86
III. i. ii. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	86
III. i. iii. Los Principios de Yogyakarta	86
III. i. iv. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,	87
III. i. v. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	88
CUARTO CAPÍTULO – La idea de educación y la determinación de su objeto.	90
QUINTO CAPÍTULO: El contenido del Derecho a la Educación y su propuesta de reforma	108
V.a. Revisión general y diagnóstico de la educación pública en Chile.	108
V.a.i. Antecedentes Constitucionales a la educación pública como finalidad del Estado.	109
V.a.ii. Municipalización de la educación.	111
V.a.iii. Destrucción de la educación pública.	112
V.a.iv. Instrumentos estandarizados de medición de “calidad”, segregación y mercado en la educación.	113
V.a.v. Educación Superior.	115
V.a.vi. Desmunicipalización y nueva institucionalidad en educación.	116
V.b. El Derecho a la Educación en el ordenamiento jurídico chileno, revisiones críticas.	120
V. c. El Concepto de Derecho a la Educación.	131
V. c. i. Educación Pública, no Educación al servicio del mercado.	134
V. c. ii. Gratuidad y acceso universal en la educación.	141
V. c. iii. Calidad en el Derecho a la Educación.	144
V. c. iv. Educación no sexista.	150
V. c. v. Educación inclusiva y no discriminatoria.	153
V. c. vi. Comunitaria y Participativa.	157
V. c. vii. Permanente.	160
V. c. viii. Intercultural, de Identidad y territorio.	161
V.d. Hacia una propuesta de reforma.	161
SEXTO CAPÍTULO – No existe Derecho a la Educación sin tutela del mismo.	164
VI. a. La tutela jurisdiccional como mecanismo para eficacia del Derecho.	164
VI. a. i. Ámbito de aplicación derecho-deber preferente de los padres en la educación y rol subsidiario del Estado.	165

VI. a. ii. La Educación como derecho social o de segunda categoría.....	170
VI. a. iii. Justiciabilidad y Exigibilidad del Derecho a la Educación.	173
VI. a. iv. Tutela judicial efectiva del Derecho a la Educación.....	177
VI. a. v. Acceso a la Justicia como un Derecho Fundamental.	179
VI. b. Justificación de incorporar el Derecho a la Educación dentro de los derechos fundamentales tutelados mediante el Recurso de Protección.....	184
V. b. i. El recurso de protección.....	184
V. b. ii. Aspectos procesales del Recurso de Protección.....	185
V. b. iii. Recurso de Protección ampara derechos y no meras expectativas.	186
V. b. v. Reconocimiento expreso en la Constitución Política de la República.	193
V. b. vi. Amparo de garantías fundamentales en Constituciones de Latinoamérica.....	194
SEPTIMO CAPÍTULO – Jurisprudencia sobre El Derecho a la Educación en nuestro país.....	208
VII. a. Sobre Recurso de Protección.	210
VII. b. Recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional.....	239
OCTAVO CAPÍTULO - Proyectos de Reforma al Derecho a la Educación.	245
VIII. a. Proyectos de Ley sobre reforma constitucional al Derecho a la Educación.....	245
VIII. b. Proyectos de Ley que buscan reformar el Derecho a la Educación además de la tutela por protección.	253
VIII. c. Proyectos de Ley que pretenden tutelar el Derecho a la Educación por protección.	264
Conclusiones.....	269
Bibliografía.....	275

Abstract.

Para nadie es novedoso el hecho de que la educación, y particularmente el derecho a, ha estado en la palestra pública en Chile en los últimos años. A partir de la denominada “Revolución Pingüina” del año 2006, pero fundamentalmente mediante las movilizaciones sociales que se desarrollaron por la temática el año 2011, se comenzó a discutir sobre la relevancia de este derecho para la sociedad misma.

No obstante, aquel proceso abrió más preguntas que respuestas. Si se solicitaba la verdadera materialización de la educación como un derecho, ¿qué ocurría, en términos prácticos, que aquél -contemplado en el artículo 19 N°10 de nuestra Carta Fundamental- no era concebido socialmente como tal? En atención a la primacía de la realidad sobre la teoría, podrían concebirse variadas respuestas. No obstante, existe un desafío aún anterior: qué entendemos realmente por Derecho a la Educación, y, junto con ello, qué es la educación en sí.

Los derechos humanos de segunda generación o también denominados derechos prestacionales requieren una reconfiguración, una que logre saldar la deuda del Estado moderno, aquella que haga práctica el principio que establece que aquél está al servicio de la persona humana en todas sus facetas, y que comprende que aquellos derechos, concebidos desde el sacrificio de años de historia, le pertenecen a todo ser humano sin importar sus características diferenciadoras del otro.

De dicha forma, analizar el concepto de derecho a la educación no sólo desde su jurisprudencia mediante la tutela indirecta mediante el derecho a la propiedad, sino desde sí y para sí, abarcando, con la prudencia suficiente, el recurrir a la filosofía, la sociología y, por sobre todo, al derecho nacional e internacional. Una construcción que deleve la posibilidad de configurar el mismo pero también de tutelarlos: hablamos de pasar del papel a la defensa del derecho mismo a educarnos.

Introducción.

¿Es el Derecho el que cambia a la sociedad, o la sociedad -y sus procesos- la que hace modificarse al Derecho? Probablemente, podríamos sostener puntos de vista disímiles que conlleven un intenso debate a este respecto. No obstante, hay un punto claro: se considere una u otra opción, no es menos cierto que la coyuntura social e histórica es capaz de determinar los debates de una nación y su pueblo, lo que -a su vez- nos lleva a tener que tomar posiciones sobre temas que, muy probablemente, antes no se discutían con ahínco debido a que no habían sido realmente problematizados.

En la misma historia de los derechos humanos existe una demostración de aquello: desde los derechos civiles y políticos centrados en las libertades del ser humano, y la necesidad de tutelar a este frente a los posibles abusos del respectivo Estado, la historia resolvió la necesidad de mirar la realidad social de los pueblos, y contrastar ello con lo que existía a nivel de cartas internacionales: si hablábamos del derecho a la igualdad, precisamente no estábamos siendo iguales. Las diferencias sociales se acentuaban y con ello el desconocimiento de un ser humano a otro. Así, hubo una respuesta desde el mismo derecho: había que incentivar los denominados derechos de segunda generación con un Estado robusto -denominado Estado de Bienestar- que fuera capaz de asegurar aquellos. El Derecho a la Educación (en adelante, DE) y el Derecho a la Salud, entre otros, tomaron protagonismo. No obstante, hasta hoy la doctrina mayoritaria sigue considerando a aquellos como derechos prestacionales: su materialización depende exclusivamente de la capacidad económica de cada Estado. Aún así, si la misma dialéctica histórica puso el acento en uno u otros, ¿no es acaso la mejor demostración de la aún latente posibilidad de modificar aquellas mismas concepciones?

Allí parte la esencia de esta tesis. No sólo hablamos inicialmente -a modo de conceptualización- qué es un Estado y qué rol juegan los derechos humanos y los derechos fundamentales -como derechos subjetivos públicos de cada persona- en el derecho objetivo, sino cómo, críticamente, podemos re-conceptualizar ideas que han parecido ser sedimentadas en la realidad del Derecho. Por supuesto, generar una concepción de derechos fundamentales con inclusión de sus elementos relevantes que permitan configurar una visión tal que comprenda como titular de los mismos a todos los ciudadanos de un respectivo territorio, sin estar su aplicación mediada por el mercado y sus elementos, resulta imprescindible.

Para hablar del Derecho a la Educación requerimos, entonces, mirar desde lo alto la sustancia del mismo derecho. ¿Qué encontraremos allí? Un sistema supraestatal que define a aquél, pero, más allá, aún más arriba, una universalidad de generaciones de derechos humanos que, desde la teoría, dominan la realidad práctica de cada uno de ellos en cada uno de los Estados donde son reconocidos. La primera revisión es aquella que

dice que es preciso volver a lo general para entender lo particular: sin una concepción crítica de las generaciones de derechos fundamentales se vuelve una tarea titánica poder entender al Derecho a la Educación, y, más aún, concluir la necesidad de modificaciones que podrían tener su traba más grande en lo teórico.

La materialización del DE no puede quedar supeditada al carácter de cada Estado, y para ello es preciso deconstruir aquella idea de que, en tanto derecho social, económico y cultural, no existe realmente un deber de tutela absoluto del mismo. Para eso, la función crítica de los derechos humanos y sus distintas generaciones (desde las características prácticas de cada una de ellas) se vuelve no sólo algo justo, sino también necesario. Un imperativo.

Aún más determinante en esta tarea es el hecho de buscar un entendimiento acerca de qué es educación. Es imposible conceptualizar el DE sin anteriormente poder tener, con claridad, una idea educación en sí misma. Sin duda alguna, es una tarea titánica, por lo demás, una que superaría con creces la posibilidad de una tesis que busca abordar en términos amplios cuestiones de interés social referidas al DE en sí mismo. Para esta tarea, desde la humildad, es necesario recorrer la filosofía, las ciencias sociales y también el derecho, pero, por sobre todo, volver a la práctica que realiza, en términos de praxis, la posibilidad de un entendimiento teórico acerca de lo que deseamos hablar. No hay mejor campo para la crítica y el análisis que aquel que se gesta desde lo cotidiano. Y ello, por cierto, no escapa a la teoría: la filosofía de la praxis sigue siendo una forma de entender el mundo, y en este caso lo que deseamos manifestar es la educación y su consecuente derecho a.

En cuanto al derecho, resulta vital no sólo recurrir a la doctrina nacional, aún muy débil si se analiza en términos de la proyección histórica del DE en la literatura chilena. La jurisprudencia es un gran aporte, aunque se haya determinado parte de los elementos de lo que entendemos por educación mediante una tutela indirecta: al no ser reconocido el DE dentro de los derechos que tutela el recurso de protección, en la práctica se han buscado otras formas de garantizar el ejercicio pleno de este derecho. Mediante vulneraciones al derecho a la igualdad, debido proceso, y por sobre todo la propiedad sobre derechos incorporeales que emanan de contratos educacionales, se ha tenido la oportunidad de que nuestros tribunales de justicia se pronuncien al respecto. Siendo críticos, por cierto, de aquella tutela, no desconocemos el aporte que ha significado para la garantizar el DE.

En el mismo plano jurídico, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile en la materia, como otros de órbita internacional, han sido fundamentales para obtener elementos que permitan señalar qué

es el DE. Hablaremos de forma y fondo: cómo debe vehiculizarse el DE, y cuál es el objeto del mismo. Resulta esencial aquella división para el entendimiento de aquél. Por otro lado, apostar al sentido: entendemos el DE como un derecho que se transforma en herramienta no sólo para el haber individual del educando, sino que cumple una función de índole social. Hablamos de preparar al individuo para la vida social en todas sus facetas, con un proyecto también social, donde desde la personalidad y el conjunto construimos a la sociedad misma.

Así, generar una propuesta sobre el Derecho a la Educación, que en torno a lo expuesto permita comprender la necesidad de concebirlo como un derecho social, requiere a su vez generar una propuesta que permita hacer recurrible éste por medio del recurso de protección que contempla nuestro ordenamiento jurídico. De lo contrario, corremos el serio riesgo de transformar aquél en una mera declaración de principios buenas intenciones. Allí se encuentra, nuevamente, el sustento de nuestra posición: definir el DE, su importancia, y por qué debe tutelarse su ejercicio efectivo ante cualquier acción u omisión que amenace, perturbe o prive al titular del mismo de su derecho fundamental.

I. PRIMER CAPÍTULO: Sobre el concepto de Derechos Fundamentales.

I. a. El Concepto de Estado.

En la aproximación a la presente memoria en formato de tesis, es necesario -en primer lugar- acercarnos a la definición adecuada de lo que corresponde a los derechos fundamentales, y, por supuesto, a lo que dicha concepción involucra para el tema y el estudio del Derecho Constitucional. De esta forma, para propósito enunciado, una concepción clara sobre qué son y qué implican estos derechos es fundamental para la revisión crítica de los mismos, y la propuesta enmarcada dentro del Derecho a la Educación.

Debemos comenzar, entonces, desde lo esencial: la concepción de Estado, asumiendo las dificultades que sostiene el poder siquiera conceptualizar, de forma armónica, una idea unívoca de lo que implica éste. Como señala Silva Bacuñán, en el Derecho Público no hay elemento que se muestre más discrepante que el de Estado¹. No obstante, debemos asumir -brevemente- dicho desafío.

El Estado se atraviesa, en sí, de dos estudios esenciales: la historia de las instituciones políticas y la teoría de las doctrinas políticas, como bien señala Bobbio². El mismo autor menciona, en atención lo señalado, la idea de que “la historia de las instituciones pueda derivar de la historia de las doctrinas”³, llamando, por cierto, a no confundir las mismas. Este es un plano básico de partida: hablamos, en definitiva, de la teorización que da origen a una serie de instituciones de nuestra vida cotidiana que debemos analizar en atención a aquellas mismas ideas –todas conceptualizadas en un margen al menos temporal- que sirven como justificación para la sedimentación de aquellas que deseamos entender, cuestionar y reelaborar.

Nos centraremos en la concepción de Estado esencialmente desarrollada por Georg Jellineck, debido a su radical importancia para determinación doctrinaria del mismo.

Jellineck, en “Teoría General del Estado”, expresa un punto de partida básico: el Estado es una construcción social e histórica.

¹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Principios de Estado y Gobierno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 161.

² BOBBIO, Norberto. Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 68.

³ *Ibíd.*

Si para los griegos la palabra Estado era sinónimo de ciudad, para los romanos es la *civitas* -como comunidad de ciudadanos- o *res pública*, es decir, la cosa común al pueblo⁴. La geografía del pueblo griego, y su correspondiente comprensión política, nos lleva a considerar de manera más clara el porqué de su concepción: sus ciudades-estado estaban disgregadas por diferentes partes de la región poblada, lo que llevó a considerar a la polis como un Estado distintivo y aparte, y, a su vez, su población misma como el Estado. En cambio, en el Imperio Romano, la conceptualización de la misma tuvo dos ideas: el retrotraerse a la concepción griega como pueblo -en lo particular, como ciudadanos-, pero también la idea de lo "público", como algo desprendido del pueblo, exterior, alterno, pero derivado del mismo, siendo común a sus integrantes.

No obstante, para Jellineck, dicha visión terminológica es incompleta. En términos fácticos, lo que ocurría era que era imposible desprender la concepción de Estado del *imperium* del mismo, expresado en el poder del gobierno de aquél. Señala, así, que se "identifica el poder de mando propio del gobierno con el Estado romano, haciendo de esta suerte equivalentes la *res pública* y el *imperium*, con el elemento más esencial del Estado pasa a ser el poder del mismo y no de los ciudadanos; esto es, la *res populi* se convierte en *res imperantis*"⁵. Esta distinción, no obstante, si se analiza a la luz de una óptica contemporánea, podría abrir las bases de lo que Jellineck estableció como la doble concepción de Estado: una de carácter sociológica (como el rol social en la construcción del Estado desde el pueblo como figura soberana, una construcción real e histórica), y otra de carácter jurídico (como el Estado de derecho en tanto producción jurídica y a la vez productor de nuevas normas jurídicas)⁶. Esta teoría sería luego criticada por Hans Kelsen, quien, en oposición a la teoría dual de Jellineck (denominada así por el autor crítico), sostuvo que el estado se resuelve totalmente en el ordenamiento jurídico, consistiendo en la producción y a su vez ejecución de normas jurídicas⁷.

De otra parte, en la Edad Media se procede a una desconfiguración del elemento *imperium* presente en la visión romana. Existe, en este período, una territorialización del concepto de Estado: el elemento suelo toma significativa relevancia (*terra*)⁸, es allí donde se ejerce el poder. No obstante, el autor señala que existe un conflicto en su delimitación, pues se desnaturaliza la idea de Estado-ciudad, pudiendo o no determinarse la concepción de Estado fuera de ella en lugares que no lo son, como territorios o provincias.

⁴ JELLINECK, Georg. Teoría General del Estado. Fondo de Cultura Económica, trad. y prólogo de Fernando de los Ríos, México, 2000, p. 153.

⁵ *Ibíd.*, p. 154.

⁶ BOBBIO, op. cit., pp. 72-73.

⁷ JELLINECK, op. cit. p.154.

⁸ *Ibíd.*

Así, la primera aproximación real a un concepto de Estado moderno, se desarrolla en Italia. Aquí, mediante el surgimiento de distintas ciudades y su complejización, se hizo inocuo la utilización del concepto *imperium, terra* o incluso *citta* desde la idea de "ciudad", y comienza la denominación de la idea de *stato*, que era -a su vez- parte de la denominación de la misma ciudad⁹. Refiriéndose a Burckhardt, Jellineck reafirma que lo referido a esta idea de *stato* dice relación con el gobierno y su corte, con una idea de *status*, es decir, una constitución, un orden. Desde aquella proyección hasta nuestros días, sus distintos elementos han configurado -desde la historia y la reflexión política como dogmática- una visión abarcadora de la concepción de Estado, incluyendo en ella la idea de una "comunidad política". Bobbio, a su vez, complementa lo anterior en tanto señala que "es indiscutible que la palabra "Estado" se impuso por la difusión y el prestigio del "Príncipe" de Maquiavelo, cuestión con la que concuerda Silva Bascuñán¹⁰. Como se sabe, la otra comienza con las siguientes palabras: "Todos los estados, todas las dominaciones que ejercieron y ejercen imperio sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados" [153, ed. 1977. p.5]. Esto no quiere decir que la palabra fue introducida por Maquiavelo. Minuciosas y amplias investigaciones sobre el uso de "Estado", en el lenguaje de los siglos XV y XVI, muestran que el paso del significado común del término *status* de "situación" a "Estado", en el sentido moderno de la palabra, ya se había dado mediante el aislamiento del primer término en la expresión clásica *status rei publicae*. El mismo Maquiavelo no hubiera podido escribir tal frase precisamente al comienzo de la obra si la palabra en cuestión no hubiese sido ya de uso corriente"¹¹.

La historia que conceptualiza el Estado variará acorde a su concepción histórica. En efecto, es imposible desprender el momento histórico -incluso, asimismo, su coyuntura política y social- para analizar las distintas definiciones de aquél, como también los elementos que la componen. Sostenemos la posición de Jellineck no sólo debido a su indudable reconocimiento, sino por evaluar características que si bien son mutables, sientan las bases para un análisis, y por qué no, la crítica. De allí que se puede tener especial ahínco a las variaciones que otorga la época histórica y las formas organizativas que toma el mismo Estado: Es el Estado absoluto la proyección fáctica del ideario de Hobbes, la sociedad civil y la concepción de la libertad del hombre como eslabón básico de su naturaleza para Locke, las formas de gobierno del mismo Estado en tanto república, monarquía o despotismo de las que habla Montesquieu, la democracia liberal de la que expone Rousseau, la monarquía constitucional en el proyecto de Hegel desde su Estado como espíritu absoluto, o el socialismo como dictadura del proletariado el paso previo a la desaparición del Estado para Marx¹².

⁹ *Ibíd.*, p. 155.

¹⁰ SILVA BASCUÑÁN, *op. cit.* p. 161.

¹¹ BOBBIO, *op. cit.*, p. 86.

¹² BOBBIO, *ibíd.*, p. 69.

Por último, y en complemento a lo anterior, es menester plantear algunas notas conexas que sostiene el autor nacional Silva Bascuñán. Para éste, el concepto necesario de entender para la comprensión del mismo ideario de Estado dice relación con lo comunitario, particularmente la unidad que se representa en un grupo humano, ya sea por hechos (como, en derecho civil, una comunidad en tanto cuasicontrato), la naturaleza (por ejemplo, la familia) o por decisión deliberada de sus integrantes. Es esta unidad la que representa la necesidad de instituir un orden, generándose sus elementos a partir de la propia consistencia que tenga las formas de dicha unidad.

No obstante, la complejidad del mismo ideario de Estado ya fue anteriormente mencionada. Desde una visión ontológica de aquél, de seguro no llegaríamos a consenso: desembrar sus elementos para llegar a consensos requeriría, como condición sine qua non, consensuar, antes cuáles son sus propios elementos.

Silva Bascuñán aporta elementos desde la revisión de ideas y autores. Señala como relevante (aunque no concordante con su visión) el planteamiento de Georges Burdeau, para el cual sólo existe Estado al momento en que el poder se despersonaliza, es decir, se desfigura, institucionalizándose. Ello requiere, desde nuestra concepción, un prisma importante de recalcar: el elemento poder como forma de lograr una acción de otro que sin ese poder no se lograría implica un elemento inminentemente político. Es decir, el Estado es una figura política que sólo existe en medida de que no es un uno, sino una institucionalidad, dispuesta a resolver el conflicto organizacional cruzado por mismo modelo de poder¹³. Esto se corrobora desde un matiz descriptivo en tanto el autor cita a León Duguit, para el cual existe una sociedad como Estado cuando una fuerza mayor -que ejercer el poder, en sus distintas formas- representa un carácter de permanencia y organización¹⁴. Así, el Estado es la concreción de las formas organizativas del poder, el cual representa una solución -como ideario de organización- del conflicto subyacente de la sociedad desde el solo hecho de su existencia: la posibilidad de que cada ser integrante de tenga la opción de elegir, asumiendo la libertad de cada uno. Cabe destacar que, dicha libertad, sólo tiene asidero -en nuestra visión- desde un plano de igualdad: la posibilidad de reconocernos libres implica que todos lo hacemos, por lo cual tenemos que paramos desde un eslabón identitario que sostenga la posibilidad de vernos como iguales. Para el autor nacional, ese ideario vendría del cristianismo, en tanto explicita -desde la visión de Pablo de Tarso- la igualdad entre hombre libre y esclavo, entre hombre y mujer, entre judío y gentil, todo a ojos de Dios.

Continuando, enfatiza Silva Bascuñán que, al contrario de la teoría de institucionalización de Burdeau, para él existe Estado con anterioridad a la regla positiva que rige la delegación de quien tiene el poder en una

¹³ SILVA BASCUÑAN. op. cit., p. 176.

¹⁴ *Ibid.*

institución, sino desde que hay un alguien que ejerce el poder -y lo percibe- por otros, una obra de bien común por encima de él. La institucionalidad misma que supera a quien lo ejerce es, para el autor, una definición propia de un Estado de Derecho moderno institucionalizado y perfecto.

I. a. i. Concepto jurídico de Estado.

La necesidad de establecer una idea jurídica de Estado dice relación no sólo con el énfasis que permita una adecuada consideración en torno a los objetivos de conceptualizar el DE y sus correspondientes propuestas, sino que también bajo la idea de sincerar una premisa: hoy, sin Derecho no existe Estado. Asistimos, así, al llamado Estado de Derecho, o, de otra forma, cómo el Estado requiere precisamente del Derecho para su subsistencia, y a su vez la norma positiva -o natural, desde su protección, si así se desea ver- requerirá, dentro de los márgenes de la idea moderna y burguesa de Estado, de aquel poder institucional-coactivo que le permita su misma subsistencia.

Jellineck, no escapa de lo anterior, y dedica varias líneas para poder definir aquello que mezcla el Estado con el Derecho: "Puesto que el derecho es esencial al Estado, no es posible un conocimiento pleno del mismo sin tener a la vez un conocimiento de su naturaleza jurídica. Ordenado el Estado mediante el derecho, y siendo a su vez conservador y transformador de éste, necesita un lugar dentro del mismo. En una palabra, es preciso un concepto jurídico de Estado. Al concepto jurídico le sirven de sustrato los hechos sociales objetivos y aquellos que se desenvuelven dentro de la vida interna del sujeto individual, pues ese derecho necesita partir de datos reales, ya que, cualquiera que sea la manera como se ha creado, tiene un fin, el cual consiste en aplicarse a la realidad de los hechos; pero los hechos reales no son en sí mismos conceptos de derecho; son más bien abstracciones suministradas por las reglas jurídicas positivas que se proponen ordenar la pluralidad de las reglas someténdolas a puntos de vista que la unifiquen"¹⁵.

Es interesante la consideración que realiza Jellineck: el autor austríaco devela el punto de partida de una posición de la cual no se puede eludir, i.e. que la estructura estatal conserva y cambia al mismo Derecho. Ello no es de extrañar si en el más simple concepto de República bajo un régimen democrático, ha de conceptualizarse la división de los poderes del Estado, independientes entre sí pero con funciones protagónicas que se complementan. El llamado a la modificación del Derecho se da, en nuestro sistema positivo o de derecho objetivo, mediante la norma administrativa que compete al poder Ejecutivo, o -desde la potestad reglamentaria autónoma- a la posibilidad de reglar aquello que no está establecido como materia de ley según la reserva legal establecida en nuestra Constitución Política de la República en su artículo 63. Por otro lado, la disposición ficticia de la delegación de

¹⁵ JELLINECK. op. cit. p.179.

soberanía, la cual -como se contempla en el artículo 5 de la misma CPR, reside en la soberanía, la cual se delega -por ejemplo- en las autoridades que la misma CPR establece. Aquella idea se refuerza en medida de la concepción de Estado como relaciones jurídicas, es decir, la idea de vínculo entre gobernantes y gobernados que fortalece la posibilidad misma de existencia de un orden institucional denominado así¹⁶.

Del mismo modo, resulta relevante también considerar lo establecido en el artículo 24 de nuestra Carta Magna en torno a esta misma concepción de República, pues reza que es al Presidente de la República a quien es el jefe de Estado, correspondiéndole el gobierno y la administración del mismo. Desde la misma posición que justifica un Estado garante del Derecho, y un Derecho garante del Estado, se entenderá -con lógica consecuencia- que la función del Presidente torna efectiva importancia en torno a la salvaguardia del régimen jurídico. No es de extrañar, entonces, las distintas facultades que se le entregan a éste en el ámbito del derecho interno pero también de la suscripción de normas internacionales que afecten el sistema de derechos y garantías fundamentales.

La concepción de Estado de Derecho avanza a una de Estado Constitucional de Derecho. Cea pretende definir la época en la cual hoy nos encontramos, en este mismo ideario de Estado Constitucional de Derecho: la posmodernidad. Señala que desde la misma se ha establecido que aquella concepción se encuentra en crisis. Concuera con ello. No obstante, aboga por la continuidad del mismo, superando sus conflictos. De esta manera, conceptualiza cuáles son los principios básicos de este Estado: “Consciente que estamos aún en curso de alumbramiento, sobre todo en Chile que, tardíamente, se incorporó al proceso, pienso que, entre esas características, se hallan, en primer lugar, la revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables; que de esa premisa capital fluye la nueva legitimidad que debe singularizar al Derecho en la democracia, esto es, la Constitución, cuya Parte Dogmática y de garantías es anterior y superior al Instrumento de Gobierno; la supremacía, sustantiva y formal, del Código Político; secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas incluidos en su texto y en el Bloque de Constitucionalidad, de modo que ya no se requiere la intermediación de la ley para que las disposiciones constitucionales pasen del libro a la vida. Agrego, con énfasis, la subordinación de la ley a las constituciones pasen del libro a la vida”¹⁷.

Ahora bien, la concepción de Estado de derecho resulta pertinente en términos teóricos. Ello no desconoce la crítica que subyace a dicha idea: la efectividad del mismo Estado resulta del mismo Derecho, relación que también funciona a la inversa. Si una de las dos falla, o evidentemente si ambas, se pone en peligro el carácter relacional de la misma, y por ende la posibilidad efectiva de la realización de un ideal de Estado. El Estado de

¹⁶ *Ibid.* p. 183.

¹⁷ CEA EGAÑA, José Luis, (2004). Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico. *Revista de derecho (Valdivia)*, 16, 299-310. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000100020>.

Derecho, así, puede fallar de distintas formas: desde la posibilidad de la acción que cercena derechos establecidos a favor del individuo, como también por omisión, por ejemplo, a partir de la inexistencia de vías, mecanismos o garantías que tutelen los mismos derechos establecidos en el derecho positivo. En definitiva, no asegurar el cumplimiento institucional que requiere un Estado al servicio de la persona humana, recogido -por ejemplo- en nuestra Carta Magna a partir del Principio de Servicialidad del Estado. La Administración debe sujetar su actuar a diferentes principios, entre los el citado principio, contemplado en el artículo 1 inciso 4° de nuestra Constitución, el cual establece que *"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 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"*. El principio de Servicialidad del Estado es concordante con el reconocimiento de la dignidad del hombre expresado en el artículo 1 de nuestra Constitución Política¹⁸. El Estado se encuentra a servicio de la persona humana, lo que implica una absoluta primacía de la persona dentro del ordenamiento constitucional. Parte de este principio implica que, de obrar, la actividad de la Administración debe ser orientada hacia la persona humana, y, como lo señala el mismo artículo citado, promover el bien común. De esta forma, el actuar de la administración debe sujetarse a criterios de razonabilidad (coherencia interna al momento de contemplar una decisión) y racionalidad (coherencia externa a objeto del sujeto pasivo del acto) al momento de actuar dentro del ámbito de su competencia, manteniendo la orientación anteriormente definida.

¹⁸ Cabe destacar que por parte de la doctrina nacional ha sido conceptualizado el referido concepto como uno de los fundamentos del Principio de Subsidiariedad que sería subyacente a lo establecido en nuestra Constitución Política de la República. Aprovechamos, así, dicha concepción para expresar nuestro desacuerdo con aquello: que el Estado esté al servicio de la persona humana no implica una mínima intervención del mismo en la vida social (en las múltiples facetas que le competen), pues ello sería asumir que la "persona humana" tiene un planteamiento inherente de sí, o de su naturaleza si así se le desea llamar, que aboga por el designio individual de sus propios intereses, rechazando la opción de un enclave colectivo. Es decir, sería asumir el individualismo y la competencia como motores de la sociedad, incluyendo su bienestar. En nuestra opinión, la servicialidad del Estado debe entenderse en términos estrictos, haciendo referencia a que el Estado, desde su construcción moderna, se encuentra destinado a fortalecer la vida social en su conjunto bajo el pleno respeto a los derechos fundamentales de toda persona, potenciando su desarrollo. A este respecto, interesante es la opinión de Vallejo: "El principio de servicialidad no es una invención de la Constitución de 1980, sino que se encuentra arraigado en la tradición del Derecho Público moderno como fundamento mismo de la existencia y función del Estado. Más bien, lo que es propio de la Constitución de 1980 es esta insólita interpretación que nuestra doctrina constitucional generalizadamente ha construido del mismo. En efecto, lo que el principio de servicialidad busca expresar en la tradición moderna, es el ideal de que el Estado no se establece para satisfacer los intereses de los ricos o los burócratas, sino de todos sus miembros. Como reacción revolucionaria frente a la sociedad estamental, modernamente la igual libertad política de todos los ciudadanos es la fuente y justificación de la existencia y poderes del Estado. En otras palabras, al Estado le reconocemos potestades exorbitantes de mando e imperio no por un pragmático fervor a mantener el orden establecido, sino para posibilitar la coordinación y cooperación social o satisfacer "las necesidades públicas de manera continua y permanente". Desde esta perspectiva, indudablemente el Estado está al servicio de la persona humana en general, y de sus nacionales en particular. De hecho, las autoridades y funcionarios que detentan sus poderes lo hacen en calidad de representantes de los ciudadanos, y por eso cuando ejercen dichas potestades en interés propio o intereses especiales de terceros constituye un acto reprochable al que genéricamente denominamos corrupción. En definitiva, el principio de servicialidad del Estado representa la expresión jurídica de un verdadero imperativo en la filosofía política moderna: que el fin del Estado es promover el bien común o interés público concebido como el bien de todos y de cada uno de sus miembros, tal como establece el artículo 1° inciso cuarto de nuestra Constitución Política". VALLEJO CARRETON, Rodrigo. (2016). LA CONSTITUCION ECONOMICA CHILENA: UN ENSAYO EN (DE) CONSTRUCCION. *Estudios constitucionales*, 14(1), p. 256.

En este contexto, ha de tenerse especial consideración a factores que en principio podrían llamarse externos, pero que ineluctablemente dicen relación con el mismo Estado: factores políticos (disputa e inestabilidad), económicos (concentración de riqueza, sociedad de clases) y sociales (protesta y revuelta) como relevantes al momento de generar la idea de un Estado de Derecho efectivo. Aquellas pueden operar a favor o en contra del mismo, desde el justo ideario de cambio social que permite la misma maleabilidad de la estructura institucional del Derecho, como de aquella que pretende -a partir de factores “exógenos”, moldear posiciones a favor de unos pocos. Como señala Pressacco, “Esta perspectiva aporta una mirada estrecha que limita las posibilidades teóricas y prácticas que brinda el Estado de Derecho y la necesaria mínima coherencia que deben tener los cambios socio-culturales con la estructura institucional. Nuestra perspectiva surge allí donde el Estado de Derecho acepta la tensión entre legitimidad y legalidad, donde existe la posibilidad cierta del error en la administración de la justicia, donde se acepta también la necesidad que tenemos de reconocer ese error si es que queremos alcanzar la justicia, allí donde bajo ciertas condiciones, esos errores y fallas, intenten ser corregidos apelando a instrumentos extralegales como puede ser la desobediencia”¹⁹.

Ya volveremos sobre este punto, que no resulta baladí al momento de la radical importante que conserva -como se intentará definir en la presente tesis-, la inobservancia del DE, el cual fue puesto en la palestra debido a la misma crisis de legitimidad en la legalidad de un Estado carente de otorgar el mismo.

I. a. ii. Estado Social de Derecho.

El Estado es, sin duda, también un sistema de relaciones. El cómo se condensa el carácter organizativo de una sociedad (y la forma positiva en que aquello se transforma a través del carácter relacional entre normas), con los mismos receptores de dicha organización. Es decir, existe un modelo supra de relaciones entre los organizados y la institucionalidad que se genera para los mismos, y un modelo intra entre la misma institucionalidad, un sistema relacional entre normas jurídicas. Esta segunda idea consistiría en el mismo normativismo que Kelsen tomaba bajo acento del ideario del Estado como un sistema de normas, particularmente un sistema regulatorio de la coacción; pero no se somete únicamente a esta idea, pues el entendimiento de aquel ideario como uno puro se aísla el carácter ideológico del mismo Derecho.

Sin entrar en aquél debate que excede a lo que se desea sostener en la presente tesis (no obstante, podrá retomarse, brevemente, en la crítica al sistema de derechos humanos desde la óptica de los derechos sociales), lo

¹⁹ PRESSACCO, Carlos F. (2010). Estado de Derecho y Desobediencia civil. *Polis* (Santiago), 9(27), 501-521. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682010000300023>

relevante es considerar como la forma del Derecho sucumbe a la realidad social, o cómo la realidad social sucumbe al Derecho. La relación de reciprocidad y de difícil determinación hacia uno u otro lado, pero que deja a la vista que los planos de voluntad -dominante o dominada- se ejercen al menos para determinar una idea de Derecho y con ello una idea de Estado.

En este plano, toma importancia la posición de Herman Heller. Militante del Partido Socialdemócrata alemán (no así de su ala marxista), centra su posición teórica en un contexto de alza de los discursos que intensifican el supuesto rol de la raza en lo social, augurando una crisis del Estado -y por ende política- en los totalitarismos en que parecían desembocar las coyunturas de los países de Europa. Como señala Viera, Heller “cree que para renovar la cultura y civilización, no solo hay que evitar la dictadura, sino que además se debe relativizar la importancia de la economía, que debe sumisión a las leyes de un Estado de Derecho, puesto que es el sometimiento de los medios a los fines de la vida. Piensa que el futuro de la cultura occidental está amenazado por la dictadura y por el frenesí anárquico de la producción capitalista, que no deja tiempo a los trabajadores, ni ocio y oportunidad a los intelectuales para el desarrollo de una actividad cultural creadora. De ahí el dilema que se plantea para sus tiempos: dictadura fascista o Estado Social de Derecho”²⁰. En dicho sentido, conviene recalcar -en honor a su posición teórica y política- que lo que Heller pretende es salvar al Derecho (y con ello al Estado) de sus críticos, proveyendo una vía distinta a las consecuencias de un positivismo jurídico que ignora, por un lado, las vicisitudes sociales del capitalismo expresadas en las limitaciones que el mismo Estado otorga a su población, haciéndose un ente pasivo de las desigualdades que provee, y, por otro lado, el ya complejo escenario de la irracionalidad del fascismo, llevando el plano de las individualidades a un Estado totalitario. Dicho contexto se desenvuelve en la gran crisis económica de 1929, donde la producción supera la posibilidad de consumo, y obliga a determinar la intromisión firme del Estado en las políticas económicas. Se configuraba, así, la discusión acerca de qué rol efectivo debía tomar el Estado ya no sólo como garante de la ley y la ley de su institucionalidad, sino en el plano concreto de la vida social, desde la idea de un Estado al servicio de la persona humana en sus necesidades más básicas, bajo el alero de un Estado de Bienestar²¹.

²⁰ VIERA, Christian. Estado Social como Fórmula en la Constitución Chilena. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, Año 21 - N°2, 2014, p. 457.

²¹ Cabe precisar, para un correcto entendimiento, la relevancia que tiene el concepto de Estado de Bienestar para entender el de Estado Social de Derecho. Para ello, nos parece pertinente lo que expresa Fernández-Miranda: “Creemos que hay que partir de dos conceptos potencialmente interrelacionados pero perfectamente distinguibles e, incluso, potencialmente independientes. Un concepto estrictamente jurídico —el de Estado social de derecho— que recoge nuestra Constitución, y un concepto no normativo, sino descriptivo, sociopolítico y socio-económico, que es el Estado de bienestar. La diferencia es nítida desde una perspectiva epistemológica. En un caso hablamos de un conocimiento perteneciente a las ciencias del espíritu y, en el otro, de un objeto extraído de la realidad sensible, que descansa en proposiciones descriptivas, susceptibles de verificación empírica. En un caso enjuiciamos la validez y el alcance de una proposición prescriptiva y, en el otro, analizamos descriptivamente una realidad socio-económica. No obstante, ya se ha dicho que entre ambos conceptos hay una potencial, aunque no necesaria, interdependencia, porque la cláusula del Estado social, como una de las «decisiones constitucionales fundamentales» o como elemento esencial de la «fórmula política» tiene un sentido claramente finalista e incorpora en su horizonte la consecución de alguna forma de «Estado de bienestar»”.

Hay un cambio de paradigma: ya no basta con asegurar los derechos burgueses o liberales, pues estos - si bien son expresión de la dignidad humana que los provee, ya sea desde una concepción iusnaturalista (como algo intrínseco del ser humano) o una visión positivista (como un concepto elaborado y normado desde la estructura de una época social que así lo instaure)-, no es menos cierto que la forma única de asegurar esos derechos, si se asume el ideario de dignidad, es volviendo al origen de la misma: todos los seres humanos somos iguales. En ese plano de igualdad, ya no basta sólo el carácter discursivo de la misma, como si el sólo acto de repetición constantemente de la misma generara un proceso performativo que la instaurase, sino que debiese considerar las desigualdades reales -del sistema político y económico imperante- para encarnar la materialidad de los hechos y no sólo supuestos. Debía corregirse, entonces, aquellas desigualdades, desde la posición de un Estado presente en la política económica, pasando por un Estado que no diese pie a los totalitarismos que pusiesen en riesgos, a pretextos de la libertad, la dignidad humana (cuando aquélla no es sino expresión de esta última), y que por último entregase las condiciones efectivas para hacer carne, en la vida cotidiana, dicha dignidad.

García-Pelayo lo resume muy bien: “mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en supuestos socioeconómicos) es una condición para el ejercicio de la libertad”²².

Es este Estado, potenciando por las revoluciones socialistas del siglo XX, que representa desde su figura jurídica (Estado Social de Derecho) un ideario político (Estado de Bienestar): se reclama una presencia material de la institucionalidad al servicio de la persona humana, no sólo un ideal de libertad negativa entendida como no-intromisión del mismo (o interferencia) en la vida social. De dicha forma, los derechos económicos, sociales y culturales -como derecho de segunda generación- se hacen notar: se debe entregar en forma de prestación derechos que aseguren elementos básicos para la sociedad, como el derecho a la salud y el derecho a la educación.

Aquello abre una discusión de relevancia al respecto: ¿cuál es el límite que debe tener el Estado en su carácter prestacional? O, siendo más honestos, ¿debe haber un límite? Por mucho tiempo se consideró que los derechos de segunda generación eran derechos de carácter prestacional puro, entendiendo por ello aquellos que el Estado tiene el deber de satisfacer en medida de que su capacidad adquisitiva así se lo permita. ¿Son, entonces,

FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alfonso. El Estado Social. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 23. Número 69. Septiembre-Diciembre, 2003, pp. 140-141

²² GARCÍA-PELAYO, Manuel (1989) *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2ª edición. Madrid: Alianza. 224 pp., p. 14; Ritter, Gerhard (1991), *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 300 pp., p. 27.

propios de un modelo de Estado de Bienestar? En nuestro país, en un modelo conceptualizado como uno de Estado Subsidiario (en oposición a uno de Bienestar) se establece el DE en nuestra Carta Fundamental en el artículo 19 N°10 de la misma. ¿Basta su instauración? Hoy, éste no está tutelado por el Recurso de Protección, principal garantía fundamental para poner fin a privaciones, perturbaciones o amenazas a los derechos fundamentales que nuestra CPR asegura a todos y todas. En suma: tenemos un Estado Subsidiario que asegura la no-intromisión del Estado donde puede actuar el privado, con un DE no tutelado. Un retroceso, claramente, al Estado de Bienestar y al Estado Social de Derecho -como su forma jurídica- que pretendemos en esta tesis abordar.

I. b. Los Derechos Fundamentales.

Existen diferentes definiciones, hoy, para lo que podemos concebir como derechos fundamentales. Como señala De Benoist, “no existe un consenso doctrinal o filosófico en cuanto a la definición de los derechos (fundamentales)”²³. “Una especie de engaño envuelve la noción misma de derechos fundamentales”, reconoce el jurista Jean Rivero²⁴. Una serie de dudas se siembra sobre el concepto mismo de derechos fundamentales y sus reales alcances. Si bien gran parte de las diferencias en las definiciones en torno al concepto sólo representan matices a objeto del real entendimiento de lo que podemos conceptualizar por derechos fundamentales, es correspondiente poder realizar una visión global que permita generar una idea que se haga partícipe de los diversos elementos que pueden entregarse a objeto de su comprensión, desde su relación –inevitable, por cierto- con el concepto de derechos humanos.

Cea, por un lado, señala que los derechos fundamentales son aquellos “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”²⁵. Para Nogueira, “en nuestro ordenamiento constitucional consideramos que por derechos fundamentales o humanos puede entenderse el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas por

²³ DE BENOIST, Alain. Derechos Humanos: En búsqueda de un fundamento. Traducción de José Antonio Hernández García, p. 1.

²⁴ En Louis Favoreu [editor], Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Aix-en-Provence. Presses universitaires d' Aix-Marseille, y Paris, Hachette, 1878, p. 521, En: Ibid., p. 2.

²⁵ CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002, p. 221.

los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos”²⁶.

Por otro lado, Ferrajoli nos propone dos tipos de definiciones: una teórica –no dogmática- y otra formal o estructuralista. Para la primera, define derechos fundamentales como "aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <<status>> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídica y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”²⁷. El autor señala que esta definición corresponde a una de carácter teórico y no dogmática, en tanto prescinde del hecho de que dichos derechos estén positivizados en leyes o cartas fundamentales en los respectivos ordenamientos jurídicos de cada país. En efecto, "esta definición es una definición teórica en cuanto, aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que en este o en aquel ordenamiento tales derechos se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo”²⁸, señala. Cabe destacar que el mismo autor señala, a través de la discusión con otros, que la pregunta “qué derechos son fundamentales” tiene dos principales respuestas. Primero, la de los iuspositivistas, para los cuales los derechos fundamentales son aquellos que prescritos en un respectivo ordenamiento jurídico, y la axiológica o iusnaturalista, para los cuales deben considerarse como derechos fundamentales “el derecho a la vida, la libertad de consciencia, las otras libertades civiles, los derechos de subsistencia y otros similares, gracias a los cuales se aseguran la dignidad de la persona, o la igualdad, la paz u otros valores éticos-políticos que se decida, precisamente, asumir como “fundamentales””²⁹.

Por su parte, Alexy también nos propone tres conceptos de derecho fundamental en tanto los diversos ámbitos que buscan dar respuesta a las propiedades que debe tener un derecho para ser considerado un derecho fundamental. Sus respectivas críticas se enunciarán en el apartado correspondiente al cuestionamiento en torno a la concepción liberal de derechos fundamentales. Al respecto, diferencia entre (i) el concepto formal de derecho fundamental, la cual se basa en aquella manera en la cual está dispuesta la normatividad de derecho positivo de

²⁶ NOGUEIRA, Humberto. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Ius et Praxis* [online]. 2005, vol.11, n.2, p. 17.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*, Ed. Trotta S.A., Madrid, 1997, p. 37.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta, 2001, Madrid, pp. 19-20.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. En debate con Luca BACCELLI, Michelangelo BOVERO, Ricardo GUASTINI, Mario JORI, Anna PINTORE, Ermanno VITALE y Danilo ZOLO [colaboradores]; edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta Madrid, 2001, p. 289.

los derechos fundamentales, en tanto “en su variante más simple, los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia Constitución”³⁰; (ii) el concepto material, en referencia a la obra de Carl Schmitt, de acuerdo al cual “sólo los derechos humanos liberales del individuo son derechos fundamentales en sentido propio”³¹, de esta forma, únicamente los seres humanos pueden ser considerados titulares de derechos fundamentales, así como el Estado el único destinatario de ellos, considerando, claramente, sólo aquellos liberales, i.e. los que imponen un deber de abstención del mismo en la esfera individual del individuo³²; y (iii) el concepto procedimental, el cual enlazaría el punto de vista formal con el material, y que se basa en la pregunta de quién y de qué manera tiene la competencia para decidir sobre los derechos fundamentales. Así, se basa en el poder constituyente y su margen de acción, el cual puede positivizar los derechos fundamentales que considere pertinentes buscando la mejor concepción de derechos humanos, a efecto, a su vez, de definir los derechos fundamentales, los cuales también se ven limitados por la misma concepción que se generan, en tanto limitan el proceso democrático al declararse vinculantes también para el legislador: en efecto, “la relación entre los derechos fundamentales y la democracia es de dos caras”³³.

También cabe hacer obligatoria referencia a cómo el derecho objetivo y sus instituciones en nuestro país han conceptualizado la idea de Derechos Fundamentales. Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a los derechos fundamentales como “derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia”³⁴, asumiendo su matriz en las bases de la institucional, en tanto “el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución, proclama que: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, principio matriz del sistema institucional vigente del cual se infiere, con claridad inequívoca, que todo ser humano, sin distinción ni exclusión, está dotado de esa cualidad, fuente de los derechos fundamentales que se aseguran en su artículo 19”³⁵. Por otro lado, y en el ámbito de determinar las funciones de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo, Pérez-Luño señala que “nuestro Tribunal Constitucional ha sabido capturar esta nueva situación (doble función de los derechos fundamentales) al aludir al “doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos

³⁰ ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21.

³¹ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, Berlín, 1970 (Trad. De Francisco Ayala. Teoría de la Constitución, Madrid, Alianza Universidad, 1992) 1970, p. 164, En: *Ibíd.*, p. 24.

³² En este sentido, y como se observará más adelante en el ámbito de la teorización sobre el concepto de derechos fundamentales y la posterior crítica al concepto liberal de los mismos, Schmitt y en general autores de corte liberal entienden que “el cimiento del Estado burgués consiste en el “principio de distribución de competencias”, que establece “que la esfera de libertad del individuo es en principio ilimitada, mientras que las competencias del Estado son en principio limitadas”.

SCHMITT, *op. cit.*, p. 158, En: ALEXY, *op. cit.*, p. 24.

³³ ALEXY, *op. cit.*, p. 29.

³⁴ STC, ROL 976-07, c. vigesimotercero.

³⁵ STC, ROL 976-07, c. vigesimosegundo.

en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1,1) (STC de 14 de julio de 1981, en BJC, 1981, n° 5, p. 331)³⁶.

También la Inspección del Trabajo –a propósito del procedimiento de tutela laboral³⁷- ha definido que éstos son “aquellos derechos inherentes a la persona, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente, es decir son los derechos humanos positivizados. También pueden conceptualizarse -los derechos fundamentales- como aquellos derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”³⁸.

Cabe destacar que los derechos fundamentales “exhiben como rasgo distintivo su carácter universal y por lo mismo se entiende que son reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida, algo que no puede hacerse respecto de personas jurídicas, que sólo pueden contar con los derechos que el ordenamiento jurídico les reconozca en armonía con su función en la comunidad”³⁹, es decir, bajo esta postura, sólo personas naturales pueden ser titulares de Derechos Fundamentales. Ferrajoli reafirma dicha idea, en tanto “identifica los derechos fundamentales como indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, atributos que no parece posible reconocer en toda su extensión a derechos cuyo titular es una persona jurídica”⁴⁰. Otros, en tanto, señalan que la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas tendría cabida en situaciones excepciones. Así, el profesor Cea afirma que la atribución de derechos fundamentales a personas jurídicas es posible en lo que “sea lógicamente pertinente”⁴¹, mientras que Aldunate señala que “puede sostenerse que el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas tiene un carácter excepcional, y requiere de una justificación excepcional”. El mismo autor agrega que “el carácter excepcional del reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales para personas jurídicas conduce a la conclusión de que, en

³⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio. Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecnos, 2004, pp. 25-26.

³⁷ El artículo 5 del Código Laboral chileno señala que “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

³⁸ <<Véase online en: <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-65192.html> >>

³⁹ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresas Ariztia S.A. respecto del artículo 29 del DL N°211, de 1973, en cuanto permite la aplicación del artículo 385 del Código de Procedimiento Civil, en los autos caratulados “Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”, de que conoce el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, bajo el Rol C N° 236-11. <<Véase online en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2822>>>.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 47.

⁴¹ CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, t. II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 46.

principio, ellas no son titulares de derechos fundamentales, y que este reconocimiento se hace simplemente por razones instrumentales”⁴².

I. b. i. Derechos Fundamentales y Derechos Humanos.

Como señala Durán, “no es infrecuente encontrar en la literatura académica el uso indistinto de la expresión derechos humanos y derechos fundamentales; términos que, en ocasiones incluso, se los asimila a las denominaciones derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas y derechos morales; lo cual determina la necesidad de establecer algunas precisiones conceptuales sobre el alcance de dichas expresiones, abocándonos por la pertinencia y frecuencia de su uso, a las dos denominaciones primeramente aludidas”⁴³.

Así, la primera tarea es poder precisar adecuadamente cuáles son los límites, marcos o puntos en común en los cuales se desarrollan los conceptos “derechos humanos” y “derechos fundamentales”.

Para autores como Robles, la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales dice relación con que los últimos son la positivización de los primeros: “una vez que los derechos humanos, o, mejor dicho, determinados derechos humanos, se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente y pasan a ser derechos fundamentales, en un determinado ordenamiento jurídico”⁴⁴. Fundamentalmente, los derechos humanos, también denominados derechos naturales o derechos morales, “no son en realidad auténticos derechos -protegidos mediante acción procesal ante un juez- sino criterios morales de especial relevancia para la convivencia humana”⁴⁵.

Para otros autores, como el mismo Durán, la relación entre derechos fundamentales y derechos humanos se expresa en tanto el sistema normativo al cuál pertenecen. De esta manera, señala que “es posible sostener que bajo la expresión “derechos fundamentales” se designa a los derechos garantizados por la Constitución y que en cambio, la denominación “derechos humanos”, hace referencia a derechos garantizados por normas internacionales. Las primeras tienen como fuente de producción al legislador constituyente, y las segundas, a los Estados y organismos internacionales”⁴⁶.

⁴² ALDUNATE, Eduardo. Derechos Fundamentales. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 156-158.

⁴³ DURAN, Willman. La Protección de los Derechos Fundamentales en la Doctrina y Jurisprudencia Internacional. *Ius et Praxis*. 2002, vol.8, n.2, p. 177.

⁴⁴ ROBLES, Gregorio. Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1997, p. 20.

⁴⁵ DURAN, op. cit., p. 179.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 180.

I. b. ii. Derechos y Garantías Fundamentales.

Entendiendo que los Derechos Fundamentales son un interés protegido por el Derecho, siendo un derecho subjetivo⁴⁷ inalienable (es decir, no se puede enajenar) e inherente (propio de sí) a todos y todas, sin exclusión de ninguna naturaleza se diferencian de las garantías fundamentales en tanto éstas son las técnicas o instrumentos destinados a posibilitar el ejercicio legítimo de los Derechos Fundamentales. Estas técnicas o instrumentos pueden ser de variada naturaleza, v.gr. procesales, administrativas, legislativas, etcétera. En palabras de Díez Picazo, “la expresión <<garantías de los derechos fundamentales>> carece de un significado técnico jurídico preciso. Hace referencia al conjunto de medios que el ordenamiento prevé para la protección, tutela o salvaguardia de los derechos fundamentales. Se trata de un conjunto heterogéneo, pues abarca tanto procedimientos de distinta índole como requisitos sustantivos, cuyo rasgo común es precisamente estar dirigidos a asegurar la observancia y efectividad de los derechos fundamentales”⁴⁸. Para Ferrajoli, “<<Garantía>> es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”⁴⁹. Por otro lado, para Aldunate, “puede decirse que, en general, en el campo del derecho, y en particular en el de los derechos fundamentales, la garantía es un instrumento al servicio de la concreción fáctica de la promesa normativa”⁵⁰.

La relación que se da, de esta forma, entre Derechos Fundamentales y las Garantías Fundamentales, es de una relación de cooperación. Así, la posibilidad de existencia de una Garantía Fundamental respecto de un Derecho Fundamental no implica que al no existir la primera suceda lo mismo con el Derecho, sino que se afecta - en opinión de algunos- la validez del mismo mientras no esté establecido un mecanismo para su efectivo reconocimiento en el sistema jurídico positivo, y -en opinión de otros- la efectividad de la tutela del Derecho, haciendo que ese, si bien existe, no tenga real incidencia.

Dentro de los tipos de Garantías Fundamentales, nos detendremos, a objeto del presente trabajo, en las Garantías Jurisdiccionales. Éstas son la piedra angular del sistema de garantías de los Derechos Fundamentales. Básicamente están referidas a todas aquellas acciones destinadas a resguardar y proteger dichos Derechos Fundamentales. Estas garantías pueden tener un origen constitucional o legal, sin perjuicio de que la regulación

⁴⁷ Para complementar la definición anteriormente planteada en torno al significado de derecho subjetivo, cabe plantearse la visión del autor nacional Alejandro Silva Bascuñán, quien señala que “desde el punto de vista subjetivo, mirado como bien de la persona que es titular, derecho es la facultad moral inviolable de dar, hacer o no hacer algo, o, como dice el mismo Diccionario, “la facultad del hombre para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su hombre o, más precisamente, “la facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor”. SILVA, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Principios de Estado y Gobierno. Editorial Jurídica de Chile, 1997, Santiago, p. 9.

⁴⁸ DIEZ-PICAZO, Luis María. Sistema de Derechos Fundamentales. Thomson, Civitas, Tercera Edición, p. 79.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. Democracia y Garantismo. Editorial Trotta, edición de Miguel Carbonell, p.60.

⁵⁰ ALDUNATE, op. cit. p. 77.

de dichas garantías conste en otros cuerpos normativos. Esta es claramente un área donde se desarrolla plenamente el derecho a la jurisdicción, y eminentemente cada vez que se ejecute una garantía jurisdiccional debe establecerse un contenido mínimo necesario para los efectos de que estas garantías logren cumplir con sus objetivos específicos. Podemos señalar, a objeto de las características centrales de dichas garantías, las siguientes:

1. Lo elemental es que estas garantías estén reconocidas por el ordenamiento jurídico.
2. Debe fijarse expresamente la potestad para hacer uso de estas garantías jurisdiccionales: señalar que debe existir una acción procesal para hacerlas efectivas.
3. Debe existir un procedimiento específico para cada una de ellas, que conforme a nuestra CPR debe constar en la ley. No obstante esto, existen excepciones, como el Recurso de Protección regulado en el Auto Acordado de la Corte Suprema de 1992.
4. Cada vez que se ejerza esta potestad debe dictarse una sentencia fundada que resuelva esta solicitud de resguardo de los Derechos Fundamentales en cuestión.

En nuestra Constitución y ordenamiento jurídico o derecho objetivo están reconocidas como acciones de este tipo:

1) De rango constitucional:

- Acción o Recurso Protección (art. 20).
- Acción o Recurso de Amparo Constitucional (art. 21).
- Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad (art. 93 n° 6).
- Acción de Inconstitucionalidad (art. 93 n° 7).
- Reclamación de Nacionalidad (art. 12).
- Indemnización por Error Judicial (art. 19 n° 7, letra i).
- Nulidad de Derecho Público (arts. 6 y 7).

2) De rango legal:

- Acción de Amparo Económico: no está reconocido en la CPR, sino que se encuentra en la Ley 18.971 de 10 de marzo de 1990.
- Amparo ante Juez de Garantía (95 del Código Procesal Penal).

- Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador (art. 485 del Código del Trabajo).
- Habeas Data.
- Reclamo de Ilegalidad Municipal.
- Reclamación del Acceso a la Información (Ley de Transparencia, reconocimiento Constitucional en su artículo N°8 en la reforma del año 2005)

I. c. Aplicación de los Derechos Fundamentales en nuestro ordenamiento Jurídico.

A este respecto, es necesario poder entender cómo se aplican los derechos fundamentales en nuestro derecho objetivo, de manera de determinar un marco en el cual estos interactúan con las distintas leyes de nuestro ordenamiento jurídico.

I. c. i. El Bloque de Constitucionalidad.

Antes que todo, cabe precisar que los Derechos Humanos son, de acuerdo con diversas filosofías jurídicas, aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna⁵¹. Expresados a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁵² –que, es necesario considerar, Chile fue uno de los países que firmó tal tratado en sus inicios- son inherentes e inalienables a toda persona, a todo ser humano.

El artículo 5 N°2 de la CPR señala que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. En tal artículo se realza la importancia como límite que tienen los Derechos Fundamentales ante el ejercicio de la soberanía, pues si bien ésta reside esencialmente en la nación, su ejercicio se materializa a través de nuestros representantes. Éstos (junto con el aparataje estatal), en virtud de los preceptos de legalidad establecidos en los artículos 6 y 7 de la CPR., deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, obligando a toda persona, institución o grupo; por ende, deben defender y promover (nótese el sentido positivo de tal expresión) los DD.HH.. Todo lo anterior, por supuesto, expresión de

⁵¹ PAPANICHINI, Ángel. Filosofía y derechos humanos, p. 44.

⁵² Declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París, que recoge los derechos humanos considerados básicos. La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos comprende lo que se ha denominado “Carta Internacional de los Derechos Humanos”.

aquel precepto que señala que Chile es una República Democrática, lo cual se manifiesta en el artículo 4° de la CPR.

En relación con lo anterior, nuestra CPR, en materia de derechos fundamentales, establece un sistema de doble fuente de tales derechos: primero, porque asegura y garantiza llanamente derechos fundamentales por medio del artículo 19, donde se expresan directamente a través de su articulado, y, segundo, facilita la entrada a la Constitución material de derechos esenciales no asegurados manifiestamente en el texto constitucional “a través de la concepción de los derechos implícitos y del derecho internacional en sus diversas fuentes: *ius cogens*, derecho internacional consuetudinario y derecho internacional convencional ratificado por Chile y vigente, los que en conjunto constituyen el bloque constitucional de derechos fundamentales”⁵³ por medio del art. 5 N°2 de nuestra CPR. De esta manera un único bloque de derechos –bloque de constitucionalidad- se alimenta recíprocamente, en sentido de progresividad, aplicando los principios a favor de la persona. Argumentos que desestimen tal concepción y tiendan a la disgregación o lisa y llanamente no consideren tales derechos, están vulnerando concepciones básicas de regulación formal y material expuestas tanto por nuestro derecho objetivo interno como por el derecho internacional⁵⁴. Esto, además, posibilita que todo aquel contenido material de derechos que no están contemplados en la CPR (si bien ésta define la importancia de tales son brevemente definidos, principalmente en el artículo 19) pero sí en los textos internacionales ratificados por los órganos correspondientes, puedan incorporarse como parte de tal en medida que garantizan o aseguran eficazmente derechos que no estaban expresamente establecidos en la norma constitucional⁵⁵, instituyéndose, de tal forma, el lugar constitucional de los tratados de DD.HH. en el sistema de fuentes del derecho chileno.

⁵³ NOGUEIRA, Humberto. Los Derechos contenidos en tratados de Derechos Humanos parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional, 2007, p. 457.

⁵⁴ Nogueira expresa uno de tales argumentos al conexas la incorporación del Derecho de los tratados con la unidad y primacía del Derecho Internacional general y las reglas imperativas o de *ius cogens*; tratando esto como un todo o *reductio ad unum*. “Ningún conjunto de ‘alardes hermenéuticos’ o ‘simple proceso semántico’ puede extraer del artículo 5° inciso segundo párrafo segundo una regla que permita un orden competencial distinto al fijado en la Constitución o una jerarquía supraconstitucional de tratados de derechos humanos o simplemente un ‘bloque constitucional de derechos’, conducente a quebrar la supremacía de la Carta, su valor y eficacia normativa, su rigidez, procedimiento de reforma constitucional y control de constitucionalidad”.

ZÚÑIGA, Francisco. Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Apostillas sobre tratados y Constitución. En: Ponencia presentada al XXXVII Jornada Chilenas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Comisión de Derecho Constitucional, 2007, pp. 26-27.

⁵⁵ De acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, los derechos naturales asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respecto de los derechos. Esta obligación no sólo se deriva del artículo 5° de la Constitución, sino también de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, de 1949, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario” ZÚÑIGA, Francisco. Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Apostillas sobre tratados y Constitución. En: Ponencia presentada al XXXVII Jornada Chilenas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Comisión de Derecho Constitucional, 2007, p. 25.

Así, el ámbito normativo de cada derecho fundamental, su sentido y alcance, está conformado por los elementos establecidos por la fuente normativa constitucional como por las fuentes del derecho Internacional⁵⁶. Cada derecho fundamental queda delimitado por los atributos que conforman el Derecho asegurados por la fuente nacional e internacional, aplicando siempre las fuentes que mejor protejan el Derecho, proyectándole la mayor fuerza expansiva, lo que constituye una exigencia ínsita en los mismos derechos⁵⁷. Según rotula Zúñiga Urbina⁵⁸, “es la Constitución estatal, concebida como un conjunto de reglas de competencia, la que define la regla de incorporación – regla de habilitación del Derecho de los Tratados en el Derecho interno, así como la posición y controles de constitucionalidad a que deben someterse los tratados internacionales, cuando corresponda”⁵⁹.

Según lo expresado por Francisco Cumplido en las Actas de la Comisión de la Nueva Constitución (sesión 2003)⁶⁰, “resolvimos aceptar incorporar expresamente, a lo menos, los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, aseverando –por medio de tal frase- el doble sistema de fuentes de nuestro ordenamiento.

Asimismo, el autor nacional Alejandro Silva Bascuñán ha manifestado: “La obligación que impone al Estado tiene como ámbito todos esos derechos esenciales y, por lo tanto, no sólo aquellos que explícitamente están reconocidos por la ley fundamental”⁶¹ al igual que Humberto Nogueira quien expone que “los derechos de fuente directamente constitucional, como asimismo, los derechos implícitos y los derechos de fuente internacional, constituyen un único bloque de derechos que se retroalimentan recíprocamente”⁶².

Por último, el Tribunal Constitucional de nuestro país tuvo ocasión de pronunciarse sobre el punto de la jerarquía de los tratados internacionales sobre DDHH a pedido de una bancada de diputados el año 2000 con respecto al Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional). El tribunal falló el 8 de abril de 2002, diciendo en la parte considerativa sección VI, que los tratados internacionales suscritos por Chile en materia de derechos humanos tienen igual jerarquía a cualquier otro tratado, es decir *supralegal* pero *infraconstitucional*. Las razones que da para este fallo se amparan en el artículo 5 inciso N°2, el cual debe ser interpretado en conformidad a todo el ordenamiento jurídico (elemento sistemático de la interpretación⁶³), en el que se incluye (i) el control preventivo de

⁵⁶ Complementar, además (y con ánimos de no redundar) lo establecido por las normas autoejecutables y no autoejecutables en la respuesta anterior.

⁵⁷ NOGUEIRA (2007), op. cit. p. 457.

⁵⁸ ZUÑIGA, op. cit. p. 26.

⁵⁹ Este criterio fue confirmado (según la sentencia de 21 de diciembre del 1987, Rol °46 por el Tribunal Constitucional) por la Comisión sobre Reforma a la Constitución Política de la República de 1980, de noviembre de 2001, en el que se hizo expresa mención al Rol N°46.

⁶⁰ ZUÑIGA op. cit., pp. 3-4.

⁶¹ SILVA BASCUÑAN, op. cit. p.111.

⁶² NOGUEIRA (2007), op.cit. p. 461.

⁶³ Como lo indica la directiva de primer nivel (DI) N°9, “a una regla no se le debería atribuir un significado de manera que esta regla fuera inconsistente (o incoherente) con un principio válido del derecho”.

constitucionalidad de los tratados, (ii) la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un tratado y que (iii) los tratados internacionales tienen un quórum de aprobación ordinario, por lo cual podría haberse reformado incluso la constitución en virtud de tratados internacionales (lo que ya no es válido por el artículo 54 N°1 y 66)

I. c. ii. Efecto Horizontal de los Derechos Fundamentales.

Utilizamos la expresión “eficacia horizontal” para graficar que los derechos fundamentales producen efectos entre privados, en oposición al efecto vertical en que sólo resultan oponibles a las acciones del particular frente a entes públicos: el contraste entre subordinación y coordinación. En vista de los derechos fundamentales fueron establecidos históricamente con el propósito de dar protección a los individuos frente al poder del Estado, debemos preguntarnos cuál es la justificación para ampliar tales derechos a los conflictos entre privados. El origen mediato del efecto horizontal de los derechos fundamentales se remonta al siglo XIX, siglo en el cual “la iuspublicística alemana desarrolló una preocupación por la libertad individual, ya no sólo frente al poder estatal, sino frente a los poderes sociales”⁶⁴. La idea es básica y elemental: no basta con garantías de libertad frente al poder estatal, sino que es necesario asegurarlas frente al poder social, frente a prerrogativas particulares. No sólo existe la capacidad del Estado para gestar interferencia en el ámbito de la libertad individual, también los poderes sociales, grupos y organizaciones pueden atentar, mediante relaciones de poderío, contra los derechos fundamentales del individuo.

De esta forma, se entiende la necesidad de que tanto los poderes privados como públicos estén sujetos a la carga de la justificación y de la legitimización, formal como sustancialmente, de forma que la minimización equivalga a la maximización de las libertades, actuando en el marco de un Estado social de derecho. Se argumenta, así, que “los derechos fundamentales son derechos subjetivos sin relación, no relativo, sino absolutos y ello porque la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad son indivisibles”⁶⁵. En concordancia a ésta doctrina se manifiesta el Tribunal Constitucional en tanto señala que “la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos (...) con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia”. Los derechos constitucionales serían directamente invocables por su titular en su carácter de derechos subjetivos, sin aceptar mayores limitaciones que las que en definitiva pudiesen emerger de la protección de un derecho constitucional por la otra parte del conflicto.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Madrid, Civitas Cuadernos, 2001, p. 49.

⁶⁴ ALDUNATE, Eduardo. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En: Juan Carlos Ferrada Bohórquez, La Constitucionalización del Derecho Chileno, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 18.

⁶⁵ CONTRERAS, Pablo. Sobre los derechos fundamentales y su eficiencia, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile. Profesor guía: Antonio Bascañán Rodríguez, 2007, p. 275.

Cabe a su vez considerar que la distinción entre derecho público y privado, que justifica en gran parte las críticas al efecto horizontal (sobre todo directo) de los derechos fundamentales, reviste amplias críticas. Efectivamente, nos encontramos frente a un proceso de constitucionalización del derecho privado. Para Kelsen, todo el derecho es estatal, ya que se apoya en el monopolio del estado para el empleo legítimo de la fuerza. Así también lo señala Jana, en cuanto argumenta que para los 'horizontalistas directos' "no existe –conforme lo postulan- una distinción rígida entre lo público y lo privado. Todo el derecho, como construcción estatal que es, está sujeto, al igual que todas las relaciones que éste regula, a la Constitución y los derechos fundamentales contenidas en ella"⁶⁶. Por otro lado, Barros señala que "todo contrato tendría un componente público, pues tiene su fuerza obligatoria en una atribución de competencia que la ley da a los particulares y porque el estado ampara por la fuerza su observancia en caso de incumplimiento"⁶⁷, siendo deber del Estado -a través de todos sus órganos y en virtud del artículo 5 de nuestra Constitución Política de la República⁶⁸- su pleno respeto y promoción, tal como lo señala principalmente el considerando vigésimo segundo de la sentencia respectiva. Debe considerarse, entonces, que cualquier tipo de relación, ya sea pública o privada, queda sujeta a un "examen de consistencia con la norma superior de los derechos humanos"⁶⁹, respetándose así la unidad del derecho objetivo y la correcta protección a la persona. Como Señala Bilbao, "los derechos fundamentales superan la dicotomía de los sectores público y privado y se presentan como criterios básicos de normatividad que afectan a todos los planos del ordenamiento"⁷⁰.

Siendo la Constitución la norma fundamental de todo el orden jurídico, es necesario comprender el sentido subordinado que establece al resto de los cuerpos normativos de un ordenamiento jurídico, dotando a la Constitución como el texto legal de más alta calidad jerárquica y cualitativa. De esta manera concede a la Constitución el más magno rango jerárquico, convirtiéndola en "el criterio hermenéutico guía para interpretar todas las restantes normas del ordenamiento jurídico"⁷¹.

A su vez, y esta vez centrándonos en el derecho positivo chileno, nuestra Constitución señala en su artículo 6 inciso 2 que "los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución, o grupo". De esta forma, entrega un claro mandato hacia toda persona,

⁶⁶ JANA, Andrés. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, p. 8.

⁶⁷ BARROS, Enrique, Derecho Civil I Tercera Parte, Relación Jurídica y Derechos Subjetivos, Chile, 1999, p. 17.

⁶⁸ "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

⁶⁹ JANA, op. cit., p. 8.

⁷⁰ BILBAO, Juan María. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997, p. 327.

⁷¹ BILBAO, op. cit., p. 279.

natural o jurídica, de respeto a los principios constitucionales ya sean formales o materiales (v. gr. Derechos fundamentales), destacándose, de esta manera, el carácter horizontal directo de los derechos fundamentales en nuestra legislación. La Corte ha interpretado el referido artículo de la siguiente forma; "todas las personas se ven vinculadas en su actuar, en razón del artículo 6, por todas las disposiciones de la constitución"⁷², por tanto los derechos fundamentales enumerados en el artículo 19 serían de igual forma vinculantes para los particulares. Este es el llamado efecto inmediato de los derechos fundamentales, donde los derechos son oponibles directamente en las relaciones privadas, sin mediación alguna, de esta forma la supremacía constitucional no se entiende ya como una armonía en la legislación, sino como una vinculación directa de la Carta Fundamental para todos, tanto órganos estatales como también para todas las personas integrantes de la sociedad. De este modo el Estado reconoce la existencia de grupos intermedios, y a través del principio de subsidiariedad, la existencia de instituciones públicas y privadas.

Por último, cabe señalar que el problema de los límites respecto de los derechos que más bien establecen un ámbito de protección se plantea en tanto sus fronteras son difusas y suelen estar en colisión con otros derechos, como ocurre en general con los derechos de la personalidad. Es usual, entonces, que estos derechos aún no hayan sido concretizados por la ley, por la jurisprudencia ni por la doctrina, de modo que su contenido sólo se exprese en enunciados constitucionales muy generales. Esto conlleva diferentes aristas. Una de ellas es la señalada por Marshall, en tanto "el efecto horizontal de los derechos fundamentales es problemático a medida que su consagración no está explícitamente establecida en la constitución"⁷³, cuestión que sí sucede en ciertos cuerpos normativos, como lo es, por ejemplo, el art. 5 del Código Laboral.

I. c. iii. El Control de Convencionalidad.

Por último, creemos correspondiente referirnos al denominado Control de Convencionalidad, institución que ha ido paulatinamente tomando fuerza dentro del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Como señala Olano García, citando, también, a García y Morales, "La interrelación de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos y los tribunales nacionales es lo que se ha venido a denominar control de convencionalidad, surgido a partir del aporte de la jurisprudencia interamericana, e 'implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, expresado en tratados o convenciones", aunque no ha logrado llegar a la "periferia" del derecho: los jueces de menor jerarquía.

⁷² MARSHALL, Pablo. Sobre los derechos fundamentales y su eficiencia, Memoria, Universidad de Chile. Profesor guía: Antonio Bascuñán Rodríguez, 2007, p. 100.

⁷³ MARSHALL, Pablo. Sobre los derechos fundamentales y su eficiencia, Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Universidad de Chile (2007). Profesor guía: Antonio Bascuñán Rodríguez, p. 70.

El control de convencionalidad puede darse a nivel tanto internacional como interno y, cuando se utiliza bien, contribuye a que las fuentes internas e internacionales del derecho vigente en cada Estado puedan aplicarse por todas las autoridades de manera ordenada, lógica, armónica y coherente. Así, entonces, la premisa del control de convencionalidad "reside en la idea -que rige el comportamiento del Estado parte en un tratado internacional- de que la norma de este carácter obliga al Estado en su conjunto. Es éste, y no sólo algunos órganos o agentes, quien asume los compromisos y los deberes de carácter internacional. Así las cosas, ningún sector del Estado -nacional o regional, federal o local- podría sustraerse al cumplimiento de esos deberes; en consecuencia, los tribunales internos deberían analizar la observancia de aquéllos y ajustar sus decisiones a estos imperativos. De ahí que ejerzan un control de convencionalidad que se extiende tanto a la actuación de órganos no jurisdiccionales como a la de órganos jurisdiccionales, cuando esta actuación queda sujeta a revisión por parte del tribunal que ejerce el control"⁷⁴⁷⁵.

Hablamos, entonces, de la aplicación de los derechos humanos reconocidos y expresados en la Convención Americana de Derechos Humanos desde dos espacios. Primero, el internacional, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza el control propiamente tal de lo preceptuado en la Convención; pero también un control interno o nacional, donde cada Estado debe procurar que los derechos allí reconocidos sean aplicados en las diferentes instituciones del Estado y sus poderes, lo que incluye a el aparataje público de la administración como a los diferentes tribunales que fallan en torno a Derecho. Como señala Nash, "Considerando los dos ámbitos en que se puede realizar el control de convencionalidad, podemos sostener que esta es una figura que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte IDH y todos los agentes estatales, de la educación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y que dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente"⁷⁶.

En términos de lo establecido en la misma Convención, sus artículos 1 y 2 establece los deberes para los Estados que son parte de la misma: (1) Por un lado, El *respetar* los derechos de la Convención, y, por otro (2) *garantizar aquellos* sin discriminación alguna. Junto con esto, su artículo N°1 genera la obligación a adoptar

⁷⁴ GARCIA RAMIREZ, Sergio y MORALES SANCHEZ, Julieta. El Control de Convencionalidad: Construcciones y dilemas, en: Eto Cruz, Gerardo: Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú. Tomo II (Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Constitucionales, Lima), 2013.

⁷⁵ OLANO GARCIA, Hernán Alejandro. (2016). TEORÍA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. *Estudios constitucionales*, 14(1), 61-94. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100003>

⁷⁶ NASH, Claudio. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XIX, Bogotá, 2013, p. 492.

"disposiciones legislativas o de otro carácter" para hacer efectiva aquellas.

Con respecto a su determinación, para Sagüés, "la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. gobierno de Chile", del 26 de septiembre de 2006⁷⁷, definió claramente, dentro del marco de vigencia de la Convención Americana sobre derechos humanos, el "control de convencionalidad" a practicarse por los jueces nacionales. Dicho "control de convencionalidad" se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales"⁷⁸. Por otro lado, para Hitters, el caso que da origen en la materia estaría en el llamado fallo "Myrna Mack Chang" de 25 de noviembre de 2003 pues en él el voto del Juez García Ramírez sería el primero en usar la terminología⁷⁹

En este punto, es necesario referir con énfasis que la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos "Atala Riffo e hijas vs. Chile"⁸⁰ y "Gelman vs. Uruguay"⁸¹, ha señalado que la realización de un control de convencionalidad de los actos del Estado compete a toda autoridad pública, no siendo sólo una labor que recaiga únicamente en los jueces. Esto significa que las autoridades, en el ejercicio de sus funciones y en el ámbito de sus competencias, deben procurar guardar conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos, su jurisprudencia y protocolos adicionales⁸², y con la correcta

⁷⁷ El autor cita el considerando 124: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de ley es contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" Entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

Además, se refiere al considerando 125 en tanto agregaría información complementaria: "En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que '(s)egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno'. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969".

⁷⁸ SAGÜES, Néstor Pedro. (2010). OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. *Estudios constitucionales*, 8(1), 117-136. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100005>.

⁷⁹ HITTERS, Juan Carlos. (2015). CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (ADELANTOS Y RETROCESOS). *Estudios constitucionales*, 13(1), 123-162. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000100005>

⁸⁰ Corte IDH. Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, párr.184.

⁸¹ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 239.

⁸² Para el caso mexicano, por ejemplo, Ferrer señala que "El "control difuso de convencionalidad" constituye un nuevo paradigma que deben de ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera "última" y "definitiva" el Pacto de San José". FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (2011). Interpretación

aplicación de sus estándares. Que la autoridad pública tenga esta obligación significa que, al momento de aplicar normas o tomar decisiones, debe realizar un ejercicio que permita que sus actuaciones sean compatibles con las obligaciones que ha contraído el Estado de Chile al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos⁸³.

De esta forma, se desprenden dos ideas relevantes:

(1) Que todo órgano del Estado, desde la Administración, debe aplicar lo preceptuado en la Convención Americana de Derechos humanos, lo que incluye la definición del objeto de la educación y del DE, por ende debe ser utilizada como base para la elaboración de políticas públicas en materia de educación.

(2) Que los distintos tribunales del país deben aplicar tanto su contenido como el de sus protocolos complementarios, además de su jurisprudencia, lo que representa un gran desafío para el Poder Judicial. En un derecho que hoy no se encuentra tutelado por el recurso de protección, existe un mandato a los jueces a aplicar lo preceptuado en torno al DE en aquellos cuerpos internacionales, los que, en la realidad actual, debiesen ser considerados mediante los mecanismos de tutela indirecta.

El control de convencionalidad nos lleva a considerar, con mayor ahínco, de que debe existir una garantía concreta que proteja el interés legítimo que se sostiene en el DE como derecho subjetivo público. No obstante, en lo práctico debemos hacernos cargo de la realidad actual mediante los mecanismos hoy existentes.

Ello es especialmente relevante en medida de que el art. 13 en sus numerales 3 al 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica) sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y culturales. señalan que:

3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

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

conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales*, 9(2), 531-622. Recuperado en 22 de octubre de 2017, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014&lng=es&tlng=es.

⁸³ NASH ROJAS, Claudio. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: Recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012, pp. 60-61.

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 (...)."

Es decir, existe un mandato a los jueces de la República ha tutelar el acceso a la educación, su gratuidad o gratuidad progresiva, y el acceso a la misma, todo en los márgenes establecidos por el mismo Protocolo. Ya volveremos a esto en el capítulo destinado al análisis del DIDH.

Por último, mediante la tutela indirecta cabe considerar la situación de las denominadas "categorías sospechosas". En relación al citado fallo de Atala Riffo e Hijas vs. Estado de Chile, Szmulewic sostiene que "(...) el falló argumentó, por primera vez en su evolución jurisprudencial, que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo el término "otra condición social", del artículo 1.1 de dicho instrumento, por lo que la discriminación por orientación sexual constituye una "categoría sospechosa", por lo que cualquier diferencia de trato basado en ella debe encontrarse justificada en el cumplimiento de algún fin legítimo y cumplir los demás requisitos del principio de proporcionalidad"⁸⁴.

Entendemos por categorías sospechosas el conjunto de características que han hecho que grupos de personas hayan sido discriminados históricamente. En el caso en cuestión se habla de orientación sexual, pero a ello debe sumarse, entre otras, la identidad de género, la raza, etnia, nacionalidad, creencia religiosa, sexo, entre otras⁸⁵.

A lo largo de esta tesis, se denotarán -desde lo expuesto en tratados internacionales y diferentes relatorías especiales de la Organización de Naciones Unidas-, que se identifican categorías sospechosas (que, dicho sea de

⁸⁴ SZMULEWIC, Esteban. Igualdad, Orientación Sexual y Juicio Estricto de Proporcionalidad. Comentario de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sección: Comentarios de Jurisprudencia, Año 19 - N°1, 2012, p. 5.

⁸⁵ En el derecho nacional, la denominada Ley Antidiscriminación (Ley 20.609) en su artículo N°2 establece una serie de características que han hecho que diferentes personas sean objeto de discriminación, frente a la cual habrá que tener una adecuada justificación en caso de realizar algún tipo de diferenciación, previendo la posibilidad de la arbitrariedad en las diferencias que se puedan hacer a ellas. Al respecto, señala el artículo citado que: "Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad".

paso, no se denominan por aquellos textos de dicha forma, mas estimamos que deben ser consideradas así) dentro del ámbito educacional: población indígena, de etnias distintas a lo dominante, mujeres en determinados contextos donde operan visiones patriarcales del rol de aquéllas en la sociedad, personas de nacionalidad distinta al país donde viven o residen, minorías religiosas, o nuevas categorías que se hace imprescindible se tengan en cuenta para elaborar políticas y prevenir discriminaciones, como la población transgénero, no-heterosexual, migrantes refugiados, personas privadas de libertad, aquellas que puedan enfrentarse barreras de idioma y de cultura, como también aquella de niños y niñas, adolescentes y jóvenes que padecen de enfermedades físicas o mentales, población sorda, muda, o necesidades especiales, entre otras.

En efecto, si consideramos el control de convencionalidad en ambas facetas, se denota una doble consideración a tener en cuenta:

Primero, que distintos centros educacionales del Estado, tanto a nivel de enseñanza primera, secundaria como universitaria o técnico profesional, deben en tener especial consideración a no permitir que se den discriminaciones en dichas instituciones. Ello lleva no sólo a un deber de omisión de las mismas, pues si el imperativo se da en aquellos ámbitos, debe tenerse en cuenta la necesidad de aplicar lo concerniente al DE como al derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria, en todas sus facetas, al ser un cuerpo internacional reconocido por el Estado chileno. En efecto, existe un deber no sólo de respeto, sino de promoción del mismo. Siendo la discriminación una realidad nacional que se da por distintas vulneraciones cotidianas (desde la convivencia a, si así se puede desarrollar, espacios físicos) más aún en el plano de las categorías sospechosas, el DE debe contemplar los mecanismos adecuados para promover la integración y facilidades para las mismas, pues al no existir una gestión positiva se produce, precisamente, una discriminación arbitraria: se trata como igual a lo que no es igual, dando paso a un conflicto de equidad y no mera igualdad en el sistema educacional.

Por otro lado, en el ámbito privado -y, dadas las circunstancias, en distintos espacios públicos- el control de convencionalidad conlleva a que los tribunales del país deban aplicar las mismas consideraciones que existen a nivel de la Convención Americana de Derechos Humanos. Reconociendo ésta el DE, existe, entonces, un deber de tutela del mismo, que no puede sencillamente basarse en la omisión del mismo por parte del artículo 20 de nuestra Constitución Política de la República, es decir, la omisión del DE del recurso de protección. Existe, entonces, un deber de tutela que no puede omitirse, lo que lleva a repensar las garantías constitucionales existentes en el plano mencionado, de forma de no sólo pronunciarse por medio de tutela indirecta del DE por la vía de otros derechos fundamentales. A lo mismo, debe tener en consideración el efecto horizontal de los derechos fundamentales, pues el conflicto se puede generar entre privados, o considerando al Estado desde la misma matriz,

como otro del conflicto. Resulta, entonces, un desafío para la jurisdicción nacional el contemplar el cómo darle cabida al control de convencionalidad y el efecto horizontal de los derechos fundamentales, en el plano sobre el cual se argumentará en esta tesis, al DE dentro de nuestro derecho objetivo.

SEGUNDO CAPÍTULO - Teoría crítica de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales.

II. a. Las tres generaciones de derechos humanos.

En el contexto del desarrollo de los derechos humanos relevancia ha cobrado el aporte de organismos internacionales, como también la fructífera práctica de los pueblos al reivindicar derechos y libertades a través de demandas históricas frente a los Estados. Sin duda que este último punto, sumado a la labor de la opinión pública y jueces, ha contribuido a robustecer la discusión y el avance significativo que los derechos humanos tienen hoy en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. Lo que entendemos por generaciones de derechos humanos ha sido el resultado de la sistematización de los mismos, usada por la doctrina internacional durante el período de posguerra, influenciada por razones ideológicas y políticas propias de aquel entonces. Sin embargo, desde finales de los años ochenta, dicha doctrina ha rechazado enérgicamente esa sistematización con argumentos históricos, éticos, políticos y jurídicos.

El primero en formular esta división en generaciones de derechos fue el checoslovaco, exdirector de la División de Derechos Humanos y Paz de la UNESCO, Karel Vasak⁸⁶, quien introdujo el concepto de las tres generaciones de los derechos humanos en su conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos dictada en Estrasburgo (1979). Su inspiración fue la de la bandera francesa; es decir, “libertad, igualdad y fraternidad”, sustituyendo esta última con mayor acierto por la presencia del valor “solidaridad”. Esta idea refleja el orden temporal sucesivo (de ahí lo generacional) del reconocimiento internaciones de los derechos humanos, identificando tres generaciones que marchan de lo individualista a los solidario⁸⁷.

La primera generación de los derechos humanos surge en el contexto social de la caída de las monarquías absolutas en el siglo VIII y con el surgimiento de los estados constitucionales. Es con las revoluciones burguesas que el ciudadano comienza a tomar consciencia del rol político que por largos años había quedado supeditado a los autoritarismos. Es entonces cuando los ideales libertarios comienzan a tomar fuerza y surge la Declaración Francesa de derechos del hombre y del ciudadano. La mayoría de los autores señala que es con la Constitución de Estados Unidos y la Declaración Francesa cuando emerge la primera generación de los derechos humanos, los llamados “derechos individuales”, que contenían, a la par, derechos civiles y derechos políticos.⁸⁸ Tales postulados

⁸⁶ VASAK, Karel. Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. Vol. I, Barcelona, Serbal-UNESCO, 1984, pp.15 y ss.

⁸⁷ GONZALEZ ALVAREZ, Roberto. Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación. Consultable en www.tendencias21.net/derecho/attachment/113651/.

⁸⁸ FLORES, Lucerito. Temas actuales de los derechos humanos de última generación. Biblioteca Jurídica Virtual UNAM, México, 2014, p.28 En línea <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4304/1.pdf>.

recogidos por los ideólogos de la revolución como Rousseau, Voltaire, Diderot, D'Alembert, entre otros, ya habían sido planteados por autores clásicos como Aristóteles, Cicerón, Santo Tomas de Aquino, entre otros.

En nuestra Constitución están regulados en el artículo 19: igualdad ante la ley (Nº 2), respeto y protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia (Nº4), libertad de conciencia (Nº 6), libertad personal y seguridad individual (Nº 7), entre otros, los que se pueden resumir en los siguientes puntos⁸⁹:

- Toda persona tiene derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica.
- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica.
- Los hombres y las mujeres poseen iguales derechos.
- Nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre.
- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, no se le podrá ocasionar daño físico, psíquico o moral.
- Nadie puede ser molestado arbitrariamente en su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia, ni sufrir ataques a su honra o reputación.
- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia.
- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- En caso de persecución política, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país.
- Los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y a decidir el número de hijos que desean.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento y de religión.

A principios del siglo XIX con la Revolución Industrial y la mexicana de 1917, es cuando los derechos civiles y políticos, o libertades, tienen su contrapartida más clara y surgen los derechos sociales, económicos y culturales o derechos humanos de segunda generación. Tales derechos responden a necesidades de la época, período de desastre de las economías capitalistas de los estados-nación y la cuestión social. Necesidades que decían relación con la problemática social en que el hombre común y trabajador ve expuesta su vida y condiciones laborales a la amenaza de las economías de corte más liberal, que lo ven como una mercancía.

⁸⁹ Artículos 1 a 21 de La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Se ha considerado como ideólogos abstractos de los derechos de segunda generación a filósofos y pensadores de la época como Karl Marx, Federico Engels, Lenin, Hegel, entre otros.

Los también llamados derechos sociales, en el lenguaje más común, encuentran su sustento en que el Estado es el garante de una serie de aspectos de la vida de todo individuo bajo su jurisdicción, y en que el titular de los derechos tiene un legítimo interés en que estos queden satisfechos. Ya sea porque el titular no cuenta con los recursos para proveérselos por sí mismo o porque el Estado ha asumido obligaciones internacionales en la materia que lo vinculan jurídicamente al momento de incorporar tales compromisos a su legislación interna. Sin embargo, si bien son considerados derechos subjetivos con derechos y obligaciones para las partes, es el Estado quien los debe promover e incentivar, generando las condiciones por medio de programas sociales y de acceso a toda la población. Se dice que estos pueden ser violados por el Estado, pero también podrían hacerlo particulares que presten un servicio público, como ocurre en el caso de prestaciones de salud otorgadas por una Isapre en nuestro país.

Están regulados principalmente en el artículo 19 de la Carta Fundamental; derecho a la educación Numeral 10°, derecho a la protección de la salud numeral 8° y derecho al trabajo y a la seguridad social en los numerales 16° y 18° respectivamente.

El grave problema con estos derechos como sabemos es que fueron dejados fuera de la tutela que el Estado de Chile brinda a los demás derechos fundamentales garantizados en la Constitución.

Sus principales aspectos son los siguientes:⁹⁰

- Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.
- Toda persona tiene derecho a formar sindicatos para la defensa de sus intereses laborales.
- Toda persona tiene derechos a un nivel de vida adecuado, que le asegure a ella y a su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
- Toda persona tiene derecho a la salud física y mental.
- Durante la maternidad y la infancia, toda persona tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.
- Toda persona tiene derecho a la educación en sus diferentes modalidades.

⁹⁰ Artículos 22 y siguientes de La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

- La educación primaria y secundaria son obligatorias y gratuitas.

Actualmente asistimos a lo que se ha denominado derechos humanos de tercera generación, que en términos generales se los ha enmarcado como aquellos que los pueblos pueden reclamar de la sociedad internacional. Por nombrar algunos, encontramos el derecho a la paz, derecho a un medio ambiente libre de contaminación, derecho de las comunicaciones, derechos del consumidor, de los niños y ancianos, al patrimonio artístico y cultural, etc.

Entre los pensadores, filósofos e ideólogos que hicieron surgir los derechos de la tercera generación podemos mencionar a Harold J. Laski, Benedetto Croce, Marcery Fry, Mahatma Gandhi, entre otros.

Estos derechos amparan intereses difusos o colectivos, que no corresponden a un individuo solamente, sino que más bien son reclamados por un grupo humano. En nuestra constitución por ejemplo se regula el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en el artículo 19 N° 8 de la CPR. En el mismo inciso se señala que es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. En caso de acción y omisión que ocasionen un daño a este derecho el ordenamiento establece el recurso de protección, para que sea declarado el acto u omisión como ilegal y que se reestablezca el imperio del derecho.

Sus puntos principales son los siguientes:

- La autodeterminación.
- La independencia económica y política.
- La identidad nacional y cultural.
- La paz.
- La coexistencia pacífica.
- El entendimiento y la confianza.
- La cooperación internacional y regional.
- La justicia internacional.
- El uso de los avances de las ciencias y la tecnología.
- La solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos.
- El medio ambiente.
- El patrimonio común de la humanidad.
- El desarrollo que permita una vida digna.

Autores como Antonio Pérez Luño, Augusto Morello, Franz Matcher, entre otros, incluso apuntan a que se podría establecer una cuarta generación de derechos humanos. Intereses que responden al avance del conocimiento científico y de las nuevas tecnologías empleadas por el hombre en su quehacer cotidiano. Estarían dentro de esta división el derecho al progreso, a la libertad informática, entre otros.

Por último, se reconocen también otros derechos que son el resultado de garantías fundamentales que requieren una mirada más abarcadora de lo que se busca proteger con ellas, como la flexibilización laboral, la transexualidad, derechos de los homosexuales, derechos reproductivos de la mujer, derecho a la información, derechos humanos en el ciberespacio, etc. Estos serían los llamaos derechos humanos de última generación.

II. a. i. Crítica a las tres generaciones de derechos humanos.

La característica principal de los derechos humanos como sabemos es que son inherentes a la persona humana por el solo hecho de ser tal. Este supuesto fundamental ha contribuido, en función de la progresividad de su estructuración jurídica, en ampliar el ámbito de conceptualización de nuevos derechos, que con anterioridad no contaban con mecanismos para su efectiva protección. Quizás sea aquello uno de los aportes más relevantes de la sistematización sucesiva de generaciones de derechos. Mas lo que nos interesa en este apartado es plantear el problema que se conserva casi intacto (en algunas legislaciones latinoamericanas como la nuestra) hasta la actualidad y que la doctrina clásica de la división de los derechos humanos en generaciones se ha encargado de mantener. En este sentido, se contrapondrán los derechos de primera generación con los de segunda, a pesar de que la discusión en cierta parte ya se encuentra bastante agotada, pero que para las pretensiones de nuestro trabajo cobra relevancia.

Partiremos por mencionar una de las distinciones clásicas entre los derechos de primera y segunda generación, de acuerdo con la estructura que poseen cada uno por su parte. En tal sentido se han caracterizado a los derechos de primera generación como aquellos frente a los cuales el Estado tendría una obligación de abstención o negativa y frente a los de segunda generación un deber de prestación u obligación positiva. En los hechos como sabemos esto no es una regla que se pueda seguir, por cuanto por ejemplo el Estado efectúa acciones positivas sobre todo en lo relacionado a defensa y seguridad nacional, materias en las que se utilizan grandes cantidades de las arcas fiscales, así como en los de segunda generación por ejemplo el Estado debe abstenerse de empeorar la educación o poner trabas en su acceso. La distinción no es inocua cuando se sigue un lenguaje de derechos en su sentido clásico, como lo plantean los autores argentinos Abramovich y Courtis donde solo podría hablarse con algún sentido de <derechos> cuando una determinada prescripción normativa se limita a imponer obligaciones negativas o abstenciones, mientras que el intento de fundar derechos a partir de

establecimiento de obligaciones positivas resultaría conceptualmente imposible o materialmente inviable. De modo que -se dice- aunque una constitución o un pacto de derechos humanos hablen de <derechos> tales como el <derecho a la salud>, <derecho a la vivienda>, <derechos a la educación> o <derecho al trabajo>, estas expresiones no deberían tomarse literalmente, sino sólo en sentido figurado o metafórico⁹¹.

En la discusión del rol que le corresponde al Estado, no sólo resulta perjudicial el hecho de que unos sean accionables constitucionalmente y por lo tanto puedan ser exigibles judicialmente en desmedro directo de los otros que no están dotados de tal estatus jurídico, sino que la diferenciación deviene más aún en una peligrosa manera de soterrar e invisibilizar una práctica judicial aceptada y avalada por todos los poderes del Estado. Desconociendo con esto los esfuerzos internacionales que los pueblos han ido realizando en función de ir ganando terreno en judicializar problemáticas sociales que han sido falladas siguiendo principios de derechos fundamentales.

Partiendo del argumento que los Estados modernos sustentan sus sistemas políticos sobre la base de la libertad (en el sentido económico y político) y seguridad individual, se logra entender el esmero con que se busca proteger estos valores absolutos. Y esto es así por elementos configuradores del modelo capitalista como lo son la acumulación de las riquezas en manos de unos pocos, como el ahínco en la protección a la propiedad privada. Las libertades económicas y políticas tendrán sentido si de antemano se garantiza la protección de la propiedad y la libertad de mercado, con el consecuente esfuerzo del Estado por eliminar cualquier elemento nocivo del sistema que obstaculice tales libertades. La labor del aparato estatal en este sentido se circunscribirá casi en su totalidad a la protección del individuo, del hombre del que hablaba la Declaración Francesa de derechos del hombre y del ciudadano que era en realidad el burgués, los derechos tutelados por la Declaración eran los derechos del burgués, del hombre, explicaba Marx, egoísta, separado de los otros hombres y de la comunidad, del hombre <en cuanto mónada aislada y cerrada en si misma>⁹².

Ahora bien, por tratarse de una de las piedras angulares del sistema, la protección irrestricta que se le da a la propiedad privada representa uno de los grandes paradigmas de la división de los derechos en generaciones, en atención a que dicha institución ha ido evolucionando de acuerdo con la función social que puede otorgar. Hacemos este alcance ya que, por tratarse de un derecho fundamental garantizado por el Estado a todas las personas, se podrá limitar cuando así lo requiera el caso concreto por tratarse de un derecho que puede otorgar una utilidad social o colectiva. Por lo tanto, categorizar a los derechos y entregar protección parcelada sólo a unos pocos, desatiende el trasfondo social que caracteriza a los derechos fundamentales, es perjudicial para las sociedades ya

⁹¹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Editorial Trotta, Madrid, 2002 pp.22-23.

⁹² BOBBIO, Norberto. "El tiempo de los derechos", Editorial Sistema, Madrid, 1991, p.145.

que se cae en el riesgo de descartar de plano las bases sobre las cuales se fundaron las declaraciones de derechos del hombre, en el sentido de desconocer que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

En cuanto a lo referente al derecho a la educación, suele analizarse este derecho bajo la lupa de los derechos sociales o “de segunda generación”, a pesar de que los organismos internacionales han señalado que la clasificación entre derechos civiles y políticos (o “de primera generación”) y económicos, sociales y culturales ya está agotada: los derechos humanos, se dice, son un todo indivisible que se auxilian y complementan mutuamente, y el derecho a la educación parece ser prueba de ello⁹³.

Debemos mencionar que a nuestro parecer la problemática de la categorización de derechos y de su garantía en los Estados modernos en un primer nivel obedece a un defecto de origen teórico con el surgimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y su fundamentación de tipo prestacional, así como un defecto práctico o de implementación. Por tratarse de derechos que han sido considerados como declaraciones de buenas intenciones políticas suscritas por los estados en instrumentos internacionales más que obligaciones, las legislaciones no han reparado en la teorización y conceptualización de tales derechos que son universales desde el momento que vinculan a la sociedad toda. Lo planteado en este trabajo es una muestra clara de que en nuestro país no ha existido a lo largo de su historia constitucional un esfuerzo por crear instancias que demuestren una preocupación real del Estado en materia de derechos sociales. Es así por ejemplo que en nuestra CPR se menciona el DE como derecho fundamental que se garantiza a todas las personas, pero su contenido no está definido, dejando un margen sobre el cual se puede entender que, existe un Estado que tiene la apariencia de ser un Estado social de derecho, ya que incorpora derechos de segunda generación <en el lenguaje internacional> en su legislación, mas no existe una intención seria y concreta de regular todos los aspectos que conlleva la tarea de poner a la sociedad y no al individuo como eje central de su quehacer.

En un segundo nivel podemos mencionar un defecto de orden práctico, en armonía con lo referido anteriormente, en cuanto mal podría un Estado tener una política pública de garantía de derechos sociales si en su legislación no existen los mecanismos para otorgar efectividad a los mandatos constitucionales atingentes, que si bien defectuosos e incompletos son claros en cuanto a la armonía que existe a lo largo de todo el texto. La subsidiariedad con la que actúa el Estado en este sentido no podrá tener injerencia directa en el trato equitativo a la población si de antemano se ha impuesto ataduras para imposibilitar su accionar en la tutela de derechos sociales, abstrayéndose de su rol garante para responder solo frente al caso concreto. De esta manera el rol

⁹³ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile año 2003 p.407.

prestacional pasa a ser la regla frente a aspectos de la vida de las personas tan relevantes como lo son la educación, salud, vivienda, etc.

El cambio de paradigma en el trato que a los derechos sociales debe provenir de la sociedad civil organizada que, en su labor de reivindicar derechos para sí, y con apego a quebrar con la contradicción de vivir en una “sociedad de derechos” que solo se garantizan para algunos, logre visibilizar la forma en que se debe avanzar hacia una “sociedad garante de derechos”. Bobbio lo sistematiza como una forma de dar un vuelco a lo establecido y que ha sido el mecanismo que han tenido las sociedades de ir evolucionando en su forma institucional que son los Estados. De este vuelco nace el Estado moderno, primero liberal, en el que los individuos que recobran el poder soberano son sólo una parte de la sociedad; después democrático, en el que son potencialmente todos, y por último social, en el que los individuos convertidos todos en soberanos sin distinciones de clases reivindican, además de los derechos de libertad, los derechos sociales, los cuales son también derechos del individuo: el estado de los ciudadanos, que no son ya sólo los burgueses, no los ciudadanos de los que habla Aristóteles al comienzo del tercer libro de la Política, definidos como aquellos que pueden acceder a los cargos públicos y son, apartados los esclavos y los extranjeros, incluso en una democracia, una minoría⁹⁴.

Ya no basta con que el Estado se detenga ante el reducto íntimo y económico del individuo; éste quiere ser escuchado, quiere opinar y decidir sobre aquél. Y ya no se trata sólo de reconocer la libre opinión de los ilustrados, sino de todo individuo, aunque, precisamente por la debilidad de su voz aislada, quienes ocupan las más bajas posiciones sociales hayan de organizarse para dejarse oír en forma colectiva y, así, ejercer la presión correspondiente.⁹⁵

La educación como herramienta de retorno social es el derecho social por excelencia que más claramente representa la falencia del sistema de generaciones de derechos que aquí se ha planteado. Es por medio de ésta que se concretizan y tienen sentido todos los demás derechos. Esto es así en cuanto es la educación la que da existencia a los demás derechos fundamentales, siendo un presupuesto anterior, y necesario no sólo para la experimentación de la vida social por el ciudadano capaz de dotarse de las herramientas para insertarse productivamente en el sistema, sino como un mecanismo de defensa legítimo de accionar frente a abusos y arbitrariedades en el ejercicio del poder por parte de los Estados. En atención al intento de definición conceptual de lo que es educación, tendremos que obligatoriamente volver a este punto. Su importancia crucial radica, precisamente -entre otros aspectos- en el rol que juega frente al resto de los derechos humanos. De la misma

⁹⁴ BOBBIO (1991), op, cit, p.146

⁹⁵ GOMEZ, Yolanda. “Pasado, presente y futuro de los derechos humanos”, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p.222.

manera, de su propia necesidad de tutela se refleja el por qué debe, con mayor ahínco, sostenerse un plano de no-diferenciación frente al resto de aquellos derechos.

II. b. La crítica de Ernst Tugendhat a la concepción liberal de los Derechos Fundamentales.

Para Tugendhat es especialmente conflictivo considerar el rol que cumplen los derechos humanos, particularmente los de corte económico, en el liberalismo, condicionando su pretensión en una sociedad democrática al rol que tiene hoy el concepto de libertad como cimiento esencial en el modelo social-económico imperante. Así, el autor problematiza rápidamente en el sentido de que el liberalismo se ha entendido, en la época moderna, sobre dos ideales, apoyándose en la concepción de autores como Thomas Nagel. El primero es el de la libertad Individual: vinculado a la libertad de pensamiento, de palabra, religión y acción política; libertad de la interferencia del gobierno en la intimidad, en la vida privada y en el ejercicio de las inclinaciones individuales. El segundo, por otro lado, la libertad democrática: aquel que se caracteriza por conceptualizar una sociedad controlada por sus ciudadanos y al servicio de las necesidades de éstos, en la que las desigualdades de poder político y económico y de posición social no sean excesivas. Los medios para promover esta segunda idea incluirían la tributación progresiva, la provisión estatal de un mínimo social y evitación de una excesiva influencia de la riqueza privada o, más bien, del poder que otorga tal a sus personeros mediante la posición social en que los sitúa- en los asuntos públicos.

La primera visión, en autores como Nagel, correspondería al “libertanismo”: una posición exclusivamente basada en el ideal de la libertad individual. Correspondería, también, al llamado “liberalismo libertario”. Por otro lado, una que se centre en el segundo, atañería llamarla “liberalismo igualitario”.

Tugendhat, problematiza el modelo de libertanismo o liberalismo libertario en tanto la idea que subyace de libertad como fundamento de él. En su visión, el liberalismo concibe como libertad sólo el concepto de libertad negativa, es decir, la ausencia de coacción. Vale la pena detenerse sobre este punto. Para Isaiah Berlin, la libertad es “la ausencia de obstáculos para posibles elecciones y actividades. Una tal libertad no depende, en última instancia, de si yo deseo andar simplemente, o hasta dónde, sino de cuántas puertas están abiertas y qué tanto están abiertas con respecto a su relativa importancia en mi vida”⁹⁶. Argumenta, más adelante, que “El sentido fundamental de la libertad es la libertad de las cadenas, es la esclavización de otros... la libertad, al menos en su sentido político, es un término co-extenso al de ausencia de intimidación o dominación”⁹⁷.

⁹⁶ TUGENDHAT, E. Liberalismo, libertad y el asunto de los derechos humanos económicos, p. 242.

⁹⁷ *Ibíd.*

Podremos notar, inmediatamente, que el primer enunciado entre comillas es mucho más amplio que el segundo. De hecho, este último tiene una definición idéntica a la que entienden como libertad autores como Hayek, en vista de Tugendhat. Tal señala que, desde el concepto de “libertad de la voluntad”, “una acción es libre cuando –dado que tenemos capacidad y oportunidad de realizarla- la realizamos si lo elegimos”⁹⁸. De esta forma, existen tres elementos esenciales: (i) elección, (ii) capacidad, y (iii) oportunidad. Todos estos son factores esenciales. Cuando una persona es coerciónada o forzada a hacer algo, no tiene opción de actuar diferentemente. Si elige andar pero está paralizada, no tiene capacidad. Si está aprisionada o en una grieta, no tiene oportunidad.

De esta forma, es preciso diferenciar –desde la teoría clásica de la libertad- dos tipos esenciales que conforman una base estructural importante en la obra de Tugendhat a objeto de analizar sus enunciados.

Isaiah Berlin define dos conceptos de “libertad”: “libertad negativa” como “[...] el ámbito en que al sujeto – una persona o grupo de personas se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas”⁹⁹; y “libertad positiva” entendida a modo de “[...] qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra”¹⁰⁰, donde “el sentido positivo de la libertad sale a relucir no si intentamos responder a la pregunta de qué soy libre de hacer o de ser, sino si intentamos responder a la de que por quién estoy gobernado o quién tiene que decir lo que yo tengo y lo que no tengo que hacer”¹⁰¹.

De esto es vital sustraer una serie de ideas básicas: coaccionar a un hombre es privarle de su libertad, entendiendo como coacción la intrusión meditada de personas en el espacio en que “yo” podría desarrollarme sin su intervención.

En la primera definición de Berlin desde la revisión de Tugendhat, entendida como “ausencia de obstáculos”, hablamos de aquella donde una persona no tiene la oportunidad de ejercer su capacidad, i.e. le faltan los medios para realizar la correspondiente actividad o que se le impide realizarla. Se refiere, en general, a políticas de autoridad, políticas públicas. Es aquí donde tiene plena cabida la posterior argumentación que brinda el autor, y que se expondrá en las páginas siguientes, sobre derechos humanos en el liberalismo. Autores como Sergio Benítez señalan que “la tradición liberal concebía la libertad (libertad negativa) de tal manera y la mantenía como fundamental y suficiente para los derechos humanos porque se suponía siempre un grupo para quienes estaban

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 243.

⁹⁹ BERLIN, I. *Libertad y Necesidad en la Historia* (Trad. Julio Bayón). Madrid: Revista de Occidente, 1981.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ *Ibíd.*

satisfechas ya unas condiciones previas. Esta libertad es insuficiente cuando se ve que no sólo se necesita estar libre de coacción para poder desarrollarse, sino que además se necesita tener la capacidad y los medios materiales para hacerlo. Tener la capacidad y los medios materiales para desarrollarse se resume bajo el concepto de libertad positiva¹⁰². En la segunda definición de Berlin el impedimento se debe a la intervención de otras personas, por ende hablamos de coerción y así nos referimos, puntualmente, al concepto de “libertad negativa”¹⁰³.

De esta forma, el aspecto de oportunidad es crucial para las distinciones. Señala, a modo de ejemplo, el caso donde un policía me impide viajar a otra ciudad; allí, no soy libre de viajar allá, pero si me lo impide un terremoto, soy libre de hacerlo pero aun así no puedo viajar. En el primer caso, existe un impedimento humano, en el segundo, un impedimento natural o contingencia física, pese a que aún sigo siendo libre de hacerlo. Si no puedo viajar por falta de dinero, soy otra vez libre de hacerlo (nadie me lo impide) pero no tengo la oportunidad. No obstante eso, en todos los casos –ya sea falta de oportunidad o de libertad- soy “forzado” a quedarme donde estoy. Para el autor, “ser forzado” es una expresión ambigua, puede significar “ser forzado a hacer por alguien” (coerción), “no tener otra alternativa que hacer x” (falta de oportunidad). Esta es la controversia entre el libertario y el socialista. El libertario afirma que el proletario no es forzado a vender su trabajo, queriendo decir que nadie lo fuerza a hacerlo (no hay coacción), y el socialista afirma que el proletario está obligado a vender su trabajo, queriendo decir que no tiene otra alternativa (no hay oportunidad). En lo práctico, el proletario no está siendo coaccionado, pero actúa bajo coacción. El sistema capitalista está abusando del hecho de que aquel no tenga más alternativa.

El caso del contrato de trabajo del proletario con el capitalista es notablemente diferente al ejemplo de la persona que quería viajar a la próxima ciudad. En él era distinguible el impedimento causado por otras personas y el causado por otras contingencias. En el caso del contrato de trabajo se dan ambos factores.

El proletario, en sí, no obra coaccionado por el capitalista, pero sí obra bajo coacción por el sistema. Éste está abusando del hecho que el proletario efectivamente no tiene alternativas y se puede decir que eso se acerca al menos a la coacción. Citando a Marx, sobre el cual desarrollaremos también su visión, el autor señala la clásica distinción del marxismo: el capitalista es quien posee los medios de producción, el proletario, a contrario sensu, no los posee, y debe vender lo único que tiene que es su fuerza de trabajo. Esta asimetría es básica en la relación contractual laboral. Señala Tugendhat que los medios de producción son los recursos para poder ganarse la vida, por ende ya no hablamos simplemente de la libertad de elegir, sino que nos referimos a la posibilidad de mantenimiento de la propia vida. El modelo tajante de distinción entre no tener oportunidad y ser impedido de hacer

¹⁰² BENÍTEZ, S. Derechos Humanos y Económicos en Tugendhat. Bajo Palabra, Revista de Filosofía, II Época, N°1, 2006, p. 79.

¹⁰³ Hayek, señala la diferencia entre impedimentos debido a otras personas, y el impedimento debido a contingencias físicas, como también a la diferencia entre impedimentos y faltas de medios.

algo por otra persona (Hayek: una idea de no libertad, falta de) no es adecuado para el esclarecimiento de la situación económicamente central entre proletario y capitalista.

Vamos por el problema. Por un lado, una persona (capitalista) ofrece recursos sabiendo que otro no puede acceder a ellos (proletario). La cuestión es básica: ya no existen tierras libres para la agricultura. Acá la relación es entre capitalista y proletario, no entre productor y productor que decide si intercambia o permanece independiente como idea de libertad. Por ende, los contratos entre ricos y pobres son, aunque formalmente libres, esencialmente asimétricos. La asimetría está en el poder sobre los recursos. Acá hay una parte que tiene poder sobre la otra: existe dependencia unilateral.

El autor señala que considerar la idea de dependencia unilateral –cuando está basada en una libertad formal (no coerción)- pertenece a un concepto más amplio de libertad, sería de importancia secundaria. Tiene sentido, para él, distinguir un concepto amplio de falta de libertad social (dependencia unilateral) y un concepto más estrecho (en particular, legal) de falta de libertad social.

Señala Tugendhat que si para el liberalismo en el sentido estrecho (libertario) es la obligación del gobierno de velar para que las condiciones de libertad sean garantizadas, hay un corto paso de aquí a una concepción de acuerdo a la cual tendría que ser también una obligación del gobierno establecer condiciones que redujeran el poder unilateral en las relaciones formalmente libres de los contratos asimétricos. Ahí hablaríamos, entonces, de un concepto más estrecho de libertad social, es decir, de origen legal: la distribución de riqueza, tributación efectiva, etcétera, como problemas de la dependencia unilateral. De esta forma, la concepción libertaria del estado liberal abriría camino a la concepción igualitaria del estado liberal, no por medio de la adición de un propósito completamente diferente, sino por medio de una mera extensión del concepto de falta de libertad al concepto gemelo de dependencia unilateral.

Los libertarios niegan lo anterior, señalando que la acción gubernamental es una coerción injustificada. Es, sin duda alguna, coerción. Pero no toda coerción es injustificada (un buen ejemplo es ley penal). Si se busca sólo la libertad formal, las medidas anteriores son injustas, si se busca es evitar la dependencia unilateral, es injusto un gobierno que no toma dichas medidas.

II. b. i. Derechos Económicos.

El autor comienza señalando que los derechos de segunda generación, i.e. derechos económicos, sociales y culturales, expresados en el art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las

Naciones Unidas, y elaborados en el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, no pueden ser simplemente caracterizados como obligaciones del gobierno de turno en cada país. Esto se debe, esencialmente, a dos argumentos: primero, a que los derechos señalados responden a males que van más allá de un “contrato asimétrico” (problema de libertad en sentido amplio), sino que se refieren a problemas de libertad que superan dicha vía, es decir, transforman en estrecho el anterior concepto. Segundo, porque el derecho no es simplemente la relación inversa a una obligación, por ende de la afirmación de que los gobiernos tienen ciertas obligaciones no se deriva, necesariamente, que el pueblo tenga ciertos derechos. Así, se genera entonces una pregunta de vital relevancia a objeto de poder expresar de forma más genuina la intención del autor: ¿cómo tiene que ser entendido el concepto de derechos humanos si ha de incluir los derechos económicos?

Tugendhat señala que, superando el problema entre el capitalista y el proletario, un conflicto mayor y común a todas esas situaciones es la falta de recursos. Peor al proletario que está constreñido por una voluntad unilateral, está el proletario que no puede encontrar trabajo. Su situación también puede ser descrita como falta de libertad, pero sólo si se extiende el concepto de no libertad un paso más allá de forma de cubrir también la falta de oportunidad. Acá existiría la exigencia, por ejemplo, del derecho al trabajo: lo que se reclama no es tener bienes, lo que se pide es la oportunidad de ejercer las propias actividades para proveer para sí mismo y para su familia los medios de vida. Esta es, en definitiva, la exigencia de autonomía (no dependencia).

Para Tugendhat, la distinción más frecuente que se hace cuando se rechazan los derechos económicos es la diferencia entre derechos negativos y derechos positivos. Los derechos humanos civiles tradicionales son, en general, negativos en el sentido de que simplemente prohíben la interferencia del gobierno. Para el autor, estos son los derechos ligados al concepto de libertad más estrecho de dicha palabra, derechos de no ser obstaculizados en ciertas actividades. Por otra parte, los derechos humanos económicos son, en general, derechos positivos que obligan al gobierno a proveer bienes y servicios. La correlación entre derechos civiles y negativos, y económicos y positivos, no funciona del todo en la amplia gama de derechos a considerar, como por ejemplo para el derecho a un proceso justo, donde el gobierno debe proveer el aparato judicial necesario, y, por otra parte, el establecimiento de algunos derechos económicos, como el derecho al trabajo, es concebible sin proveimiento. Para el autor, conviene –pese a que es crítico de la división- aceptarla como real, para luego preguntarse si contiene una razón para descartar los derechos económicos.

La concepción histórica en el siglo XVIII era que los derechos humanos son derechos naturales, es decir, derechos que se tienen en un estado natural en relación a cada uno de los otros y donde (como establece la

Declaración de Independencia de los Estados Unidos), “los gobiernos son instituidos... para asegurar esos derechos”. De acuerdo a dicha concepción, las exigencias contenidas en los derechos estarían dirigidas primariamente por cada uno a cada uno de los demás y no al gobierno. Así, habría de excluir los derechos positivos por apuntar directamente al gobierno. La concepción de los derechos humanos como derechos naturales debería excluir los derechos positivos ya que aquellos tienen como único destinatario el gobierno. No obstante esto, hay derechos civiles como el derecho a la libre palabra (libertad de expresión) y a la manifestación que únicamente tienen sentido fuera del estado natural y en relación al gobierno. Si fuesen entendidos los derechos humanos como derechos legales (positivos) sería “desconcertante”, en palabras del autor, entenderlos como existiendo en un estado natural. De esta manera, para Tugendhat lo más adecuado es pensar los derechos humanos como exigencias cuyo destinatario es, en primera instancia (no sólo de forma secundaria, como garantizador) el gobierno. De acuerdo con un enfoque orientado hacia el Estado, no es legítimo un Estado que no “contenga” los derechos humanos. Mientras los derechos naturales que el Estado mantenía eran una especie de residuos del estado natural –una esfera en la que no se podía interferir en la autonomía de cada persona- de acuerdo con la concepción más reciente de derechos humanos, los derechos son exigencias creadas con el Estado. Por ende, si hay derechos y qué derechos deben existir, tiene que ser justificado desde la concepción que tienen los ciudadanos de sí mismos y de cada uno de ellos en su relación con el Estado.

Esto abre, entonces, la posibilidad de justificar –sin una especie de concepción superior, “natural” que esté por encima de la decisión de la sociedad misma- los derechos que el Estado debe proteger y cómo debe hacerlo. Como señala el mismo Tugendhat, “la fundamentación última de los derechos humanos tiene que ser moral”. Se debe superar, así, dos rasgos característicos de la antigua concepción de derechos humanos: (i) en su aspecto oral, sólo son esenciales aquellos de la parte negativa de la moralidad, las reglas morales de no interferencia, y (ii) se sostenía en su creación, como premisa, que en el estado natural la gente era autónoma y no indiferente, y, en consecuencia, también igual. Todo esto revestido, por supuesto, de un fuerte bagaje ideológico. En esta nueva concepción, se es libre para admitir que la gente dentro del Estado no es igual ni en sus recursos ni en sus oportunidades y capacidades. Tampoco, por supuesto, debe restringirse todo al ámbito negativo de la moralidad.

Es aquel último ámbito de vital importancia. Cuando se señala que los derechos humanos tienen una fundamentación moral, aquello a lo que uno especialmente se retrotrae es a la idea de “dignidad humana de la persona”. Tanto el “Convenio de Derechos Civiles y Políticos” como el “Convenio de derechos económicos, sociales y culturales” de las Naciones Unidas (1966) establecen en sus preámbulos que los derechos humanos “se derivan” de la “inherente dignidad” de la persona humana. Igualmente, la Constitución de la República Federal de Alemania (1949) lo establecía, al señalar que la dignidad de la persona humana era “inviolable”. Este concepto es, sin duda

alguna, de difícil trato. Fue utilizado por Kant bajo la idea de que las personas tienen un valor intrínseco y no instrumental, ver a las personas como un fin, nunca como un medio. Respetamos a las personas por ser entes autónomos y ser, también, sujetos de derecho. Ahí es cuando el autor levanta una tesis vital en el desarrollo del apartado en cuestión: tener respeto de sí mismo parece implicar que uno tiene la conciencia de ser autónomo –sin ser dependiente de otros escojo mi propia forma de vivir-, y, segundo, que uno se concibe a sí mismo teniendo derechos, derechos iguales a los del resto. De esta manera, la autonomía estaría en la base del respeto, y el respeto exige iguales derechos. Considerar, a su vez, que la autonomía ya fue tomada como algo vital en la teoría clásica de los derechos humanos, con la salvedad de que allí fue considerada como algo dado: por eso era vital la moral negativa, la no interferencia, para evitar se mermase. Así, si asumimos que por diversas posibilidades hoy aquella autonomía no existe, es adecuado que los derechos no den sólo protección a ella, sino que generen las posibilidades de realización de dicha autonomía. Los derechos positivos, así, no pueden ser subsumidos bajo los derechos de libertad, porque independencia y autonomía son el concepto más amplio; pero, en cambio, los derechos negativos sí pueden ser subsumidos bajo el concepto de autonomía e independencia.

La fundamentación de los derechos humanos en la no dependencia, i.e. autonomía, no sólo sirve como punto de referencia para determinar el contenido de los derechos, sino que también puede ser de utilidad para establecer ciertas obligaciones del gobierno de forma general hacia los individuos, y de aquella manera entenderlas como relaciones inversas a los derechos de los mismos. Hablar de derecho, así, implica hablar de algo debido a una persona. Que el ciudadano pueda exigir estas cosas como derechos, y, por lo mismo, como algo que le es debido, le otorga un sentimiento de no dependencia y de respeto de sí mismo.

Por otro lado, los libertarios han formulado principalmente dos tipos de argumentos contra la posibilidad de los derechos económicos.

El primero está basado en la correcta idea de que los derechos humanos tienen que ser (según el autor, como cualquier otra cosa sustancialmente moral) universalizables. Dicen, a su vez, que los derechos económicos no pueden satisfacer dicho criterio. Tugendhat señala que dicha posición parte de la idea de entender los derechos positivos desde el abuso: en efecto, autores como Michael Levin señalan, en lo práctico, que tales derechos podrían ser aprovechados de forma dañina por la gente, negándose a la producción, de tal manera que si una persona que no trabaja tiene ciertos derechos, ¿por qué el que trabaja debiese hacerlo si igualmente los tendrá? En definitiva, unos tendrán a expensas de otros¹⁰⁴. Otros autores como J.P. Day concluyen lo mismo, señalando el que todo ello

¹⁰⁴ LEVIN, m. Negative Liberty; en: E.F. Paul, F. Miller y J. Pauls, Liberty and Equality, 1985, p. 91.

terminaría con la “violación” de los “derechos de propiedad” de otras personas¹⁰⁵. Tugendhat responde señalando que si un derecho es un derecho universal no significa, como aspecto correlativo, que su realización pueda no tener diferentes efectos sobre diferentes personas. Si el desequilibrio entre los privilegiados y los desvalidos es, en parte, compensado, aquello podría serlo “a costo” de los privilegiados. En el fondo, una compensación es algo asimétrico que se efectúa para “aliviar”, en parte, una situación fundamentalmente asimétrica. Para el autor, el punto de disputa que queda tiene relación con la idea de que el “derecho a la propiedad” tiene que cederse parcialmente si son aceptados los derechos económicos. Finalmente, señala que el punto de referencia fundamental para la cuestión de la universalidad tiene que ser la dignidad humana: la posibilidad de vivir una vida respetándose a sí mismo como un derecho de todos, no un privilegio.

Por último, el segundo grupo de argumentos contra los derechos económicos dice relación con una idea más material: los derechos positivos, como derechos a bienes y servicios, plantean inmediatamente la cuestión de la cantidad y los costos. Si bien el autor no se refiere puntualmente a esta problemática, plantea –en nexo al argumento de los libertarios- que debe asegurarse ellos no sólo a través de tratados internacionales, donde se da la disputa sobre su carácter, si son en definitiva ideales, si por ellos se reconocen, declaran o aseguran, etcétera- sino también en los márgenes constitucionales de cada país, lo que obliga a mejorar la imprecisión de cada derecho y a asegurarlos materialmente.

Por último, señala –a modo de conclusión- que no existe una diferencia cualitativa entre derecho negativos y positivos, que estos últimos darían lugar a dificultades que los primeros no ofrecen y que no se puede simplemente agregar a la lista de los derechos civiles aquellos derechos económicos sin antes realizar cambios constitucionales de relevancia. Existirán dificultades, por supuesto que sí, pero ninguna de ellas serán insuperables o serán de tal profundidad que por sí misma hagan dudar de la existencia de los derechos económicos o de que estos tengan la misma categoría que los derechos civiles.

II. c. La crítica desde el marxismo.

Una crítica radical al concepto de Derechos Fundamentales –o en su versión abstracta, como Derechos Humanos- se encuentra en la corriente político-filosófica marxista¹⁰⁶. Es interesante asumir las concepciones

¹⁰⁵ DAY, J.P. Individual Liberty; en: A. Ph. Griffiths, Of Liberty, p. 25.

¹⁰⁶ La doctrina social del marxismo es, en sí, revolucionaria. Implica transformaciones absolutas al cómo se concibe el día a día en la sociedad, estructura –en la actualidad, en términos con pretensiones globalizantes- bajo un régimen de libre mercado, sostenido por la idea del libre intercambio económico, la iniciativa particular y la propiedad privada.

Como doctrina social, tiene su fundamento en diversas ideas que otorgan consistencia a un planteamiento global, con pretensiones totalizantes, que permite generar un método de análisis científico para la realidad, de forma de desplegar las particularidades que ella nos entrega.

críticas que presenta ésta en tanto poseen una profunda disociación con los elementos fundantes de la doctrina liberal clásica que da origen al concepto de los derechos humanos, asentada fuertemente en los principios de libertad, igualdad formal y propiedad. Para ello, es adecuado conceptualizar la visión global del Derecho por parte de Marx, para luego analizar en particular las referencias al concepto de derechos humanos en cuestión.

Antes que todo, cabe señalar que Marx nunca abordó el tema del derecho de forma autónoma y sistemática, sino más bien sus aportes se realizaron de forma fragmentaria e incidental. Esto conlleva a que no existe, en particular, una visión unitaria del Derecho por parte del autor a través de un postulado sistemático, desarrollándose la teoría marxista al respecto de forma disgregada más allá de ciertas ideas comunes. Esta problemática ha sido la más recurrente a objeto de poder desarrollar una visión unitaria tanto del significado que Marx atribuye al Derecho como a la pretensión de desarrollar una teoría marxista del mismo. No obstante esto, nos centraremos en dos ideas que considero vitales para una comprensión adecuada del Derecho desde el marxismo. Estas son:

(i) El derecho como reflejo de la superestructura, de la base económica: Parte de la base que el modo de producción de la vida material condiciona el proceso de vida social, política e intelectual en general. De esta manera, “las relaciones de producción infraestructurantes inciden en las formas de producción intelectual superestructurantes. No se parte de una base alienada de análisis de las categorías jurídicas abstraídas de la relación que mantienen con un modo de producción específico, al contrario, se estudia el Derecho como una relación social específica”¹⁰⁷. Es decir, el Derecho está condicionado históricamente, es dependiente del modo de producción determinado: es una superestructura que se crea a partir de la estructura económica imperante. Se señala, así, una especie de economicismo determinista. Como señala Poulantzas, “la variante del marxismo en su temática economicista, el Derecho resulta simple expresión fenómeno de lo económico, principio causal de la historia y de toda la realidad social. El Derecho es así considerado como un reflejo inmediato de la “base” económica, ya que es ésta el sujeto central de la estructura social”¹⁰⁸. Con respecto a la preponderancia única de esta perspectiva como la relación económica de producción en su forma histórica, Cerroni señala que “un elemento les aúna a todos los que sostienen que Marx ha “reducido” el Derecho a economía: la negación del carácter normativo del Derecho. Para esta Escuela, el Derecho no sería una norma o conjunto de normas, sino una relación”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ MAGNET, Jordi. Fetichización Jurídica y Derechos Sociales, Universidad de Barcelona, Observatorio de los Derechos Humanos, p. 4.

¹⁰⁸ ESCAMILLA, Jaime. Marx y el Derecho, p. 2.

¹⁰⁹ CERRONI, Humberto. La Libertad de los modernos. Ed. Martínez, Roca, Barcelona, 1972, p. 132.

(ii) El derecho como un instrumento de dominación: El Derecho es producto mecánico y directo de la voluntad de la clase dominante en el poder, siendo un instrumento de dominación de una clase –la clase explotadora- sobre la clase explotada. Es una herramienta coactiva al servicio de los intereses económicos y políticos de una clase. Es denominada por marxistas y opositores del marxismo como una perspectiva voluntarista del Derecho, centrada en el elemento volitivo de la clase dominante. Esta perspectiva sería considerada en la definición oficial de Derecho de la Academia de Ciencias de 1938 en la URSS, en tanto –y por definición de Vysinskij, “el Derecho es la totalidad de reglas de las conductas humanas, establecidas por el Estado, en cuanto poder de la clase dominante en la sociedad, y, al mismo tiempo, las costumbres y reglas de la vida corriente sancionadas por la autoridad del Estado, cuyo cumplimiento resulta obligatorio para la fuerza del aparato estatal para salvaguardar, mantener y desarrollar las relaciones sociales y el orden social ventajoso y conveniente para la clase dominante”¹¹⁰.

Ambos puntos tienen la idea de común de establecer que, el Derecho, es una creación humana que surge en un momento histórico, ya sea por la voluntad de la clase dominante o como reflejo de la estructura económica. Como señala Magnet con mayor ahínco en la idea de superestructura, “de la misma forma que no existe una historia autónoma de Dios, ya que ésta depende de la historia que de él hace el hombre en su historia, no existe una vida autónoma del Derecho, ya que éste depende de un modo de producción determinado en la historia del hombre”¹¹¹.

En general, se presentan dichas concepciones –que llamaremos teoría marxista del Derecho- como una crítica al apriorismo¹¹². Ambas deben tomarse como elementos centrales de la teoría marxista del Derecho, pese a que para algunos autores sólo es válida una de ellas, estableciendo una especie de dicotomía. En efecto, y en la posición de no acercarse a dicha postura, no hay un carácter excluyente entre una y otra: el Derecho como institucionalización de las instituciones es la voluntad de una clase dominante –la clase explotadora- para poder perpetuar sus intereses de clases, determinados –desde el contexto histórico- para el modelo económico imperante. Es decir, no sirve entender sólo el Derecho desde una concepción voluntarista de la clase dominante como constituyente del mismo, pues ésta, en sus formas y contenido, está supeditada a las relaciones sociales del modelo económico imperante. En efecto, en otro contexto con otra estructura económica la lucha de clases podría tomar otras formas, y con ellas el Derecho no ser una herramienta útil o quizás una con un contenido diferente. Como señala Poulantzas, “el economicismo (i) y el voluntarismo (ii) resultan ser dos variables, teóricamente

¹¹⁰ PACHECO, Máximo. La Teoría Marxista del Estado y del Derecho. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 13.

¹¹¹ MAGNET, op. cit., p. 3.

¹¹² CERRONI, Humberto. Marx y el Derecho Moderno, Buenos Aires, 1965, p. 36.

coexistentes, de una misma invariable que es la concepción historicista del sujeto, dos caras de una misma moneda, dos expresiones de una misma problemática ideológica”¹¹³.

Desde este marco, Marx habla expresamente de los derechos del hombre –con referencia a la Declaración de Filadelfia y a la Revolución Francesa- en “La Cuestión Judía”, inserto en los “Anales Franco-Alemanes” publicados por él en París el año 1843. En la polémica con Bruno Bauer¹¹⁴, señala que “los llamados derechos del hombre –los droits de l’homme, distintos de los droits du citoyen, son los derechos del miembro de la sociedad civil, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad”¹¹⁵. Señala los diversos derechos enunciados en la declaración francesa, argumentando que la libertad que se proclama en dicho cuerpo es “el derecho de hacer y de tender a todo aquello que no perjudique a los demás. Los límites dentro de los cuales cada uno puede moverse sin perjudicar a otros, están determinados por la ley, como se determina con una estaca el límite de dos campos. Se trata de la libertad del hombre como mónada aislada, replegada en sí misma (...); el derecho de libertad no reposa en la unión del hombre con el hombre”¹¹⁶. Respecto de la propiedad, escribe que “es el derecho de gozar y disponer de la propia riqueza arbitrariamente, sin cuidarse de los otros hombres, independientemente de la sociedad; es el derecho del egoísmo”¹¹⁷. También, con respecto a la igualdad y en general a los derechos enunciados, sostiene que “ninguno de los llamados derechos del hombre sobrepasa, pues, al hombre egoísta, al hombre tal como es, miembro de la sociedad civil, al individuo cerrado en sí mismo, reducido a interés privado y a su arbitrio particular, separado de la comunidad. Lejos de considerarse al hombre un ser social, la propia vida social, la sociedad, aparece más bien como un cuadro exterior al individuo, como una limitación de su autonomía originaria. El único vínculo que los une es la necesidad natural, la necesidad y el interés privados, la conservación de sus propiedades y de su persona egoísta”¹¹⁸. Se expresa, de esta manera, una visión absolutamente colectivista de la vida social, rechazando las relaciones sociales mediadas por el interés privado. Morra señala que “para Marx, el verdadero hombre es el social, el hombre colectivo; hablar de la ‘dignidad de la

¹¹³ POULANTZAS, Nicolás. Hegemonía y Dominación en el Estado moderno. Cuadernos del Pasado y del Presente, Buenos Aires, 1969, p. 135.

¹¹⁴ Marx critica a Bruno Bauer al confundir, éste, el concepto de emancipación política con el de emancipación humana. Para Marx, el límite de la emancipación política se expresa en que el Estado puede liberarse de un límite sin que el hombre se libere realmente de él, y que el Estado puede, entonces, ser un Estado libre sin que se llegue efectivamente a la liberación del hombre. Expresa, así que “lo que mantiene unidos a los miembros de la sociedad civil es la necesidad natural, las propiedades humanas esenciales, por alienadas que parezcan estar, su vínculo real es la vida civil, no la vida política. No es, pues, el Estado el que mantiene en cohesión los átomos de la sociedad civil... Solamente la superstición política puede imaginarse todavía en nuestros días que la vida social debe ser mantenida en cohesión por el Estado, cuando, en realidad... es el Estado el mantenido en cohesión por la vida civil”¹¹⁴. MARX, Karl y ENGELS, Friedrich. La Sagrada Familia, trad. Carlos Liancho, Buenos Aires, Claridad, 1973, p. 180.

¹¹⁵ Marx señala, entonces, que la emancipación política no es suficiente, y de que la “sociedad sólo puede ser verdaderamente humana mediante la abolición de la propiedad privada”

MARX, Karl. La Cuestión Judía, p. 123.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 123-125.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 125.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 127.

persona humana' es un juego de palabras, como ha hecho la revolución burguesa con la 'Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano'. En realidad, el hombre y el ciudadano existen solamente cuando cesa el dualismo entre vida privada y vida social. El hombre individual debe ser integrado en el hombre social: sólo entonces la emancipación será un hecho real y la religión, ese juego interior, no tendrá sentido"¹¹⁹. Todo este orden tiene como sentido global la emancipación humana, lo que se logra transformándose en "sociedad" y desapareciendo como individuo: "este hombre social, plenamente integrado en la naturaleza a través del trabajo manual, y en la sociedad por el carácter colectivo de ese trabajo, es el único que podrá superar las distintas alienaciones: religiosa, jurídica, política, etc., y realizar plenamente su esencia humana"¹²⁰. De esta manera, para Marx los 'derechos del hombre' no son sino la expresión circunstancial de una forma específica de alienación política: "aquella que tiene cabida en los estados burgueses democráticos; en ellos el hombre se libera de la alienación social del feudalismo, pero sólo para permanecer atado a la alienación política, donde su vida genérica, es decir, real o auténtica, se proyecta a un estado que les ajeno; le queda sólo al hombre su vida individual, puramente egoísta y limitada, que se desarrolla en el marco de la 'sociedad civil' burguesa. El hombre auténtico, el 'hombre genérico', reconciliado con su especie, y que no es, propiamente hablando, un individuo, sólo podrá surgir sobre las ruinas de la sociedad burguesa y de su ideología de los 'derechos del hombre'"¹²¹.

En las formas sociales romana y feudal, el ser humano se encontraba siempre vinculado al grupo. Es en la sociedad capitalista cuando éste, junto con el desarrollo potenciado de la industria y el mercado, se separa, quiebra sus vínculos absolutos con el grupo. Este hecho es permitido sólo en tanto se otorga la consideración del ser humano como un ente formalmente libre e independencia, los cuales se relacionan por medio de los productos de su trabajo enajenado. Aquí es cuando nace la contradicción de intereses privados entre productores de mercancías que se consideran a sí mismos propietarios privados. Aquí es cuando nace, a su vez, la base de la regulación jurídica y la forma del derecho en general: el derecho más desarrollado –en su forma última- es el derecho de la sociedad capitalista. Nos referimos, en este caso, al fetichismo de la mercancía. Por ésta entendemos "aquel proceso mediante y gracias al cual las relaciones sociales entre las personas aparecen como relaciones mediatizadas por cosas. Lo que han creado los seres humanos se les parece como algo independiente de ellos, de vida autónoma. El trabajo humano –praxis humana- manual e intelectual, se convierte en trabajo enajenado –praxis enajenada- cuando los productos del trabajo adoptan la forma de mercancía, presentándose como algo extraño. Resulta paradójico que el aumento de la independencia entre las personas dentro de la sociedad moderna, vaya unida a una dependencia cada vez mayor aspecto y a través de las cosas"¹²². De esta manera, la realidad se

¹¹⁹ MORRA, Gianfranco. *Marxismo y Religión*, Madrid, Rialp, 1979, pp. 60-61.

¹²⁰ MASSINI, Carlos. *Los Derechos Humanos desde la Perspectiva Marxista: Consideraciones Críticas*, p. 148.

¹²¹ *Ibid.*, p. 149.

¹²² MAGNET, *op. cit.*, p. 2.

comienza a percibir y vivir en sí al revés, i.e. las personas son percibidas y viven como cosas, y las cosas como personas. En otras palabras, como diría Holloway, se produce la objetivación del sujeto y la subjetivación del objeto.

En el campo jurídico estas concepciones se traducen, se representan en el absoluto rechazo a las categorías presentadas como inmutables, transhistóricas, eternas, las que, siendo creadas por el hombre en una formación histórica determinada, deben entenderse de forma transitoria. Así, “es por tanto erróneo construir categorías jurídicas haciendo abstracción de las relaciones que mantienen con una formación económica y social específica. Asimismo, en el caso que nos ocupa, la categoría de “sujeto de derecho” no es una categoría transhistórica, al contrario, debe estudiarse teniendo presente su condicionamiento histórico. Las tentativas de aproximar la forma-derecho a la forma-mercancía conducen necesariamente a equiparar la fetichización jurídica con la fetichización mercantil”¹²³.

Para Marx, los “derechos humanos, a diferencia de los derechos del ciudadano, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad civil, es decir, los derechos del hombre que vive al margen del hombre y de la comunidad (...) Sin embargo, el derecho humano de la libertad no descansa sobre la unión del hombre con el hombre, sino que se basa, por el contrario, en la separación entre hombres. Es el derecho a disociarse, el derecho del individuo aislado, limitado a sí mismo”¹²⁴.

La abstracción que recubre la noción misma de derechos humanos que declara a todos los seres humanos como iguales en sentido abstracto, es compatible en tanto se determina desde un modo espiritual, compatible con una desigualdad empírica y real. Esto, por supuesto, no como ideal, sino en el análisis desde las condiciones materiales actuales de existencia: “El régimen de producción capitalista es desigual por principio. Se basa en la existencia de explotadores y explotados, de aquellos que poseen los medios de producción y aquellos que únicamente poseen su fuerza de trabajo y se ven forzados a venderla a otros si quieren sobrevivir. La aplicación de una medida igual a algo que es desigual intrínsecamente sólo sirve para mantener la igualdad ficticia y la desigualdad real”¹²⁵. Los derechos humanos son posibles desde que el hombre se separa del grupo y es considerado un ser autónomo e independiente, portador de derechos propios (propiedad privada). Cuando se despoja al ser humano de su ser género, del flujo social del hacer, es arrancada también la propiedad sobre su propia vida, la cual es entregada al Estado o al mercado, la que le concede derechos que tienen como función única una titularidad simbólica, sirviendo de protección –de orden legal, de derecho- para la explotación capitalista.

¹²³ *Ibid.*, p. 3.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 10.

De esta manera, pueden desprenderse las principales críticas al concepto de derechos humanos desde el marxismo:

(i) Los Derechos Humanos como ideología: Dice relación con el carácter ideológico de los derechos humanos. Como señala Guzmán, “para Marx, el capitalismo implica la escisión de los seres humanos en dos esferas, por una parte la esfera privada (burguesa), y, por otra, la esfera política, propia del ámbito de la ciudadanía, en donde la primera es defendida de forma radical y se encuentra determinada por las relaciones de poder y la distribución de los medios de producción, la otra se considera como ideología, discurso metafísico universalista y formal, encaminado a encubrir las relaciones asimétricas de poder y la desigualdad propia de la sociedad burguesa”¹²⁶. De esta manera, la pretensión de universalidad de los derechos humanos encubre los intereses privados en la sociedad. Caso puntual, por ejemplo, el de la propiedad privada: elevándola a derechos fundamental se considera inalienable por parte del ser humano, pero en lo real y concreto sólo esconde la defensa de quienes hoy ostentan los medios de producción, en desvalor de quienes sólo poseen su fuerza de trabajo.

A su vez, el discurso de los derechos humanos cooptado por la burguesía, con pretensiones de universalidad y atemporalidad de estos, pretender hacer parecer que los valores de la sociedad burguesa no corresponden, de ninguna manera, a un tipo de sociedad específica, negando el valor histórico determinado de ellos. Para este discurso, los derechos humanos son una manifestación de la “naturaleza humana”. Y, a su vez, este concepto de “naturaleza humana” para los derechos fundamentales concibe al ser humano como uno de carácter egoísta y asilado, separando de la sociedad. Marx sostiene que en la sociedad burguesa la libertad no se considera como posibilidad de realización humana, sino como limitación¹²⁷. Parte de los principios fundamentales del orden burgués, es decir, la propiedad y la libertad (negativa, de no intromisión)

(ii) Los Derechos Humanos como neutralizador de demandas sociales: Para Aguirre, “Marx critica el discurso de los derechos humanos como un disfraz ético y jurídico que contribuye a la institucionalización material de la unidimensionalidad y mercantilización de las relaciones jurídicas”¹²⁸, que cumpliría, además, la función de neutralizar las demandas sociales pues las dejaría subsumidas en la idea de igualdad abstracta que está por debajo del concepto de derechos humanos. Bajo esta idea, es justamente, que coexiste la discriminación, la desigualdad material y la explotación. Así, no sería posible bajo el discurso de los derechos humanos la emancipación humana, sino que ésta sólo puede lograrse si existe una reunificación de las dimensiones del ser humano escindidas en la

¹²⁶ GUZMÁN-RINCÓN, Andrés. La crítica de Marx a los derechos humanos: balance y perspectivas, p. 2.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 3.

¹²⁸ AGUIRRE, J. Hannah Arendt y Carlos Marx: Un debate acerca de los derechos humanos y el discurso de los derechos. En: *Opinión Jurídica*, vol. 9, No. 17, 2010, Medellín, pp. 35-54.

sociedad capitalista¹²⁹. Algunos autores niegan esta concepción, al señalar que “no debemos imitarnos a criticar el hecho de que las nociones de justicia y de derecho nazcan de una concepción fetichizada de la realidad social. Pues antes de que estas nociones puedan desaparecer por completo, disolviéndose en el “reino de la libertad”, conviene explotarlas al máximo, exigir la correcta aplicación de la justicia material frente a la formal y valorar la aportación histórica de los derechos humanos a la causa de la emancipación humana, aunque ello también comporte valorar la aportación de las revoluciones liberales”¹³⁰.

¹²⁹ GUZMÁN-RINCÓN, op. cit., p. 5.

¹³⁰ MAGNET, op. cit., p. 11.

III. TERCER CAPÍTULO - El Derecho a la Educación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Hacia la determinación de un concepto.

Hemos hecho referencia al Bloque de Constitucionalidad, donde los tratados internacionales –a través del art. 5 inciso 2 de nuestra Constitución- juegan un rol primordial en el sistema de derechos y garantías fundamentales. Se ha dicho, en primer lugar, que “el juez debe utilizar las normas de derechos humanos en lo posible, usándolas, cuando no pueda aplicarlas directamente, como criterio orientador para interpretar las normas aplicables al caso”¹³¹. También el autor nacional Silva Bacuñán ha manifestado: “La obligación que impone al Estado tiene como ámbito todos esos derechos esenciales y, por lo tanto, no sólo aquellos que explícitamente están reconocidos por la ley fundamental”¹³². Finalmente, el profesor Nogueira expone que “los derechos de fuente directamente constitucional, como, asimismo, los derechos implícitos y los derechos de fuente internacional, constituyen un único bloque de derechos que se retroalimentan recíprocamente”¹³³. Ahora bien, todo esto debe entenderse a la luz del art. 5 inciso 2 de nuestra Carta Fundamental, en tanto se señala, mediante tal, que el Estado no sólo debe respetar los tratados internacionales, sino que “promoverlos”, lo cual conlleva un imperativo, no sólo un deber de resguardo. De esta manera, el Estado tiene como función primordial dar la máxima satisfacción a dicha consideración de “progresividad de la educación gratuita”, darle “promoción”, lo cual hoy, por supuesto, ha sido incumplido, rebajando el carácter de derecho social del DE a un bien transable en el mercado.

El análisis de la conceptualización del DE en la normativa internacional nos permite poder dirimir la posición que éste juega en distintos aspectos, y cómo ha evolucionado históricamente su posición dentro dicha normativa. No es baladí, entonces, poder interiorizarnos en la materia, pues a través de lo dispuestos en diferentes tratados, convenciones o protocolos podremos establecer qué rol se le entrega a la educación dentro de un determinado contexto político-cultural, y a partir del mismo generar bases para la definición de la educación entendida como un derecho social universal.

A continuación, se presentan las principales referencias sobre los derechos educacionales en tratados internacionales suscritos o ratificados por Chile¹³⁴. A su vez, y de forma de complemento, plasmaremos lo referido a la libertad de enseñanza en los mismos.

III. a. Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDHH).

¹³¹ MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge. Sistema jurídico y derechos humanos, el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos”, Cuadernos de Análisis Jurídicos, septiembre, 1996, p. 74.

¹³² SILVA, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 111.

¹³³ NOGUEIRA, (2007), op. cit. p. 461.

¹³⁴ Toda oración destacada con color negro oscuro se ha realizado con el propósito de dar énfasis a ideas a exponer.

Derecho a la Educación.

Artículo 26.

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.*

Como podrá apreciarse, se señala, en primera instancia, que toda persona tiene derecho a la educación. No obstante, se determina un marco preciso para el mismo en torno a la idea de gratuidad: ésta debe ser, al menos, para la instrucción elemental y fundamental. Esto es relevante en torno el imperativo de otorgar gratuidad es claramente un deber para el Estado imperante, buscando éste los mecanismos que considere necesarios al respecto. Aunque ello se omita, carece de sentido -para un Estado que se compromete a respetar, promover y resguardar lo establecido por la respectiva Declaración Universal de Derechos Humanos, que éste se omita de aquello, relegando dicha función a un privado. Así, en el texto de 1948 se desarrolla la primera tensión: la educación es un derecho de toda persona, pero el Estado tiene el deber mínimo de asegurarla de forma gratuita sólo es un eslabón del proceso educativo.

Nuevamente, el análisis que merece dicha concepción dice relación con la respuesta a una pregunta elemental: ¿basta sencillamente que la educación exista como tal en torno a la oferta para que se satisfaga la idea de tal como un derecho? Resultando en un análisis a contrario sensu de la norma planteada, parece ser que no. Parece ser que no en medida de que, aparentemente previendo dicha idea, la Declaración en cuestión parece admitir por omisión de que aquello no basta, pues entrega el carácter obligatorio de establecer un mínimo de entrega de educación gratuita, universalizando así el acceso a la misma: la capacidad adquisitiva de cualquier ser humano o grupo familiar no debe ser impedimento para el efectivo acceso al DE.

Avanzando en lo señalado en diferentes cuerpos internacionales, nos percataremos de que la idea de gratuidad aparece constantemente en lo vinculado al DE. Ello se debe, sin duda alguna, a que se asocia el DE a la misma, pues de no existir, no se puede -en lo efectivo- establecer aquél como un derecho, pues personas podrían quedar sin acceso a la educación al no poseer los medios económicos para aquello.

Tenemos, así, un primer elemento a destacar: la gratuidad de la educación resulta ser un elemento fáctico que al menos vehiculiza la posibilidad de establecer materialmente el DE. Llamaremos a ello un elemento de la forma del DE.

Por último, es preciso destacar lo establecido en el art. 26 N°2: si el primer numeral se refería al DE en un sentido ontológico, i.e. de la existencia per se del ser mismo, el segundo numeral refiere a los fines de aquél, es decir, un sentido teleológico, el objeto del mismo. Podemos destacar, así, un nuevo elemento: la educación tiene como finalidad el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos y libertades fundamentales. Este conlleva, entonces, un elemento de fondo del mismo, o, también, el objeto del mismo.

Libertad de enseñanza.

Artículo 18.

*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, **por la enseñanza**, la práctica, el culto y la observancia.*

Artículo 26.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

III. b. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Libertad de enseñanza.

Artículo 18.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos **reciban la educación religiosa y moral** que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos no tiene referencia al DE en sí, lo cual no es de extrañar debido a que representa los idearios de derechos de primera generación en tanto libertades, siendo el DE catalogado como un derecho de segunda generación en tanto derecho social o prestacional. La única referencia existente es en torno a la libertad de enseñanza, siendo nuevamente muy vaga y referida exclusivamente a la educación religiosa y moral.

III. c. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

El Pacto en comento fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 2200 (XXI), con fecha 16 de diciembre de 1966. Una vez establecida su entrada en vigencia a comienzos del año 1967, fue ratificado por Chile en fecha 10 de febrero de 1972. Con respecto al DE, señala:

Derecho a la educación.

Artículo 13.

1. **Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación.** Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. **Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre,** favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

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.*

Artículo 14.

Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.

Sin duda alguna, el PIDSEC es el primer gran cuerpo internacional que se refiere de forma detallada al DE. Su artículo 13 N°1 parece ser una síntesis entre los artículos 26 N°1 y 26 N°2 de la DUDDHH: Se establece el deber de los Estados en torno al DE, desde su reconocimiento para toda persona como la determinación del objeto del derecho a la educación. Es ésta la que debe orientarse (reemplaza esa palabra la de "objeto" (del DE), siendo una expresión más amplia, funcionando como un principio orientador más que un mandato estricto), al pleno desarrollo de la personalidad humana y -agrega- el sentido de la dignidad del mismo. Interesantemente, entrega un elemento a considerar: la educación debe a capacitar a todas las personas para participar en una sociedad libre, favoreciendo valores de tolerancia y amistad.

Es interesante esta última idea pues centra la educación desde un prisma universal: existe una pre-configuración de la idea del DE como un elemento de relevancia para la vida social, pues entrega valores de respeto (no acción o no discriminación) y amistad (comprensión desde una idea positiva de comportamiento) desde el individuo hacia la sociedad, lo que -evidentemente- redundando en el sentido inverso, es decir de la sociedad (todos quienes no soy yo) hacia mí.

En cuanto al artículo 13 N°2 se representa el detalle de lo que debe comprenderse, en una dimensión material, por el DE. La enseñanza secundaria y universitaria se contemplan, esta vez, desde la progresiva gratuidad, extendiendo, así, el deber del Estado sobre la misma: se trata de llevar a lo concreto el DE. Sin gratuidad,

difícilmente exista acceso. Se genera otra idea: el Estado debe establecer por cuanto medio “sea apropiado” para que se acceda al DE, particularmente en torno a la gratuidad. Particularmente no quiere decir únicamente. Es una idea precisa y necesaria. El Estado, entonces, debe hacer más, y por todo medio requerido. Es un campo abierto, probablemente pensado desde entregar las condiciones óptimas desde la existencia de instituciones hasta los marcos regulatorios básicos.

Libertad de Enseñanza.

Artículo 13.

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.

III. b. i. Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Observación General 11, adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), proporciona una interpretación y clarificación de los artículos 13 y 14 del PIDESC.

Señala en su numeral N°2 que *“El derecho a la educación, reconocido en los artículos 13 y 14 del Pacto, así como en otros tratados internacionales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es de vital importancia. Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es, todos esos derechos al mismo tiempo. **También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos”.***

Encontramos, aquí, una nueva idea: según el Comité DESC, el DE es también un derecho civil y un derecho político, pues es el centro de la realización plena y efectiva de tales derechos. Ello tiene sentido en virtud de lo establecido en el artículo 13 del PIDESC y 26 de la DUDDHH, pues se entiende como un objeto de la misma educar en torno a los derechos fundamentales de toda persona, lo que involucra también a los derechos civiles y políticos. Es decir, existe una clara relación de cooperación entre los mismos: la posibilidad del ejercicio eficaz de los derechos de primera generación tiene entre sus bases la educación a la población sobre los mismos, los cuales se materializan por medio -preferentemente- de la educación formal que entrega el sistema educativo a través de sus instituciones. Ya volveremos sobre dicha idea.

Continuando con la Observación General 11, ésta señala:

6. Obligatoriedad. El elemento de obligatoriedad sirve para destacar el hecho de que ni los padres ni los tutores, ni el Estado, tienen derecho a tratar como optativa la decisión de si el niño debería tener acceso a la enseñanza primaria. Análogamente, la prohibición de la discriminación por motivo de sexo en el acceso a la educación, que se exige también en los artículos 2 y 3 del Pacto, queda puesta más de relieve por esta exigencia. Sin embargo, debería subrayarse que la obligatoriedad solamente se puede justificar si la educación ofrecida es de calidad adecuada, es pertinente para el niño y promueve la realización de otros derechos del niño.

7. Gratuidad. El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos. Su eliminación es una cuestión que debe ser tratada en el necesario plan de acción. Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría. Otros gastos indirectos pueden ser permisibles, a reserva de que el Comité los examine caso por caso. Esta disposición no está en modo alguno en conflicto con el derecho reconocido en el párrafo 3 del artículo 13 del Pacto para los padres y los tutores "de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas".

El numeral 6 establece la obligatoriedad de no sólo el acceso, sino la entrega del DE a niños y niñas, en consonancia con los derechos establecidos en la Convención de los Derechos del Niño. A su vez, establece con

énfasis un enfoque de género: no debe haber discriminación por sexo del menor, estableciendo la crítica a la especial situación que viven las niñas en relación a los varones. Además, consagra en su numeral N°7 con mayor precisión la idea de gratuidad: no es sólo la entrega del sistema educacional institucional, sino también eliminar toda barrera que pudiese funcionar como un elemento regresivo para el efectivo goce del DE.

Por otro lado, la Observación general N°3 del Comité DESC se refiere a la índole de las obligaciones de los Estados Partes. Volviendo al PIDESC, se señala en su artículo 2 que:

Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Funcionando como un mandato de optimización, es un compromiso elemental de los Estados que se hacen parte del PIDESC el compromiso de la adopción de las medidas hasta el máximo de los recursos que disponga. En relación a esto, la Observación N°3 ha señalado que:

*3. Los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas se definen en el párrafo 1 del artículo 2 como "todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas". **El Comité reconoce que en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser incluso indispensables. Por ejemplo, puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias. En esferas como***

la salud, la protección de los niños y las madres y la educación, así como en lo que respecta a las cuestiones que se abordan en los artículos 6 a 9, las medidas legislativas pueden ser asimismo un elemento indispensable a muchos efectos.

Existe, entonces, un claro mandato al Poder Legislativo para materializar lo referido al DE.

Además, cabe considerar a partir de ello los elementos que se han desarrollado por el PIDESC. Particularmente, las ideas que se encuentran en el punto 7 de la Observación General 11, adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC): “los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización”, mandando a otorgar la gratuidad en la instrucción primaria.

Lo que subyace a dicha posición es la concepción del acceso a la educación como elemento inequívoco para comprender el DE. Volvemos a esa idea. Sin acceso, no hay derecho. Y este acceso, por supuesto, no refiere sencillamente al deber positivo de generar las instituciones educativas, ya sea por el sistema público o privado, sino a eliminar las barreras que pueden hacer proclives el no ingreso o la deserción de los estudiantes. Así, forma parte central de lo correspondiente a la forma del DE.

III. d. Convención Americana de los Derechos Humanos.

La Convención Americana de los Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita el día 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José, con el fin de fortalecer el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos dentro del continente Latinoamericano.

Derecho a la Educación.

Artículo 26. Desarrollo Progresivo.

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Artículo 42.

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Libertad de Enseñanza.

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión.

*4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la **educación religiosa y moral** que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

Como podrá apreciarse en una primera vista, no existe un pronunciamiento profundo en la Carta Interamericana con respecto al DE. Sus menciones no desarrollan dicho derecho, sino que abordan la materia desde un cariz orgánico, bajo la institucionalidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como también de las providencias que deben tomar los Estados con respecto a la educación.

III. e. Protocolo Adicional a la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica) sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y culturales.

También denominado “Protocolo de San Salvador”, fue suscrito el año 1988 para garantizar el sistema de derechos humanos en el continente latinoamericano pero con énfasis en lo correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales.

Derecho a la Educación.

Artículo 13

Derecho a la Educación.

1. Toda persona tiene derecho a la educación.

2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

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. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

(...)

Artículo 16: Derecho de la Niñez.

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo

la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. **Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.**

Libertad de Enseñanza.

Artículo 13.

4. *Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.*

5. *Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.*

En el artículo 13 número 3 letra c, sobre el DE, se establece que los estados que ratifican dicho Protocolo, entre ellos nuestro país, deben establecer un sistema gratuito para su pueblo, señalando, a su vez, que para la Educación Superior debe existir una “implantación progresiva de la enseñanza gratuita”. Este Protocolo fue firmado por Chile el año 2001.

Cabe destacar que, dicha consideración, no va en contra de la “Libertad de Enseñanza” establecida en el art. 11 de nuestra Constitución, en tanto su artículo 13 número 5 señala que “nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes”. De esta forma, en lo correspondiente al DE, se establece también la Libertad de Enseñanza desde sus dos dimensiones: (i) la de poder escoger un modelo educativo en calidad de estudiante, y la de (ii) poder plantear un proyecto educativo e institución educativa desde el rol del educando.

Como podrá apreciarse, el art. 13 en cuestión resulta ser similar al art. 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aunque el correspondiente a este punto precisa ideas que complementan al PIDESC.

En el numeral 2 del art. 13, se señala nuevamente el objeto (fondo) del DE: el pleno desarrollo de la personalidad humana desde la idea de dignidad de la misma, el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos, y -agrega- el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, además de la justicia y la paz. El acento que se le otorga a las libertades individuales y el pluralismo ideológico deben entenderse desde las crisis de las grandes potencias mundiales durante el siglo XXI, además del contexto de Guerra Fría posterior a la Segunda Guerra Mundial. Busca resguardarse, entonces, la posibilidad del libre pensar en aras del respeto dentro de las comunidades nacionales y también en la comunidad internacional. A su vez, entrega un rol de capacitación a la persona, donde el DE es vital para el ejercicio de la participación en una sociedad democrática y pluralista. Es decir, nuevamente se acentúa el pluralismo como un valor, y ahora la democracia como la forma de entendimiento y desarrollo de las sociedades.

Por otro lado, en cuanto a forma, señala nuevamente los distintos niveles de educación formal, donde la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita, la enseñanza secundaria generaliza, accesible para todos y todas, además de otorgada mediante la implementación progresiva de la gratuidad, y, por último la enseñanza superior bajo los mismos parámetros anteriores, sumándole la idea meritocrática ya también anteriormente referida. Destaca, también, la necesidad de fomentar o intensificar la educación básica para aquellas personas que no la hayan recibido o que no pudieron terminarla, asumiendo la necesidad de proyectar el DE no sólo en la población joven, sino en aquella que no tuvo acceso a aquél. Por último, también -como novedad- reconoce la necesidad de establecer programas de enseñanza diferenciados para personas con impedimentos físicos o mentales.

III. f. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia internacional americana que se realizó en la ciudad de Bogotá en 1948. Esta carta internacional no sólo consagra un primer sistema de derechos, sino que también estableció la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Derecho a la educación.

Artículo XII: *Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.*

Asimismo tiene el derecho de que, mediante esa educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.

Al ser una carta internacional de antigua data (1948), las referencias que realiza en torno al DE no tienen la consistencia que cuerpos más actuales, abordando de forma amplia lo consistente a tal. No obstante, para su antigüedad, representa un primer apronte concreto sobre la materia. Por otro lado, lo relevante de este tratado es que asocia el DE a una matriz económica y social, es decir, habla del DE como un vehículo para la subsistencia y el mejoramiento del nivel de vida, como también bajo la idea de la utilidad social que reporta un ser humano que ha recibido el DE. A su vez, con respecto a la forma del DE, establece la necesidad de que el acceso al mismo sea con igualdad de oportunidades, diferenciando según una idea meritocrática (y de “dotes naturales”) para aquella, asumiendo, también, una idea de recursos limitados por parte del Estado y la comunidad para la materialización del DE.

III. f. i. Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, Protocolo de Buenos Aires.

Suscrito en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria de Buenos Aires el 27 de febrero de 1967, complementa lo establecido por la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, en tanto regula lo establecido por los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Su objetivo se puede establecer con claridad a partir de su considerando inicial¹³⁵, el cual señala:

¹³⁵ Al respecto, y desde un plano que supera a los Estados Americanos, en Informe presentado por Katarina Tomasevski en la Relatoría Especial sobre el Derecho a la Educación de Naciones Unidas, se señala que “las obligaciones de los gobiernos en materia de derechos humanos se basan en la premisa de que la educación es un bien común y de que la escolarización institucionalizada es un servicio público. Para que exista un compromiso internacional de lograr la realización del derecho a la educación, todos los gobiernos deben asumir obligaciones en materia de derechos humanos, tanto individual como colectivamente. La educación como derecho humano universal entraña la asunción por los gobiernos de obligaciones a nivel nacional e internacional. Cada Estado tiene la obligación de velar por que los derechos humanos se respeten efectivamente en su territorio. Las estrategias internacionales en materia de educación, las políticas económicas o fiscales, el derecho mercantil internacional o las campañas de lucha contra el terrorismo pueden limitar -y no aumentar- la capacidad y la voluntad de los gobiernos para garantizar el derecho a la educación. De ahí la necesidad de incorporar los derechos humanos. Sin embargo, es sabido que tendemos a actuar mejor a posteriori que a priori, y gran parte de la labor en la esfera de derechos humanos consiste en tratar de reparar las violaciones retroactivamente.

"Que la Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá en 1948, consagró el propósito de lograr un orden de paz y de justicia, fomentar la solidaridad entre los Estados Americanos, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia;

Que la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en 1965, declaró que era imprescindible imprimir al Sistema Interamericano un nuevo dinamismo, e imperativo modificar la estructura funcional de la Organización de los Estados Americanos, así como consignar en la Carta nuevos objetivos y normas para promover el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos del Continente y para acelerar el proceso de integración económica, y

Que es indispensable reafirmar la voluntad de los Estados Americanos de unir sus esfuerzos en la tarea solidaria y permanente de alcanzar las condiciones generales de bienestar que aseguren para sus pueblos una vida digna y libre (...)".

Con respecto al DE, se señala:

Artículo 30

Los Estados Miembros se comprometen a movilizar sus propios recursos nacionales humanos y materiales mediante una programación adecuada, y reconocen la importancia de actuar dentro de una eficiente estructura interna, como condiciones fundamentales para su progreso económico y social y para asegurar una cooperación interamericana eficaz.

(...)

h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación;

(...)

Naciones Unidas (NU), Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El Derecho a la Educación, Informe presentado por Katarina Tomaševski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004, pp. 9-10.

Artículo 45

Los Estados Miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia y la cultura, orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso.

Artículo 46

Los Estados Miembros cooperarán entre sí para satisfacer sus necesidades educativas, promover la investigación científica e impulsar el adelanto tecnológico, y se consideran individual y solidariamente comprometidos a preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos.

Artículo 47

Los Estados Miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación, sobre las siguientes bases:

- a) la educación primaria será obligatoria para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a todas las otras personas que puedan beneficiarse de ella. Cuando la imparta el Estado, será gratuita;*

- b) La educación media deberá extenderse progresivamente a la mayor parte posible de la población, con un criterio de promoción social. Se diversificará de manera que, sin perjuicio de la formación general de los educandos, satisfaga las necesidades del desarrollo de cada país, y*

- c) La educación superior estará abierta a todos, siempre que, para mantener su alto nivel, se cumplan las normas reglamentarias o académicas correspondientes.*

Artículo 48

Los Estados Miembros prestarán especial atención a la erradicación del analfabetismo; fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo; asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la

totalidad de la población, y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimiento de estos propósitos.

Artículo 49

Los Estados Miembros fomentarán la ciencia y la tecnología mediante instituciones de investigación y de enseñanza, así como de programas ampliados de divulgación. Concertarán eficazmente su cooperación en estas materias y extenderán sustancialmente el intercambio de conocimientos, de acuerdo con los objetivos y leyes nacionales y los tratados vigentes.

Artículo 50

Los Estados Miembros acuerdan promover, dentro del respeto debido a la personalidad de cada uno de ellos, el intercambio cultural como medio eficaz para consolidar la comprensión interamericana y reconocen que los programas de integración regional deben fortalecerse con una estrecha vinculación en los campos de la educación, la ciencia y la cultura.

En cuanto a la forma del DE, se reitera, quizá con algo de debilidad en relación a otros cuerpos internacionales, las características que debe poseer el DE en los distintos niveles de enseñanza. Lo relevante de este protocolo se encuentra en que se otorga el primer mandato claro para que los países que lo ratifican tomen todas las disposiciones necesarias a nivel de su carta constitucional para asegurar el DE.

III. g. Convención Sobre los Derechos del Niño.

Como tratado multilateral establecido en el año 1989 a partir de las gestiones y trabajo de la Organización de Naciones Unidas (ONU), la presente convención aborda, dentro de múltiples materias referidas a los derechos del niño y niña, lo correspondiente al DE para tales¹³⁶. Señala, a este respecto:

¹³⁶ En referencia al DE de los niños y niñas, la relatoría especial sobre el mismo de la Organización de Naciones Unidas del año 2003 señala que "El derecho a la educación tiene tres agentes principales: el gobierno en tanto que proveedor y/o financiador de la escuela pública, el niño en tanto que principal titular del derecho a la educación y del deber de cumplir con las exigencias de la educación obligatoria, y los padres del niño que son "los primeros educadores". La libertad que se garantiza a los padres de elegir la educación para sus hijos, y la responsabilidad que esto entraña, constituye una de las bases del derecho a la educación; otra de las bases son las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. El fundamento de la libertad de elección de los padres no significa legitimar su negación del derecho a la educación de sus hijos; en caso de conflicto entre la elección de los padres y los mejores intereses del niño, prevalecen estos últimos". Y, a su vez, que "Todavía no se ha concedido a los niños en la mayoría de los países la facultad de hacer valer su derecho a la educación. Les falta el conocimiento, la experiencia y la voz política necesaria para enunciar y defender sus derechos; más aún, su condición jurídica pasiva y su dependencia financiera en relación con los adultos les impide utilizar efectivamente los mecanismos legales o extralegales que existen para proteger los derechos humanos. Las posibilidades de abuso de poder inherentes en la vulnerabilidad del niño hacen necesario contar

Derecho a la Educación.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) *Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;*

b) *Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;*

c) *Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;*

d) *Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;*

e) *Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.*

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a

con instituciones públicas especiales que deben crearse en su favor, y facultar a los niños para que enuncien y defiendan sus derechos. Los derechos del niño van mucho más allá puesto que las políticas macroeconómicas y fiscales pueden ponerlos en peligro, e incluso suprimirlos. Es preciso anticipar los efectos que tendrán las diversas políticas sobre los niños, y evitar (o al menos atenuar) sus repercusiones nocivas". Naciones Unidas (NU), Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2001/29 de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/60, 7 de enero de 2002, p. 11.

los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

(...)

Libertad de Enseñanza.

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

En dichas referencias, se aborda la temática en la línea ya expuesta en otros tratados: educación básica obligatoria y gratuita, desarrollo de la educación secundaria, hacer la enseñanza superior accesible sin distinción,

pero en base a la capacidad del estudiante. Replica, así, el mismo doble sistema: educación gratuita y universal en el primer nivel de enseñanza, y educación superior progresiva en torno a una idea meritocrática. Al respecto, cabe destacar que se generan mandatos en torno a la obligación de los estados parte implementen de forma positiva medidas destinadas a concretar lo expuesto, además de desarrollar la cooperación internacional en la materia destinándose, particularmente, a eliminar la ignorancia y analfabetismo.

En cuanto al art. 29, se generan en términos concretos obligaciones para los estados parte desde la idea de determinación objetiva del contenido del DE. Se aborda nuevamente la educación desde su objeto: enseñanza y potenciación de valores, el desarrollo de la personalidad y características individuales. Agrega, a su vez, la relevancia que sostiene el DE en torno a la educación social en distintos planos, ya sea en el familiar como un espacio mediato (“respeto a los padres”), como de identidad cultural, idioma y valores tanto del país originario como de otros, es decir, una herramienta que le permita al niño o niña la comprensión de su espacio social. De esta forma, se genera -desde la comprensión de aquel punto- una idea relevante: la educación es un vehículo para la vida social en términos del compromiso que se genera a partir del individuo con su contexto, y, por ende, sociedad.

III. h. Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.

La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura reunión en París con fecha 14 de noviembre al 15 de diciembre de 1960, discutió e implementó la presente convención. Con entrada en vigencia el 22 de mayo de 1962, en adhesión a todos los estados que desearan hacerse parte de aquélla, centra su contenido en torno al respecto al DE y el derecho a la igualdad en el sentido de la no discriminación.

Así, su introducción señala que:

"Recordando que la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma el principio de que no deben establecerse discriminaciones y proclama el derecho de todos a la educación,

Considerando que las discriminaciones en la esfera de la enseñanza constituyen una violación de derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos,

Considerando que, según lo previsto en su Constitución, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura se propone instituir la cooperación entre las naciones a fin de asegurar el respeto universal de los derechos humanos y una igualdad de posibilidades de educación,

Consciente de que, en consecuencia, incumbe a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, con el debido respeto a la diversidad de los sistemas educativos nacionales, no solo proscribir todas las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, sino también procurar la igualdad de posibilidades y de trato para todas las personas en esa esfera".

Basándose en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, señala, entre lo que podemos destacar:

Derecho a la Educación.

Artículo 3.

A fin de eliminar o prevenir cualquier discriminación en el sentido que se da a esta palabra en la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a:

a. Derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza;

b. Adoptar las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza;

c. No admitir, en lo concerniente a los gastos de matrícula, la adjudicación de becas o cualquier otra forma de ayuda a los alumnos, ni en la concesión de permisos y facilidades que puedan ser necesarios para la continuación de los estudios en el extranjero, ninguna diferencia de trato entre nacionales por los poderes públicos, salvo las fundadas en el mérito o las necesidades ;

d. No admitir, en la ayuda, cualquiera que sea la forma que los poderes públicos puedan prestar a los establecimientos de enseñanza, ninguna preferencia ni restricción fundadas únicamente en el hecho de que los alumnos pertenezcan a un grupo determinado;

e. Conceder, a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales.

Artículo 4.

Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen, además, a formular, desarrollar y aplicar una política nacional encaminada a promover, por métodos adecuados a las circunstancias y las prácticas nacionales, la igualdad de posibilidades y de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial, a:

a. Hacer obligatoria y gratuita la enseñanza primaria, generalizar y hacer accesible a todos la enseñanza secundaria en sus diversas formas; hacer accesible a todos, en condiciones de igualdad total y según la capacidad de cada uno, la enseñanza superior; velar por el cumplimiento por todos de la obligación escolar prescrita por la ley;

b. Mantener en todos los establecimientos públicos del mismo grado una enseñanza del mismo nivel y condiciones equivalentes en cuanto se refiere a la calidad de la enseñanza proporcionada;

c. Fomentar e intensificar, por métodos adecuados, la educación de las personas que no hayan recibido instrucción primaria o que no la hayan recibido en su totalidad, y permitirles que continúen sus estudios en función de sus aptitudes ;

d. Velar por que, en la preparación para la profesión docente, no existan discriminaciones.

Artículo 5.

1. Los Estados Partes en la presente Convención convienen:

a. En que la educación debe tender al pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y a reforzar el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que debe fomentar la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales o religiosos, y el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz;

b. En que debe respetarse la libertad de los padres o, en su caso, de los tutores legales, 1.º de elegir para sus hijos establecimientos de enseñanza que no sean los mantenidos por los poderes públicos, pero que respeten las normas mínimas que puedan fijar o aprobar las autoridades competentes, y 2.º de dar a sus hijos, según las modalidades de aplicación que determine la legislación de cada Estado, la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones; en que, además, no debe obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones;

c. En que debe reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma, siempre y cuando:

(i) Ese derecho no se ejerza de manera que impida a los miembros de las minorías comprender la cultura y el idioma del conjunto de la colectividad y tomar parte en sus actividades, ni que comprometa la soberanía nacional;

(ii) El nivel de enseñanza en estas escuelas no sea inferior al nivel general prescrito o aprobado por las autoridades competentes; y

(iii) La asistencia a tales escuelas sea facultativa.

2. Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a tomar todas las disposiciones necesarias para garantizar la aplicación de los principios enunciados en el párrafo 1 de este artículo.

Como podrá apreciarse, lo establecido en nivel general en la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza refleja también lo que ya ha sido mencionado con anterioridad. No obstante, representa con notable prolijidad temáticas no abordadas con anteriores, o al menos no con el nivel de detalle que aquí se representa.

En torno a lo que hemos señalado como la forma del DE, cabe destacar:

- Derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza

- Adoptar las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza.

- Mantener en todos los establecimientos públicos del mismo grado una enseñanza del mismo nivel y condiciones equivalentes en cuanto se refiere a la calidad de la enseñanza proporcionada.

Se desarrollan, así, dos esferas: una positiva (adopción de medidas) y una de carácter negativa (derogación de disposiciones, es decir, eliminar trabas). La discriminación arbitraria no tiene lugar ni cabida en la composición del DE: En efecto, si apostamos a la universalidad del mismo, no puede sostenerse una idea discriminadora de quiénes deben -o quiénes no- tener acceso a tal. Ya revisamos el elemento acceso como uno de forma del DE. La forma no es menos relevante, pues sigue siendo parte de la sustancia del mismo DE: no es una oposición o jerarquización entre forma y fondo, sino en la posibilidad de determinar los elementos que hacen del DE un todo sistemático. Definir, así, el objetivo del DE pero no su accesibilidad o forma de entregar dicho DE es, en la práctica, letra muerta. Por otro lado, conceptualizar la forma del DE, pero no entender cuál es su objeto, termina siendo una realidad estética, discursiva, sin materialidad verdadera.

La temática de acceso y gratuidad en los distintos niveles es reiterada. La no-discriminación, eso sí, debe comprenderse desde la esfera de sus límites, que termina siendo el contenido de la misma: ¿qué determina una discriminación arbitraria? La arbitrariedad, como actitud o acto no racional, debe ser comprendida desde el contenido del DE. Por ejemplo, en la misma convención se señala que en ciertos términos, puede entenderse como no-discriminatorio el que existan colegios que sólo acepten personas de un sexo. A su vez, señala que todo colegio público debe tener un nivel de calidad. Si existen colegios de un solo sexo, y se ve una preponderancia en los resultados estandarizados de calidad de educación de unos por sobre otros: ¿existiría, entonces, discriminación arbitraria? No puede darse un concepto unívoco o ahistórico a nivel del contenido de la no discriminación. Ella debe ser observada en torno a la materialidad, contexto histórico y determinación cultural. Por ello es clave, a su vez, ir a un nuevo tema de forma del DE aún no abordado: quiénes son los entes que deben participar activamente en el ideal más preciso -al menos inicialmente- de educación en sí.

III. i. Otros tratados o cuerpos jurídicos internacionales.

En pequeñas referencias, pueden considerarse también lo referido al concepto de educación o DE en:

III. i. i. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que señala en su art. 14 letra d): *"Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica"*.

III. i. ii. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que manifiesta en sus artículos 5 letra e número v, que *"En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes (...) El derecho a la educación y la formación profesional (...)"*, como también en su artículo 7 que *"Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención"*.

III. i. iii. Los Principios de Yogyakarta, es decir, principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, señalan en su art. 16 que: *"Toda persona tiene derecho a la educación, sin discriminación alguna basada en su orientación sexual e identidad de género, y con el debido respeto hacia estas. Los Estados:*

A. *Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a la educación en igualdad de condiciones y el trato igualitario de estudiantes, personal y docentes dentro del sistema educativo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;*

B. *Garantizarán que la educación esté encaminada al desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física de cada estudiante hasta el máximo de sus posibilidades y que responda a las necesidades de estudiantes de todas las orientaciones sexuales e identidades de género;*

C. *Velarán por que la educación esté encaminada a inculcar respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como el respeto a la madre, el padre y familiares de cada niña y niño, a su propia identidad*

cultural, su idioma y sus valores, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia e igualdad entre los sexos, teniendo en cuenta y respetando las diversas orientaciones sexuales e identidades de género;

D. Asegurarán que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto de, entre otras, la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género, incluyendo las necesidades particulares de las y los estudiantes y de sus madres, padres y familiares relacionadas con ellas;

E. Velarán por que las leyes y políticas brinden a estudiantes, al personal y a docentes de las diferentes orientaciones sexuales e identidades de género una adecuada protección contra todas las formas de exclusión social y violencia, incluyendo el acoso y el hostigamiento, dentro del ambiente escolar;

F. Garantizarán que a estudiantes que sufran dicha exclusión o violencia no se les margine o segregue por razones de protección y que sus intereses superiores sean identificados y respetados en una manera participativa;

G. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana, sin discriminación ni castigos basados en la orientación sexual, la identidad de género de las y los estudiantes, o su expresión.

H. Velarán por que todas las personas tengan acceso a oportunidades y recursos para un aprendizaje perdurable sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluyendo a personas adultas que ya han sufrido dichas formas de discriminación en el sistema educativo".

III. i. iv. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que señala en su art. 24 que "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a:

a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;

b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;

c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.

2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que:

a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;

b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;

c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;

d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;

e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

III. i. v. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que establece en su art. 30 que "Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo", en su art. 43 número 1 letra a que "Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: a) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de admisión y otras reglamentaciones de las instituciones y servicios de que se trate", y en su art. 45 número 1 letra a que: "Los familiares de los trabajadores migratorios gozarán, en el Estado de empleo, de igualdad de trato respecto de los nacionales de ese Estado en relación con: a) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de ingreso y a otras normas de las instituciones y los servicios de que se trate".

Tabla de referencia con respecto al DE en los principales Tratados Internacionales suscritos o ratificados por Chile:

DERECHO A LA EDUCACIÓN (DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES)	Declaración Universal de los Derechos Humanos	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos	Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Declaración Americana de los Derechos Humanos	Convención Americana de los Derechos Humanos
Derecho a la educación	Art. 26	Art. 18.4	Art. 13 Art. 14	Art. XII	Art. 12.4
Derecho a la enseñanza gratuita	Art. 26.1		Art. 13.2 Art. 14	Art. XII	
Libertad de cátedra y enseñanza	Art. 18	Art. 18	Art. 13.3 Art. 13.4		

CUARTO CAPÍTULO – La idea de educación y la determinación de su objeto.

Es elemental poder generar una visión clara en torno a qué entendemos por educación para poder conceptualizar, consecuentemente, el derecho a la misma. Como señala el autor español Cotino, “la educación es la ventaja individual, la razón válida y el interés jurídico protegido a favor del titular a quien se le reconoce el derecho fundamental a la educación”¹³⁷. De esta manera, debemos precisar un concepto que nos permita darle contenido a aquel interés jurídico protegido.

Cabe destacar, en primer lugar, que para referirnos directamente a lo que podemos conceptualizar como DE, sería preciso recurrir a distintas ciencias, desde la sociología a la filosofía, para poder generar una definición de “educación”. La meta es, sin duda, compleja. Son diversas las corrientes doctrinarias que podrían elevar un concepto que transforma en unívoca la tarea de llegar a un consenso absoluto sobre el mismo. Ello sería una tarea ardua que comprendería en sí otro trabajo de investigación probablemente mucho más extenso que el presente. Ante ello, es necesario hacer la advertencia que, superando dicha situación el interés de la presente propuesta, no se ahondará en una revisión total del concepto, sino que se intentará extraer una noción general en el interés de los autores por el entendimiento de lo que debiese comprenderse para el significante “educación”, y que dice relación, además, con un ejercicio jurídico de abstracción de lo contemplado en las normas internacionales (como se expondrá más adelante) y de nuestro país, no sin considerar, por supuesto, una visión crítica del misma. De esta manera, la posición consecuente es determinar una estructura de qué es la educación, la cual será la herramienta que guiará la conceptualización de las siguientes páginas.

Para algunos autores como Ruiz, a propósito de las diferentes manifestaciones sociales vividas en Chile el año 2011 por demandas en torno principalmente a la gratuidad de la educación, entendiéndola como derecho social universal, no sería correcto instalar un primer debate en torno a la concepción económica de bien público del derecho a la educación, pues no permitiría –en opinión del citado autor- orientar de mejor manera qué es hoy la educación, en tanto entrega un margen abstracto que requiere ser dotado de contenido, por cierto ello una posibilidad maleable según los intereses del emisor. Éste, señala que “no parecer ser un (el concepto económico de bien público) un concepto demasiado adecuado para dirimir este tipo de discusiones, y a que aparentemente para algunos autores, de entre los bienes públicos producidos por las instituciones educacionales, sólo la investigación científica podría cumplir en alguna medida con los requisitos de un bien público”¹³⁸. Cita de esta manera a Joseph Stiglitz, en tanto éste considera que los bienes privados tienen las propiedades de consumo rival

¹³⁷ COTINO, Lorenzo. El Derecho a la educación como Derecho Fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y Debates, 221. Madrid, 2012, p. 53.

¹³⁸ RUIZ, Carlos. Notas sobre la idea de un derecho a la educación: desde la filosofía política al Chile actual, p. 196.

y de exclusión, en tanto la idea de bien público subyace desde la no-conflictividad, i.e. que el consumo de alguna unidad del bien en cuestión no excluye del beneficio a un legítimo otro ni genera costos adicionales. Para este autor citado, sólo los gastos de defensa nacional cumplirían -en tanto bien público- con dicha conceptualización. Ruiz señala, entonces, que es complejo poder determinar que la educación represente un bien público, considerando -por ejemplo- la educación privada. Ello debería acentuarse en el sistema educacional chileno, de alta segregación donde la matrícula privada -y particular subvencionada- representa más del 60% de la matrícula. En efecto, en dicha circunstancia existiría un marco de exclusión, en donde el poder adquisitivo de las familias, a quienes se les reconoce el derecho preferente de educar a sus hijos e hijas, y determinar el establecimiento educacional- resulta altamente determinante.

Pero ello es una visión económica del mismo, es decir, influenciada por la idea de bien con dicho carácter. Para determinar, entonces, una visión comprensiva al respecto, es menester realizar una pequeña revisión histórica que permita conceptualizar un adecuado marco. Siguiendo, entonces, al profesor Ruiz, determinaremos una pequeña introducción al respecto, no sin antes precisar que la definición anteriormente criticada por el autor, peca, en nuestra consideración, de ser una desde la praxis más que de lo teórico¹³⁹.

Comienza el autor señalando en cita al filósofo francés de la revolución Condorcet, quién esgrime que el fin de la instrucción nacional es ofrecer “a todos los individuos de la especie humana los medios de subvenir a sus necesidades, de asegurar su bienestar, de conocer y ejercer sus derechos, comprender y cumplir con sus deberes, asegurar a cada uno la facilidad de perfeccionar su industria, de hacerse capaz para las funciones sociales a las que tiene derecho a ser convocado, de desarrollar toda la extensión de los talentos que ha recibido de la naturaleza, y, de esta suerte, establecer entre los ciudadanos una igualdad de hecho y hacer real la igualdad política reconocida por la ley”¹⁴⁰. La cita es interesante porque considera dentro de ella, dentro de la concepción en cuestión, dos elementos fundantes que nos servirán de guía para poder conceptualizar el DE. En ella se develan dos cuestiones fundamentales que se aclararán con el transcurrir de esta revisión histórica.

La primera de ellas dice relación con el fin, una concepción teleológica de educación, donde se desprenden dos miradas esenciales: (i) la educación como herramienta para el bienestar individual (a través de la

¹³⁹ No queremos determinar, con ello, un desprecio al estudio de lo que se desprende como lo real o lo fenomenológico, más bien dejar por acotado que el que no exista una idea de no-exclusión en la educación como bien público, en tanto existe la educación privada, es un hecho constitutivo de la historia chilena post-dictadura (o más bien brutalmente acentuado con), es decir, que no exista hoy con esas características no implica que no pueda llegar a hacerlo. Así, lo teórico si puede modificar la expresión práctica de lo legal o ideológicamente ya establecido, como también lo inverso, habiendo -por ende- esfuerzos por potenciar una u otra posición.

¹⁴⁰ CONDORCET. Informe y proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública presentado a la Asamblea Nacional, el 20 y 21 de abril de 1792, citado en RUIZ, Carlos. Notas sobre la idea de un derecho a la educación: desde la filosofía política al Chile Actual, p.3.

futura preparación para la vida laboral) con fin en la igualdad de hecho -en tanto posibilidad de explotar los talentos y méritos- entre los ciudadanos, lo que podríamos denominar la matriz económica de la educación, y (ii) la educación como herramienta para la preparación de la vida en sociedad del individuo, con fin en la igualdad política de los ciudadano, lo que podríamos señalar bajo el concepto de matriz social de la educación. Ambas redundan en una mayor, que es la fundamentará la tesis esencial de este trabajo: (iii) la educación como herramienta de retorno social. ¿Qué implica, en sí, eso? Que una no debe desconocer a la otra ni sobreponerse, es decir, que la matriz económica como objetivo de la entrega de educación no puede ser exclusiva ni entenderse como única, ni viceversa con la matriz social. De la misma forma, tampoco implica un ejercicio de ponderación: es un concepto que abarca ambas visiones, como lo señala la definición en cuestión, pero que rechaza postulados básicos del factor económico (como el carácter meritocrático¹⁴¹) y re-entiende cuestiones elementales del factor social (el rol o función del individuo en la construcción de un proyecto país). Ya volveremos sobre este punto en medida que avanzamos en torno a las otras concepciones que nos permitirán generar un mejor enfoque.

Cabe destacar, a su vez, que el objeto de la educación termina siendo el objeto del DE: el fin de tener educación es el fin de poder establecer aquello como un derecho. Como habíamos señalado (y ahora enfatizaremos) desprendemos del DE fondo y forma: en la primera hablamos del objeto del DE (objeto, a su vez, de la educación en sí), pero en cuanto a formas tenemos que establecer cuáles son las características de este derecho que hacen posible su concepción como tal en el fin educativo.

¹⁴¹ Nuevamente, en relación con este punto, se señala en Informe de Katarina Tomasevski en la Relatoría Especial sobre el Derecho a la Educación de Naciones Unidas, que "con el conocimiento que da la experiencia es fácil destacar las principales características de los modelos de enseñanza que han fracasado, en los que la educación se concebía como un trampolín para conseguir un empleo garantizado en la administración pública. El lenguaje en que se impartía la enseñanza era el idioma oficial del país, la enseñanza primaria era simplemente una fase preparatoria para la educación posterior y el derecho al trabajo se definía como el acceso a un empleo vitalicio en el sector público. El fracaso de ese modelo dio lugar a fenómenos como el desempleo de graduados universitarios o la deserción escolar; esta penosa realidad indica claramente que el sistema educativo debe ser flexible. No obstante, los datos estadísticos sobre la educación se refieren únicamente a los objetivos internos de la educación, por ejemplo, los resultados del aprendizaje. Para poder adaptar la educación a una realidad que cambia, es fundamental evaluar su contribución a lo que los alumnos pueden hacer una vez concluidos los estudios; los derechos humanos son un marco disponible para llevar a cabo esa evaluación. Además, la interrelación entre escuela y sociedad afecta profundamente a la educación. Cuando comienzan la escuela, los niños ya han asimilado muchos conocimientos en su familia y su comunidad. Los graduados, por su parte, llevan consigo los conocimientos, las capacidades y los valores que aprendieron en la escuela, los cuales pueden estar en conflicto con los de la sociedad".

Naciones Unidas (NU), Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El Derecho a la Educación, Informe presentado por Katarina Tomaševski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004, p. 16.

En el mismo sentido:

"La existencia de tal estructura, que subyace prácticamente a todas las relaciones sociales, políticas, económicas y culturales, constituye un obstáculo formidable para avanzar en la realización de los derechos humanos¹². La pobreza y el acceso limitado a la educación, la salud y otros servicios contribuyen a privar de los derechos económicos, sociales y culturales a los grupos históricamente discriminados. Sin embargo, las tradiciones sociales multiplican los obstáculos que impiden que los grupos discriminados participen plenamente en los procesos de toma de decisiones¹³. Esta situación se refleja también en el marco de las desigualdades y asimetrías sociales, que fomentan el mito de que el desarrollo macroeconómico es el principal objetivo de la educación, considerada normalmente sólo como un gasto y una forma de servicio subordinada a los intereses de la economía y no como un derecho humano".

Naciones Unidas (NU), Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales incluido el Derecho al Desarrollo, El derecho a la educación de las personas privadas de libertad, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación Vernor Muñoz, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009., p. 9.

Continuando con el autor señalado, se extrae desde dicha misma concepción ideológica que, como señala Condorcet, “para el poder público la educación es un deber de justicia”¹⁴², por lo que, a nivel de DE, es fundamental la necesaria gratuidad de la enseñanza en todos sus niveles¹⁴³. No puede desentenderse, bajo el objetivo del DE, el pago de la misma, señalando la gratuidad como un elemento de relevancia. Y compartimos esa visión: la gratuidad de la educación debe ser parte fundamental del DE. De esta manera, dicha concepción entendida como el fin de la educación no sólo puede considerarse desde la definición como un ente abstracto, sino que si establecemos como verdad lo allí establecido, entenderemos que tanto la necesidad del bienestar individual como la preparación del individuo a través de la vida en sociedad, fundamentalmente a través de la captación de las funciones sociales, valores y derechos, es indisoluble a la entrega material de la misma para lograr la maximización de sus objetivos, lográndose ello a través de la gratuidad de la educación.

Para la realidad social de nuestro país, dichas posturas, de más de 200 años atrás, parecen de una radicalidad enorme. Lo cierto es que, en una sociedad servil al modelo de libre mercado capitalista, comprender la educación como un derecho de acceso universal a través de la gratuidad implica un quiebre con el modelo en tanto se ha dirimido la educación como un derecho de segunda generación, prestacional, de sólo entrega por parte del Estado en tanto éste tenga la capacidad económica de poder otorgarlo. Dicha concepción se da con mayor ahínco a través del principio de subsidiariedad que, en teoría, subyace en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 1 inciso 3 de nuestra Carta Magna. Lo importante a rescatar en esta breve consideración inicial es que la idea de educación como herramienta central en la vida del ser humano y su correlato en sus fines y medios, no es una idea ajena a la realidad social e histórica de nuestra historia como civilización, ni menos en nuestro presente, donde lo señalado por Condorcet es, con uno que otro matiz, norma general dentro de diversos países. Ya abordaremos ello con detención en los capítulos siguientes de esta propuesta.

Como también suele ser norma, es preciso volver en un breve pasaje a revisar los postulados de Kant. Lo relevante de este autor es situar a la educación desde lo público y su función: según tal, “máximas que aclaran los principios del sentido común son el pensar por sí mismo; en segundo lugar, el pensar en el lugar de cada otro y en tercer lugar, pensar siempre de acuerdo consigo mismo”¹⁴⁴. La primera máxima implicaría el pensar libre de prejuicios –lo que sería sinónimo de la Ilustración-, la segunda la posibilidad de pensar sobre el propio juicio desde un punto de vista universal (poniéndose en el punto de vista de los demás, concordante con las expresiones propias del Imperativo Categórico propuesto por el autor) y la tercera refiere a un modo de pensar consecuente en tanto la

¹⁴² *Ibíd*, p. 3.

¹⁴³ RUIZ, op. cit., p. 197.

¹⁴⁴ RUIZ, Carlos. Notas sobre la idea de un derecho a la educación: desde la filosofía política al Chile actual, p. 198.

correcta vinculación entre la teoría y la praxis. Lo relevante de dicha concepción kantiana a objeto de la idea de educación y del DE, es que estas máximas del pensamiento implican un necesario “pensar en público”, en el espacio de “lo público”, en la existencia de un “momento de lo público”. Ese momento, que pese a que como señala Ruiz no existe en una relación directa con la educación en sí, tiene un lugar en la Escuela. En un proceso de habituación, de sociabilización donde el pensar se otorga con la facilidad inicial de lo público, asumiendo los aprendizajes –y también desafíos- que ello implica.

De esta forma, las máximas del sentido común implican un ejercicio directo de reconocimiento, en tanto la posibilidad del sujeto de reconocerse -por medio del ejercicio de la diferencia- conlleva necesariamente una expresión pública del pensar. Esta idea, base de lo que llamamos la matriz social del DE, dice relación con el acto propio del pensar, cuestión que se desarrolla por la rotura fenomenológica con el mundo exterior. Esto, cabe destacar, con apego y prescindencia de -quizás- dos ideas fundamentales de Kant: La primera -en consenso- que señala que la libertad sería prácticamente un acto de autodeterminación frente al actuar del mismo ser, incluso con otro -Dios-, y la de oposición en tanto la existencia de premisas duales del actuar moral, existiendo aristas que se contraponen en el ejercicio del decidir sobre una u otra determinación, una especie de blanco y negro secuencial, una moral universal del deber ser, sin contenido real. Es decir, forma, pero no fondo. Ahora bien, siendo la autoconsciencia una determinación propia del pleno ejercicio de la libertad (el reconocimiento externo mediante la posibilidad de encuentro social) inhibir la idea de algo naturalmente dado resulta del todo consecuente, como también entender la educación como un proceso dialéctico de aprendizaje, donde la estructura se centra en el mismo plano del debate, no de estructuras dadas que anulen la posibilidad de efectivo encuentro¹⁴⁵. No obstante, la posición de autodeterminación del ser como base de la libertad niega un factor ideológico posterior, es decir, cómo los diferentes aparatos de la vida cotidiana develan un propio concepto del sentido, incluyendo la Escuela. El ejercicio de autodeterminación nunca es ajeno a dichas expresiones de sentido, donde el ejercicio educacional juega un papel relevante. En términos directos, la autodeterminación es consecuencia exclusiva de lo público (o el sentido común, para la expresión kantiana), pero lo público es un ejercicio a su vez ideológico, donde se contraponen distintas visiones que pueden determinar al mismo ser. Ello no implica renunciar, precisamente, a la posibilidad de encuentro, pues de esa misma expresión comunitaria de lo público se construye, precisamente, la

¹⁴⁵ En efecto, un tema relevante que introduce Kant en la filosofía moderna es la conceptualización de un “Horizonte de Emancipación”, establecido como un plano final de libertad por medio del cual el hombre puede determinar su misma libertad, sin apego a una sujeción exterior, en este caso la expresión de Dios o una conceptualización de naturaleza humana. Para el autor, ambas expresiones serían un “noúmeno” (como él los define), i.e. algo que el hombre no llegará a entender de ninguna forma pues es incognoscible. Así, aquellas podrían determinarse como recomendación, mas no como imposición, pues en la racionalidad del pensamiento ilustrado no existiría verdadera autodeterminación, sino coacción (ello en conjunto a la posibilidad de determinar un previo enunciado del cómo actuar, lo que conllevaría opresión a la razón práctica, es decir, el factor de actuación externa o moral como base en el desarrollo propio de la personalidad humana).

posibilidad de identidad del ser desde las mismas premisas, enunciados o sentidos individuales o colectivos que se precisan.

Quien da una revisión y conexión que a juicio nuestro es adecuada es Hegel. No sólo gesta un modelo epistemológico desde Kant pero contra el mismo (básicamente, en las ideas anteriormente señaladas, Hegel consideraría la libertad una autoproducción humana, y el método dialéctico en oposición a las categorías cerradas de Kant), sino que dicho autor considera esencialmente la educación como algo de “esencial interés público, como un derecho, y como un derecho de todos los niños”¹⁴⁶, haciendo plena referencia a la misma más allá de la conceptualización del sentido común como plano de lo público.

Cabe destacar, como consideración preliminar, que Hegel piensa esencialmente en las siguientes líneas el concepto de educación desde el rol que cumple ésta en los niños. Plantea la educación como un momento de realización de la libertad del niño, en tanto estos tienen el derecho a ser educados y adquirir todo aquello necesario para cualquier hombre. De esta manera, la educación es un punto intermedio, una instancia de mediación entre dos instituciones: la familia y la sociedad. La Escuela cumple un rol de mediador, en que a través de ella se prepara al niño para hacer el traspaso desde su familia –mundo hermético y esencial en los primeros pasos de todo ser humano- a la sociedad misma, caracterizada desde la política y el mundo del trabajo. Éste es, en definitiva, el mundo “real”, donde existe como categorización de lo público lo concerniente a sociedad y Estado. Como señala en *La Filosofía del Derecho*, “la sociedad civil tiene frente al arbitrio y la contingencia de los padres la obligación y el derecho de ejercer control e influencia sobre la educación, en la medida en que esta se refiere a la capacidad para devenir miembro de la sociedad (...) Es igualmente un deber y un derecho de la sociedad erigir instituciones comunes para esos fines siempre que sea posible”¹⁴⁷.

De la misma manera, y siguiendo la anterior concepción, argumenta de la necesidad de que el Estado otorgue educación pública, más aún en la tensión de libertad de enseñanza, entendida como los intereses de los padres frente al Estado, con el mismo derecho a esa educación. Existe, entonces, una clara posición en torno a que la educación debe ser entregada por el Estado en torno al rol que posee como mediador de las instituciones citadas. Acá tenemos un primer acercamiento a lo que corresponde a la idea de “retorno colectivo”: la educación no tiene sólo un fundamento en el individuo en sí, tanto en el factor económico–meritocrático, especialización laboral, posesión de bienes y posición social, sino que la preparación del individuo a través de la educación y el concepto mismo de Escuela supone un aporte para la sociedad en torno a su funcionamiento y la necesidad de

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Hegel, G.W.F. *Filosofía del Derecho*, Barcelona, EDHASA, 1998, p. 250, En RUIZ, C., op. cit.

situar al individuo en las esferas de la misma. Y allí, en ese vértice, la propuesta es ir un paso más allá: ese rol social que se le entrega al individuo implica, que en su más plena satisfacción y crecimiento individual, es también cuando crece la sociedad a través de la idea de un proyecto país: la educación debe entenderse también bajo los prismas de un qué se desea en una respectiva nación. Como el educado es un aporte a la sociedad misma, y cómo se definen las orientaciones de la misma a través de un gran consenso social que tenga como actor principal a la misma sociedad. La educación como herramienta al servicio de la sociedad, y por ello al servicio del individuo, y no al revés. Se trata de poner al ente colectivo –dicho proyecto país- por sólo una visión individualista del DE, en donde la centralidad sea el cómo se aporta al conjunto de la sociedad a través de un proyecto de corte social en donde se busque el mayor crecimiento personal del individuo. Los esfuerzos en general –económicos, sociales, etcétera- que ponga la sociedad implican un retorno colectivo: el mismo educado será un aporte a la misma y a la consecución de los intereses que la misma sociedad ha definido, junto con su mayor realización individual posible.

Por último, desde Hegel la noción tiene un segundo aspecto fundamental que fortalece la posición de mediación entre la familia y la sociedad, como espacio de “preparación para lo público”. En la dialéctica hegeliana el concepto de libertad propia del ser humano se ve enfrentada, en su sentido negativo de libertad de su primera forma abstracta del niño en la familia, al momento de la exigencia de la necesidad de decidir un camino de vida. Elegir, en definitiva, una ocupación, un trabajo, un rol, participar de la vida en común de la sociedad. El Estado debe proveer, entonces, ese camino de libertad, en donde esa forma pura y abstracta representada en el niño debe ser guiada, con todas las herramientas que sean posibles, a su forma de diferenciación, a su negación, a la necesidad de optar por uno de estos caminos. Aquí se entremezclan, como señala Ruiz, dos caminos: el de la libertad con el reconocimiento¹⁴⁸. Es vital comprender, en este aspecto, la idea de “reconocimiento” de Hegel. El reconocimiento conlleva que para la generación de identidad es necesaria la existencia de un “otro”, es decir, que para yo poder definirme como una persona con ‘X’ características, requiero no sólo que ésta se certifique desde mi propia consciencia, sino que otro la avale. Se produce un doble proceso: yo, al interactuar con el individuo ajeno a mí, reconozco en él un ser distinto, y éste a su vez puede determinar en mí lo que yo creo ser. De esta forma, el individuo no es más que un ser que existe para otro: es imposible ser sujeto si no se es en oposición, justamente, a otro sujeto. La Escuela sería, entonces, el gran espacio de encuentro para este reconocimiento: un espacio de diferenciación, y donde el reconocimiento cumple una función de la afirmación del mismo ser humano a través del ser reconocidos.

Para finalizar, cabe destacar que Hegel, si bien considera como algo esencial el derecho a la educación en tanto la preparación y formación a la que debe acceder todo individuo dada la relación intrínseca entre libertad

¹⁴⁸ RUIZ, op. cit., p.200.

y reconocimiento con la educación, su correlato se encuentra en la obligación de brindar el Estado ella, aunque la duración y el éxito en los estudios en niveles más avanzados estén determinados por el interés y las capacidades personales¹⁴⁹. Rescatando la idea de autodeterminación de Kant, negando la existencia de una naturaleza humana, pero resignificando el concepto -como es base del planteamiento epistemológico del autor- éste considera que al no existir un “per se” del individuo, debe adquirir éste su propio desarrollo, siendo para ello vital la educación. No resulta baladí la concepción que Hegel tiene para la misma: no es meramente un “algo” que el Estado pueda o no otorgar, sino que resulta una obligación para el mismo. Es más, no resulta para el propio Estado, sino que es para la sociedad misma. Esta concepción resulta clarificadora, en tanto Hegel entiende la educación como una instancia de mediación entre la familia -como primera estructura social frente a la cual el infante se enfrenta- y la vida pública conceptualizada como el mundo del trabajo y la política desde el Estado y la sociedad misma¹⁵⁰. Es más, el autor niega, de plano, un ideario de la educación de mera matriz económica del DE. Rechaza, así, un concepto de educación acorde a la idea de herramienta meritocrática, en tanto señala que “Cabría comenzar con la observación previa de que los deseos del público en general no serán tomados aquí en consideración en modo alguno, dado que hay padres que sólo desean ver que se produzca el éxito de sus hijos en el mundo con el menor esfuerzo posible por parte de éstos y los menores costes por parte suya, que consideran como un mero medio y como una agria condición a la lamentablemente imprescindible formación espiritual y científica, de la que con gusto verían dispensados a sus hijos, o que al menos cumplieran con este trámite tan rápida y cómodamente como fuera posible”, en el “Informe acerca de la posición del Instituto real respecto a los demás Institutos de enseñanza”¹⁵¹. Ello tiene pleno sentido desde la concepción de eticidad del autor, señalando que el desarrollo público del ser es parte elemental de su propia existencia, siendo ésta una articuladora de la vida social¹⁵².

De esta forma, sostenemos que la educación como herramienta debe ser comprendida bajo este ideario de matriz social: a través de la conceptualización de un proyecto país, se prepara al individuo para su crecimiento personal y también social, en tanto se forma al individuo que vivirá en sociedad. El crecimiento personal se otorga a partir de los valores y enseñanzas en sentido estricto, a través de la educación formal, informal y no formal¹⁵³,

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 201.

¹⁵⁰ “Pero la escuela no se detiene en estos efectos generales; ella es también un estado ético especial en el que se instala el hombre y en el que es formado prácticamente mediante la habituación a las circunstancias reales. Ella es una esfera que posee su propia materia y objeto, su propio derecho y su propia ley, sus sanciones y recompensas, una esfera ciertamente que constituye una etapa esencial en la conformación de todo el carácter ético. La escuela se encuentra, en efecto, entre la familia el mundo real y constituye el miembro intermedio, conector en el tránsito desde aquella a éste. Este aspecto importante ha de ser considerado de una forma más precisa”, HEGEL, G. W. F., *Estudios Pedagógicos*, Discurso del Gimnasio de Nürember del 2 de septiembre de 1811. Ver online en <http://afoiceemartelo.com.br/posfsa/Autores/Hegel,%20Friedrich/Hegel%20-%20Escritos%20pedag%C3%B3gicos.pdf> p. 35 y 36.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 89.

¹⁵² FRIEDEMANN, Sergio. De la Dialéctica Hegeliana a la educación popular en Antonio Gramsci y Paulo Freire. *Revista Diaporias* N°9, agosto de 2010, Director Rubén Dri, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, ver online en <http://www.equipocritica.org/analisis-de-la-educacion/de-la-dialectica-hegeliana-a-la-educacion-popular-en-antonio-gramsci-y-paulo-freire/>

¹⁵³ Señala Flores que “la educación informal incluye todo proceso vinculado con el desarrollo de la persona en la sociedad, sin la tuición de un establecimiento educacional determinado. Por ende, puede ser obtenida en forma no estructurada y asistemática en el núcleo familiar, o

pero también desde la idea del reconocimiento a sí mismo, siendo la educación -o su rol como Escuela- un ente mediador para el niño o niña entre la familia y la sociedad civil. En otros niveles, la tecnificación de la educación presupone un saber concreto, pero al ser un continuo proceso de enseñanza, toda entrega de educación formal presupone -a nivel institucional- la entrega de valores y desarrollo de la convivencia. En sentido estricto, el ejercicio del reconocimiento del individuo frente a lo social presupone un todo continuo que no tiene, más allá de la educación institucional, un término claro. Lo relevante sigue siendo entender la educación como una herramienta de carácter social.

Por último, cabe ser más precisos con qué debe tener como fin la educación. Es decir, hemos hablado esencialmente de la forma del objetivo, por más extraño que parezca. En torno al fin, la sociabilización parece ser el aspecto estructural. La educación es entonces una herramienta de retorno social para el crecimiento del individuo y la sociedad misma, desde la sociabilización que se produce en el individuo a partir del reconocimiento, como también desde el instrumento técnico del aprender, desarrollando conocimiento. En este aprender, hablamos también de valores y principios, los cuales deben situarse como un objetivo de la misma educación.

En efecto, como fue ya revisado, diferentes cuerpos internacionales refieren a la educación desde un sentido teleológico, es decir, desde sus objetivos. En lo que concierne a este punto, bajo la estructuración de la educación como una herramienta de retorno social, cabe destacar lo señalado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDHH), en su artículo 26 N°2; en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 13; y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica) sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y culturales, en su artículo 13 N°2, entre otros, en cuanto se refieren a los objetivos de la educación bajo el prisma de educar en valores. Creemos, así, que deben tomarse dichas concepciones para conceptualizar una nueva arista de la educación: orientación de la misma a enseñar y potenciar el desarrollo de la personalidad, la promoción del respeto, el valor por la diferencia, la no discriminación, la justicia y paz como valor, la igualdad y la dignidad humana.

a través de los medios de comunicación social, de la experiencia laboral, o recogido del entorno que rodea a la persona". En precisión a este concepto, cabe destacar que la Ley General de Educación reconoce los tres niveles de enseñanza antes señalados. La educación formal refiere a el contenido en sí, a nivel curricular, que se entrega en cada institución educativa. La educación informal y no formal implican una división a lo señalado por Flores, en tanto la educación no formal incluye toda la enseñanza de valores y principios que se entregan en una institución educativa como correlato de la educación formal, mientras que la educación informal supone la misma entrega pero desde distintos aspectos de la sociedad: familia, experiencia laboral, grupo de amistades, etcétera, las cuales, por cierto, se pueden dar en el mismo marco de una institución educativa sin ser un plan institucional, al alero de las distintas comunidades que conviven en el espacio educativo. FLORES RIVAS, Juan Carlos. (2014). DERECHO A LA EDUCACIÓN: SU CONTENIDO ESENCIAL EN EL DERECHO CHILENO. *Estudios constitucionales*, 12(2), 109-136. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000200005>.

El autor nacional Juan Carlos Flores señala, a este respecto, que "(...) la actividad educativa constituye, por una parte -en su dimensión educativa propiamente dicha- una actividad dirigida a aprender, comprender y perfeccionar en los aspectos valóricos e intelectuales a cada persona. Por otra parte, constituye una actividad dirigida a instruir, transmitir o enseñar valores y conocimientos a aquellas personas hábiles de recibirlas. Se trata de una realidad unitaria y bilateral, que puede ser analizada desde la óptica del sujeto activo o desde la visión del sujeto pasivo"¹⁵⁴. Por otro lado, Humberto Nogueira señala que "El proceso educativo abarca las diversas etapas de la vida de una persona, buscando su desarrollo moral, intelectual, espiritual, artístico y físico, mediante el cultivo de valores que tienen como base fundamental la dignidad de la persona humana y el respeto y promoción de los derechos fundamentales dentro de un clima de tolerancia y respeto del pluralismo ideológico, buscando la justicia y la paz, desarrollando conocimientos, competencias, habilidades y destrezas que le entregan una formación y capacitación para conducir su proyecto de vida en la forma más plena, en una convivencia con amistad cívica, solidaridad y responsabilidad con los demás miembros de la sociedad, como asimismo contribuyendo al desarrollo del país"¹⁵⁵. Por último, a nivel legal, cabe destacar el artículo 2° del D.F.L. N° 2, de 2 de julio de 2010, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Educación N°20.370, de 2010, que concibe la educación como "(...) un proceso de aprendizaje permanente, que abarca las distintas etapas de la vida de una persona, cuya finalidad es alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas".

Es esta misma Ley General de Educación la que define aquellos principios sobre los cuales descansa la educación en sí, lo que es fácilmente relacionable con los objetivos de la misma. Se señala, en su artículo 3, que:

Artículo 3. *El sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Se inspira, además, en los siguientes principios:*

a) *Universalidad y educación permanente. La educación debe estar al alcance de todas las personas a lo largo de toda la vida.*

b) *Calidad de la educación. La educación debe propender a asegurar que todos los alumnos y alumnas, independientemente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los objetivos generales y los estándares de aprendizaje que se definan en la forma que establezca la ley.*

¹⁵⁴ *Ibidem.*, pp. 109-136.

¹⁵⁵ NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos, online en <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art07.pdf>, pp. 209-269

c) *Equidad del sistema educativo.* El sistema propenderá a asegurar que todos los estudiantes tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad, con especial atención en aquellas personas o grupos que requieran apoyo especial.

d) *Autonomía.* El sistema se basa en el respeto y fomento de la autonomía de los establecimientos educativos. Consiste en la definición y desarrollo de sus proyectos educativos, en el marco de las leyes que los rijan.

e) *Diversidad.* El sistema debe promover y respetar la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la diversidad cultural, religiosa y social de las poblaciones que son atendidas por él.

f) *Responsabilidad.* Todos los actores del proceso educativo deben cumplir sus deberes y rendir cuenta pública cuando corresponda.

g) *Participación.* Los miembros de la comunidad educativa tienen derecho a ser informados y a participar en el proceso educativo en conformidad a la normativa vigente.

h) *Flexibilidad.* El sistema debe permitir la adecuación del proceso a la diversidad de realidades y proyectos educativos institucionales.

i) *Transparencia.* La información desagregada del conjunto del sistema educativo, incluyendo los ingresos y gastos y los resultados académicos debe estar a disposición de los ciudadanos, a nivel de establecimiento, comuna, provincia, región y país.

j) *Integración.* El sistema propiciará la incorporación de alumnos de diversas condiciones sociales, étnicas, religiosas, económicas y culturales.

k) *Sustentabilidad.* El sistema fomentará el respeto al medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, como expresión concreta de la solidaridad con las futuras generaciones.

l) *Interculturalidad.* El sistema debe reconocer y valorar al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia.

Por otro lado, la Ley N°20.845 o Ley de Inclusión Escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciban aportes del Estado, realiza una serie de modificaciones a dichos criterios, estableciéndose:

Artículo 1. *Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N°2, de 2009, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°20.370 con las normas no derogadas del decreto con fuerza de ley N°1, de 2005:*

1) *Modifícase el artículo 3° en el siguiente sentido:*

a) *Agrégase la siguiente letra b), nueva, pasando la actual a ser c), y así sucesivamente:*

"b) Gratuidad. El Estado implantará progresivamente la enseñanza gratuita en los establecimientos subvencionados o que reciben aportes permanentes del Estado, de conformidad a la ley."

b) *Reemplázase la letra e), que ha pasado a ser f), por la siguiente:*

"f) Diversidad. El sistema debe promover y respetar la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la diversidad cultural, religiosa y social de las familias que han elegido un proyecto diverso y determinado, y que son atendidas por él, en conformidad a la Constitución y las leyes.

En los establecimientos educacionales de propiedad o administración del Estado se promoverá la formación laica, esto es, respetuosa de toda expresión religiosa, y la formación ciudadana de los estudiantes, a fin de fomentar su participación en la sociedad."

c) *Agrégase en la letra f), que ha pasado a ser g), el siguiente párrafo segundo nuevo:*

"Asimismo, el sistema educativo deberá promover el principio de la responsabilidad de los alumnos, especialmente en relación con el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes escolares, cívicos, ciudadanos y sociales. Este principio se hará extensivo a los padres y apoderados, en relación con la educación de sus hijos o pupilos."

d) *Reemplázase la letra h), que ha pasado a ser i), por la siguiente:*

"i) Flexibilidad. El sistema debe permitir la adecuación del proceso a la diversidad de realidades, asegurando la libertad de enseñanza y la posibilidad de existencia de proyectos educativos institucionales diversos."

e) Reemplázase la letra j), que ha pasado a ser k), por la siguiente:

"k) Integración e inclusión. El sistema propenderá a eliminar todas las formas de discriminación arbitraria que impidan el aprendizaje y la participación de los y las estudiantes.

Asimismo, el sistema propiciará que los establecimientos educativos sean un lugar de encuentro entre los y las estudiantes de distintas condiciones socioeconómicas, culturales, étnicas, de género, de nacionalidad o de religión."

f) Sustitúyese la letra k), que ha pasado a ser l), por la que sigue:

"l) Sustentabilidad. El sistema incluirá y fomentará el respeto al medio ambiente natural y cultural, la buena relación y el uso racional de los recursos naturales y su sostenibilidad, como expresión concreta de la solidaridad con las actuales y futuras generaciones."

g) Agréganse las siguientes letras n) y ñ), pasando la actual letra l) a ser m):

"n) Dignidad del ser humano. El sistema debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto, protección y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Constitución Política de la República, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

ñ) Educación integral. El sistema educativo buscará desarrollar puntos de vista alternativos en la evolución de la realidad y de las formas múltiples del conocer, considerando además, los aspectos físico, social, moral, estético, creativo y espiritual, con atención especial a la integración de todas las ciencias, artes y disciplinas del saber."

De esta manera, se configuran ciertos elementos ya reiterados: la educación debe centrar sus esfuerzos en buscar desarrollar valores como la dignidad del ser humano, el respeto y la no discriminación, el respeto por la diversidad, la sustentabilidad, entre otras; teniendo ciertas características que nos mencionan cómo debe ser dicha educación.

Centrémonos en la idea de no discriminación por la amplitud que representa. Distintos informes especiales de la Organización de Naciones Unidas se han pronunciado. Con respecto a la no discriminación como un valor, se ha dicho que “en las publicaciones sobre discriminación se encuentran abundantes afirmaciones en el sentido de que el prejuicio genera discriminación, y sin embargo también es verdad la afirmación inversa. La discriminación como medio de adoctrinamiento suscita prejuicios. Los niños aprenden observando e imitando. Es probable que empiecen a perpetuar prácticas discriminatorias mucho antes de que puedan entender la palabra "discriminación" y a hacer suyos los prejuicios subyacentes, de la misma manera que aceptan cualquier otro aspecto de la forma de vida de su familia y de su comunidad. El prejuicio se transmite de una generación a la siguiente a través de los usos sociales”¹⁵⁶, haciendo énfasis en la educación como motor de la enseñanza en torno a dicho valor. Por otro lado, en secuencia de las mismas relatorías especiales, se señala al año 2014 que “además de transmitir conocimientos, la educación es el vehículo clave para transmitir valores de una generación a otra. En las estrategias y leyes nacionales de educación esto puede expresarse claramente o bien quedar implícito. La educación basada en los derechos sólo es posible cuando todo el proceso educativo, que engloba tanto la enseñanza como el aprendizaje, está en consonancia con los fines y los medios establecidos en las normas de derechos humanos. El paso de los estudiantes de la educación a la sociedad debe evaluarse con arreglo a criterios de derechos humanos, y los efectos de la educación se deberían determinar examinando su contribución al disfrute de todos los derechos humanos. Así pues, sistemas educativos que cuentan con muchos recursos pueden ser defectuosos si no logran poner fin a la transmisión entre generaciones del racismo o la xenofobia; la educación basada en la segregación puede ser defectuosa por fomentar la desintegración social o los conflictos intercomunitarios. Hasta ahora no se ha hecho nada para evaluar los efectos de la educación en la situación de los derechos humanos, tomando como base el concepto de la indivisibilidad de estos derechos. Una razón importante es la orientación sectorial de la educación, frente al carácter intersectorial de los enfoques basados en los derechos. La importancia especial de los derechos humanos en la eliminación de la discriminación por motivos de género y raza indica las cuestiones a las que se debe dar prioridad. Además, las disposiciones específicas sobre el contenido de la educación ponen de relieve los ajustes que deben realizarse para que toda educación contribuya a promover los derechos humanos”¹⁵⁷. En efecto, la realidad de la educación no puede desprenderse de su materialidad e historicismo. Ello lo podemos considerar incluso desde su concepción, en cuanto, como señala el sr. Relator de la UNESCO, Vernor Muñoz, “La construcción de los sistemas educativos nacionales, que comenzó con la revolución industrial y el nacimiento del Estado nación moderno, se basó en consideraciones macroeconómicas que han acentuado desigualdades y asimetrías sociales y patriarcales. Este marco social ha dado forma a lenguajes, conceptos y modelos educativos y ha tenido un efecto muy importante en la institución del aprendizaje al validar y reproducir estereotipos, prejuicios

¹⁵⁶Tomaševski, (2002) op. cit, p. 19.

¹⁵⁷ Tomaševski, (2004),op. cit. p. 25.

y desigualdades”¹⁵⁸, es decir, la educación como tal ha subsumido las concepciones de una determinada época, cristalizándola a través de la reproducción hegemónica en la sociedad. De dicha manera, una sociedad que hoy se transforma en crítica de los valores u omisiones éticas de antaño, debe comprometerse con aquellas matrices éticas que hablan de un mundo erguido desde los ideales de los derechos humanos. En el mismo sentido, en también informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh, del año 2013, se señala que “Un enfoque basado en los derechos humanos reconoce todos los derechos humanos como universales e indivisibles, y permite lograr la igualdad, la participación, la transparencia y la rendición de cuentas. Los objetivos y las metas en materia de educación deberían aplicarse a todas las naciones. Las metas nacionales han de establecerse consultando plenamente a los ciudadanos y a la sociedad civil”¹⁵⁹.

Lo anterior nos lleva a otro punto que debe ser considerado. La Observación General 11, adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), proporciona una interpretación y clarificación de los artículos 13 y 14 del PIDESC señala en su numeral N°2 que “El derecho a la educación, reconocido en los artículos 13 y 14 del Pacto, así como en otros tratados internacionales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es de vital importancia. Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es, todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos”.

De esta manera, otro fin de la educación en sí -y por ello su importancia como un derecho- radica en su objetivo de educación y enseñanza de otros derechos fundamentales. Como señala la observación referida, se podría argumentar que el derecho a la educación es un derecho civil y un derecho político, debido a que es la garantía (en su sentido más amplio) del conocimiento efectivo, y con ello la realización verdadera, de la titularidad de derechos públicos subjetivos tan relevantes como los derechos humanos y los derechos fundamentales. En contrario sensu, de no existir la educación, o al menos no existir bajo este ideal (que conceptualizarnos como un objetivo) se hace imposible o al menos complejo poder gozar de la libertad del ejercicio pleno de nuestros derechos. Nuevamente, en relatoría especial sobre educación desde UNESCO, se señala que “Aunque el acceso al aprendizaje es un componente esencial del derecho a la educación, por sí solo no es un indicador de la calidad, eficacia o finalidad última. El fomento de una educación de alta calidad basada en el estudio, la experiencia y la

¹⁵⁸Naciones Unidas (NU), Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales incluido el Derecho al Desarrollo, El derecho a la educación de las personas privadas de libertad, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación Vernor Muñoz, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009., p. 10.

¹⁵⁹ Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh, 2013, p. 11.

práctica diaria de los derechos humanos es esencial para construir una sociedad libre de toda forma de prejuicio, exclusión y discriminación. Además, el aprendizaje es un proceso que abarca toda la vida de la persona y que por tanto debe ser visto como una experiencia permanente. Resulta también esencial que este proceso permanente se acerque a los derechos humanos con el fin de ayudar a las personas y sociedades a realizar una cultura de los derechos humanos". De esta manera, se concentran distintos elementos: el aprendizaje como fruto de la enseñanza (es decir, el conocimiento en sentido lato adquirido por parte de un proceso educativo¹⁶⁰), lo que incluye la irradiación de un conjunto de valores, y, además, de la educación en sí en torno a los derechos humanos. Hay, en estos dos últimos, una relación de cooperación: al educar en torno a derechos se educa en torno a valores, y el educar a valores puede ser referenciado desde la óptica de los mismos derechos. Desde dicha arista, educar con un sentido crítico resulta vital, pues permite la comprensión del mundo social, su crítica y diferencia de lo correcto e incorrecto desde la matriz de los derechos humanos, asegurando, asimismo, su supervivencia y adecuación según los avances de la misma sociedad.

Una sociedad que no se educa bajo el alero de los derechos humanos es una sociedad que corre el serio riesgo de desvalorizar la vida humana, como se ha enfrentado el mundo en distintas instancias bélicas que han visto al hombre y la mujer como meros objetos. Incluso, nos lleva a la reflexión de un contexto globalizado, donde el ideal de dignidad humana se ve subsumido a criterios de mercado, provocando desigualdades que afectan a los distintos países del mundo en diversas esferas. De dicha manera, para resignificar los derechos humanos y los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos inherentes a todo ser humano, base de la dignidad que se ha conceptualizado natural y positivamente pertenecen al mismo, la educación juega un rol primordial, sino absoluto. Es preciso puntualizar, entonces, que una educación (en el sentido que proponemos en la presente tesis)

¹⁶⁰ A este respecto:

"30. Las nociones que constituyen el núcleo del aprendizaje permanente tienen una larga historia. Ya Platón (427-348 A.C.) dijo que la educación y el aprendizaje no se limitaban a las instituciones formales. Se pueden encontrar discursos comparables sobre el aprendizaje permanente en otras culturas cuyos orígenes se remontan a sus propias tradiciones y a la obra de sus intelectuales, como Confucio (551-479 A.C.)

31. Sin embargo, la aceptación y práctica generalizadas del aprendizaje permanente sigue siendo un fenómeno relativamente reciente, que puede explicarse examinando el contexto mundial moderno. Este contexto se caracteriza por la incertidumbre económica, la inestabilidad internacional, los progresos tecnológicos, una mayor movilidad geográfica, mayores desplazamientos de población y una mayor diversidad cultural. La discriminación dominante contribuye a cada una de estas características y está enraizada en cada una de ellas. Nuestras necesidades de aprendizaje están inextricablemente vinculadas a este entorno cambiante.

32. Se dice que el término aprendizaje permanente fue acuñado en el ámbito de la educación de adultos. Los educadores de adultos deseaban desterrar el mito de que la mayor parte del aprendizaje tiene lugar "en dos fases": la educación primaria y secundaria, que en ocasiones puede prolongarse con la educación superior. La educación no se limita ni a la esfera de la educación formal, ni a las experiencias de niños y estudiantes.

33. Por el contrario, el aprendizaje debe concebirse como una experiencia permanente. Muchos estudiosos consideran que la mayor parte del aprendizaje se produce en un entorno informal o no formal, y que la educación formal asociada al logro de cualificaciones constituye una parte menor del aprendizaje total".

Naciones Unidas (NU), Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales incluido el Derecho al Desarrollo, El derecho a la educación de las personas privadas de libertad, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación Vernor Muñoz, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009., p. 10.

basada en los derechos humanos es inevitable una educación crítica, pues permite el ejercicio comparativo entre lo que debiese ser la sociedad y lo que actualmente es. Así lo señala Vernor Muñoz en cita a Jones y Scully, en tanto “la característica más destacada del aprendizaje sobre los derechos humanos que se acaba de explicar es el concepto y la práctica de una pedagogía transformadora de los derechos humanos que podría modificar la estructura de poder que subyace a la mayoría de las formas de desigualdad y opresión. Este concepto de aprendizaje transformador es similar al “enfoque profundo” del aprendizaje o aprendizaje activo, en el cual el educando alcanza una comprensión personal del material presentado y reacciona críticamente al contenido, vinculándolo a sus conocimientos y experiencias anteriores. Además, examina las pruebas y evalúa los pasos lógicos que se han seguido para llegar a las conclusiones. Este concepto también cuestiona el “enfoque superficial” o el enfoque tradicional centrado en el maestro”¹⁶¹. Desde la idea de este aprendizaje permanente, que develamos como un símil del concepto de educación que proponemos (en oposición a la educación actual como mecanismo de reproducción del statu quo), la educación en derechos humanos es fundamental pues permite sostener, desde los mismos consensos que han aprobado los estados, un estándar de crítica social que refleja el sentido crítico que debe dársele a la misma, procurando no sólo el respeto por la dignidad humana, sino también la necesidad de hacernos cargo, como sociedad, de las falencias que destacan a nivel humano en nuestro contexto histórico.

De esta manera, volvemos a la tesis inicial. La educación es una herramienta de retorno social, en tanto:

a) Se opone a una idea meramente económica de la misma, que la comprende como una herramienta de ascenso social a partir de la profundización de los contenidos-saberes y la preparación para la vida laboral. A través de un proyecto país (o nacional) la educación entrega conocimientos técnicos que permiten al individuo su crecimiento personal pero también ocupar un rol en la sociedad, aportando a la misma.

(b) Es una herramienta de crecimiento personal, donde el individuo conoce “el mundo social”, estableciendo las primeras reglas y parámetros fuera del mundo personal y familiar. Se produce, así, un ideario de reconocimiento del individuo frente al mundo que deriva en su propia autoconciencia o comprensión en sí a través de determinar otro (otros) distinto (s).

Ambas posiciones desarrollan la idea del DE como un derecho individual, pero desde distintos matices. En cuanto a (a), se vincula como algo necesario pero no único; mientras que en (b) se acota una dimensión

¹⁶¹ Naciones Unidas (NU), Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales incluido el Derecho al Desarrollo, El derecho a la educación de las personas privadas de libertad, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación Vernor Muñoz, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009., p. 16; en cita a: Véase Jones, R. y Scully, J. (1996) “Hypertext within Legal Education”, 1996 (2) The Journal of Information Law and Technology disponible en http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/aw/ej/jilt/996_2/jones/.

generalmente no considerada cuando se define el DE como un derecho de tales características. En efecto, la dimensión individual del mismo no importa sólo la recepción de aprendizaje como capital para el desarrollo profesional (en oposición a la idea de enseñanza como un proceso continuo no tecnificado), sino también la de crecimiento personal del individuo en los distintos haberes de la personalidad, tanto para sí como para la vida social.

(c) Más allá del saber formal, permite generar reglas básicas de convivencia que se traspasan a todo ente individual y por ende al ente social o sociedad en sí: desarrollo de la personalidad, promoción de la justicia social¹⁶², el respeto, de la solidaridad¹⁶³, del valor por la diferencia, de la no discriminación, la equidad de género¹⁶⁴, de la paz social como valor¹⁶⁵, la sustentabilidad y cuidado del medioambiente¹⁶⁶, la igualdad, la interculturalidad y respeto por los pueblos¹⁶⁷, el pensamiento y sentido crítico¹⁶⁸ y la dignidad humana.

(d) Es la una posibilidad de hacer efectiva en términos reales la propia valoración, respeto y aplicación del resto de los derechos humanos y fundamentales¹⁶⁹. Si no se puede educar en torno a los mismos, en la práctica se debilitan o hacen inexistentes dichos derechos, pues parte de la posibilidad real de sustento de los mismos dicen relación con la aplicación de la norma. Tanto en el contenido de los mismos como en la dimensión ética de la valoración de ellos, la educación juega un rol relevante. Así, ésta antecede, incluso, a los propios derechos fundamentales, con independencia de cuál sea el catálogo al cual se le ha dado la construcción histórica de perte

¹⁶² "Además de ser un derecho a una prestación, la educación es fundamental para la promoción del desarrollo, la justicia social y otros derechos humanos 18. El principio de justicia social, que es un elemento esencial de la misión global de las Naciones Unidas en la promoción del desarrollo y la dignidad humana, también sirve de base a los derechos humanos. La justicia social y la equidad serán siempre fundamentales para reducir la brecha cada vez mayor entre ricos y pobres y para hacer de la educación una fuerza que contribuya a la igualdad y que esté al servicio del bien común".

Bajo la idea de la "transformación social como fin", es señalada a nivel constitucional como objetivo del DE en los artículos 116 en Nicaragua, 102 en Venezuela, 28 en Ecuador. A nivel de Justicia social, en el artículo 73 de Paraguay.

Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh, 2014, p. 11.

¹⁶³ Siguiendo las reflexiones anteriores, se encuentra en los artículos constitucionales 73 de Paraguay y 27 de Ecuador.

¹⁶⁴ Sostenemos que la educación no responde a criterios a-históricos en su contenido puro, es decir, es imposible definir teleológicamente a la misma sin atención a sus criterios temporales. Tal como ha sido señalado por parte de las relatorías sobre el DE de Naciones Unidas, la equidad de género resulta un tema controversial para la sociedad actual, en el sentido más lato de la palabra. De dicha forma, si entendemos como fin de la educación un retorno social, ésta debe hacerse cargo de las problemáticas que afectan a la sociedad en su conjunto, como la equidad de género y la no discriminación (por motivos de orientación sexual, identidad de género, nacionalidad, raza, religión o cultura, dentro de otras) como valores propios que se deben contemplar al momento de referimos a la educación en sí.

¹⁶⁵ Como paz social, se encuentra contemplada en el DE en los artículos constitucionales 27 de Ecuador y 73 de Paraguay. Además, se repite en el artículo 26 de Ecuador como "buen vivir".

¹⁶⁶ En cuanto a la protección del medio ambiente y la biodiversidad se refleja en los artículos 80 de Bolivia y 27 de Ecuador.

¹⁶⁷ Intercultural e integración de pueblos: Siguiendo la línea anterior, señalado en los artículos 80 de Bolivia, 73 de Paraguay, y 26 y 28 de Ecuador. Como Identidad y desarrollo de los pueblos en los artículos 80 n2 de Bolivia y 75 N°19 inciso 2 en Argentina.

¹⁶⁸ Señalado en diferentes cartas constitucionales en latinoamericano como un valor o fin de la educación: artículos 26 y 27 en Ecuador, 78 en Bolivia (Como debe ser la educación), 116 en Nicaragua.

¹⁶⁹ Que la educación tiene un fin en la promoción de derechos humanos se encuentra establecido en distintas cartas fundamentales, por ejemplo, en Paraguay a través del artículo 73, en Bolivia a través del artículo 79, y en Ecuador a través del artículo 26.

QUINTO CAPÍTULO: El contenido del Derecho a la Educación y su propuesta de reforma.

V.a. Revisión general y diagnóstico de la educación pública en Chile.

El escenario de desigualdad en la distribución de la riqueza es un paradigma que caracteriza a la mayoría de los países de la región, hecho fundamental a tener en cuenta a la hora de analizar de qué manera los gobiernos planifican sus políticas públicas en atención a las características propias de los sistemas impositivos como mecanismo de financiamiento que las sustentan. Chile es uno de los países en los que existe la mayor contradicción entre gasto público en educación y resultados efectivos en sus políticas educacionales, siendo uno de los países que además peor educa a su población, teniendo dichas aristas como causa fundamental de su ocurrencia la desmejorada situación en que se sitúan los derechos sociales en nuestra realidad jurídica. Siendo la educación foco de atención preferente de la iniciativa privada, y gasto permanente de las familias chilenas.

Las opiniones son convergentes respecto a la necesidad de una nueva institucionalidad para la educación pública, así lo reflejan por ejemplo las Encuestas CEP 2006, CIDE 2012, UDP 2013 a 2016; como también la Encuesta Bicentenario UC 2008 y 2012). Esto ya que dichos estudios han sido categóricos al demostrar el esquema poco sustentable y sin horizontes de crecimiento que refleja la educación municipalizada. Las cifras son claras al representar que el 70% de las comunas de Chile posee hoy menos de 8.000 estudiantes sumando al sector municipal y al particular subvencionado. Si se considera solo al sector municipal, la proporción de comunas sube a 88%. El 50% de las comunas de Chile posee hoy menos de 2.000 alumnos en el sector público. La educación municipalizada no se ha expandido acompañando el crecimiento urbano. Hoy, nadie es responsable por su crecimiento. Por ejemplo, comunas con gran crecimiento urbano en los últimos 10 años, hoy no ofrecen un sistema realmente mixto a la población¹⁷⁰.

De acuerdo con el documento Education at a Glance 2015 refleja que, de los 34 países de la OCDE y los 10 asociados, nuestro país ocupa el tercer lugar en esta materia con un 65,4% de gasto privado, antecedido por países como Corea y Japón. En esa línea, si bien el país ha ido aumentando su gasto público en educación superior -de hecho, registró un alza de un 14,6% a un 34,6% entre 2009 y 2013- continúa figurando entre los que menos invierten, situándose muy lejos del 70% de gasto público que registra el promedio de la OCDE. En Chile la inversión estatal sólo llega al 30%. No obstante, el documento también refleja que el acceso a la educación superior está por

¹⁷⁰ Estudio Mineduc. Contexto y diagnóstico esencial. Véase online en <https://educacionpublica.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/76/2016/08/NEP-1-Diagn%C3%B3stico.pdf>.

sobre la media con un 68%. Aún así, el 84% estudia en instituciones privadas, cifra muy superior al promedio de la OCDE (31%)¹⁷¹.

A continuación, realizaremos una breve revisión histórica de los principales hitos que han caracterizado a la educación pública en nuestro país, con datos categóricos que demuestran el estado de la misma desde las reformas que se han efectuado, principalmente las introducidas en dictadura por los DL N° 50 y N° 3631, para concluir con la propuesta actual de reforma a la institucionalidad educativa.

V.a.i. Antecedentes Constitucionales a la educación pública como finalidad del Estado.

Con el nacimiento de la República, nació también la idea de que el ciudadano criollo debía estar lo suficiente preparado para la vida pública. Los gobernantes veían en la enseñanza primaria de la población el mejor enfoque para el adelantamiento y desarrollo de la República. Intelectuales de la época como Camilo Henríquez, Juan Egaña, Manuel de Salas, fueron preponderantes para el surgimiento de la enseñanza pública.

Se puede mencionar la Constitución de 1818¹⁷² O'Higgins como la primera en recoger los principios de la educación pública. El Director Supremo le encomendó a los cabildos la misión de fomentar la instrucción en la población. En su Capítulo VI "De los Cabildos":

ART. 2.o *Los Cabildos deberán fomentar el adelantamiento de la población, industria, educación de la juventud, hospicios, hospitales y cuanto sea interesante al beneficio público.*

La Constitución de 1822¹⁷³ por su parte, se encargó de regular más pormenorizadamente en un su Título VII en un Capítulo Único a la educación pública, resguardando el Director Supremo de expandirla a toda la población:

Artículo 230. *La educación pública será uniforme en todas las escuelas, y se le dará toda la extensión posible en los ramos del saber, según lo permitan las circunstancias.*

Artículo 231. *Se procurará poner escuelas públicas de primeras letras en todas las poblaciones: en las que, a más de enseñarse a la juventud los principios de la religión, leer, escribir y contar, se les instruya en los deberes del hombre en sociedad.*

¹⁷¹ Education at a Glance 2015, p.2. http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/EAG2015_CN_CHL_ESP.pdf

¹⁷² En línea: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c_1818.pdf

¹⁷³ En línea: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c_1822.pdf

Artículo 232. *A este fin, el Director Supremo cuidará de que en todos los conventos de religiosos dentro y fuera de la capital, se fijen escuelas bajo el plan general de educación que dará el Congreso.*

Artículo 233. *La misma disposición del artículo anterior se observará en los monasterios de monjas para con las jóvenes que quieran concurrir a educarse en las escuelas públicas, que deben establecer.*

Artículo 234. *Se procurará conservar y adelantar el Instituto Nacional, cuidando el Supremo Director de sus progresos y del mejor orden, por cuantos medios estime convenientes.*

La Constitución de 1823¹⁷⁴ en su TITULO XXII “Moralidad Nacional” señala como uno de los primeros deberes del Estado la educación pública:

Artículo 257. *La instrucción pública, industrial y científica, es uno de los primeros deberes del Estado. Habrá en la capital dos institutos normales: uno industrial y otro científico, que sirvan de modelo y seminario para los institutos de los departamentos. Habrá escuelas primarias en todas las poblaciones y parroquias. El código moral, y entre tanto un reglamento, organizará la educación de los institutos.*

La Constitución de 1828¹⁷⁵ por su parte establece que son atribuciones de la Municipalidades, en el capítulo CAPITULO X, las siguientes:

Artículo 122. *Son atribuciones de las Municipalidades:*

5.a *Establecer, cuidar y proteger las escuelas de primeras letras, y la educación pública en todos sus ramos.*

La Constitución de 1833¹⁷⁶ en su Capítulo IX. “Del Gobierno y administración interior, de los Intendentes, de los Gobernadores, de los Subdelegados, de los Inspectores y de las Municipalidades” de la misma forma que lo hicieron los textos que le antecedieron, le entrega al organismo local la promoción de la educación, incorporándose como principal novedad la mención de que la educación pública es atención preferente del Gobierno:

Artículo 128.- *Corresponde a las Municipalidades en su territorio:*

2. *Promover la educación, la agricultura, la industria y el comercio.*

Capítulo XI. Disposiciones generales.

¹⁷⁴ En línea: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c_1823.pdf

¹⁷⁵ En línea: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c_1828.pdf

¹⁷⁶ En línea: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion/c_1833.pdf

Artículo 153.- *La educación pública es una atención preferente del Gobierno. El Congreso formará un plan general de educación nacional; y el Ministro del Despacho respectivo le dará cuenta anualmente del estado de ella en toda la República.*

Artículo 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.*

La constitución de 1833 permaneció vigente hasta 1925, cuando el presidente Alessandri luego de someter su texto constitucional a plebiscito sustituyó el régimen parlamentario por el presidencial. Las principales novedades respecto a educación pública dicen relación con la obligatoriedad de la educación primaria, la creación de una Superintendencia de Educación Pública y la reafirmación de que ésta es de atención preferente del Estado en el Capítulo III de "Garantías Constitucionales":

7." La 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;

Texto que se mantuvo en su mayoría inalterable hasta que, como consecuencia directa del golpe militar de 1973, el constituyente de facto en el texto de 1980, sin cambiar la esencia de su predecesora, introdujera la municipalización y privatización como estandartes de la implantación del modelo neoliberal en educación, que se mantiene hasta hoy, como se expondrá en lo sucesivo de nuestro trabajo.

V.a.ii. Municipalización de la educación.

Mediante la municipalización y privatización realizada en 1982, las autoridades militares esperaban que la iniciativa privada resolviera los principales problemas de la educación: atención a la demanda y logros en los aprendizajes. "Ello, mediante la lógica del mercado aplicada a la educación, en especial, la competencia. Los teóricos del mercado en la educación suponen que los privados buscarán obtener mayores montos de subvenciones atrayendo a más alumnos, y que las familias elegirán esas escuelas porque se va demostrar que son mejores. Para que la educación chilena funcionase bajo esa lógica, resultaba indispensable establecer un mecanismo que mostrara los logros de unas escuelas y los menores logros -o fracasos- de otras. Para ello, en la

década de los noventa se estableció una unidad especializada del Ministerio de Educación denominada Sistema de Medición de Calidad de la Educación (SIMCE) destinada a realizar mediciones y ranking de lo que en Chile se denomina “calidad”; esto es, logros de aprendizajes de los alumnos en ciertos cursos (o grados) según escuelas, como El SIMCE aplica pruebas estandarizadas de logros de aprendizajes todos los años, alternando entre 2do y 4to de básica y 8vo y 2do de media. En suma, en educación, como en las demás actividades económicas y sociales, el régimen militar estableció que el Estado y sus políticas tenían carácter subsidiario respecto del sector privado. Con esta medida las autoridades militares de la época terminaron con el Estado Docente y con la primacía de la educación pública sobre la educación privada en Chile. De hecho, también el sistema nacional de educación dejó de existir, pues todas las facultades de administrar escuelas y liceos fueron traspasadas del Ministerio de Educación a más de 300 municipios. Al mismo tiempo se debilitó la noción de educación pública, tal y como la concebía la tradición educativa chilena: una educación nacional laica, (no-confesional), humanista y científica¹⁷⁷.

V.a.iii. Destrucción de la educación pública.

La municipalización de la educación fue un cambio radical a las políticas públicas impulsadas durante décadas por los gobiernos de mediados del siglo XX. “El traspaso directo de los establecimientos educacionales públicos, desde el Ministerio de Educación a los Municipios o a Corporaciones Municipales creadas para administrarles como manifestación de aquello, significó también el desahucio, traspaso forzoso y cambio de régimen laboral para profesores, asistentes de la educación y administrativos. Desapareció así el reconocimiento legal y específico a la labor docente, y sus remuneraciones disminuyeron considerablemente. Este traspaso de establecimientos exceptuó a 70 liceos técnicos para los cuales se creó el régimen de Administración Delegada, vigente hasta nuestros días. Otros cambios realizados en esta década fueron: i) la subvención por asistencia media como factor de financiamiento, de fomento de la retención escolar y de la competencia entre escuelas por captar estudiantes; ii) la generación de incentivos para la creación de sostenedores privados, sin requisitos de calidad, razonabilidad territorial, ni regulación del uso o apropiación de los recursos destinados a educar; iii) la instalación de lo que hoy conocemos como Sistema de Medición de la Calidad de la Educación, SIMCE, destinado principalmente a aportar información a las familias para facilitar la elección del establecimiento educacional para sus hijos e hijas; iv) la igualación de los montos de subvención para el sector municipal y particular subvencionado; y v) la disminución de dichos montos, entre 1981 y 1988, en aproximadamente un tercio de su valor inicial. Se agregaron a estas políticas, condiciones desiguales de funcionamiento entre establecimientos educacionales municipales y particulares subvencionados. Por ejemplo, mientras los segundos podían discriminar a estudiantes y familias, los primeros asumían el deber de acoger a todos y todas. Asimismo, desde fines de los años 80 los

¹⁷⁷ Situación actual y perspectivas De la educación chilena desde el enfoque de derechos humanos. Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe UNESCO. Santiago, 2008. pp.17-18

establecimientos particulares subvencionados pudieron cobrar a las familias, situación que se extendió especialmente a partir de 1993 a través del llamado financiamiento compartido. Adicionalmente, la debilidad institucional de la educación pública municipalizada ya era visible en 1988, cuando se reconocía que el 94,5% de los municipios presentaba déficits financieros en su área educación. En los últimos 30 años, la suma de estos elementos configuró un escenario de alta segmentación social y educativa, haciendo de la educación pública una alternativa poco atractiva, minoritaria y destinada a recibir principalmente a las familias que no pudieran o no desearan pagar por la educación obligatoria de sus hijos. De esa manera, se ha erosionado gravemente su cualidad y su vocación como espacio de integración social y formación republicana”¹⁷⁸.

Al interior de las escuelas chilenas “se observa una muy escasa heterogeneidad social y cultural; y las diferenciaciones -que se dan entre escuelas y grupos de escuelas- siguen casi exactamente la estratificación social prevaleciente en el país. En términos pedagógicos y sociales, ello significa que los niños y jóvenes chilenos no tienen las mismas oportunidades de aprender. Pero no solo eso: tampoco comparten espacios de socialización comunes, ni tienen experiencias socializadoras semejantes. Los espacios de socialización y las experiencias socializadoras también se encuentran marcadas por el lugar de residencia y los niveles de ingresos y escolarización previa de las familias. Por ello, la experiencia escolar además de ser profundamente inequitativa favorece la segregación”¹⁷⁹.

V.a.iv. Instrumentos estandarizados de medición de “calidad”, segregación y mercado en la educación.

La calidad en la educación ha sido uno de los temas recurrentes en la paranoia de los gobiernos y la opinión pública, como mecanismo de solución al problema educacional en nuestro país. Se han buscado diferentes fórmulas de corte más costo-efectiva de producir “calidad” (logros de aprendizajes) mensurables por las pruebas del SIMCE y de publicitarlas socialmente, para seleccionar alumnos/as que tengan un perfil de antecedentes sociofamiliares deseados (de altos ingresos como parte importante de la norma), e ir generando un perfil de excelencia en base a altos estándares de rendimiento académico y comportamiento virtuoso, con expulsión de quienes se van alejando de esos estándares. Esto es lo que hace por ejemplo la educación particular pagada chilena, “que selecciona familias y niños desde que estos cumplen dos o tres años. Con ello logran los mejores rendimientos en las pruebas del SIMCE, en las de ingreso a las Universidades (PSU), y sus egresados entran a las carreras más prestigiadas (!y reciben financiamiento estatal!). Al mismo tiempo, respecto a los docentes, en el

¹⁷⁸ Mensaje de la S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales. Mensaje N°1174-363, Santiago, 2015. p.5-7.

¹⁷⁹ *Ibid.* p.39

sector particular estos se rigen por el Código del Trabajo común a todos los trabajadores chilenos; es decir, se les puede despedir muy fácilmente. De este modo los “tomadores de decisión” de los establecimientos escolares particulares pagados tienen las mejores condiciones para producir “educación de calidad”¹⁸⁰.

Ahora bien, si una persona tiene que pagar una determinada cantidad de dinero al mes por la educación de su hijo o hija, “significa que convivirá en la escuela, colegio o liceo con compañeros y compañeras cuyas familias tienen una capacidad de pago similar; por tanto, la tendencia es que en dichos establecimientos no se vea representada la diversidad de personas y familias que existe en la sociedad. Esta situación, que lleva a uniformar las características de los niños, niñas y jóvenes que asisten al establecimiento educativo, limita su posibilidad de desarrollar habilidades sociales y afectivas para aceptar y respetar a los compañeros y a las familias que son diferentes”¹⁸¹.

La selección que reproducen estos mecanismos estandarizados es en gran medida una de las manifestaciones que genera la pugna constante y supremacía que ejerce la libertad de enseñanza y de proyectos educacionales, por sobre el disminuido y desprotegido DE, ya que si aquellos alumnos que terminan inexorablemente siendo excluidos y no seleccionados recibiesen la mejor educación que Chile pudiese ofrecerles, una educación mejor, aunque la del mejor colegio privado pagado, “se estaría ante un sistema educativo que ofrece igualdad de oportunidades, desde el enfoque de derechos, pues compensa las desigualdades de origen”¹⁸². “De lo contrario, desde este mismo enfoque se está ante una situación de discriminación. Con todo, el fenómeno del menor aprendizaje de los niños, niñas y jóvenes más pobres, y su exclusión a lo largo de su paso por el sistema escolar, no es un fenómeno privativo del modelo de mercado prevaleciente en la educación chilena. Ya en la década de los sesenta del siglo pasado, Bourdieu y Passeron lo detallaron in extenso para la educación pública francesa y durante al menos veinte años la literatura profundizó largamente sobre el tema de reproducción social a través de la educación. Incluso en algunas corrientes de la interpretación marxista, la educación (pública) era un aparato ideológico del Estado destinado a legitimar el sistema de clases sociales y la extracción de plusvalía al proletariado. (ALTHUSSER, 1974; BOURDIEU y PASSERON, 1977)”¹⁸³.

Lo que hace la privatización y el modelo de mercado chileno es “sincerar socialmente el fenómeno de la exclusión; hacerlo descarnadamente evidente. Cuando el gobierno militar inicio la privatización de la educación en

¹⁸⁰ *Ibíd.* p.41

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ *Ibíd.* p.42

Chile no se buscaba crear un sistema educativo igualitario. El sistema no fue concebido para ser igualitario, del mismo modo como no hay -no puede haber- mercado igualitario”¹⁸⁴.

V.a.v. Educación Superior.

Con el establecimiento de la educación superior como medio de universalizar el conocimiento se crearon las primeras universidades, partiendo con la creación de la Universidad de Chile en 1842, que abarcaría más tarde gran parte del territorio nacional, le seguirían la Universidad Católica, de Concepción, etc. Lo que caracterizo este periodo fue que dichas instituciones, que se diversificaron en los diferentes ámbitos del saber, se desarrollaron en el contexto de lo que se conoció como la formula institucional del Estado docente. El aumento de la matrícula universitaria a su vez fue producto de diversas instancias de transformaciones sociales, teniendo su alcance más significativo en el periodo de la Reforma Universitaria en 1960. El auge que tuvo la educación superior, pública y laica, terminaría de abrupto con la dictadura militar en 1973, período caracterizado por el intervencionismo militar en la dirección del rumbo de las universidades con el Decreto Ley N° 50, disminución en la matrícula, e inyección desmedida de recursos por parte del Estado.

Dentro del marco del modelo económico del modelo neoliberal, “la verdadera reconversión del sistema empieza a tener sus primeros aprontes dentro del “Plan Nacional de Desarrollo”, que cubrirá los años 1978 a 1983, iniciado desde éste, con la Educación Técnico Profesional. Durante ese sexenio y en forma paulatina, el Estado traspaso la gestión educativa a instituciones intermedias, en el fondo a sostenedores o empresarios educacionales, como primer paso a la privatización de la enseñanza”¹⁸⁵. “El gasto público en educación cayó entre 15% y 35% (dependiendo de la estimación) entre 1974 y 1980, forzando a las universidades a abandonar la gratuidad de los estudios y comenzar a cobrar aranceles, y a buscar otras fuentes de financiamiento. El autofinanciamiento en las universidades chilenas creció de 13.5% a 26.9% promedio entre 1965 y 1980 (Brunner 1986:46-47)”¹⁸⁶.

La reforma al sistema así entendido no se hizo esperar, surgiendo con esto las primeras instituciones de educación superior al mercado con la Reforma de 1981 mediante el DL 3631.

El financiamiento también fue rediseñado en 1981. El subsidio del estado fue diversificado en dos instrumentos: un aporte fiscal directo, o AFD, distribuido entre las universidades públicas y las universidades privadas antiguas de acuerdo con el patrón histórico de repartición de recursos entre las universidades existentes

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Centro de Estudios Miguel Enríquez. Archivo Chile. p.1.En línea en http://www.archivochile.com/edu/doc_analit/est_doc_analit00015.pdf

¹⁸⁶ BERNASCONI, Andrés, ROJAS, Fernando. Informe sobre la Educación Superior en Chile: 1980-2003. IESALC Reports available at www.iesalc.unesco.org.ve. Santiago, 2003. p.20.

a 1981, que serviría como aporte base, y un aporte fiscal indirecto, o AFI, introducido a modo de incentivo y premio a la calidad, repartido entre las instituciones de educación superior en proporción al número de alumnos de primer año matriculados en cada una de ellas de entre los postulantes con más altos puntajes en la Prueba de Aptitud Académica, PAA, el test nacional estandarizado de ingreso a la universidad¹⁸⁷.

Como se puede observar, “una de las principales debilidades del AFI es su sesgo en contra de los alumnos de menor nivel socioeconómico, ya que, al basar su distribución exclusivamente en los puntajes obtenidos por los estudiantes, en la ahora PSU, profundiza la inequidad de dicho instrumento. En efecto, el puntaje de la PSU se encuentra fuertemente correlacionado con una serie de factores ajenos a las habilidades cognitivas o inteligencia del postulante, tales como su nivel socioeconómico familiar y la educación de sus padres (Contreras et al, 2007)”¹⁸⁸. Instrumento que está pronto a ser eliminado como incentivo perverso para los planteles de educación superior, mediante Proyecto de ley que elimina el aporte fiscal indirecto para las instituciones de educación superior, Boletín N° 11.257 -04,

Respecto del acceso a la educación superior, la Declaración de los Derechos Humanos establece en su Artículo 26 que, “el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”. En Chile quienes controlan el acceso a las universidades consideran que el mérito es prioritariamente el resultado obtenido en la Prueba de Selección Universitaria (PSU), y no el mérito académico de toda una vida destinada al estudio¹⁸⁹.

La situación es compleja. Los legisladores tienen que lograr construir nuevamente un sistema de educación pública de carácter nacional, científico-técnico, humanista y laico, que entregue identidad y sentidos a las escuelas municipales, puesto que las familias también tienen el derecho a escoger escuelas nacionales no-confesionales. Asimismo, su legislación tiene que crear las condiciones institucionales al nivel de las escuelas para que estas se desarrollen en forma endógena, entregándoles -al mismo tiempo- la máxima autonomía técnico-pedagógica y financiera, a fin de que puedan constituirse en verdaderas escuelas inclusivas, de las que nadie salga sin aprender y por ende no haya repetición ni deserción.p.54

V.a.vi. Desmunicipalización y nueva institucionalidad en educación.

¹⁸⁷ *Ibíd.* p.22

¹⁸⁸ Boletín N° 11.257 -04, Proyecto de ley que elimina el aporte fiscal indirecto para las instituciones de educación superior. pp.1-2

¹⁸⁹ *Ibíd.* UNESCO (2008) p. 21.

A continuación, expondremos los principales cambios en la legislación impulsados por el gobierno de la presidenta Bachelet, producto de diversas instancias de diálogo entre parlamentarios, académicos expertos en educación y derechos humanos, que en conjunto con la sociedad civil se hicieron parte en tal discusión, en el marco del mensaje de la autoridad en el boletín N° 10.368-04. Dicho cambio institucional comenzará a tomar forma entre junio de 2018 y junio 2025. El Servicio Local será el sucesor legal de la municipalidad, o la corporación municipal en su caso, en la calidad de sostenedor del establecimiento educacional traspasado:

Artículo 2. Fines de la Educación Pública.

La educación pública está orientada al pleno desarrollo de los estudiantes, de acuerdo con sus necesidades y características. Procura una formación integral de las personas, velando por su desarrollo espiritual, social, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, entre otros, y estimulando el desarrollo de la creatividad, la capacidad crítica, la participación ciudadana y los valores democráticos.

Artículo 3. Objeto del Sistema de Educación Pública.

El Sistema tiene por objeto que el Estado provea, a través de los establecimientos educacionales de su propiedad y administración, que formen parte de los Servicios Locales de Educación Pública que son creados en la presente ley, una educación pública, gratuita y de calidad, laica, esto es, respetuosa de toda expresión religiosa, y pluralista, que promueva la inclusión social y cultural, la equidad, la tolerancia, el respeto a la diversidad y la libertad, considerando las particularidades locales y regionales, garantizando el ejercicio del derecho a la educación de conformidad a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, en todo el territorio nacional.

Artículo 5. Principios del Sistema.

El Sistema y sus integrantes se regirán por los principios señalados en el decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 20.370, y por los principios que se establecen a continuación:

- a) **Calidad integral.** *El Sistema se orientará hacia la provisión de una educación de calidad que permita a los estudiantes acceder a oportunidades de aprendizaje para un desarrollo integral, llevar adelante sus proyectos de vida y participar activamente en el desarrollo social, político, cultural y económico del país. Para ello, el Sistema promoverá el desarrollo de los estudiantes en sus distintas dimensiones, incluyendo la espiritual, ética, moral, cognitiva, afectiva, artística y el desarrollo físico, entre otras, así como las condiciones para implementar y evaluar el cumplimiento del currículum, y las necesidades y adaptaciones que la comunidad educativa convenga, en lo pertinente. El Sistema velará por que el proceso educativo que se desarrolle en los establecimientos educacionales dependientes de los Servicios Locales provea a*

los estudiantes las oportunidades de recibir una educación de calidad, mediante actividades curriculares y extracurriculares, así como a través de la promoción de una buena convivencia escolar que prepare a los estudiantes para la vida en sociedad.

- b) **Desarrollo equitativo e igualdad de oportunidades.** Los integrantes del Sistema deberán ejecutar medidas de acción positiva que, en el ámbito educacional, se orienten a evitar o compensar las consecuencias derivadas de las desigualdades de origen o condición de los estudiantes, velando particularmente por aquellos que requieran de apoyos especiales y una atención diferenciada, con el propósito de que puedan desarrollar al máximo sus potencialidades.
- c) **Cobertura nacional y garantía de acceso.** Con el objeto de resguardar el ejercicio del derecho a la educación reconocido por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, el Sistema asegurará la prestación del servicio educacional en todo el territorio nacional y el acceso de todas las personas, incluyendo especialmente a aquellas que tengan necesidades educativas especiales, de conformidad a la ley, a los distintos niveles educativos, considerando las formaciones diferenciadas que ellos incluyen, y las distintas modalidades educativas, velando además por la continuidad del servicio.
- d) **Proyectos educativos inclusivos, laicos y de formación ciudadana.** El Sistema debe favorecer la expresión y valoración de las diferencias entre los estudiantes y sus particularidades. Para ello, deberá asegurar, a lo largo de toda la trayectoria educativa, un trato no discriminatorio, en términos sociales, étnicos, religiosos, políticos, de género o de cualquier otro tipo que atente contra la igualdad de derechos y de oportunidades. Para estos efectos, el Sistema deberá asegurar especialmente el respeto por la libertad de conciencia, garantizando un espacio de convivencia abierto a todos los cultos y creencias religiosas, fomentar la convivencia democrática y el ejercicio de una ciudadanía crítica y responsable, promover el cuidado y respeto por el medio ambiente y el conocimiento, comprensión y compromiso de los estudiantes con los derechos humanos.
- e) **Integración con el entorno y la comunidad.** El Sistema se encargará de promover el desarrollo de conocimientos, habilidades y valores que permitan a las personas y comunidades contribuir a asegurar, desde sus propias identidades, su supervivencia y bienestar, a través de una relación creativa y constructiva con sus respectivos entornos, reconociendo la interculturalidad, según lo establecido en el artículo 3, letra m), del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación. Para ello, los establecimientos educacionales dependientes de los Servicios Locales deberán propender a formar personas conscientes de su individualidad y de pertenecer a una comunidad y a un entorno, promoviendo una cultura de paz, justicia y solidaridad, participativa y democrática, comprometida con la conservación del medio ambiente.

Título III De los Servicios Locales de Educación Pública Párrafo 1° Objeto, funciones y atribuciones.

Artículo 18. Funciones y atribuciones.

Los Servicios Locales tendrán las siguientes funciones y atribuciones, las cuales se entienden sin perjuicio de aquellas que corresponden a los sostenedores de establecimientos educacionales:

c) Desarrollar la oferta de educación pública en el territorio que le corresponda y velar por una adecuada cobertura del servicio educacional, de acuerdo a las particularidades del territorio. Para ello deberá identificar las áreas de expansión poblacional y aquellas en que la cobertura pública sea insuficiente. En el marco de esta función, velará por la continuidad en la trayectoria educativa de los estudiantes, desde la educación inicial hasta el término de la educación media, y se vinculará con las instituciones de educación superior de la región. En el caso de la formación técnico-profesional, velará por la pertinencia de la oferta de especialidades respecto de las necesidades de desarrollo del territorio y propenderá a una debida articulación con la educación superior para el desarrollo de trayectorias formativas, con especial énfasis en la coordinación con los centros de formación técnica estatales y en coherencia con la Estrategia Regional de Desarrollo respectiva. En el ejercicio de esta facultad deberá tener especial consideración por el desarrollo de la oferta educacional para las personas que se encuentren bajo cualquier régimen de privación de libertad o programa de reinserción social, y deberá coordinarse con los servicios públicos que administren los establecimientos en que dichas personas se encontraren detenidas o privadas de libertad.

ñ) Celebrar convenios con municipalidades en todas las materias que resulten relevantes para el cumplimiento de su objeto. Se entenderán incluidos entre estos convenios aquellos que permitan facilitar el acceso de los estudiantes de los establecimientos educacionales de dependencia del respectivo Servicio Local a los servicios provistos por municipalidades. Igualmente se entenderán incluidos aquellos convenios que permitan el uso compartido de los establecimientos educacionales a fin de realizar actividades comunitarias, de conformidad con las funciones de las municipalidades establecidas en la ley, resguardando, en todo caso, de manera preferente el derecho a la educación de los estudiantes.

o) Celebrar convenios o acuerdos con organismos públicos o privados para abordar asuntos de interés común. En particular, podrá vincularse con las instituciones de educación superior para, entre otros, favorecer la formación inicial docente y el desarrollo profesional, la innovación pedagógica y la investigación educativa. En el caso de la educación técnico-profesional, dichos convenios podrán abordar la coordinación de trayectorias educativas, el acceso a prácticas profesionales y la inserción laboral de los estudiantes, entre otros.

Artículo 19. Responsabilidades del Servicio Local respecto de los establecimientos educacionales de su dependencia.

Corresponderá especialmente a los Servicios Locales, respecto de los establecimientos educacionales de su dependencia, entre otros:

3. Implementar un sistema de monitoreo y seguimiento del progreso de los aprendizajes de cada uno de los estudiantes, que fomente una cultura orientada al aprendizaje, la autoevaluación y la mejora educativa permanente. Este sistema deberá basarse en los informes emitidos por la Agencia de Calidad de la Educación. Asimismo, deberá velar por la continuidad de la trayectoria educativa de los estudiantes, desarrollar acciones de retención escolar, así como ofrecer alternativas de reingreso para estudiantes que hayan visto interrumpida su trayectoria educativa.

V.b. El Derecho a la Educación en el ordenamiento jurídico chileno, revisiones críticas.

Sin duda alguna, la representación mediática del denominado “movimiento estudiantil” logró instalar en la agenda pública y política lo referente a la necesidad de debatir, como sociedad, en torno a la educación y su conceptualización como un derecho, emplazando al Poder Ejecutivo y el Congreso a realizar las reformas que aquellos estudiantes, en conjunto con la sociedad, demandaban. Como señala Flores, “Nadie duda que el derecho a la educación, la libertad de enseñanza y el financiamiento estatal, han sido temas centrales en el acontecer político de los últimos años, especialmente, a partir del año 2006 producto de una serie de movilizaciones estudiantiles, las cuales exigían, entre otras materias, el término del lucro con fondos públicos en materia educacional, la creación de nueva institucionalidad educativa que tuviera por objeto fiscalizar las prácticas irregulares de los establecimientos educacionales, la correcta utilización de los fondos públicos y el aseguramiento de la calidad de los contenidos educativos. Como consecuencia de dicho movimiento social se dictó la Ley General de Educación N° 20.370, de 2010, que derogó la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza N° 18.692, de 1990, y adicionalmente, se creó una nueva institucionalidad en materia de educación escolar. En efecto, mediante la Ley N° 20.370, complementada por la Ley N° 20.529, se crearon el Consejo Nacional de Educación, la Agencia de Calidad de la Educación y la Superintendencia de Educación”¹⁹⁰. En el mismo sentido, Correa y Ruiz Tagle señalan que “A comienzos del 2006, los estudiantes secundarios de Chile se tomaron sus liceos y se movilizaron por las calles para exigir una educación de calidad y denunciar las falencias del sistema educacional que impera actualmente en el país. Sus demandas y acciones de protesta recibieron el respaldo de profesores y padres, ampliándose así el movimiento a toda la comunidad escolar. Los estudiantes universitarios los apoyaron. Los medios de comunicación también simpatizaron con ellos y les dieron amplia cobertura. Así, mostraron imágenes de establecimientos subvencionados por el Estado que carecían de la mínima infraestructura necesaria para acoger a los estudiantes, haciendo evidente la desigualdad entre colegios particulares pagados y colegios públicos gratuitos. Los secundarios exigieron la derogación de la LOCE (Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza) que

¹⁹⁰ FLORES RIVAS (2014) op. cit. pp.109-136

estructura todo el sistema educacional chileno, desde el nivel parvulario al universitario. Sus demandas concitaron un gran apoyo ciudadano y se instaló en la conciencia nacional la noción del derecho a recibir una educación de calidad"¹⁹¹.

A ello, debe sumarse lo planteado por el movimiento estudiantil el año 2011 en nuestro país, el cual buscó determinar -sin probablemente en aquél entonces referirlo de tal forma- cuáles debían ser las características de aquello que denominamos DE. La gratuidad de la misma, la reforma al acceso, una educación democrática, fueron las banderas de aquél entonces. Ello derivó en una serie de proyectos (que analizaremos más adelante), además de un intenso debate del cual, hoy, queremos hacernos cargo. Para ello, y una vez conceptualizado qué se entiende por educación, corresponde hacer una revisión histórica acerca de qué entiende por DE nuestra Carta Magna, para debatir, conceptualizar y proponer bajo lo que hoy se sostiene como el mismo.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1925 se reconocía ya la libertad de enseñanza (modelo público y privado), pero el constituyente agregaba que "la educación pública es una atención preferente del Estado; La educación primaria se establece como obligatoria; se crea una nueva Superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección, bajo la autoridad del gobierno. Las municipalidades cumplan un rol importante en cuanto cuidar de las escuelas primarias y demás servicios de educación que se paguen con fondos municipales"¹⁹².

"El día 10 de marzo de 1990, es decir, un día antes de que el gobierno militar hiciera entrega del mando al gobierno democráticamente elegido de Patricio Aylwin, fue publicada en el Diario Oficial la Ley 18.962 del Ministerio de Educación, llamada Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE). Esta Ley fija los requisitos mínimos que deben cumplir los niveles de enseñanza básica y media, regulando el deber del Estado en cuanto velar por su cumplimiento. Esta definición encabeza la Ley y muestra cómo el Estado se desprende del rol histórico que le había cabido hasta 1973, aceptando ser solamente un "guardián" del cumplimiento correcto de las normas y no como interventor directo en el proceso educativo. La LOCE, de todas maneras, hace legal aquello que venía operando de facto en la educación chilena como política oficial del gobierno militar.

La LOCE plantea que la educación es un derecho de todas las personas y le confiere a los padres de familia la responsabilidad (derecho y deber) de educar a sus hijos mientras el Estado procura asegurar que existan

¹⁹¹ RUIZ-TAGLE, Pablo, CORREA, Sofía. El Derecho a una educación de calidad. p. 1. Online en www.anuariocdh.uchile.cl

¹⁹² Equidad, calidad y derecho a la educación en Chile: Hacia un nuevo rol del Estado, BCN, Serie Estudio N° 9 / 2007.

alternativas. En este sentido, un Estado que se asume ajeno al proceso mismo de la educación no puede por tanto ofrecer calidad de la educación, que es lo que se ha insistido en asegurar como derecho en el debate actual”¹⁹³.

El DE, desde corrientes político-filosóficas, es de vital protección pues supone diferentes facetas: es el vínculo entre la familia y la sociedad, el espacio de desenvolvimiento común donde se prepara al estudiante para la vida social, se desarrolla bajo el alero de la idea de “retorno colectivo” por sobre “retorno individual”: es un derecho porque se prepara al estudiante para vivir, conjugar y aportar a la sociedad, haciendo especial énfasis en su desarrollo humano y colectivo, y por ende en el bien común. Así, es una preocupación especial para el Estado, lo que se ratificó a través de su establecimiento como garantía constitucional y también en diversos tratados internacionales.

Así, a nivel Constitucional:

i) Derecho a la educación: Formalmente, está en el art. 19 N°10 de nuestra Constitución. Al respecto, éste señala que:

Artículo 19 N°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.

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

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

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

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

¹⁹³ Boletín N° 7907-04 de 6 de septiembre de 2011.

En su inciso 3, señal que “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 el ingreso a la educación básica”. En su inciso 4, “la educación básica y 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 a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad”. Cabe considerar, en este inciso, que la obligatoriedad de la educación media surge a partir de la reforma Constitucional del año 2005. No existe, entonces, referencia alguna a la educación superior, lo cual ya entrega un interesante margen.

Como podremos notar en términos generales, en lo concerniente al DE no existe una definición de contenido del mismo, sino sólo una idea de forma: cómo debe ésta desarrollarse. El derecho preferente de los padres, el deber de la comunidad y el rol del Estado son las características que éste plantea. De ahí que sostenemos, con mayor ahínco, debe dotarse de contenido lo expuesto.

Es muy interesante destacar la idea que señala la CPR sobre el “deber de la comunidad de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”. Es decir, no existe como un derecho dispositivo, sino como un deber de la misma. Interesante es destacar, entonces, cómo puede materializarse dicho deber, y cuáles son los mecanismos que la ley puede franquear para ello.

La Constitución funciona, así, como un mandato a los órganos del Estado. El problema surge en dos aspectos: i) el nulo reconocimiento expreso a la educación superior salvo en lo concerniente al reconocimiento de instituciones, en tanto el marco en el cual se desenvuelve el Estado, y ii) que el DE se difumina en tanto no encuentra respaldo a través del recurso de protección. Así, se rebaja su nivel, pues cuando se sufra una vulneración u omisión que amenace, perturbe o nos prive de este derecho, nos vemos imposibilitados de poder recurrir de protección de forma de que los tribunales nos reconozcan nuestro Derecho, y así puedan determinar las acciones a seguir para restablecerlo. Esto parece ser una contradicción de relevancia en tanto el mismo encabezado del art. 19 de nuestra Constitución señala que los derechos que allí se “aseguran” se reconocen “a todas las personas”.

Esto es especialmente complejo en tanto el Recurso de Protección tiene como fin reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Así lo señala Nogueira en tanto “esta acción está destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia (Cortes de Apelaciones) a través de un procedimiento efectivo, concentrado y breve, ante actos ilegales o arbitrarios de terceros que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos expresamente mencionados con el objeto de

restablecer el pleno imperio del derecho y los derechos de las personas de un modo directo e inmediato”¹⁹⁴. Para que esta acción efectivamente pueda ser interpuesta en la respectiva Corte de Apelaciones, debe cumplirse una serie de requisitos copulativos contemplados en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Corte Suprema de 24 de junio de 1992 sobre Tramitación de Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, i.e. que aquella acción u omisión sea ilegal, esto es, contraria al ordenamiento jurídico; o arbitraria, esto es, que las conductas provengan del capricho y que no tengan respaldo en la razonabilidad o lógica, y que vulnere, perturbe o prive al sujeto pasivo de la afectación de alguno de los derechos protegidos por el art. 20 de nuestra Constitución.

Su omisión dentro del art. 20 se debe a un acto premeditado, como consta en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante, CENC) en relación al precepto del art. 19 N°10 de la Constitución de 1980. Como señala Schwember, “de las intervenciones en las sesiones N°214 a 216 de las Actas de la Comisión Constituyente se concluye que existió consenso en orden a excluir de la aplicación del recurso de protección, los derechos de contenido económico-social”¹⁹⁵, en este caso del derecho a la educación. La oposición al respecto estuvo presente en el comisionado Alejandro Silva Bascuñán, quien consideraba que el recurso de protección debía, efectivamente, abarcar todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Así, en la sesión N°215 de la Comisión Constituyente, celebrada el día miércoles 26 de mayo de 1976, se termina por excluir el derecho a la educación dentro del posterior art. 20, es decir, de aquellos derechos recurribles por protección.

Cabe considerar, además, que doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha señalado en nuestro país que el Derecho a la Educación es de carácter prestacional, un derecho social que se otorga mediante hechos positivos del Estado en medida de su capacidad. Así lo ha entendido la jurisprudencia y nuestro sistema legal, en tanto, por ejemplo –y tal como se ha señalado- no se puede recurrir mediante una acción de protección para amparar este derecho (no se encuentra dentro de los artículos facultados de ser protegidos según el artículo 20 de nuestra Constitución Política). La diferenciación esencial ya se expresaba en las actas de la CENC, en tanto, para el comisionado Guzmán, “dentro de los derechos que se están consagrando en este capítulo (derecho a la educación), hay algunos que caen dentro de los que tradicionalmente se podrían llamar derechos humanos clásicos o las garantías clásicas y que algunos las llaman de la esfera individualista o individual, que pueden ser protegidos y deben ser protegidos mediante recursos que se pueden hacer valer ante los órganos jurisdiccionales, porque realmente lo único que el sujeto necesita para poder disfrutar del ejercicio de esos derechos, es que nada se lo entorpezca. De manera que son susceptibles de recursos. Pero hay otros, que los tratadistas llaman en general

¹⁹⁴ NOGUEIRA, Humberto. El recurso de protección en Chile. En Gaceta Jurídica, Santiago, Chile. N° 230, 1999. p. 160.

¹⁹⁵ SCHWEMBER, Ana Luisa. Derechos de los Estudiantes en la Jurisprudencia de Protección, 1980-1999. Santiago, 2001, p. 20.

pretensiones sociales, que son más bien derechos a los cuales se supone que la comunidad debe tender a hacerlos realidad, pero, que, lógicamente, por estar en su plenitud limitados por las circunstancias de orden material, no siempre se logran configurar, y estos últimos es imposible defenderlos mediante recursos”, en referencia al derecho a la educación, por ejemplo¹⁹⁶. Volveremos sobre este más adelante cuando se analice de forma crítica el marco del derecho a la educación en nuestro país y se presenten propuestas al respecto.

Debido a lo señalado anteriormente, el DE ha debido protegerse de forma indirecta mediante la apelación al art. 19 N°24 de nuestra Constitución, efectivamente incluido en el art. 20 de la misma. El artículo 19 N° 24 de la Constitución Política garantiza “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales” (inciso 1°). Desde 1980, numerosos casos han existido a este respecto como forma de salvar la omisión del constituyente en la indefensión de los derechos de los estudiantes, centrado en el derecho de propiedad y la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes. Como expresa Soto Kloss, “si bien el constituyente no previó de modo específico la tutela proteccional, esta vez el juez, y juez supremo, ha comprendido esta omisión y la ha reparado derechamente –aunque fallos hay contradictorios- pero no bajo el velo del derecho a la educación sino de la propiedad”¹⁹⁷.

Sobre este punto se ha sentenciado que “los derechos personales que derivan de un contrato (...) quedan tutelados por la disposición contenida en el inciso 1° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución”¹⁹⁸. De igual modo se ha resuelto: “Que es obvio que de un contrato educacional se desprende, para el alumno y su apoderado, un derecho de propiedad sobre un bien incorporal consistente en el acceso del primero, a recibir la instrucción”¹⁹⁹. A su vez la Corte de Apelaciones de Santiago ha expresado: “La matrícula abre una relación contractual entre el educando, representado por su apoderado, y el colegio, de la que surgen derechos que se incorporan al patrimonio del estudiante (...) Esos reconocen diversas aristas, entre las cuales los recurrentes han planteado las que pasan a precisarse: Derecho de propiedad sobre la condición de alumno, derecho de propiedad sobre la progresión en los niveles y derecho de propiedad sobre la graduación (...) Estas tres modalidades del derecho incorporal a la educación, se ven afectadas, en criterio de estos jueces puesto que los alumnos no pueden seguir estudiando en un mismo establecimiento”²⁰⁰. En este sentido, el autor nacional Soto Kloss manifiesta, refiriéndose a la relación de la universidad y el alumno, lo siguiente: “En efecto, el alumno al ingresar a la universidad, a través de un acto administrativo de admisión - perfeccionado a través de la matrícula- ingresa a un estatus donde posee derechos y

¹⁹⁶ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, República de Chile. Gendarmería de Chile. 1976-1983. En: SCHWEMBER, Ana Luisa. Derechos de los Estudiantes en la Jurisprudencia de Protección, 1980-1999. Santiago, 2001, pp. 13-14.

¹⁹⁷ SOTO KLOSS, Eduardo. El Recurso de Protección: Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 159.

¹⁹⁸ Corte Suprema, 29 de enero de 1991, Gaceta Jurídica N°127, p.23.

¹⁹⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 383, 30 de Octubre de 2007, [en línea] <<http://www.puntolex.cl>> [consulta: 3 Septiembre 2013].

²⁰⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 5589, 19 de enero de 2007, [en línea] <<http://www.puntolex.cl>> [consulta: 3 Septiembre 2013].

está sujeto a obligaciones/deberes tanto académicos como disciplinarios (...). Son los efectos propios de actos administrativos que para el beneficiario – una vez cumplido los requisitos exigidos- ingresan a su patrimonio, forman parte de él, han sido adquiridos, y, por ende, constituyen parte de su patrimonio, de su dominio, siendo propiedad del beneficiario/adquiriente, y en consecuencia, son propiedad, amparada constitucionalmente por el recurso de protección”²⁰¹.

De esta manera, el criterio que señala que el estudiante o la estudiante al tener la calidad de tal posee ciertos derechos que constituyen bienes incorporales sobre los cuales existe una especie de propiedad son básicamente el derecho a la permanencia en el establecimiento educacional respectivo, el derecho sobre las calificaciones o notas (los que se determinarían ingresarían al patrimonio del estudiante como actos administrativos imposibles de ser enajenados), el derecho sobre la matrícula y el derecho sobre las promociones a los distintos niveles de enseñanza, lo que redundaría en la posibilidad de poder completar el nivel de enseñanza u optar a un título, según corresponda. Todos estos derechos estarían amparados protegidos por el Derecho de propiedad y la libertad para adquirir toda clase de bienes.

De dicha forma, se ha comprendido que los derechos emanados del contrato de educación se incorporan al patrimonio de los estudiantes y, por tanto, son susceptibles de ser protegidos por lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 de la Constitución y, que en consecuencia, poseen las facultades del dominio: uso, goce y disposición. No obstante lo dicho precedentemente, el alumno debe cumplir con los requisitos que establezca el reglamento, entendiendo que si viola tales requisitos, podrá recibir sanciones y, en último término, ser expulsado del establecimiento educacional²⁰². Sin embargo, el procedimiento para la sanción de los alumnos debe ser cumplido de acuerdo a lo que se especifique en el reglamento, el cual, a su vez debe estar conforme a lo estipulado por la Constitución y las Leyes de acuerdo a lo que establece el artículo 19 N° 11 en referencia a la libertad de enseñanza.

En última instancia también la jurisprudencia se ha referido a lo siguiente: “La cancelación de la matrícula es una atribución reservada para situaciones excepcionales, que debe ser interpretada de forma restrictiva, habiéndose declarado por la jurisprudencia que de ella puede hacerse uso sólo en caso que la permanencia de un

²⁰¹ SOTO KLOSS, Eduardo. Recurso de Protección y derecho de los estudiantes. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Vol. LXXVIII, Tomo I, 1981, pp. 96-97.

²⁰² Cabe tener en cuenta que para la enseñanza básica y media, todo reglamento debe atenerse a lo dispuesto en la Ley 19.979 de 2004 que modifica la Ley de Jornada Escolar Completa Diurna, modificaciones incorporadas en la primera ley en su artículo 6 por el Decreto con Fuerza de Ley – 2 de 1998 sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales. Dicho artículo en su letra d), señala que será requisito para impetrar el beneficio de la subvención que los establecimientos educacionales “cuenten con un reglamento interno que rijan las relaciones entre el establecimiento; las sanciones y reconocimientos que origina su infracción o destacado cumplimiento; los procedimientos por los cuales se determinarán las conductas que las ameritan; y, las instancias de revisión correspondientes”. El mismo esgrime que “sólo podrán aplicarse sanciones o medidas disciplinarias contenidas en el reglamento interno”.

alumno resulte insostenible por causar grave daño al colegio y sus compañeros”²⁰³. En virtud de lo expuesto precedentemente, el sentido de que el derecho de propiedad que tienen los alumnos sobre su matrícula se puede ver solamente limitado por la expulsión debe ser interpretada en términos restrictivos. Lo anterior se ve reflejado en la doctrina en tanto “la normativa interna como límite se refiere a que los padres deben ajustar su accionar al contenido de los reglamentos del colegio o establecimiento. Esta limitación no constriñe a las entidades a admitir a alumnos que no respeten la estructura y reglamentación del colegio, ni mantenerlos en él. Como lo he indicado en otra oportunidad, esta restricción es improcedente. Los TSJ han reconocido que la adopción de medidas disciplinarias (principalmente la cancelación de la matrícula) de conformidad a la reglamentación interna de tales establecimientos no produce un resultado vulnerador de los derechos educacionales. La lógica jurisprudencial es simple: accionar de conformidad al reglamento es equivalente a no vulneración del derecho y viceversa”²⁰⁴, y como también ha reafirmado la Corte Suprema en el considerando tercero de la sentencia Rol 1554-10 con fecha 19 de abril de 2010, “se ha dicho que la mantención de la matrícula de un estudiante está supeditada al cumplimiento de las disposiciones estatutarias y reglamentarias que aceptó en su oportunidad y a las cuales se encuentra sujeto, de manera que si incurre en las conductas como las que se describen en el informe del recurrido, no puede sino concluirse que el colegio tiene la atribución de cancelar la matrícula conforme a la normativa que lo rige”.

No obstante esto, y pese a que la anterior concepción ha sido la que más se ha generalizado en el último tiempo, la jurisprudencia no ha sido pacífica al respecto. Ejemplo es que la Corte Suprema ha establecido el 19 de abril del año 2010 mediante el considerando segundo de la sentencia de Rol 1554-10 que “como ha sostenido esta Corte en anteriores fallos sobre la materia, la calidad de estudiante que adquiere al ser matriculado en un establecimiento educacional no otorga al alumno un derecho de propiedad sobre la misma, por cuanto de dicha calidad o condición no deriva un derecho que los recurrentes hayan incorporado a su patrimonio y que imponga al colegio recurrido la exigencia de renovar la matrícula del estudiante. En efecto, el sistema de matrícula no produce un derecho incorporal de los alumnos a permanecer y continuar sus estudios en el establecimiento al que han ingresado”. En complemento con ello, y en referencia a la cancelación de matrícula en educación media, la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 2 de octubre de 2009 en su sentencia Rol 421-09 señala que “en cuanto al N° 24 del artículo 19 de la Constitución, si de lo que se trata es de proteger el derecho del educando a seguir asistiendo a clases y no quedarse sin educación, pareciera que ello no es resorte del recurrido, sino de las autoridades del Ministerio de Educación, las que deberán, en caso de ser requeridas, reubicar al alumno que ha sido alejado de su establecimiento educacional, cuestión que no ha sido planteada ni discutida en este recurso”. Por su parte, “hay fallos en los que no reconoce la existencia de un derecho de propiedad sobre la calidad

²⁰³ Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 363, 24 de Febrero de 1997, Gaceta Jurídica, N°201, 1997, pp.80-82.

²⁰⁴ JORDÁN, Tomás. Elementos configuradores de la Tutela Jurisprudencial de los Derechos Educacionales en Chile. En Estudios Constitucionales Año 7 N° 1, 2009. Universidad de Talca. Librotecnia, 2009, Santiago. p.202.

de estudiante, argumentando que éstos sólo tienen una mera expectativa de adquirir ciertos derechos, previo cumplimiento de los deberes y condiciones determinadas en cada caso, no ingresando a su patrimonio derechos de ningún tipo, mientras estas no se cumplan”²⁰⁵. Schwember señala el caso Ahumada-Collao, en que el tribunal a quo rechaza el recurso de protección entablado al estimar que “la estudiante al momento de ser expulsada del plantel universitario, era alumna egresada, que había realizado la práctica docente y que no había terminado el seminario correspondiente ni rendido el examen de grado, de manera que aún no le faltaba cumplir con dos requisitos para titularse de la carrera de Pedagogía en Física. Antes de cumplir dichos requisitos, la recurrente sólo tenía una mera expectativa para obtener el grado y el derecho a éste, dependía del cumplimiento de las condiciones señaladas”²⁰⁶.

En directa relación con lo anterior, tal situación se ha presentado especialmente nociva a juicio de buena parte de la doctrina en tanto “como consecuencia de esta construcción, en muchos casos se ha llegado a considerar inconstitucional el puro y simple incumplimiento del contrato. Con ello, se ha borrado de una plumada la distinción entre derechos reales y personales que se ha mantenido como *summa divisio* del derecho continental por cerca de dos mil años”²⁰⁷. Esto ha derivado, a su vez, en la confusión en tanto el carácter relativo o absoluto de los derechos, v. gr. las complicaciones doctrinarias para establecer la capacidad de uso, goce y la disposición que se sostenga sobre un bien incorporal. Además, parte de la argumentación fundamental en torno a ésta área se ha dado en las diferencias esenciales que se presentan entre el modelo educativo de enseñanza pre-básica, básica y media, regido actualmente por la Ley General de Educación (Ley 20.370), y el modelo de enseñanza universitaria, aún comandado por la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (Ley 18.962). En el ingreso al modelo de educación superior se sustentan una serie de factores que lo diferencian del proceso educativo precedente, en tanto existen métodos de selección, financiamiento especializado (nuestra Constitución establece que sólo es deber del Estado financiar un sistema gratuito para la educación básica y media en vista de su obligatoriedad), autonomía (cuerpos directos o triestamentales que legislan sobre los asuntos de relevancia para la comunidad estudiantil), etcétera. En efecto, factores -especialmente económicos y de admisibilidad- enmarcan diferencias sustanciales en torno al sistema universitario un asunto arraigado en la educación básica y media. Ello se ve reflejado en tanto “la regulación en materia educacional impone una prohibición de intervenir en la administración interna de un establecimiento universitario (neutralidad de intervención). La expansión del papel estatal tiene una restricción en el contenido de la libertad de enseñanza, concretizada en el derecho de los establecimientos a organizar sus recintos, ordenándose éste como una defensa ante la intromisión del Estado”²⁰⁸.

²⁰⁵ SCHWEMBER, op. cit., p. 22.

²⁰⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 29/05/1981, confirmada por la Corte Suprema el 28/07/1981, con el voto en contra del Sr. Ministro Correa.

²⁰⁷ JANA, op. cit., p. 28.

²⁰⁸ JORDÁN (2009), op. cit., p. 196.

ii) Libertad de enseñanza: Reconocido en el art. 11 de la CPR, tiene dos niveles: el del inciso 1, en tanto “la libertad de enseñanza incluye el derecho a abrir, organizar y mantener los establecimientos educacionales”, y el del inciso 4, que arguye que “los padres tienen derecho a escoger el establecimiento de enseñanza de sus hijos”, que también encuentra su respaldo en el art. 10 inciso 3 en tanto “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”. En correspondencia con ello, el artículo N°8 de la Ley 20.370 expone que “los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”. El punto es que, en un régimen de mercado, la libertad de enseñanza, entendida como el derecho a escoger el modelo de educación, se reduce meramente a la facultad económica que posees: si tienes la capacidad adquisitiva, tienes completa *libertad* de elegir, mientras si no es así estás relegado a un sistema municipal. La libertad es ficticia, pues encuentra interferencia plena en el dinero. Así, la única y verdadera libertad que se protege es la del inciso 1, que se confunde nuevamente con el mercado: hoy se asimila la creación de un colegio con la de empresa, donde se entiende la educación meramente como un negocio, no como un Derecho. Así, pareciese que la otrora libertad de enseñanza, entendida como la posibilidad de los padres de poder escoger el modelo de educación para sus hijos, se reduce –de forma confusa- al a libertad de emprender cualquier actividad económica que respalda el art. 19 N°21 de nuestra Constitución. Además, cabe destacar que el derecho a la “libertad de enseñanza” sí se encuentra amparado por el Recurso de Protección en el art. 20 de la Constitución.

De esta manera, el artículo en cuestión establece que:

Artículo 19 N°11. La Libertad de Enseñanza.

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.

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;

El derecho a la educación en sí y el derecho a la libertad de enseñanza, entendido como el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional de sus hijos y no como libertad de realizar una actividad económica –situación a la que se retrae la educación hoy en tanto negocio- son dos caras de una misma moneda: el derecho a la educación en sentido lato, o como señala **Jordán**, “los derechos educacionales”²⁰⁹. No obstante, para éste la libertad de enseñanza en sí (o la referida libertad para realizar una actividad económica) sí se comprende dentro del concepto de libertad de enseñanza. Para el mismo autor, los principales criterios jurisprudenciales que han amparado tales derechos son²¹⁰:

a) La afirmación de los derechos educacionales como derechos fundamentales, otorgándole la calidad de derechos esenciales y en consecuencia, de derechos equivalentes en valor y posición jurídica que el resto de los derechos constitucionales;

b) Que el rol del Estado en la tutela instituye los imperativos de respeto y promoción de los derechos, la consagración jurisprudencial del principio de contribución como concepto constitucional de equivalencia de lo público y lo privado, y la libertad como límite a esta acción estatal;

c) Que la libertad educacional que comprende la libertad de enseñanza y el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional para sus hijos. Jurisprudencialmente la libertad de enseñanza comprende los derechos a la plena autonomía del establecimiento, el derecho a la autonomía como acción, el derecho a la autonomía como defensa y el derecho a las atribuciones pedagógicas. Respeto del derecho a la libre elección de los padres, se les ha conferido un concepto amplio al vocablo padres incluyendo la familia (inclusive los hijos), se reconoce el derecho de acceso y permanencia en el proceso educativo como elementos nucleares de esta libertad, la autodeterminación del establecimiento como límite a la libre elección de los padres y el derecho de los padres a la negación justificada de la matrícula como parte del contenido nuclear de este derecho y como restricción del derecho del establecimiento a seleccionar alumnos.

Con respecto a los recursos de protección interpuestos a objeto de cancelaciones de matrícula, la Corte Suprema que “no existe derecho por parte de la actora que pueda ser protegido por la presente vía, por cuanto el que citaron los sentenciadores como vulnerado, a saber, el derecho a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, ya fue ejercido en su oportunidad al haber matriculado a los menores en el establecimiento recurrido, pero ello no conlleva la permanencia en dicho lugar, si no concurren las voluntades de ambas partes, por lo que el

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 178.

²¹⁰ *Ibid.*, pp. 178-179.

presente recurso no puede prosperar”²¹¹. El artículo 10 de la Ley General de Educación establece claramente el límite de permanencia en tanto son deberes del estudiante “brindar un trato digno, respetuoso y no discriminatorio a todos los integrantes de la comunidad educativa; asistir a clases; estudiar y esforzarse por alcanzar el máximo de desarrollo de sus capacidades; colaborar y cooperar en mejorar la convivencia escolar, cuidar la infraestructura educacional y respetar el proyecto educativo y el reglamento interno del establecimiento”, acotándose nuevamente el accionar a los cuerpos legislativos y denegándose la vulneración a la libertad de enseñanza en tanto permanencia en el respectivo establecimiento educacional como en la capacidad de poder ingresar a un nuevo liceo en el año en curso.

V. c. El Concepto de Derecho a la Educación.

Una vez definidos en términos generales –ya volveremos nuevamente al concepto de educación necesario, pero esta vez supeditado a lo que debe considerarse parte del DE- surge la necesidad irreductible de definir qué entendemos por DE. Al respecto, como señala Latapí, probablemente obtengamos dos respuestas: la primera que es el derecho de los individuos a recibir educación según está consignado en el marco jurídico de su país, mientras que una segunda visión nos diría que es un derecho humano que, en conjunto con otros, forman un corpus importante del Derecho Internacional²¹². Ambas visiones son, claramente, insuficientes, sobre todo en tanto adolecen de elementos que signifiquen una idea más allá de la misma comprensión que podría darse del mismo concepto de DE. Estamos en presencia, así, de una especie de tautología. Autores como Romero y Zárata potencian dicho punto de vista cuando definen primariamente el DE como un **conjunto de normas que regula el proceso educativo**²¹³, para luego señalar –con mayor exactitud, a juicio del presente autor-, que el DE es un “**sistema de reglas y principios que interactúan orgánicamente para regular el acontecer educativo formal de nuestro país. Es decir, es un proceso dinámico de normativas que regula no solamente la educación en sí (enseñar y aprender), sino también a sus actores (instituciones y comunidad educativa), las relaciones que surgen entre ellos (derechos y deberes) y la necesaria protección a los derechos fundamentales que se identifican en dicha dinámica. Es el derecho que regula en su integridad el sistema educativo chileno**”²¹⁴. Es, a objeto de la presente memoria, la definición base que usaremos para poder re-definir lo que es necesario contemplar a objeto de un DE chileno, y las propuestas de su modificación.

No obstante, consideramos que aquella definición requiere la entrega de un contenido básico, contenido esencial que caracterice de forma concreta lo que debe ser el DE. Para ello, volveremos al concepto de educación

²¹¹ CS Rol 6495-07 de 20 de diciembre de 2007.

²¹² LATAPÍ, Pablo. El Derecho a la Educación, su alcance, exigibilidad y relevancia para la política educativa, p. 255.

²¹³ ROMERO, A., ZÁRATE, M. Introducción al Derecho Educacional Chileno. Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 42.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 46.

antes enarbolado: **se trata de definir que el DE es, precisamente, la vehiculización y consecución de los objetivos que plantea la educación para la sociedad y el individuo.**

Ello tiene pleno sentido desde la idea de un estado democrático de derecho basado en los derechos humanos desde el mismo avance de la sociedad. Como señala Álvarez Conde a nivel de revisión histórica, "(...) esta es una razón más que justifica el cambio de titularidad del Derecho común a favor del Derecho constitucional, se crea el concepto liberal de Constitución (art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano), con el reconocimiento, al menos formal, de toda una serie de derechos a todos los individuos, y con la adopción de una serie de técnicas (principio de división de poderes, constitución normativa en el modelo norteamericano) para llevar a cabo ese planteamiento utópico e idílico, que no es muy diferente en los distintos procesos revolucionarios de la época (ingles, norteamericano y francés). Es decir, se inicia el camino para la construcción de categorías dogmáticas alternativas, que no suponen necesariamente el abandono total de las anteriores. De este modo, se está dando entrada, paulatinamente, eso sí, al principio democrático"²¹⁵. De esta forma, "el llamado neoconstitucionalismo pretende configurar unas nuevas categorías dogmáticas, producto de los cambios estructurales producidos, con un carácter global y general y que vaya más allá de las realidades de los actuales Estados constitucionales en el mundo occidental, poniendo de relieve la sustantividad y materialidad de los textos constitucionales, las prácticas jurisprudenciales innovadoras, que a veces implican parámetros de interpretación novedosos, y los desarrollos teóricos superadores de una mera descripción del fenómeno jurídico"²¹⁶.

A su vez, es necesario comprender un DE desde sus titulares, pero también desde la obligación del Estado con respecto al mismo. Por ejemplo, Cotino señala que "si bien es el alumno el sujeto constitucional del derecho a la educación, para la satisfacción de su derecho, el protagonista principal es el Estado. Que sea el Estado el protagonista principal no debería conducir a uno de los grandes errores de la educación, que no está pensada desde la perspectiva de quienes aprenden, sino de quienes enseñan, administran y deciden a los distintos niveles"²¹⁷. De ahí que se deriva, precisamente, la necesidad de que el ámbito educativo incluya también a sus actores, con preponderancia de quienes se ven afectados a las consecuencias mismas de una correcta o incorrecta aplicación y tutela del DE. En base a ello, el autor se refiere a un fallo muy relevante del Tribunal Supremo de Canadá, donde se señala que las decisiones que se deben adoptar en torno al sujeto titular del derecho subjetivo a la educación deben estar centradas en el niño (para ese caso en particular), en lo referido a dar sentido de

²¹⁵ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. El Derecho Constitucional y la Crisis. Revista de Derecho Político N.º 88, septiembre-diciembre, 2013, p. 9.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 12

²¹⁷ COTINO, op. cit., p. 67.

igualdad desde el punto de vista de aquél en oposición a la perspectiva de los adultos que figuren en su vida²¹⁸. Mismo reconocimiento que, señala, ha dado el Parlamento Europeo²¹⁹.

Cotino no escatima en señalar que la pesa a ser el alumno el centro del sistema educativo, “a lo largo de la historia la educación ha sido instrumento de socialización y dominación política, con especial un olvido de la dignidad y derechos del menor, que son los intereses que protege el derecho. La educación ha sido un mecanismo para el mantenimiento de privilegios y discriminaciones, al tiempo de reflejar y transmitir generalmente las ventajas y desventajas”²²⁰. Por ello, urge la comprensión relevante del DE para que, en oposición a ser un mecanismo ideológico donde la Escuela interactúe con la sociedad mediante parámetros que profundizan la realidad social circundante, sea una herramienta precisamente liberadora tanto para el individuo como para la sociedad, centrada en la relevancia del conjunto para cada individuo. Corregir aquella determinación histórica de lo que ha sido la educación requiere repensar el concepto de DE. Por lo mismo, un enfoque desde los derechos humanos es primordial, pues “Este indudable interés individual (del DE) viene, pues, íntimamente conectado con el interés social y público de la educación. Así se observa con claridad en la determinación de las capacidades, necesidades básicas o competencias clave del aprendizaje derivan de las necesidades básicas de la persona (materiales, identitarias, afectivas, espirituales) que, como ser social, vive en sociedad. Así, se ha dicho que la “la educación es el medio de realizar y ejercer otros derechos”, es un “multiplicador”, “la llave que abre paso a otros derechos humanos”, tanto para el individuo cuando para las sociedades en su conjunto. Quizá sea por este motivo por el que sea un “derecho híbrido”, que se haya clasificado como “derecho económico, derecho social y derecho cultural, derecho civil y político, derecho de libertad, etc., que los abarca a todos”²²¹.

Señalamos que la educación es una herramienta de retorno social, en oposición a la idea de ella como un bien privado pero a su vez como una de retorno individual: un mecanismo meritocrático centrado en la persona, tanto en la potenciación de sus cualidades como en la adquisición de competencias que permitan el desarrollo económico de la persona. En oposición, una idea de retorno social subsume el crecimiento individual a través de la formación amplia del individuo en las distintas materias que comprometen a la persona con la vida social, pero también en una que prepara a la persona para la misma vida social en el ámbito económico, es decir, no simplemente un haber individual, sino la construcción de un proyecto país mediante las necesidades del mismo y el rol que cumple la educación en ser promotor de los cambios y soluciones. De esta manera, el individuo no sólo se desarrolla como persona, sino que cumple un rol en y desde la sociedad.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ Resolución de 27 de septiembre de 2007, sobre eficiencia y equidad de los sistemas europeos de educación y formación.

²²⁰ COTINO, op. cit., p. 68.

²²¹ COTINO, op. cit., p. 77.

Por otro lado, la idea de la educación como retorno social implica la profundización de valores éticos que permitan la convivencia social, basándonos precisamente en el compromiso con los derechos humanos establecidos en cartas internacionales. Por último, es la condición sine qua non para el efectivo ejercicio del resto de los derechos, pues a través del DE se enseñan precisamente aquellos, preparando a la persona para el ejercicio y respeto de los mismos.

Tenemos, así, dos ideas del DE:

i) La forma orgánica de la materialización del mismo: Básicamente, lo que señala actualmente el art. 19 N°10 de nuestra CPR, con el rol del Estado, la comunidad, los privados y los padres en el proceso educativo. Hablamos, entonces, del rol de las instituciones en lo concerniente a la educación.

ii) La forma propiamente tal de la materialización de aquél: Inexistente hoy a nivel constitucional, refiere a las características del DE para que pueda hacer efectivo el fin de la educación misma. Dentro de tales creemos imprescindibles considerar: educación pública, gratuidad en la educación y libre acceso de la misma, calidad en la educación, educación inclusiva, permanente, comunitaria y participativa y no sexista.

De esta manera, y entendiendo aquello como el sentido ontológico de la educación en tanto objeto de la misma, definiremos las características que deben tener el DE para efectivamente cumpla su rol de vehicular y materializar aquello desde la forma propiamente tal del DE. Es importante recalcar que aquel ejercicio resulta complejo en tanto cada nivel de enseñanza posee particularidades que hacen necesarias consideraciones especiales, pero creemos -a su vez- que puede hablarse de un marco común desde la idea de DE y la educación como objetivo del mismo. Más aún, debe considerarse la necesidad de un marco constitucional que caracterice efectivamente al DE como un derecho humano universal, el cual pueda entregar una base que no se modifique por cada ciclo electoral, en atención a la relevancia social que éste posee²²².

V. c. i. Educación Pública, no Educación al servicio del mercado.

²²² Por ejemplo, en mensaje de la S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales, mensaje N°1174-363, se dice, en su página 21 que "(...) se establece el deber de proponer una política de fortalecimiento de la educación pública, que cada gobierno deberá definir cada cuatro años", lo que resultaría peligroso de no poseer un marco mínimo que establezca las consideraciones básicas del DE no sólo a nivel legal, sino -precisamente- a nivel constitucional.

Como ya ha sido expuesto con anterioridad, la educación debe ser una herramienta de retorno social. Esto resulta ser opuesto a una educación de mercado: la educación como derecho en oposición a ésta como un bien de mercado, transado por las leyes de la oferta y la demanda que no sólo degradan su contenido, sino que ponen barreras para la universalidad de la misma y el contenido básico y esencial del que hemos hablado.

Al respecto, sostenemos la posición que han sido planteadas en diversos informes de Naciones Unidas, particularmente en los Informes Especiales -o Relatorías- sobre el Derecho a la Educación. Así, se ha planteado que “la necesidad de forjar una política mundial de derechos humanos se ha visto acrecentada por la reanudación de las negociaciones sobre la liberalización del comercio de los servicios de educación. Los exportadores de servicios de educación han marcado la pauta, planteándola como un servicio susceptible de comercio internacional, lo que no ha hecho sino realzar la importancia de definir la naturaleza y alcance de una educación que debe mantenerse al margen del comercio y seguir configurándose como un servicio público gratuito. El dilema está en saber si estamos avanzando hacia una liberalización progresiva del comercio de los servicios de educación o hacia una realización progresiva del derecho a la educación. Como ha declarado el Gobierno de Nueva Zelandia, lo que está en juego es la divisoria entre servicio público y actividad comercial”²²³. Esto en crítica a cómo se ha derivado en estos últimos años el DE, pues, como señala en relación a una investigación el Relator Kishore Singh, “un estudio reciente, en el que se ofrece un análisis en profundidad de las cuestiones relacionadas con las instancias educativas privadas durante el último decenio, muestra que el sector de la educación está experimentando una reestructuración, orientándose cada vez más hacia la obtención de beneficio y la transacción comercial y hacia el establecimiento de objetivos por parte de intereses comerciales privados. La privatización está impregnando casi todos los aspectos de las tareas de la enseñanza, desde el aparato administrativo hasta la formulación de políticas y desde la instrucción formal en instituciones educativas hasta actividades extracurriculares como las clases particulares. Ese estudio proporciona perspectivas sobre las diferentes formas que lo privado adquiere en la educación, las consecuencias para el individuo y la sociedad y las implicaciones de todo ello, y muestra cómo el aprendiente está siendo conceptualizado cada vez más como consumidor y la educación como bien de consumo”²²⁴.

En la misma línea, compartimos que “la privatización de la educación actúa en contra de la universalidad del derecho a la educación, así como de los principios fundamentales del derecho de los derechos humanos, al aumentar la marginación y la exclusión en la esfera de la enseñanza y al crear desigualdades en la sociedad”²²⁵

²²³ Naciones Unidas (NU), Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2001/29 de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/60, 7 de enero de 2002, p. 20.

²²⁴ Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh, 2014, p. 8.

²²⁵ *Ibid.*, p. 9.

pues “la privatización tiene profundas repercusiones negativas para la educación, ya que pretende reformular la educación no como un bien público o social basado en los principios democráticos de justicia e igualdad de oportunidades, sino como un bien privado individual, atomizado y personalizado”²²⁶

Kishore Singh señala que “una de las consecuencias dañinas de la enseñanza privada es que, debido a los elevados costos asociados a ella, socava el acceso universal a la educación. La educación privada queda fuera del alcance de los marginados y los pobres, que son quienes más necesidad tienen de educación. A menudo, el criterio de admisión en las instituciones privadas no se basa en el mérito y la capacidad, sino en la capacidad de pago, al margen de cualquier consideración del mérito, lo cual contraviene el principio establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los ricos pueden permitirse recibir educación, aun cuando no cuenten con tantos méritos en comparación con otras personas de estratos económicos más bajos”²²⁷.

Es importante destacar que aquello no sólo pugna con el DE, sino también con el efectivo ejercicio de la libertad de enseñanza y el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos desde el mismo contenido del actual artículo 19 N°10 de nuestra CPR, pues transforma en papel la capacidad de decisión de un proyecto educativo: el dinero actúa como interferencia a la libertad, pues socava la posibilidad de elegir un establecimiento educacional, pues quien posee los medios económicos tiene un margen realmente amplio, no así quienes no lo poseen. Lo mismo ocurre en la educación superior (como énfasis) pues los altos aranceles de la educación chilena merman la posibilidad de estudio de integrantes de la población nacional, lo que -desde antes- termina siendo un reflejo a nivel de resultados de las mismas inequidades que se gestan desde la educación primaria y secundaria según la capacidad adquisitiva de las familias.

Así, “es un principio establecido de derechos humanos que el Estado debe cumplir sus obligaciones, incluso cuando estas se privatizan. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictaminado que, con arreglo al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Estado no puede quedar eximido de su responsabilidad delegando sus obligaciones a establecimientos educativos privados. Esta posición se ve reforzada por los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, en los que se destaca que cuando los Estados delegan sus responsabilidades a las empresas, siguen teniendo la responsabilidad de garantizar que esas empresas cumplan sus obligaciones en materia de derechos humanos (...) Aun así, en vez de controlar el crecimiento de la educación privatizada y con fines de lucro, los gobiernos tienden a prestar apoyo a los proveedores privados mediante

²²⁶ *Ibid.*, p. 12.

²²⁷ KISHORE SINGH (2014), *op.cit.* p. 14.

subvenciones e incentivos fiscales y, por lo tanto, se desvinculan de su función pública primaria. En consecuencia, en lugar de complementar las iniciativas gubernamentales, los proveedores privados sustituyen la educación pública y comercializan la educación en el proceso”²²⁸.

La manera que se posee de poder contrarrestar lo anteriormente señalado, implica un Estado que no sólo establezca las bases para la creación de instituciones y su fiscalización, sino que tome la iniciativa en el ámbito educativo, buscando resguardar los principios rectores del DE, basándose en sus obligaciones de derechos humanos, comenzando por la extensión de la matrícula pública en torno a un proyecto país. Es tal el compromiso del Estado en materias educativas y en oposición a entender la educación como un bien de consumo, que la Ley de Educación Nacional en Argentina señala en su artículo 10 que “el Estado nacional no suscribirá tratados bilaterales o multilaterales de libre comercio que impliquen concebir la educación como un servicio lucrativo o alienten cualquier forma de mercantilización de la educación pública”, lo que se recoge también en el artículo 14 de la Ley General de Educación de Uruguay, la cual señala que “no se suscribirá acuerdo o tratado alguno, bilateral o multilateral, con Estados u organismos internacionales, que directa o indirectamente signifiquen considerar a la educación como un servicio lucrativo o alentar su mercantilización”.

En Chile, con fecha 16 de noviembre de 2017, fue promulgada la ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales. Esto, a través del Mensaje N°1174-363. La ley en cuestión tiene como objetivos la desmunicipalización de los colegios públicos en los distintos niveles de enseñanza, sin considerar -nuevamente- la educación superior, la que será discutida por medio de un proyecto de ley distinto.

Es importante tener en consideración dicha ley, no sólo por ser la más reciente en términos de reforma educacional, sino porque entrega herramientas relevantes sobre el cómo debe entenderse la educación pública, además de complementar con los principios de la misma los establecidos por la Ley General de Educación.

Independiente de que busquemos una regulación constitucional que abarque las distintas etapas de la educación de carácter formal, existen ciertos principios a rescatar que son transversales a la denominada educación pública.

El proyecto citado, justifica su sentido en tanto “todas estas iniciativas (propuestas de reforma en el ámbito de la educación) convergen en un mismo propósito: un sistema educacional de calidad e inclusivo, donde el Estado se hace garante efectivo del derecho a la educación y en donde la sociedad se asegura que el foco de todo

²²⁸ Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh, 2015, p. 9-10.

establecimiento educacional, sea privado o público, es el deseo de educar y la mejora permanente de los procesos educativos”²²⁹. En sentido más estricto, y en relación con las palabras de Valentín Letelier -quien señalaba que “la escuela común es una institución esencialmente democratizadora [...]. La escuela forma una república sujeta al régimen de la igualdad, república en que desaparecen las distinciones sociales de la fortuna i la sangre para no dejar subsistentes más que las de la virtud i el talento”- establece el mensaje del proyecto de ley que “las palabras de este insigne educador reflejan el sentido y la esencia de la escuela pública. Aquella que tiene el mandato y la obligación de hacer todo lo que esté a su alcance para asegurar, de manera permanente y siempre renovada, los cimientos de una convivencia republicana y democrática, garantizando a todos y a todas, sin discriminación alguna, el acceso al conocimiento, la formación en actitudes y valores y el desarrollo de habilidades que nos permitan ser constructores de nuestras propias vidas, de nuestra cultura y nuestro futuro como Nación”²³⁰.

En aquel sentido, se remarcan los objetivos ya mencionados de la educación en sí misma. Nuevamente, en el sentido de justificar un proyecto de ley que fortalezca la educación pública, señala que “además de las múltiples razones por las que los países más desarrollados del mundo valoran y fortalecen la educación que proveen sus Estados, en Chile también tenemos argumentos poderosos para comprometernos a asegurar, a un alto estándar, la existencia de una provisión educacional pública en el contexto de nuestro sistema mixto. Por un lado, se trata de dar cumplimiento al mandato constitucional que expresa el consenso social en torno a la obligatoriedad de la educación, desde el segundo nivel de transición de educación parvularia hasta el final de la educación media, y con total independencia de la posición social o ubicación geográfica de cada cual. Lo anterior supone el deber del Estado de financiar y administrar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso y derecho a la educación de toda la población en todo el territorio. Por otro lado, la educación pública es la única que tiene, como obligación expresa, el deber de asegurar la existencia de proyectos educativos de carácter plural y laico y por ende, no excluyentes ni particularistas”²³¹.

Como podrá apreciarse, se hace una referencia al mandato constitucional en torno al DE, señalando que -debido a la obligatoriedad que se mandata a la educación parvularia, básica y media- es deber del Estado generar las condiciones para su materialización. De ahí que la educación pública como herramienta estatal debe tener su propia institucionalidad y principios, que busca regular, precisamente, dicha ley.

²²⁹ Mensaje de la S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales. Mensaje N°1174-363, Santiago, 2015, p. 3.

²³⁰ *Ibid.* p.1-2.

²³¹ *Ibid.* p.11-12.

Por último, siendo la misión desmunicipalizar²³² los colegios públicos que se encuentran hoy a manos de -como su nombre lo indica- los municipios (como gobiernos de las comunas como unidades territoriales), en oposición al otrora control estatal antes de las reformas educacionales de dictadura, se enarbolan los siguientes objetivos de la educación pública:

²³² El mismo proyecto de ley, en sus páginas 14 a 19, señala como justificación a la desmunicipalización (o los problemas que debe superar la educación pública) los siguientes:

“a. Ausencia de horizontes de desarrollo y proyección de largo plazo.

El actual esquema institucional consagra que aspectos relevantes de la calidad, la equidad y el desarrollo de la educación pública en el territorio, dependen fuertemente de la voluntad de las autoridades municipales y de los particulares énfasis que legítimamente cada una de ellas desee otorgarle al sector. Esta dependencia está estrechamente relacionada con una excesiva influencia de los ciclos político-electorales del municipio en la educación pública. Políticas, gestiones y equipos de trabajo, en general se ven discontinuados al cambiar las autoridades municipales, lo que dificulta el trabajo de los equipos directivos de los establecimientos educacionales y obstaculiza la implementación y evaluación de las orientaciones nacionales y locales (...).

b. Baja rendición de cuentas y dilución de responsabilidades.

(...) El modelo actual presenta una ambigua delimitación de responsabilidades. Mientras el rol administrativo recae por entero en los municipios, el rol técnico-pedagógico queda en segundo plano, siendo entregado mayormente a las estructuras del Ministerio de Educación. La educación parvularia tampoco escapa a esta problemática, no teniendo las municipalidades responsabilidades claras frente a los procesos y resultados pedagógicos, educativos o nutricionales de las salas cuna y jardines infantiles, que hoy administran por vía de transferencias de fondos desde la JUNJI. En definitiva, en este esquema se diluyen las responsabilidades entre múltiples intervinientes que presionan a los establecimientos educacionales, limitando el desarrollo de políticas y acciones coherentes, e impidiendo una gestión y una planificación educativa integrales.

c. Capacidades dispares e insuficientes.

Un tercer ámbito se refiere a la insuficiencia y disparidad de capacidades y recursos que poseen los municipios chilenos para dar cuenta de las exigencias que significa administrar los establecimientos educacionales. Según datos para 2013 y 2014 del Sistema Nacional de Información Municipal (SINIM), del total de recursos adicionales que entre todos los municipios declaran destinar a educación, el 70% se concentra en el 25% de las comunas del país. Los datos también muestran que la tendencia es a que existan mayores aportes municipales en aquellas comunas en donde los estudiantes son, en promedio, socialmente más aventajados, contribuyendo de esa manera a acentuar las desigualdades. Al mismo tiempo, conforme a los datos reportados por parte de los propios municipios al Ministerio de Educación durante 2014 y 2015, tan solo un 22,5% del total del personal de las entidades de administración educacional, tales como Departamentos de Administración de Educación Municipal (DAEM), Direcciones de Educación Municipal (DEM) y equipos de educación de las Corporaciones Municipales, trabaja en una función directamente educacional o relacionada con algún tipo de apoyo técnicopedagógico (...)

d. Atomización y escala inadecuada.

Un cuarto ámbito se refiere a la escala y la atomización que caracterizan al conjunto de la educación municipalizada, en donde los 345 municipios del país se asumen como sostenedores independientes y aislados, con una baja coordinación territorial y un funcionamiento desarticulado. Al mismo tiempo, las diferencias de tamaño resultan considerablemente altas. En efecto, al comparar el 10% de sostenedores comunales de mayor matrícula escolar con el 10% inferior, los primeros son quince veces más grandes que los segundos. La existencia de una alta proporción de sostenedores demasiado pequeños redundaría en dificultades para: i) la contratación de equipos técnicos, directivos, docentes y asistentes de la educación, en número y calidad suficiente; ii) la generación y consolidación de redes de intercambio profesional y directivo; iii) el mejor aprovechamiento de las capacidades de gestión e infraestructura, y iv) las posibilidades de heterogeneidad social y cultural, impidiendo una mayor mixtura social en los establecimientos y el territorio. Los principales afectados por estas limitantes son los propios establecimientos y las comunidades educativas, que no encuentran un soporte efectivo desde el cual impulsar, apoyar o acompañar, según sea el caso, sus respectivos procesos de mejora y de desarrollo de capacidades. Nuestra escala comunal no permite garantizar adecuados niveles de sustentabilidad ni el desarrollo de las condiciones que se requieren para asegurar calidad y equidad en el conjunto del sistema. Estudios recientes, como el trabajo de los economistas Hanushek, Link y Woessman (2013), apoyan dicha constatación, evidenciando que una acentuada descentralización a escala local o de escuela, no constituye un esquema recomendable para garantizar la calidad de los sistemas educativos en los países en vías de desarrollo como Chile. Si miramos, además, a los Estados con altos logros en calidad y equidad educativa, y que han alojado su gestión educacional en los municipios, vemos que se trata de países que gozan de grados de desigualdad social y económica considerablemente inferiores a los de nuestro país, además de poseer, mayoritariamente, una matrícula pública cercana al 100%. (...).

- Aportar a la democracia y a la cohesión social, por la vía de dar oportunidad de convivir en un mismo espacio pedagógico y formativo a niños, niñas, jóvenes y adultos de las más diversas condiciones y pensamientos, avanzando así en disminuir la segmentación social que hoy tenemos.
- Hacerse responsable porque los criterios de excelencia exigibles para el conjunto del sistema educativo sean especialmente exigibles para la educación pública, convirtiéndose en referente para la aplicación de la normativa y el cumplimiento de los estándares que la sociedad, a través del Estado, establece, fiscaliza y evalúa para todos los establecimientos educacionales, privados o públicos.
- Dotarse de las herramientas para destinar esfuerzos especiales y sistemáticos hacia los grupos que más requieren reducir las desigualdades de origen o que demandan ser atendidos de manera diferente. El jardín infantil, la escuela y el liceo públicos buscan asegurar, tanto el acceso como acompañar a sus estudiantes garantizándoles trayectorias educativas a lo largo de la vida.
- Garantizar la existencia de proyectos educativos que, junto con poseer un marco común y componentes universales propios de la educación pública, se obligan a cobijar y promover las singularidades asociadas a cada territorio y comunidad, así como dar cuenta de los procesos de multi e interculturalidad que ocurren hoy en nuestra sociedad, en un marco de respeto e inclusión. A través de sus proyectos educativos, la educación pública debe promover la cooperación entre las personas y grupos, la formación ciudadana y el reconocimiento de los Derechos Humanos como las bases de una convivencia democrática y de la socialización de niños, niñas y jóvenes.

En ese contexto, es misión de la educación pública y del sistema que este proyecto crea, construir los ambientes de aprendizaje necesarios para garantizar que todos sus estudiantes, sin distinciones de género, socioeconómicas o de cualquier tipo, tengan las oportunidades y recursos para desarrollar al máximo los conocimientos, talentos, habilidades, aptitudes y valores que les permitan, a cada uno, alcanzar su máximo desarrollo espiritual, ético, afectivo, intelectual y físico, tal como lo establece nuestra Ley General de Educación. Una educación pública inserta de lleno en el siglo XXI, debe orientarse por una noción integral de calidad y fomentar actitudes tales como la creatividad, la innovación, la colaboración, el pensamiento crítico, la solidaridad, la responsabilidad y la autonomía, entre otras”.

Por último, cabe tener en cuenta la referida ley de desmunicipalización y nueva institucionalidad en educación que comenzará a funcionar entre junio de 2018 y junio 2025, la cual señala como fines de la educación pública:

Artículo 2. Fines de la Educación Pública.

La educación pública está orientada al pleno desarrollo de los estudiantes, de acuerdo con sus necesidades y características. Procura una formación integral de las personas, velando por su desarrollo espiritual, social, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, entre otros, y estimulando el desarrollo de la creatividad, la capacidad crítica, la participación ciudadana y los valores democráticos.

Artículo 3. Objeto del Sistema de Educación Pública.

El Sistema tiene por objeto que el Estado provea, a través de los establecimientos educacionales de su propiedad y administración, que formen parte de los Servicios Locales de Educación Pública que son creados en la presente ley, una educación pública, gratuita y de calidad, laica, esto es, respetuosa de toda expresión religiosa, y pluralista, que promueva la inclusión social y cultural, la equidad, la tolerancia, el respeto a la diversidad y la libertad, considerando las particularidades locales y regionales, garantizando el ejercicio del derecho a la educación de conformidad a lo dispuesto en la Constitución Política de la República, en todo el territorio nacional.

V. c. ii. Gratuidad y acceso universal en la educación.

Para poder hacer real -en términos de efectividad- el DE, es necesario que ésta pueda ser gratuita en sus distintos niveles. Esto va vinculado con el citado aumento de la matrícula pública, de forma que el Estado pueda garantizar en convivencia con un sistema de educación privado que cualquier persona que desea asistir a una institución de educación pueda recibir la educación formal correspondiente. Sin gratuidad en la educación, nuevamente el acceso a la misma, y la recepción del DE, puede terminar siendo ficción. Por otro lado, la posibilidad de pagar por un derecho subjetivo público vuelve a degradar el contenido del mismo, pues genera una desigualdad con respecto a otros derechos que tanto nuestra CPR como los tratados internacionales garantizan. Aún más, que el Estado no posea los recursos o no pueda entregar educación gratuita por el poco énfasis que se sostiene a la educación como tal, genera la desigualdad entre quienes pueden efectivamente pagar, o -incluso- bajo el perverso modelo de un sistema subvencionado, donde los recursos estatales se mezclan con los de aquellas familias que pueden, a la par, pagar también. Es decir, se generan desigualdades brutales entre aquellas personas que pueden acceder a los recursos estatales pero, a la par, financiar una “mejor educación” por medio del aporte privado sumado a aquel, con diferencia de quienes sólo pueden acceder a un sistema público precarizado.

Katarina Tomaševski señala que “el control del vocabulario es un arma, no una cuestión de estilo. La expresión "acceso a la educación" difumina la diferencia entre una educación gratuita y una educación accesible sólo mediante el pago de un derecho de matrícula; esta diferencia es esencial desde la perspectiva de los derechos

humanos porque el libre comercio no contempla ninguna salvaguardia para los derechos de los pobres. La expresión preferida por los economistas, a saber, el "acceso a la educación", reforzada por la idea de una educación no gratuita, o "gratuita", o el uso del término "equidad" en lugar de la igualdad, hace recordar las palabras de John Maynard Keynes sobre la poderosa influencia de los economistas aun cuando se equivocan, así como las de Paul Samuelson sobre la irrelevancia de las garantías constitucionales cuando éstas entran en conflicto con las recetas de los libros de texto de economía. No existe ningún plan de estudios para economistas en el que se les imparta educación en materia de derechos humanos, o al menos la Relatora Especial no ha encontrado ninguno tras una larga búsqueda. Es evidente que debería existir; la experiencia de la Relatora Especial indica que en ninguna escuela de economía se enseña ni la normativa internacional de derechos humanos ni las razones económicas que la sustentan y que los economistas que elaboran las estrategias de educación o de desarrollo en general no reciben formación alguna en materia de derechos humanos. El precio de la falta de un vocabulario compartido entre la economía y los derechos humanos es la falta de diálogo, imposible sin un idioma común"²³³. Por otro lado, que "la educación, en su condición de derecho humano universal, exige la universalidad de las obligaciones gubernamentales de derechos humanos, en vista de que la discriminación aumenta, al igual que las desigualdades resultantes, puesto que la discriminación queda muchas veces agravada por la pobreza. Las estadísticas muestran inevitablemente que no todos los niños gozan del derecho a la educación. La discriminación prohibida en el ámbito internacional pone de relieve la pauta de exclusión que ha demostrado estar extendida a nivel mundial, y requiere atención especial. El primer paso para eliminar la discriminación es hacerla visible. Mantener un problema invisible facilita la inactividad, y perpetúa así la exclusión. Quienes tienen menos acceso a la educación suelen dejar ese legado a la generación siguiente. Si se deja la responsabilidad de financiar la educación a las familias y a las comunidades locales, se ampliar la disparidad entre ricos y pobres. Para romper ese círculo vicioso, los gobiernos, a título individual y colectivo, tienen que dar prioridad a los fondos destinados a la educación e igualarlos, a escala local y mundial"²³⁴.

En este sentido, cabe destacar la matriz individual del DE, que se subsume -como un plano más- en la idea de retorno social de la misma. El acceso a la educación mediante la gratuidad de la misma supone la posibilidad de educarse, posibilidad que muchas familias no tuvieron. Hablamos de pobreza, de clases bajas y explotadas que se han mantenido al margen del sistema educativo. La gratuidad es vital para poder plantear márgenes mínimos que reconozcan a las personas como iguales. En efecto, existe también un problema de índole político: el reconocimiento del Estado a los integrantes de su sociedad como iguales que permita su participación

²³³ Tomaševski, (2004) op. cit., p.19.

²³⁴ Naciones Unidas (NU), Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/9, 16 de enero de 2003, p. 10.

en la vida social, donde el DE resulta vital. Es por esto que “la educación puede utilizarse como un instrumento tanto para perpetuar como para eliminar las desigualdades. Como puede ponerse al servicio de estos dos objetivos mutuamente contradictorios, las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos otorgan prioridad a la eliminación de las desigualdades como meta clave de la educación. Muchos factores y procesos llevan en la dirección contraria. La transmisión intergeneracional de las desigualdades educativas se ve exacerbada por el aumento del costo de la educación”²³⁵.

Mientras, en el informe del año 2004, en su sección A. “Derechos Frente a Poder Adquisitivo”, se señala que “la determinación de los obstáculos financieros en la educación es el primer paso fundamental para su eliminación. Los padres no pueden garantizar la educación de sus hijos si no pueden permitirse el gasto, y si los padres no pueden enviar a sus hijos a la escuela, los niños quedan privados de la educación. Si no hay padres, o si éstos son irresponsables, el gobierno tiene que actuar in loco parentis para que los niños no se vean obligados a buscarse su propio sustento desde una edad temprana en contra de la noción misma de los derechos del niño. Ni los padres ni los gobiernos pueden garantizar la educación para todos los niños si carecen de los medios suficientes. Así pues, la normativa internacional de derechos humanos exige la realización progresiva del derecho a la educación y otorga prioridad a la cooperación internacional con ese objeto”²³⁶.

Por otro lado, “el acceso universal a la educación es una condición esencial para el ejercicio del derecho a la educación. Sin embargo, la privatización da lugar a la exclusión, ya que las personas desfavorecidas no pueden acceder a las escuelas privadas. Esto agrava las disparidades existentes en el acceso a la educación y agrava la marginación de los pobres. Además, los sistemas de cheques, que tienen por finalidad ofrecer a los padres económicamente desfavorecidos un medio para optar por una escuela privada, no hacen más que fomentar la diferenciación entre grupos”²³⁷.

La educación funciona, por cierto, como un todo. Es imposible desmembrarla. Por ello, para hacer permisible la educación para todos y todas, desde la idea del libre acceso a la misma, la gratuidad -y por ende la extensión de la matrícula pública- resulta determinada. En conclusión, “la educación no es un privilegio reservado a las personas pudientes y adineradas; es un derecho inalienable de todas las personas. El Estado es tanto el garante como el regulador de la educación”²³⁸.

²³⁵ Tomaševski, (2002) op. cit. p.15.

²³⁶ Tomaševski, (2004) op. cit. p. 8.

²³⁷ KISHORE SINGH (2015), op. cit, p.8.

²³⁸ *Ibíd*, p. 9.

Por último, existe un punto interesante que ha sido el señalar que el DE es un derecho de libertad. No sólo en la posibilidad de escoger qué sistema de educación se desea sostener, lo que sería más propio de la Libertad de Enseñanza como derecho fundamental, sino que dice relación con ser la educación, en sí, un motor para la autonomía del individuo a través de generar en él competencias para poder desarrollarse en la vida cotidiana, principalmente en lo concerniente a obtener recursos económicos. Como señala Contino, “si se acepta que tener las necesidades básicas cubiertas es condición necesaria para disponer de capacidad para la autonomía, entonces todos los derechos sociales sirven a la libertad así definida y del mismo modo que los clásicos derechos fundamentales”²³⁹. De esta vereda, la educación no es sinónimo de un acto de caridad, sino de justicia²⁴⁰, lo que debe tener un rol preponderante del Estado para que dicha justicia se haga material y no una mera aspiración.

Por último, la gratuidad como parte del DE está presente en distintas constituciones de Latinoamérica: en el artículo 103 de Venezuela, el cual señala que “La educación fiscal es gratuita en todos sus niveles hasta el superior”, en los artículos 81 N°2 y 17 de Bolivia, como también en el artículo 75 N°19, inciso segundo de la carta magna Argentina.

V. c. iii. Calidad en el Derecho a la Educación.

Como fue mencionado, en nuestra CPR no se define la calidad como un objetivo. Se encuentra expresa, eso sí, en la denominada Ley General de Educación:

Artículo 1.

La presente ley regula los derechos y deberes de los integrantes de la comunidad educativa; fija los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de educación parvularia, básica y media; regula el deber del Estado de velar por su cumplimiento, y establece los requisitos y el proceso para el reconocimiento oficial de los establecimientos e instituciones educacionales de todo nivel, con el objetivo de tener un sistema educativo caracterizado por la equidad y calidad de su servicio.

Es decir, establece la idea de calidad para el reconocimiento de instituciones del sistema educativo, y;

Artículo 3.

²³⁹ COTINO (2012) op. cit. p. 65.

²⁴⁰ *Ibíd.*

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

(...)

b) Calidad de la educación. La educación debe propender a asegurar que todos los alumnos y alumnas, independientemente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los objetivos generales y los estándares de aprendizaje que se definan en la forma que establezca la ley.

c) Equidad del sistema educativo. El sistema propenderá a asegurar que todos los estudiantes tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad, con especial atención en aquellas personas o grupos que requieran apoyo especial.

La calidad de la educación requiere, a su vez, la determinación de contenido. Se ha expresado que “es importante señalar que la calidad es un pilar del derecho a la educación, el cual puede a su vez considerarse como el resumen en el cumplimiento de todos los demás elementos anteriormente señalados. No es posible hablar de educación sin su necesario vínculo a la calidad de la misma. Restar este elemento comprensivo sería dejar el derecho a la educación como una expresión nominal de precario contenido”²⁴¹. Esto, en el sentido de definir qué es el DE, pues el marco del mismo es vital para determinar su justiciabilidad. En ese sentido, en Informe del Relator Especial para las Naciones Unidas, sobre el derecho a la educación, Kishore Singh en lo concerniente a Medidas normativas para una educación de calidad²⁴², ha establecido como ciertas bases para determinar una educación de calidad:

1. Un medio físico basado en los derechos de los niños (para nosotros, educados) con un medio físico sano, higiénico, con medidas de seguridad para el aprendizaje, instalaciones sanitarias adecuadas y aulas con los implementos necesarios. En general, ello también debiese conllevar sostener los medios tecnológicos y materiales disponibles para poder hacer efectiva una educación desde las competencias que requiere una sociedad cada vez más basada en la tecnología²⁴³, sin desconocer, a su vez, aquellos elementos propios de la vida comunitaria.

²⁴¹ Derecho a la Educación: Marco Jurídico y Justiciabilidad. Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva, p.10.

²⁴² Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh. La justiciabilidad del derecho a la educación, 2013, pp. 13-15.

²⁴³ Al respecto, por parte del mismo relator, se ha mencionado que:

“36. Uno de los obstáculos que deben superarse tiene que ver con el costo de invertir en tecnologías de la información y las comunicaciones. La infraestructura tecnológica, junto con los programas informáticos, el apoyo técnico, la capacitación de los educadores y el mantenimiento, requieren un importante apoyo financiero del Estado. En el mundo en desarrollo, los dispositivos digitales no siempre son asequibles, ni para los estudiantes ni para los establecimientos de enseñanza públicos. Los elevados costos de la tecnología digital están obligando a las universidades a establecer consorcios para compartir recursos, costos e infraestructura.

37. La tecnología en la educación proporciona importantes beneficios, pero también puede menoscabar el derecho a la educación. Si bien una educación basada en los dispositivos digitales puede aportar ventajas mediante el acceso a una computadora o a un dispositivo electrónico, cuando los estudiantes o las escuelas carecen de los medios financieros para obtener dicho acceso, se quedan a la zaga.

Especial atención debe ponerse, en este punto, a las personas con discapacidad, incluso desde una perspectiva de género, pues a la población femenina se la ha negado, por cuestiones culturales, el acceso a la tecnología en diferentes espacios privados y públicos, acorde a estereotipos de su labor de género en la vida familiar y social²⁴⁴. Agregamos a esto, a su vez, contar con los espacios de esparcimiento necesarios, así como también de áreas verdes acordes a la superficie total de espacio físico. Es decir, la calidad implica -en un primer plano- condiciones básicas para el desarrollo de la actividad educativa.

2. Número de alumnos por clase y coeficiente alumnos/docente, es decir, evitar el hacinamiento en la sala de clases, aumentando el porcentaje de profesor o profesores por curso. Ello conlleva, a nuestro juicio, la posibilidad de mayor interacción entre el o la docente con sus estudiantes, propendiendo a un vínculo no sólo académico, sino personal en torno a las competencias del estudiante en el ámbito educativo, que permita reconocer sus habilidades y dificultades, de forma de sostener un mejor trabajo con el mismo²⁴⁵.

3. La necesidad de un marco normativo para la profesión docente, es decir, programas de formación y de entrega de competencias transversales a los mismos. Se trata de reivindicar la labor docente en aquellos eslabones de la enseñanza donde se ha ido perdiendo su relevancia (fundamentalmente, en la educación primaria y secundaria), volviendo a poner en perspectiva la necesidad de impulsar la valoración de quien realiza la labor docente. A su vez, ello conlleva la necesidad de adaptación de los mismos, por medio de pautas comunes, a

Cuando solo algunas escuelas cuentan con tecnología, o cuando las escuelas privadas pueden permitirse una mejor tecnología, aumentan las divisiones sociales existentes en cuanto a resultados educativos.

38. A este respecto, es importante señalar que, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados son responsables de proporcionar recursos para hacer efectivo el derecho a la educación. Reconociendo que la educación es uno de los fundamentos del desarrollo humano, los gobiernos deben, por norma, dedicar a la educación el máximo posible de fondos públicos. Para que los presupuestos se asignen a la educación sobre una base firme y duradera, es esencial disponer de un marco jurídico que proporcione un apoyo político y financiero sostenible. Los gobiernos no deben utilizar los cursos en línea masivos y abiertos para reducir la financiación pública y disminuir los costos de instrucción”.

Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh, 2016, pp. 9.

²⁴⁴ “41. La prestación de servicios de educación a través de la tecnología digital también puede contribuir a las disparidades entre los géneros. En la actualidad, en los países en desarrollo, los hombres tienen muchas más probabilidades que las mujeres de poseer y utilizar las tecnologías de la información y las comunicaciones. En los países de ingresos bajos a medianos, el número de mujeres que tienen conexión a Internet es un 25% menos que el de hombres, diferencia que se eleva a casi el 50% en algunas partes del África subsahariana.

42. Los niños con discapacidad se enfrentan a diversos obstáculos para acceder a las tecnologías de la información y las comunicaciones, ya que necesitan tecnologías de adaptación para utilizar computadoras, tabletas y teléfonos móviles. Además, es posible que sea necesario convertir a otro formato los contenidos digitales en línea. Los niños de los países en desarrollo que no asisten a la escuela rara vez tienen acceso a computadoras”.

Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh, 2016, pp. 9-10.

²⁴⁵ Al respecto, cabe destacar lo vinculado en el último informe de la relatoría sobre derecho a educación de Naciones Unidas: “Es importante distinguir entre equidad e igualdad en la educación. La igualdad se refiere a tratar a todos los alumnos por igual. Equidad es brindar a todos los alumnos lo que necesitan para lograr buenos resultados. Si bien es importante asegurarse de que todos los alumnos tengan igual acceso a una educación de alta calidad, las circunstancias particulares de algunos estudiantes pueden exigir un apoyo adicional para asegurarse de que puedan lograr buenos resultados. La equidad en la educación significa que hay una obligación de asegurarse de que las circunstancias personales o sociales, como el género, el origen étnico o la situación económica, no sean obstáculos que impidan acceder a la educación, y que todas las personas alcancen al menos un nivel mínimo de capacidades y habilidades”. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Koumbou Boly Barry, 2017, p. 6.

estrategias pedagógicas que se determinen desde estructuras nacionales y locales, junto con dotar de mejores condiciones a los mismos. Por ejemplo, ello supone disminuir las horas lectivas por las no-lectivas, i.e. aquellas de enseñanza efectiva en el aula de clases versus aquellas que se utilizan para la preparación de las mismas, creación de metodologías, revisión de evaluaciones, etcétera.

En cuanto a lo relevante establecido por la reciente ley que crea el Sistema de Educación Pública, se señala -con respecto al punto- que:

Artículo 5. Principios del Sistema.

El Sistema y sus integrantes se regirán por los principios señalados en el decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 20.370, y por los principios que se establecen a continuación:

- f) Calidad integral. El Sistema se orientará hacia la provisión de una educación de calidad que permita a los estudiantes acceder a oportunidades de aprendizaje para un desarrollo integral, llevar adelante sus proyectos de vida y participar activamente en el desarrollo social, político, cultural y económico del país. Para ello, el Sistema promoverá el desarrollo de los estudiantes en sus distintas dimensiones, incluyendo la espiritual, ética, moral, cognitiva, afectiva, artística y el desarrollo físico, entre otras, así como las condiciones para implementar y evaluar el cumplimiento del currículum, y las necesidades y adaptaciones que la comunidad educativa convenga, en lo pertinente. El Sistema velará por que el proceso educativo que se desarrolle en los establecimientos educacionales dependientes de los Servicios Locales provea a los estudiantes las oportunidades de recibir una educación de calidad, mediante actividades curriculares y extracurriculares, así como a través de la promoción de una buena convivencia escolar que prepare a los estudiantes para la vida en sociedad.*

Es interesante destacar que el sentido de calidad que entrega el texto tiene su significado como una característica que debe tener la educación para acceder a oportunidades de aprendizaje que permitan el pleno desarrollo del proyecto de vida del individuo, además de su participación en todos los planos de la vida social. Es decir, conceptualiza la necesaria calidad como un medio para ser efectiva la educación en sí misma. Dicho de otro modo, si la calidad se requiere para dicho fin, y hemos conceptualizado que la educación no es sino dicho objeto, la calidad es una condición sine qua non de la educación, o, de otro modo, una educación sin calidad no puede ser educación. En este sentido, el concepto de calidad no es meramente una idea cognoscible mediante la estandarización de resultados por mecanismos de evaluación, que, en su mayoría, fueron creados como métodos para otorgar un marco “objetivo” de elección de los padres sobre el establecimiento educacional para sus hijos (una

especie de rótulo que cuantifica “la calidad de la educación” para las leyes de la oferta y la demanda), sino que representa la referida idea de integralidad. Así, conviene recalcar -nuevamente- que dicha idea debe entenderse también en los contextos y subjetividades de las identidades sociales, más aún de las categorías sospechosas, debiendo adecuarse las condiciones para estudiantes de grupos vulnerables no sólo desde el acceso, sino desde cómo se entrega la educación a aquéllos.

Una educación de calidad para una etnia requiere que las formas de enseñanza impliquen la adopción de criterios y patrones culturales que permitan el correcto entendimiento entre docentes, estudiantes y paradocentes. La “occidentalización” de los contenidos y formas de expresar aquellos frente a culturas que se sienten ajenas a aquello no es sólo no respetar los criterios de interculturalidad e identidad étnica (de aquí que todo lo concerniente a calidad con ello está íntimamente relacionado), sino que corre el riesgo de caer en un acto per se violento, pues desconoce plenamente a un otro diferente, negándole, precisamente, su diferencia. Y es que esa diferencia, más aún en términos de la autoconsciencia, pueden resultar el elemento configurativo de la identidad y por ende de la individualidad. Hay un derecho a la cultura y también al lenguaje. Una cuestión similar ocurre al momento de analizar el DE de la población migrante en Chile: el sólo hecho del lenguaje se transforma en una barrera de entrada, pero al igual que como se explicará en la población sordomuda, criterios especiales pero no comunes a la comunidad educativa pueden implicar el ingreso a la educación formal pero no a sus distintas áreas, pues el proceso educativo es mucho más que la mera aprehensión de saberes-contenidos. La posibilidad de comunicarse implica la posibilidad de reconocimiento, y la posibilidad de reconocimiento la de formarnos y entendernos como parte de lo social desde las diferencias que nos permiten individualizarnos y vivir en base a ellas. El directo opuesto es la percepción única del individuo, lo que podría redundar en una sobrestimación del yo por sobre el conjunto, yendo en contra de la sociedad por omisión de la misma sociedad, atentando contra el fin comunitario mismo de la educación.

Por ejemplo, en el contexto de la educación a la población carcelaria, un sistema de educación debe hacerse cargo (primero, claro, existiendo como un plan integral del Estado) de las especiales condiciones de vulnerabilidad del sector. Por una parte, los programas educativos especiales se reciben, muchas veces, como forma de obtener beneficios carcelarios más que por el entendimiento de la educación como herramienta de retorno social. Desde el Derecho Penitenciario, el acceso a la educación se transforma -como vicio- en una carrera por obtener las mejores concesiones en relación al término de la privación de libertad en sí. Por otro lado, un sistema que mira sólo la educación desde la cárcel y no hacia la sociedad corre el riesgo de mantener la estigmatización que hoy ha formado: viendo la educación como un todo, se genera el peligro de provocar expectativas en los

reclusos para luego desertar de lo aprendido o la continuidad del proceso ante una sociedad que no entrega oportunidades a personas que han estado privadas de libertad.

La población sordomuda es otro gran ejemplo. No sólo una educación que no conoce de lenguaje de señas haría imposible el mero acceso a aquélla, sino que una institución que entienda el DE de forma estricta como mero contenido y que no prepare a toda la comunidad educativa para el acto comunicativo en sí (que aparece como el acto previo a la existencia misma de la individualidad debido a la radicalidad de la expresión individual en el reconocimiento), es una institución que no comprende la integralidad del DE, y por ende no se sostiene bajo parámetros de la calidad necesaria de la misma educación. Si no existe un compromiso institucional no existe, entonces, reconocimiento: es imposible la interpelación de todos a todos, sino que es sólo de algunos a algunos. Ello redundante, inevitablemente, en discriminación: el sólo acto de exclusión implica una falencia institucional no sólo en el acto educativo, sino en el acontecer social. A su vez, el compromiso no puede ser sólo de las instituciones educativas: la educación informal también forma parte del todo educativo y del concepto de educación permanente. Una sociedad que no tiene las herramientas para interactuar con población sorda, ciega, muda o sordomuda es una sociedad que castiga a aquellos excluyéndolos de aquella idea de educación que se construye bajo los cimientos del desarrollo social diario, por el sólo hecho de no contar con -precisamente- la educación en materias de comunicación.

Por último, ello se ve también en materias que se abordan desde nuevas categorías sospechosas, como la población trans. Nuevamente, puede haber un acceso no discriminatorio, pero no contar con condiciones básicas de infraestructura (por ejemplo, que existan baños mixtos no excluyentes que permitan un desenvolvimiento natural de aquellos y aquellas cuya identidad de género no se condice con el género socialmente asignado a su sexo) o de preparación docente y paradocentes en términos del trato del reconocimiento de su identidad de género por sobre su sexo y nombre registral. De pensarse lo contrario, estaríamos sometiendo a violencia simbólica y psicológica a la población trans en el propio espacio que debe educar en torno a la convivencia sana, la paz social, la justicia, igualdad y los derechos humanos. Así, si la educación de calidad es aquella que provee los medios para un desarrollo integral del individuo y poder llevar a cabo sus proyectos de vida, la educación intra-establecimiento y las condiciones materiales de desenvolvimiento para estas distintas expresiones de la vida social no sólo resultan recomendables, sino un verdadero imperativo.

Todo lo anterior, nos retrotrae a la idea de exigibilidad del DE: mucho más que su justiciabilidad en torno a la posibilidad de su tutela mediante el recurso de protección, nos indica la necesidad de entender la educación como un todo presente en todas las esferas de la vida social.

A nivel de derecho constitucional comparado, se menciona la calidad como característica de la educación que se entrega con el DE en las constituciones de Ecuador, en su artículo 27, de Bolivia, en su artículo 78 n°1 y de Venezuela, en su artículo 103, entre otras.

V. c. iv. Educación no sexista.

No obstante existe un punto de integración y no discriminación, sostenemos que -arraigando las posiciones que sustraen consecuencias de la historia misma- urge determinar con ahínco que la educación no debe ser sexista tanto en el acceso a la misma como en los contenidos de aquella. Esto ha sido también una preocupación de Naciones Unidas, lo que devela la especial atención que se debe gestar en este punto.

Katarina Tomaševski ya lo anunciaba el año 2002: “El fortalecimiento y la ampliación de los compromisos de lograr la igualdad de los géneros en el acceso a la educación aún no han hecho que evolucionen hacia unos compromisos similares de lograr la igualdad de géneros mediante la educación. Existe una diferencia colosal entre ambas ideas. La escolarización de las niñas a menudo fracasa porque la educación como sector individual no genera, por sí solo, unos incentivos suficientemente atractivos para los padres de las niñas y para ellas mismas si las niñas que completan la educación no pueden aplicarla para mantenerse a sí mismas y/o ayudar a sus padres. Los años de asistencia a la escuela parecen una pérdida de tiempo cuando las mujeres no tienen acceso al empleo y/o se les impide trabajar por cuenta propia, no tienen elección en lo que respecta al matrimonio”²⁴⁶. En el mismo sentido, que “el cambio terminológico en materia de género debe basarse en un cambio conceptual que abarque tanto las características de uno y otro sexo como las relaciones entre ellos. En la enseñanza, el problema consiste en elaborar estrategias para alcanzar la igualdad de género en la educación y mediante la educación. Por consiguiente, el criterio para evaluar los progresos ha de ser la igualdad tanto de las mujeres como de los hombres, y no simplemente la igualdad entre uno y otro sexo (...) En el marco de las estrategias de desarrollo encaminadas a erradicar la pobreza a nivel mundial el derecho a la educación se ha convertido en un poderoso instrumento para incorporar los derechos humanos y la igualdad de género. Se ha afirmado universalmente que la pobreza es un obstáculo clave para el disfrute de ese derecho. Las cuestiones de género inciden claramente en la pobreza, puesto que la denegación y la violación de los derechos humanos, incluido el derecho a la educación, afecta desproporcionadamente a las niñas y a las mujeres. Como resultado de una conjunción de diferentes motivos de exclusión y discriminación, las nuevas generaciones -especialmente las niñas- quedan atrapadas en un círculo vicioso de denegación de los derechos en el que la falta de acceso a la educación conduce al matrimonio y la

²⁴⁶ Tomaševski, (2002), op. cit. p. 20.

maternidad precoces, que perpetúan y aumentan la pobreza: una relación circular que es preciso romper mediante una educación basada en los derechos que permita salir de la pobreza”²⁴⁷.

De esta manera, para eliminar los prejuicios de género como categoría amplia que existen aún en nuestra sociedad basándose en el sexo de cada persona, debe educarse desde los contenidos que planteen en todas sus áreas la igualdad entre hombre y mujer o quienes no se definan bajo dichas categorías en atención a su identidad de género, evitando contenidos discriminatorios que acentúan los roles que socialmente se han asignado a cada uno. Es decir, potenciar conocimientos integrales que perpetúen no sólo el respeto, sino las capacidades para cada persona sin discriminación, sin perpetuar una imagen conservadora de lo que se ha planteado debe un hombre o una mujer desempeñar por el sólo hecho de ser tales.

Ello implica, entonces, una educación feminista. Una educación que no perpetúa roles mediante el proceso de enseñanza implica reconocer la igualdad formal entre hombres y mujeres, pero desde la necesidad -a su vez- de tomar para sí años de historia. El rol secundario de la mujer en y desde la educación formal ha sido una tónica en la historia, solucionándose sólo en los últimos 100 años. Eso explica, entonces, una notable desventaja: es aquella la que debe reconocerse y tomarse en cuenta, para que la educación no fortalezca las diferencias que aún persisten derivadas de los enfoques que suelen determinarse para la vida profesional según el sexo, tanto desde el ingreso a la educación formal (sobre todo superior) y el contenido educacional mismo.

Existe, así, una idea holística: la mujer debe ingresar al sistema educativo, y en el sistema educativo debe enseñarse precisamente dicha equidad. Eliminar prejuicios que existen dentro y fuera del aula, pues, por ejemplo, se ha señalado que “la privatización de la educación también aumenta la discriminación contra las niñas en lo que se refiere a las oportunidades de acceder a la educación. Es bien sabido que las familias conceden prioridad a la educación de los niños sobre la de las niñas y que las niñas tienen menos probabilidades de matricularse en centros educativos privados debido a la percepción de los padres sobre la rentabilidad obtenida de los costos de la educación de las niñas en comparación con la de los niños”²⁴⁸. Que las familias no repitan ese círculo debe darse por oportunidades para el efectivo acceso a las mujeres, y que involucren una educación pública fuerte, gratuita y de calidad que haga posible el acceso universal sin tener qué escoger entre un sexo debido a las condiciones de pobreza de las respectivas familias. Y, por cierto, educar en torno a ello, para que aquellos prejuicios y perspectivas no se repitan en un futuro.

²⁴⁷ Tomaševski , (2004), op. cit. pp.16-17.

²⁴⁸ KISHORE SINGH (2015), op. cit., p.14.

Cabe hacer notar que la educación sexista no se desarrolla sencillamente a partir de la enseñanza de roles, lo que efectúa violencia simbólica al establecer una predeterminación forzada, actuando en contra de quienes no desean adquirir dichos roles, o sencillamente proyectan visiones completamente distintas de aquellos. También implica revisar los contenidos para evitar la reproducción de prejuicios que existan, pero también tomar los resguardos en el aula de clases en sí. La labor docente debe ser educar en torno a tales, y no plantear ideas cosificadoras de un sexo u otro, cuidar el trato entre estudiantes y la relación en general de la comunidad educativa con docentes y paradocentes, previniendo y sancionando el acoso y abuso sexual en relaciones de poderío u horizontalidad, concediéndolo como una realidad de la vida social que debe atajarse desde los primeros años de enseñanza.

En este sentido, en los Principios de Yogyakarta se señala, en particular en su principio N°16, que los Estados “adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a la educación en igualdad de condiciones y el trato igualitario de estudiantes, personal y docentes en el sistema educativo”. Por otro lado, en la convención Belém do Pará, o Convención Americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, se señala en su artículo 8 como parte de las medidas que deben tomar los estados: “a. Fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho a la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos; b. Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquier de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer”. De dicha manera, lo en este punto argumentado camina en pleno sendero de lo establecido por los cuerpos internacionales reconocidos por Chile y que refieren particularmente a la categoría sospechosa expresada en el presente apartado.

La Ley de Inclusión, en modificación a la LGE, agregó al apartado en que define la Integración como un principio del sistema educativo chileno, la idea de la inclusión. Señala en su art. 1 letra e) que debe modificarse aquel apartado por “El sistema propenderá a eliminar todas las formas de discriminación arbitraria que impidan el aprendizaje y la participación de los y las estudiantes.

Asimismo, el sistema propiciará que los establecimientos educativos sean un lugar de encuentro entre los y las estudiantes de distintas condiciones socioeconómicas, culturales, étnicas, de género, de nacionalidad o de religión.”.

En el artículo original de la LGE²⁴⁹ no se consideraba la variable género, la que es, entonces, incluida mediante la reciente reforma del año 2016.

Por último, a nivel comparado, nuevamente, esta temática no innova, sino más bien nos demuestra la urgencia de actualizar nuestra carta constitucional en torno a redefinir el DE. Así, por ejemplo, el art. 79 de la constitución boliviana señala que se deberá propender a la equidad de género desde la educación por medio de la entrega de valores, mientras que el artículo 27 de la carta magna ecuatoriana señala que se impulsará la equidad de género como un valor por medio de la educación.

V. c. v. Educación inclusiva y no discriminatoria.

Volviendo a la Ley General de Educación, ésta señala que:

Artículo 3.

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

(...)

c) Equidad del sistema educativo. El sistema propenderá a asegurar que todos los estudiantes tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad, con especial atención en aquellas personas o grupos que requieran apoyo especial.

(...)

e) Diversidad. El sistema debe promover y respetar la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la diversidad cultural, religiosa y social de las poblaciones que son atendidas por él²⁵⁰.

(...)

²⁴⁹ Artículo 3 letra j): "Integración. El sistema propiciará la incorporación de alumnos de diversas condiciones sociales, étnicas, religiosas, económicas y culturales".

²⁵⁰ La Ley 20.845, o Ley de Inclusión, modifica este punto reforzando el rol de las familias en la idea de la diversificación de los proyectos educativos, al señalar en su artículo 1 letra b) que el punto debe pasar a modificarse por el de "f) Diversidad. El sistema debe promover y respetar la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la diversidad cultural, religiosa y social de las familias que han elegido un proyecto diverso y determinado, y que son atendidas por él, en conformidad a la Constitución y las leyes".

h) Flexibilidad. El sistema debe permitir la adecuación del proceso a la diversidad de realidades y proyectos educativos institucionales²⁵¹.

(...)

j) Integración. El sistema propiciará la incorporación de alumnos de diversas condiciones sociales, étnicas, religiosas, económicas y culturales²⁵².

De esta manera, la LGE impronta como principios básicos -extensibles, en nuestra consideración, a la educación superior- la equidad como valor fundamental, y la integración. No obstante, en esa integración habla de cuatro categorías: dos muy amplias (sociales y culturales) y dos más estrictas (étnicas y religiosas).

Aquello es problemático pues podría existir -como se ha gestado- una colisión con otro principio establecido en el mismo artículo:

d) Autonomía. El sistema se basa en el respeto y fomento de la autonomía de los establecimientos educativos. Consiste en la definición y desarrollo de sus proyectos educativos, en el marco de las leyes que los rijan.

A pretexto de la autonomía de las instituciones, hay criterios básicos que no pueden soslayarse, tanto por la misma LGE como por lo establecido en tratados internacionales, y, por supuesto, otros derechos fundamentales que enarbola nuestra CPR, que tutelan indirectamente el DE ante su falta de justiciabilidad y la carencia de un contenido constitucional del mismo.

Por otro lado, la Ley que crea el Sistema de Educación Pública señala en su art. 5 letra b como valor de la educación pública (en conjunto con los ya mencionados de la LGE) que:

Artículo 5.

b) “Desarrollo equitativo e igualdad de oportunidades. Los integrantes del Sistema deberán ejecutar medidas de acción positiva que, en el ámbito educacional, se orienten a evitar o compensar las consecuencias

²⁵¹ Nuevamente, la Ley de Inclusión modifica este punto asegurando la libertad de enseñanza, al contemplarlo por medio de su artículo 1 letra d) ahora como: "i) Flexibilidad. El sistema debe permitir la adecuación del proceso a la diversidad de realidades, asegurando la libertad de enseñanza y la posibilidad de existencia de proyectos educativos institucionales diversos".

²⁵² Cabe destacar, como ya fue mencionado, que la ley 20.845 (o Ley de Inclusión) modifica aquello en tanto señala en su artículo 1 que: e) Reemplázase la letra j), que ha pasado a ser k), por la siguiente:

"k) Integración e inclusión. El sistema propenderá a eliminar todas las formas de discriminación arbitraria que impidan el aprendizaje y la participación de los y las estudiantes.

Asimismo, el sistema propiciará que los establecimientos educativos sean un lugar de encuentro entre los y las estudiantes de distintas condiciones socioeconómicas, culturales, étnicas, de género, de nacionalidad o de religión."

derivadas de las desigualdades de origen o condición de los estudiantes, velando particularmente por aquellos que requieran de apoyos especiales y una atención diferenciada, con el propósito de que puedan desarrollar al máximo sus potencialidades”.

Para esto, también conviene revisar una idea sistemática de la ley. La ley antidiscriminación del año 2012 (posterior a la aprobación de la LGE), señala aquellas categorías sospechosas de discriminación a partir de la definición del concepto de discriminación arbitraria:

Artículo 2.

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

No existe razón alguna para que aquellas categorías -salvo aquellas que no dicen relación con el mundo educativo- hoy no tengan aplicación en lo vinculado a la educación. De esta manera, una educación inclusiva debe ser aquella que tenga en cuenta todas aquellas categorías, generando mecanismos positivos de inclusión a aquellas, y también evitando su discriminación no sólo en la integración, sino también dentro del mismo proceso educativo.

La idea de la doctrina alemana de igualdades esenciales nos lleva a pensar que debe tratarse lo igual como igual y lo desigual como desigual. Es decir, estos grupos históricamente vulnerados no deben ser tratados de igual forma a lo que podría ser una persona excluida de dichas categorías. Ello implica la necesidad de acciones positivas que pongan en un escalafón de igualdad con los integrantes de la sociedad que no han sido partícipes de las discriminaciones históricas de la sociedad.

La inclusión requiere generar todos los mecanismos para el acceso de ellos. Por ejemplo, generar programas de idioma para razas, etnias o nacionalidades distintas a la chilena, en atención al compromiso de la

interculturalidad y la migración como un derecho fundamental a partir de la libertad ambulatoria reconocida en el artículo 19 N°7 de nuestra CPR; generar programas de educación a todos y todas las personas que integran la comunidad universitaria para acoger a aquellos integrantes de la misma que se podrían ver afectados por su orientación sexual o identidad de género, además de, en este último escalafón, generar medidas concretas como el respeto al nombre social por sobre el nombre registral, y la incorporación de baños mixtos. En otro plano, urge considerar a la población con discapacidad, pues un sistema educacional que no contempla sus necesidades es un sistema educacional que se abstrae del cumplimiento del DE, aislándolos de facto. También agregamos, como ha sido mencionado, la necesidad de incorporar a la población carcelaria con planes estatales, pues ellos no han perdido su DE, menos desde la característica de la permanencia del proceso educativo, entendiéndolo como un todo social. Más aún, teniendo la pena un fin de reinserción social, no pueden no sólo cercenarse los derechos fundamentales de la población carcelaria, sino que el derecho penitenciario debe plantearse objetivos que hagan plausible dicha idea. De esta manera, sostenemos que el principio no debe ser sólo argumentado desde el abstracto de la no discriminación, sino que ello debe ser un principio de cierre, haciendo énfasis en tomar actitudes positivas frente a los grupos de las categorías sospechosas aquí mencionadas.

En énfasis, la educación -derivada de los mismos puntos señalados- debe desarrollarse desde una perspectiva intercultural, que aborde y tome las distintas expresiones culturales que se desarrollan en nuestro país, tanto de sus pueblos originarios como de aquellas identidades que, debido al fenómeno internacional de migración, puedan ser incorporados al sistema educativo.

Con respecto a este punto, Tomaševski señala que “en la historia de la educación, a lo largo de su lucha para superar las exclusiones, se observan casos de segregación por todas las causas de discriminación que hoy en día están prohibidas. La segregación racial, en su forma extrema de apartheid, suscitó los primeros llamamientos internacionales para su eliminación, así como la firma de los tratados internacionales que prohibían la discriminación en la educación y que hicieron posible su erradicación. Las niñas solían estar, y aún lo están en algunos países, separadas de los niños, y las escuelas exclusivamente femeninas o masculinas siguen siendo un tema muy debatido (E/CN.4/2000/6/Add.2, párr. 83). A varias comunidades religiosas se les permite frecuentemente educar a "sus" niños por separado, como en Irlanda del Norte. Otras veces se utiliza la lengua como justificación de la segregación escolar, lo que ha generado un aluvión de denuncias judiciales en el Canadá. Los niños con discapacidades suelen aún estar segregados en "escuelas especiales", a pesar de las abrumadoras pruebas empíricas a favor de la integración escolar”²⁵³. Por último, compartimos que “la diversidad de matrículas orienta la atención en otra dirección, para reconocer la identidad distinta de cada niño, que abarca desde la edad,

²⁵³ Tomaševski (2002), op. cit. p. 18.

el sexo, la raza, la religión o la etnicidad, hasta la aptitud o aptitud insuficiente, la importancia del entorno familiar del niño (o la falta del mismo), la distancia que el niño debe recorrer hasta la escuela, u otras exigencias que pesan sobre el niño y pueden afectar al proceso de aprendizaje. Los intensos debates intelectuales sobre el significado de "calidad" o "importancia" entre pedagogos y educadores demuestran el inmenso progreso realizado para aclarar los propósitos y objetivos que debe tener la educación. La ventaja para los derechos humanos de los fines y medios definidos de educación constituye una oportunidad para hacer una contribución útil"²⁵⁴.

Como podrá apreciarse, el valor de la no discriminación resulta consustancial a la idea de la calidad en la educación, en medida de que una educación de calidad debe adaptarse a los contextos y exigencias de los distintos grupos que componen nuestra sociedad. Al igual que el acceso al DE, son categorías íntimamente relacionadas y abarcadas precisamente desde la idea de calidad, resignificando su identidad más allá de -como se ha mencionado- las meras estandarizaciones de resultados en evaluaciones nacionales.

Nuevamente, la temática se encuentra presente en la definición constitucional del DE a nivel comparado. Ya sea como inclusión social, según el artículo 26 de la carta magna ecuatoriana, o como la no discriminación como un valor, según el artículo 73 de la constitución de Paraguay, el artículo 79 de la constitución de Bolivia, o el artículo 75 N°19, inciso 2° de la carta fundamental de Argentina. En cuanto a la determinación de categorías sospechosas en sí, cabe destacar el caso venezolano, que en el artículo 103 de su Constitución reconoce el DE de personas privadas de libertad como de de personas discapacidades o necesidades especiales, señalando que "la ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad y a quienes se encuentren privados o privadas de su libertad o carezcan de condiciones básicas para su incorporación y permanencia en el sistema educativo".

V. c. vi. Comunitaria y Participativa.

Como señalamos con anterioridad, nuestra CPR establece como un deber de la sociedad participar del proceso educativo. Al respecto, sobre el concepto de sociedad, "(...) llámese sociedad civil aquel cuerpo mayor que, comprendiendo multitud de hombres y variedad de grupos natural o libremente formados, tiene por misión crear, mantener y afirmar las condiciones favorables a la consecución por cada uno de sus miembros de su fin específico, con el objeto de hacer posible el perfeccionamiento de todos, sin daño, y, al contrario, propendiendo al feliz destino ultraterreno de todas las personas que la integran"²⁵⁵.

²⁵⁴ Tomaševski (2003), op. cit. p. 14.

²⁵⁵ SILVA BASCUÑAN (1997), op. cit. pp. 168-169.

Ello tiene sentido debido a la radical importancia del DE presentada a lo largo de esta exposición, pues “la educación es el objeto del derecho subjetivo a la educación y como tal derecho subjetivo supone el reconocimiento de algo en interés y beneficio del sujeto al que se reconoce. De ahí que, como punto de partida, hay que centrar la atención en tal interés”²⁵⁶.

En cuenta de la importancia definida en este mismo texto de la educación y su conceptualización como derecho, en torno a la idea de retorno social de la misma, tiene absoluto sentido el aporte de la comunidad a la misma. La relevancia está en cómo ello se gesta. Para involucrar a los distintos actores, debe conceptualizarse aquella participación como un derecho en todos los niveles educativos, mandando -constitucionalmente- a generar espacios para que todos los actores puedan tener incidencia real en las distintas instancias educativas. Ello no es ajeno a la realidad actual, pero sí tiende a ser desconocido por instituciones privadas. Consejos Escolares o Consejos con distintos nombres a nivel de Educación Superior se han generado en colegios y universidades. Ello implica una participación directa, que no debe supeditarse sólo al derecho a voz, sino a voto, para así ser incidencia real, de los distintos estamentos que a su vez son expresión de la sociedad. Recordamos que ello no es una mera expectativa, pues actualmente nuestra CPR define como un deber de la sociedad participar del proceso educativo.

Al respecto, el artículo 5 de la Ley que crea el Sistema de Educación Pública, en cuanto a sus principios, considera la integración con el entorno y la comunidad:

Artículo 5. Principios del Sistema. *El Sistema y sus integrantes se regirán por los principios señalados en el decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 20.370, y por los principios que se establecen a continuación:*

- a) *Integración con el entorno y la comunidad. El Sistema se encargará de promover el desarrollo de conocimientos, habilidades y valores que permitan a las personas y comunidades contribuir a asegurar, desde sus propias identidades, su supervivencia y bienestar, a través de una relación creativa y constructiva con sus respectivos entornos, reconociendo la interculturalidad, según lo establecido en el artículo 3, letra m), del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación. Para ello, los establecimientos educacionales dependientes de los Servicios Locales deberán propender a formar personas conscientes de su individualidad y de pertenecer a una comunidad y a un entorno, promoviendo una cultura de paz, justicia y solidaridad, participativa y democrática, comprometida con la conservación del medio ambiente.*

²⁵⁶ COTINO, (2012) op. cit., p. 53.

Como podrá apreciarse, el sentido de comunidad que le entrega el artículo en cuestión dice relación con una adaptación de la realidad educativa a la comunidad en la que se desenvuelve, lo que vendría a ser un primer plano de una educación comunitaria.

Podemos, así, diferenciar dos aristas:

i) Una educación para la comunidad, que se haga en consideración a sus circunstancias particulares. En este sentido, tiene plena consideración la idea de interculturalidad e identidad cultural como valores de esta educación comunitaria.

ii) Una educación por la comunidad, o educación participativa, donde a nivel orgánico la comunidad misma tenga espacios para interferir en el desarrollo de esa misma educación en sus distintas facetas, asegurando la participación de sus respectivos actores.

En el primer plano mencionado, nuevamente, la referida Ley establece aspectos organizacionales:

Artículo 18. Funciones y atribuciones.

Los Servicios Locales tendrán las siguientes funciones y atribuciones, las cuales se entienden sin perjuicio de aquellas que corresponden a los sostenedores de establecimientos educacionales:

c) Desarrollar la oferta de educación pública en el territorio que le corresponda y velar por una adecuada cobertura del servicio educacional, de acuerdo a las particularidades del territorio. Para ello deberá identificar las áreas de expansión poblacional y aquellas en que la cobertura pública sea insuficiente. En el marco de esta función, velará por la continuidad en la trayectoria educativa de los estudiantes, desde la educación inicial hasta el término de la educación media, y se vinculará con las instituciones de educación superior de la región. En el caso de la formación técnico-profesional, velará por la pertinencia de la oferta de especialidades respecto de las necesidades de desarrollo del territorio y propenderá a una debida articulación con la educación superior para el desarrollo de trayectorias formativas, con especial énfasis en la coordinación con los centros de formación técnica estatales y en coherencia con la Estrategia Regional de Desarrollo respectiva. En el ejercicio de esta facultad deberá tener especial consideración por el desarrollo de la oferta educacional para las personas que se encuentren bajo cualquier régimen de privación de libertad o programa de reinserción social, y deberá coordinarse con los servicios públicos que administren los establecimientos en que dichas personas se encontraren detenidas o privadas de libertad.

ñ) *Celebrar convenios con municipalidades en todas las materias que resulten relevantes para el cumplimiento de su objeto. Se entenderán incluidos entre estos convenios aquellos que permitan facilitar el acceso de los estudiantes de los establecimientos educacionales de dependencia del respectivo Servicio Local a los servicios provistos por municipalidades. Igualmente se entenderán incluidos aquellos convenios que permitan el uso compartido de los establecimientos educacionales a fin de realizar actividades comunitarias, de conformidad con las funciones de las municipalidades establecidas en la ley, resguardando, en todo caso, de manera preferente el derecho a la educación de los estudiantes.*

o) *Celebrar convenios o acuerdos con organismos públicos o privados para abordar asuntos de interés común. En particular, podrá vincularse con las instituciones de educación superior para, entre otros, favorecer la formación inicial docente y el desarrollo profesional, la innovación pedagógica y la investigación educativa. En el caso de la educación técnico-profesional, dichos convenios podrán abordar la coordinación de trayectorias educativas, el acceso a prácticas profesionales y la inserción laboral de los estudiantes, entre otros.*

En este sentido, urge una institucionalidad que se haga cargo de la participación de la sociedad en la misma educación más allá del enfoque territorial que puedan determinar unidades del Estado, en este caso -para la educación primaria y secundaria- los Servicios Locales de Educación Pública (SLEP). A nivel universitario o terciario, queda pendiente el cómo se conjugarán Consejos Universitarios de participación triestamental, según se discuta en la nueva Ley de Educación Superior. Lo cierto es que, con este punto, no innovamos: está expresado en nuestra Carta Fundamental el deber de la sociedad. Debemos reconfigurar ello también como un derecho, de manera que se haga exigible las maneras institucionales de poder aportar desde la configuración de sus actores y representantes de la comunidad, por ejemplo, en los mismos SLEP a través de sesiones abiertas a la misma.

Nuevamente, a nivel comparado, el artículo 78 n°1 de la carta fundamental boliviana habla de una educación comunitaria, o desde el territorio y con un enfoque cultural según los artículos 78 N°3 y 80 N°1 del mismo país, como en el mismo sentido lo señala el artículo 73 de la Constitución de Paraguay.

V. c. vii. Permanente.

Un punto de relevancia dice relación con la ya tratada idea de que la educación es un proceso permanente del individuo, a través de la educación formal, no formal e informal. Como señala Cotino, “el DE incluye el derecho de formarse, de aprender, de educarse, de ser enseñado. Y todo ello más allá del sistema educativo y la configuración del servicio público de la educación”²⁵⁷. De esta manera, se reconoce el ámbito amplio que implica la enseñanza. Reconocer la educación como un proceso permanente, implica que el DE debe vehicular aquello

²⁵⁷ *Ibíd.*, p. 63.

asegurándola (a través de todas las ideas mencionadas con anterioridad) por medio de los planos anteriores mencionados.

Nuevamente, cabe destacar que ello es también reconocido por nuestra Constitución Política, en tanto señala en su artículo 10 inciso 1 que “la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”.

A nivel comparado, se ha señalado esta forma del DE en el artículo 73 de la Constitución Política de Paraguay, donde resulta pertinente destacar el carácter de integralidad que le da a la educación, asumiéndola, a su vez, como un proceso permanente, y en el artículo 26 de la Carta Fundamental ecuatoriana, entendiendo la educación como un proceso "a lo largo de la vida" de la persona.

V. c. viii. Intercultural, de Identidad y territorio.

Siendo ya expresado con anterioridad, y como reflejo también desde una educación desde la comunidad y el territorio, resulta de amplísima relevancia tener en consideración las subjetividades de cada espacio en el cual se desarrolla el proceso comunicativo, de forma de responder a las necesidades sociales y económicas de determinado espacio. Ello lleva, por supuesto, el respeto a las costumbres, idioma, cultura e incluso geografía y arquitectura que determinan la identidad, participantes de la propia configuración del ser.

Conceptos similares se ven a nivel comparado. Bolivia habla en su constitución de una educación plurilingüe (artículo 78 N°1) y basada en la identidad y desarrollo de los pueblos (artículo. 80 N°2), e intercultural y de integración de pueblos (artículo 80), al igual que en Paraguay en su artículo 73 y los artículos 26 y 28 en Ecuador. Por su parte, este último país también habla sobre la educación como eje estratégico para el país en el artículo 27, lo que tiene sentido no sólo desde la idea de una educación unitaria, sino una que se hace, precisamente, cargo de las necesidades y fortalezas estratégicas de cada territorio.

V.d. Hacia una propuesta de reforma.

Se hace imperioso materializar lo anteriormente señalado en una propuesta de reforma constitucional que aborde lo ya explicado y argumentado, de forma de delimitar las obligaciones del Estado y lo concerniente al ámbito exigible (por medio de la propuesta de reforma al recurso de protección) del Derecho a la Educación. Como señala Muñoz, “incluir en el marco normativo las obligaciones de respetar, proteger y cumplir el derecho a la educación, constituye, entonces, una necesidad indiscutible, de modo que el Estado pueda implementar todas las acciones

inmediatas y programáticas para garantizar la realización de este derecho humano. Estas acciones no se limitan al fomento de la actividad educativa ni al respeto a la libertad de enseñanza, sino que también requieren tomar medidas concretas y poner en práctica acciones afirmativas para que todas las personas puedan disfrutar este derecho²⁵⁸.

De esta forma, sosteniendo el fin de la educación y el DE como la forma de vehiculizar aquello, y tomando en consideración lo ya establecido por nuestra Carta Constitucional, sostenemos que un adecuado artículo referido al DE (siguiendo la línea de nuestra CPR, que toma -prácticamente- un derecho fundamental por artículo), debiese considerarse lo siguiente:

Artículo 19 N°10.- El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida, preparándolas para la convivencia entre los diversos actores de la misma y el desarrollo de una sociedad justa, libre e igualitaria.

La educación deberá desarrollarse como una herramienta desde y para el respeto y promoción de los derechos humanos, con énfasis en el desarrollo de la personalidad, la promoción de la justicia social, el respeto, la solidaridad, el valor por la diferencia, la no discriminación, la equidad de género, la paz social, la sustentabilidad y cuidado del medioambiente, la igualdad, la interculturalidad y respeto por los pueblos, el pensamiento y sentido crítico y la dignidad humana.

Para el Estado es obligatorio respetar, proteger y cumplir el derecho a la educación en sus distintos niveles, siendo la educación parvularia, básica y media obligatoria. En aquellos, incluyendo el nivel superior y técnico, es deber del Estado establecer un sistema de educación pública gratuito y destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población, de calidad, basado en la equidad de género, la no discriminación, con énfasis en la comunidad y su participación, comprendiéndose como un proceso permanente del individuo y la sociedad, y que alcance y desarrolle las necesidades del territorio, la identidad y la interculturalidad. Asimismo, es un derecho de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación;

²⁵⁸ MUÑOZ, Vernor. El derecho a la educación: una mirada comparativa. Oficina Regional de educación para América Latina y el Caribe, Oficina Santiago, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, p. 37.

La educación deberá considerar y abarcar todas las áreas e identidades de la población, no pudiendo el Estado omitirse de su entrega a sectores vulnerables de la misma, como la población étnica, migrante, privada de libertad o con discapacidad, teniendo que adecuar su institucionalidad a las necesidades propias de aquéllos.

Corresponderá al Estado, asimismo, 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 preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho, donde la convivencia con el sistema privado se someta a los estándares definidos por ley en armonía con lo preceptuado en el presente artículo.

SEXTO CAPÍTULO – No existe Derecho a la Educación sin tutela del mismo.

VI. a. La tutela jurisdiccional como mecanismo para eficacia del Derecho.

En el presente capítulo expondremos la necesidad de la tutela del DE en nuestro ordenamiento, señalando mecanismos institucionales para dotar de efectividad al derecho, y el rol que en este esquema le corresponde al Estado como garante de derechos fundamentales.

La Carta Fundamental en su artículo 19 se encarga de garantizar una serie de derechos fundamentales a todas las personas, justamente por ser tal texto constitucional el medio que tiene el pueblo soberano para resguardarse frente al aparato estatal. La garantía de los derechos fundamentales regulados en la CPR se refiere al “conjunto de medios que el ordenamiento prevé para la protección, tutela o salvaguardia de los derechos fundamentales”²⁵⁹. Es así como se ha entendido doctrinariamente que estos derechos pueden ser tomados como mecanismos de defensa frente al poder estatal, quien en primer término es encargado de darles reconocimiento, respetar, promover y por consiguiente tutelar tales garantías.

Es justamente ese conjunto de medios que el ordenamiento no contempla cuando hablamos de tutela efectiva al DE. Aquello por ser este un derecho de contenido social que el constituyente de facto no consideró primordial tutelar. La discusión doctrinaria ha avanzado en distintos niveles, según nuestro parecer bastante alejada del lenguaje de los derechos, más bien centrada en defender y sobreproteger derechos o libertades que ya están lo suficientemente potenciadas en materia educacional, con ayuda sin duda alguna del rol de subsidiariedad estatal. En el mismo sentido, la educación entendida como una mercancía para quien tenga como pagarla, no ha sido foco de atención preferencial de la clase política, así los distintos gobiernos desde la vuelta a la democracia han arrastrado el problema de su tutela como piedra en el zapato, pese a los esfuerzos de movimientos estudiantiles y sociales que reivindicaron como derecho esencial para todas las personas, reclamando su carácter universal y gratuito como tarea a reconocer por parte del Estado.

Particular examen para estos efectos merece la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 410/2004 sobre derechos educacionales. El TC afirma que éstos son «derechos esenciales». Tal aseveración da cuenta de un estatus constitucional de relevancia, instaurándolos el constituyente como derechos que, de conformidad al art. 5 CPR, se ordenan como un límite al poder soberano, disponiendo, en consecuencia, un criterio de equivalencia constitucional entre los derechos educacionales y cualquier otra categoría de derechos. En el considerando 2° y

²⁵⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis María (2005): Sistema de derechos fundamentales (Navarra, Editorial Thomson Civitas), p. 73. Tomada de JORDAN, Tomas. Estudios Constitucionales, Año 7, N° 1, 2009, pp. 177-207. p.180.

siguientes de la sentencia se examina el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Para luego precisar el Tribunal en su considerando 6°: “Que, entre los derechos esenciales aludidos se hallan, precisamente, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, *asegurados a todas las personas*, naturales y jurídicas, en el artículo 19 números 10 y 11 de la Constitución...”²⁶⁰.

El TC al decretar que entre los derechos esenciales se encuentran los derechos educacionales afirma que toda persona, libre e igual, dotada de dignidad y derechos (art. 1 inciso 1° CPR), es titular de derechos que le son consustanciales. La CPR reconoce que las personas, por el solo hecho de ser tales, están revestidas de derechos que se tienen y ejercen independiente de la estructuración de los derechos, de quien sea el sujeto pasivo (Estado o particulares), cualquiera sea el objeto (libertad o una prestación) e independiente de la tutela directa o indirecta que gocen los derechos. Para el constituyente los derechos esenciales existen independientemente del tipo de ordenación constitucional de éstos. Lo importante es que para la CPR todos los derechos constitucionales gozan de dicha esencialidad, de modo que el respeto y protección debe tener en consideración tal característica básica²⁶¹. En el mismo sentido, se ha estimado que el DE, no obstante no goza de tutela directa en el art. 20 CPR, “constituye uno de los derechos que los órganos de Estado están obligados a respetar y promover”, ello, en razón que una vulneración de tal derecho puede significar la privación, perturbación o amenaza de otros derechos establecidos en la CPR (SCA Santiago 14 de agosto de 1996)²⁶².

VI. a. i. Ámbito de aplicación derecho-deber preferente de los padres en la educación y rol subsidiario del Estado.

El derecho preferente de educar que tienen los padres, en cuanto derecho, es una facultad de obrar frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendieran dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos, que se traduce en la elección del establecimiento de enseñanza en que tendrá lugar la enseñanza formal y en las acciones educativas que realice el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes. Y en cuanto deber constitucional se traduce en obligaciones de hacer, las que existen tanto en la enseñanza formal en que los padres han de colaborar con la acción educativa del establecimiento que eligieron para sus hijos, como en la enseñanza informal en que no pueden eludir la responsabilidad educativa que les incumbe (STC 740, c. 16).

²⁶⁰ STC 410/2004, c.6°.

²⁶¹ JORDAN (2009), op. cit, p.188.

²⁶² *Ibid*, p. 190.

Cobra relevancia analizar en este punto, la descuidada redacción del constituyente de los derechos educacionales comprendidos en los incisos del artículo 19 N° 10 de la CPR. Para tales efectos no podemos dejar de mencionar la importancia de la tradición católica presente en la discusión constituyente, que surgiera sin duda como respuesta a los postulados de la ENU, y que el autor nacional Fernando Muñoz expone muy claramente:

“Es de la tradición católica de donde surge la inspiración conceptual para remplazar los fundamentos textuales del Estado Docente y erigir en su remplazo la actual arquitectura constitucional educacional. De hecho, el Catecismo de la Iglesia Católica promulgado en 1997 pasaría a incluir casi literalmente las mismas frases utilizadas por la Constitución de 1980 para operar esta transformación, al señalar que “la familia es la célula original de la vida social” y que “los padres son los primeros responsables de la educación de sus hijos”; no sin olvidar, por supuesto que “los padres han recibido la responsabilidad y el privilegio de evangelizar a sus hijos”²⁶³.

En este sentido cabría cuestionarse razonablemente que significación y alcance tiene que constitucionalmente los padres tengan el derecho-deber preferente de educar a sus hijos, frente al rol subsidiario que se autoimpone el Estado. Esto ya que al entender a los derechos fundamentales de la manera como están redactados en la CPR y su interpretación clásica que los trata como derechos subjetivos, existirían derechos y obligaciones para sus titulares.

¿Podría un hijo o hija demandar a sus padres por educación? ¿Se podría entonces, bajo esta lógica, convertir al titular del derecho preferente en sujeto pasivo?

Siguiendo los lineamientos que propone nuestro trabajo, habría que preguntarse además cuál es el mecanismo idóneo para demandar al Estado como garante del DE, si ya sabemos de antemano que a éste se le entrega un rol subsidiario (posición) en el aseguramiento del derecho. La respuesta negativa a las preguntas formuladas más arriba pareciera ser obvia, y viene a reforzar el argumento de que el DE como garantía fundamental consagrada en la CPR no puede ni debe ser entendida bajo la concepción liberal de los derechos sociales, ya que esto de hecho genera un vacío legal e institucional por la nula efectividad de las normas en juego así entendidas, incongruentes en su aplicación práctica.

Como se venía sosteniendo, el Estado vendría a ser un sujeto pasivo subsidiario, que no podrá responder, ya que este derecho, como se sabe, tampoco se encuentra tutelado, a pesar de las obligaciones que se imponen

²⁶³ MUÑOZ, Fernando. De la Escuela Nacional Unificada a la Subsidiariedad del Estado en materia educacional. Estudios para una nueva Constitución. Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2014 p. 666.

al Estado en tal sentido²⁶⁴: No lo ha hecho históricamente al no adecuar su legislación interna a la normativa internacional que ha suscrito desde larga data, entendiendo esta omisión como un mínimo en el que ya se debería haber avanzado. En tal sentido, no existe real garantía a un derecho fundamental que de antemano se ha garantizado a todas las personas. En el entendido de que la educación es un derecho humano, según el concepto que intentamos proponer en este trabajo.

Ahora bien, claramente se podría demandar a padres, madres o apoderados bajo la figura de la corresponsabilidad, por conceptos de filiación y efectos pecuniarios, y por esta vía hacer a aquellos responsables de la “crianza” o manutención de los hijos e hijas, pero en el sentido abarcador de la garantía no opera de la misma manera si se quisieran hacer exigibles, por ejemplo, las obligaciones que emanan del DE contra éstos. Sobre todo, en el caso de que no se cuenten con los recursos para hacerlo. Esto ya que es a las familias a quienes se les impone una carga que debería asumir el Estado, cuando se estipula en el inciso primero del citado artículo 19 N° 10 que son “Los padres (quienes) tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”. La importancia de la preponderancia del derecho y el deber de los padres a educar a sus hijos queda reflejada en el énfasis dispuesto por el Constituyente al señalar que, el Estado debe dar especial protección al ejercicio de este derecho, por ser especialmente valioso y digno de ser protegido. Por eso, se ha señalado que esta obligación es especial entre todas las obligaciones del Estado, es decir, que debe cumplirse en forma cuidada y estricta para que el ejercicio del derecho sea eficaz²⁶⁵

Resulta necesario resaltar el hecho de que el sistema educativo y la educación reglada no absorben todo el DE. De una parte, más allá del sistema educativo cabe situar la obligación de los padres de formar integralmente a los hijos, reconocida en el Derecho de familia y de menores. Ahí el Estado no es el prestador, pero sí el garante del cumplimiento de este deber y esta obligación de garantía sí formará parte del derecho a la educación²⁶⁶.

Según lo ha señalado el TC en la sentencia Rol N° 410 ya mencionada, al referirse al sistema de subvenciones en los distintos tipos de instituciones educacionales, estas no serían una concesión graciosa del Estado, sino que un verdadero deber, que no puede existir una interpretación distinta, para concluir que los requisitos para acceder a la subvención deben ser de carácter mínimo, evitando que se transformen en una barrera

²⁶⁴ NAVARRO, Enrique. Estudios Constitucionales, Año 10, N° 2 2012, pp. 617 – 642.p.632. tomado de Vid. Gaete R., Sergio, “El derecho-deber a la educación”, Revista de Derecho Público 41/42 (1987), p. 231 y Orrego S., Cristóbal, “El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución de 1980”, RCHD 13 (1986), p. 463.

²⁶⁵ FLORES RIVAS (2014) op. cit. pp. 109-136.

²⁶⁶ COTINO (2012) op. cit., p. 70.

para acceder a la educación, que es un derecho social que requiere colaboración de terceros, ya que es la subvención lo que asegura el ejercicio del derecho para el que no lo puede costear²⁶⁷.

El punto al que nos referimos cobra real sentido al tenor del fallo antes comentado, cuando se señala por los sentenciadores que la educación es un derecho social, de titularidad de los estudiantes, refiriéndose a su contenido, al derecho - deber de los padres y la obligatoriedad de la enseñanza, entre otros temas²⁶⁸. Cuestión que sin duda es un paso enorme que el TC dio al reconocer a la educación como pilar fundamental de la sociedad, y el rol que el Estado debía asumir a la luz de la teoría moderna de los derechos fundamentales garantizados en las Cartas Fundamentales de los Estados.

Ahora bien, el problema en este punto, a nuestro parecer, es que la libertad con la que cuentan los padres en la llamada libertad de enseñanza invisibiliza al concepto de educación, ya que al tener la libertad de elegir una educación x, y o z, esta pasa a ser vista como una mercancía a obtener, producto del esfuerzo, trabajo o privilegio de las familias lo que caracterizara un escenario en que en realidad existe una libertad aparente de elección y el acceso estará condicionado al poder adquisitivo con que se cuente. Esto es así, ya que, por tratarse de un *servicio más* brindado a los particulares, primará la decisión libre e informada pero solo de los más privilegiados, y que tenderá a encarecerse de acuerdo con el nivel académico a cursar, lugar geográfico del establecimiento y su naturaleza; dependiendo si se trata de una institución pública, particular subvencionada o particular.

Por lo mismo, no nos compete entrar en esa discusión libremercadista de tal derecho así entendido, y más bien es impetuoso recoger las ideas que nos lleven al entendimiento de la educación bajo los términos que venimos planteando. En consecuencia, lo que es claro es la naturaleza del bien jurídico que se debe proteger, que no es otra que la educación pública, depositaria de tales calidades que deberá contener el núcleo o esencia de esta garantía fundamental. Es en aquella donde efectivamente convergen los numerales 10º y 11º del artículo 19 CPR, ya que una vez conceptualizado un DE como derecho social, se vislumbrará una libertad para elegir que establecimiento *público* representa de mejor manera las necesidades de las familias, la comunidad educativa y del Estado, en la tarea de un avance significativo en acceso y calidad. Eso es sin perjuicio de que los establecimientos educacionales que no son de propiedad del Estado o que no están bajo su administración no estén exentos de observar en su actuar principios tales como el respeto a la dignidad humana, de no discriminación arbitraria y otros derechos fundamentales definidos por la CPR y los tratados internacionales vigentes en Chile, bajo excusa de ampararse en reglas establecidas en sus proyectos educativos²⁶⁹.

²⁶⁷ STC 410/2004, p. 592.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 600

²⁶⁹ STC 2781-14, c.31.

Referente a que la educación pública es aquella que debe ser la depositaria de los postulados que hemos venido planteado, no es si no ser coherente al conceptualizar a la educación bajo la estructura de los derechos humanos, y que es ajena a todas las reglas del mercado como mecanismo eficiente en la gestión de recursos. Y es que hemos sido partícipes por largo tiempo de un sistema educacional que reproduce *ghettos* de marginación social y económica²⁷⁰, de ahí la atención primordial que debe ponerse en la educación pública como el lugar donde diversas realidades confluyen en un conglomerado de bienes superiores que nutren a la sociedad en su conjunto de visiones críticas al sistema, y no por el contrario de sesgadas interpretaciones del bien común, tales como aquellas provenientes de la educación que tiene una posición de privilegio y distancia respecto del ideario común o colectivo de sociedad.

En tal sentido, no hay consenso en materia de cambios legislativos en materia de educación (enseñanza), como pareciera hacerse creer por algún sector de la derecha liberal de nuestro país, en cuanto a que lo principal en la discusión es el aseguramiento de la calidad en la educación. Nunca podrá haber consenso por cuanto no es excluyente la forma en que como sociedad entendamos la lógica bajo la cual funcionan los derechos fundamentales. La educación como lo hemos planteado debe abstraerse de las reglas del mercado, ya que, si se sigue dando el debate circunscribiéndolo sólo a calidad, no sería relevante la discusión de qué naturaleza debe tener la educación que queremos, si pública o privada, si por los dos caminos se llega al mismo resultado (el de obtener valga la redundancia, buenos resultados académicos por los estudiantes). Pareciera ser ese el único argumento de fuerza que tienen estos sectores de la sociedad para no extraer a la educación del ámbito del lucro y los negocios: calidad, no importa el cómo. Y tal aseveración cobra legitimidad frente al sistema si se sigue pervirtiendo a la constitución liberal conjugando libertad de emprendimiento con libertad de enseñanza.

Finalmente, hacemos breve mención a la Ley²⁷¹ que acaba con el financiamiento compartido, pone fin al lucro y prohíbe la selección en establecimiento que reciban aportes del Estado, para reforzar nuestra línea argumental en relación con tutelar el DE. Con la entrada en vigor de esta nueva ley en materia educacional, sin duda existe un cambio sustancial para los colegios públicos; existe avance significativo en cuanto a acceso. Surge preguntarse en aquellos casos, en que podemos hablar de instituciones en que se imparte educación pública, que sucedería si este derecho se ve amagado por cualquier motivo, con acción u omisión de parte de quien está encargado de distribuir educación, que en este caso es el Estado o por terceros cuando se recibe financiamiento por parte de aquél. Debe existir un medio por el cual esta garantía esté amparada en todos sus ámbitos, ya que no

²⁷⁰ ATRIA, Fernando ¿Qué educación es "pública"? Estudios Sociales, N° 117, 2009, pp.45-67, p.46.

²⁷¹ Ley N° 20.845 que entró en vigor el 1 de enero de 2016.

se avanza demasiado si se otorga garantía a secas y luego en el transcurso del proceso educativo no se tendrá los medios jurídicos para que se reestablezca el derecho vulnerado.

VI. a. ii. La Educación como derecho social o de segunda categoría.

La lógica por la cual la educación ha sido tratada como un derecho social de aquellos llamados de “segunda categoría”, frente a los cuales así entendidos el Estado tendría al momento de garantizarlos constitucionalmente un deber de prestación, es consecuencia directa de la forma constitucional que pasó a tomar el Estado de corte subsidiario neoliberal -eminentemente asistencialista o de providencia hasta 1973-, y que fuera implantado en Chile por la constitución pinochetista de 1980, que encuentra hoy en día su profundización más descarnada. Debido a estos supuestos, los derechos sociales así conceptualizados -educación, salud, vivienda y seguridad social principalmente- quedaron entregados a las reglas de mercado de distribución de recursos donde prima la iniciativa privada dejando al Estado en un rol de pasividad total. Y más aún, privándoles de una tutela efectiva.

El problema constitucional ha devenido trascendente según Atria²⁷², en que los derechos sociales así entendidos desde aproximadamente 4 décadas tienen un defecto de origen: estos por poseer un eminente carácter público en que queden satisfechos, no pueden estar entregados a reglas de mercado, ya que si así fuera -lo que de hecho ocurre en nuestro país- se llegaría al degeneramiento del derecho en sí mismo, y serían un bien más transable según las reglas de la oferta y la demanda.

La discusión contemporánea -criticada por Atria- en materia de derechos sociales, se ha centrado casi exclusivamente en torno a la tutela jurisdiccional de tales derechos frente a la autoridad política, judicial o administrativa al estar aquellos garantizados constitucionalmente a todas las personas:

En el contexto del lenguaje de los derechos, cuando se postula la idea de que existan diferentes categorías de estos, la pregunta relevante es si habría un tratamiento jurídico similar entre derechos civiles y políticos -de primera generación-, y derechos sociales, cuando por tratarse de “derechos” debería poder existir la protección jurisdiccional de los mismos, así como la exigibilidad como acción de tutela efectiva. Por otra parte, el hecho de categorizar a los derechos fundamentales a contribuido a fortalecer la postura que históricamente la doctrina clásica de los derechos sociales ha tenido respecto de su tutela, en su directo desmedro. De este modo, los derechos sociales han sido considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, *a diferencia de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos*. De acuerdo con esta visión, estos

²⁷² ATRIA, Fernando. ¿Existen derechos sociales? Edición digital a partir de Discusiones: Derechos Sociales, núm. 4 (2004), pp. 15-59.

últimos son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles judicialmente”²⁷³. De tal diferenciación entre ambas categorías de derechos, surge la necesidad de caracterizar los elementos principales que nos harán notar que estamos frente a un derecho social.

Para los autores argentinos Abramovich y Courtis, “lo que calificara la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida”²⁷⁴. De este modo, para saber cuáles son los aspectos que considera aquel poder jurídico del titular, habrá que recordar lo que nos señala la posición clásica de Kelsen²⁷⁵ respecto a los derechos subjetivos. Para tal autor, el derecho en su sentido subjetivo solo existe cuando en el caso de un falta de cumplimiento de la obligación, la sanción que el órgano de aplicación jurídica-especialmente un tribunal- tiene que dictar sólo puede darse por mandato del sujeto cuyos intereses fueron violados por la falta de cumplimiento de la obligación. De esta manera, la disposición de la norma individual mediante la que ordena la sanción depende de la acción -demanda o queja- del sujeto frente al cual existe la obligación no cumplida... en este sentido tener un derecho subjetivo significa tener un poder jurídico otorgado por el derecho objetivo, es decir, tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de la acción específica: la demanda o la queja.

Atria si bien no comparte dichas ideas por considerarlas de progresismo político y jurídico, argumenta en favor de los autores argentinos al señalar que “A pesar de lo políticamente insensata que pueda parecer, creo que esta posición de Abramovich y Courtis es jurídicamente impecable, porque jurídicamente la forma triunfa sobre la sustancia: si los derechos sociales son *derechos*, es decir, si deben ser entendidos conforme a la técnica de los derechos subjetivos, entonces ellos *deben poder* ser reclamables. Para el abogado es irrelevante que el vendedor entregue la cosa, lo que importa es que el comprador tenga una acción para exigir la entrega si el vendedor incumple. Que el derecho no reconozca una acción a una determinada pretensión *quiere decir*, como hemos visto, que esa pretensión no constituye un derecho subjetivo en el sentido propio del término. *Ubi remedium, ibi jus*: cualquier abogado entendería inmediatamente el sentido en el que el acreedor de una *obligatio naturalis* no tiene realmente un *derecho subjetivo* a la prestación precisamente porque no puede demandarla judicialmente. Como los derechos sociales son reconocidos como derechos (*i.e.* aparecen como tales en los catálogos de prácticamente todas las constituciones occidentales), la conclusión forzosa es que ellos son tan accionables como los derechos civiles y políticos. Estrictamente, todos ellos son *igualmente* accionables, porque su accionabilidad les viene dada

²⁷³ ABRAMOVICH; COURTIS (2002), op. cit. p.19.

²⁷⁴ *Ibid*, p. 37.

²⁷⁵ KELSEN, Hans. Teoría general de las normas. Editorial Trilla, México, pp.142-143. En el mismo sentido, FERRAJOLI, LUIGI. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 917.

por el hecho de que sean reconocidos (o configurados) por el sistema jurídico como *derechos*. Por así decirlo, lo que los hace accionables es que sean *derechos*, con prescindencia de si son o no sociales²⁷⁶.

El problema está dado por tratarse de garantías que tienen la apariencia de poseer una estructura de derecho subjetivo al cual el ordenamiento reconoce un poder jurídico, pero que en los hechos dista mucho de ser tal. En cierta medida por factores que ya hemos mencionado, como lo son por ejemplo la difusa manera de determinar sujetos titulares y obligados en la relación jurídica, y en gran parte además por la difusa manera que tiene de entenderse por prestación a realizar.

Como veremos en el apartado de jurisprudencia de protección de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, la tutela indirecta ha desarticulado casi por completo al derecho en su esencia. Sobre todo, por la escasa retroalimentación de la discusión sobre derechos sociales en nuestro ordenamiento, y el rol que cumple (o no cumple) el recurso de protección en un Estado de derecho garante de derechos fundamentales a todas las personas.

El Tribunal Constitucional en sentencia rol N° 976-2008, por primera vez, justifica la existencia de los derechos sociales considerando algunos aspectos de la moderna teoría de los derechos fundamentales. Esta sentencia declara expresamente que los derechos sociales son derechos (y no meras declaraciones programáticas o puras expectativas). Señala “que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que poner en duda su practicabilidad de realización es una idea confusa, porque esa reserva de lo posible lleva a sostener que la Constitución ha de ser desactivada, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización” (considerando 27). Tal como lo expone Nikken: “En conclusión, lo jurídicamente relevante es que un determinado derecho sea “inherente a la persona humana”. Es por esa razón, y no por el hecho de figurar en el articulado de la Constitución, que esos derechos deben ser considerados como atributos inviolables que, por fuerza de la dignidad humana, deben ser objeto de protección y garantía por el Estado. En consecuencia, no cabe hacer distinciones en cuanto al tratamiento y régimen jurídico de los derechos de la naturaleza apuntada con base en el solo criterio de que figuren expresamente o no en la Constitución. Para determinar si estamos frente a un derecho que merezca la protección que la Constitución acuerda para los que expresamente enumera lo decisivo no es tanto que figure en tal enunciado, sino que pueda ser considerado como “inherente a la persona humana”²⁷⁷.

²⁷⁶ ATRIA (2004), op, cit, p. 44.

²⁷⁷ NIKKEN, Pedro. El concepto de derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1994, p.10.

VI. a. iii. Justiciabilidad y Exigibilidad del Derecho a la Educación.

Se ha hecho la distinción por algunos autores²⁷⁸ entre la justiciabilidad y la exigibilidad de un derecho fundamental. De este modo, la justiciabilidad respecto de un derecho significa que puede ser invocado ante los tribunales y ser objeto del sistema judicial. La exigibilidad, en cambio, es un concepto más amplio que incluye, además de las medidas judiciales, otras de carácter legislativo, político, administrativo o social, conducentes a hacer eficaz un derecho.

La justiciabilidad del DE como sabemos, se circunscribe exclusivamente al uso del recurso o acción de protección en nuestro ordenamiento. Su aplicación se ha caracterizado por una deformación del trato que el modelo implantado en dictadura ha buscado darle al alcance del derecho de propiedad (y otros derechos fundamentales clásicos como la igualdad ante la ley, debido proceso entre otros), al realizarse una interpretación constitucional acorde a criterios individualistas y de mercado. Esta ha sido la llamada tutela indirecta de derechos fundamentales. Así las cosas, el alcance de la recurribilidad de tal derecho fundamental es propio de un sistema de tipo prestacional, en el cual el Estado se encarga de otorgar satisfacción del derecho subjetivo en la medida que cuente con los recursos para hacerlo, es decir, a garantizar un mínimo. De lo contrario, el titular de tal derecho se verá en la necesidad jurídica de accionar ante un juez en beneficio de un interés personal pecuniario. Evidencia de aquello es el trato diferenciado que se mantiene a nivel constitucional de categorías de derechos, con lo cual se continúa validando la descuidada omisión de no contemplar el ordenamiento mecanismos de tutela a los derechos fundamentales cuando el artículo 19 refiere en su enunciado que los derechos se aseguran a todas las personas.

Para saber si un derecho es susceptible de protección, la CPR ofrece un catálogo cerrado de derechos en su artículo 20, dentro del cual no se considera al DE. Como se ha mencionado, la importancia de tal exclusión es relevante a la hora de una tutela directa por tal mecanismo procesal, único en su especie para accionar mediante garantías constitucionales ante una violación de derechos fundamentales. El recurso de protección tiene supuestos procesales específicos para su judicialización²⁷⁹, cuya utilización ha devenido en solicitar al juez de protección la

²⁷⁸ Chávez, 2008: 23 y 124; Villalba, 2004; tomado de ABRAMOVICH; COURTIS (2002), op, cit, p.269.

²⁷⁹ Los requisitos de admisibilidad del R. de P. son: a) la constatación aparente de hallarse, quien recurra, dentro del plazo establecido; b) la titularidad del recurrente -o de aquel a cuyo nombre se interpone el recurso- de un derecho o garantía constitucional expresamente protegido en el art. 20 de la C. Política; c) el hecho de aparecer afectado el derecho o garantía cuya protección se invoca, por un acto u omisión que se pretenda ilícito, esto es, arbitrario o ilegal, o de ambas especies en el caso del art. 19 N° 8 de la C. Pol.; y d) que dicho acto u omisión aparezca agravante para el afectado, esto es, tenga la virtualidad de privarle, perturbarle o amenazarle en el legítimo ejercicio de su derecho. Naturalmente, si faltare alguno de estos cuatro requisitos, el Recurso debiera declararse inadmisibile y -por ende- negarse curso a su tramitación.

RIOS, Lautaro. El recurso de protección y sus innovaciones procesales. RDJ Doctrina, Tomo XCI, Nro. 1, 43 a 58, pp. 905-929 p.918 consultable en <https://app.vlex.com/vid/233790929>

satisfacción de un determinado interés pecuniario, y que además sea factible de subsumir dentro de otra de las garantías clásicas, cuestión que nada tiene que ver con la idea de amparar derechos sociales.²⁸⁰

Una postura contraria es la que sostiene el autor nacional González Tugás, para quien no sería necesario conceptualizar a nivel constitucional al DE ni incluirlo dentro del catálogo del artículo 20, ya que en el estado actual de las cosas se puede dar tutela efectiva, en los diferentes aspectos individuales del derecho, por medio de los otros derechos clásicos, como es el caso del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, la igualdad ante la ley, el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señale la ley, la libertad de enseñanza, la libertad de emitir opinión y la de informar, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes y el derecho de propiedad. Por consiguiente, toda vez que la esfera de los derechos sociales se conecta o comparte el contenido de los derechos clásicos, la jurisprudencia no ha dudado en otorgarles protección. Señala, así, que tal planteamiento dista de ser un enfoque escéptico sobre los derechos constitucionales en cuanto tales, sino todo lo contrario, implica una revalorización de su contenido y trascendencia en el ámbito social²⁸¹. En lo que no repara el autor es que si los tribunales de nuestro país han propiciado un margen dentro de cual se pueda desvirtuar la esencia de un derecho, el problema en verdad es que se le da un trato tangencial al DE supeditándolo a incorporarlo dentro de otra garantía de orden liberal, en el entendimiento que para tales garantías el ordenamiento contempla un trato específico que dista mucho de las reglas propuestas para amparar derechos sociales. Además,

²⁸⁰ Atria lo ejemplifica con lo que sucede en el ámbito de la salud: “De este modo el derecho social a la protección de la salud, que originalmente consistía en que se garantizara un nivel de atención de salud a todos (porque una comunidad en la que todos nos preocupamos por los otros es una comunidad más decente que otra en la que cada uno persigue su bienestar individual y el resto lo hace la mano invisible), se convierte en un derecho individual alegado por el demandante de que se obligue al Estado a dar una determinada prestación de salud, sin que las necesidades de los otros puedan ser relevantes (las necesidades de los otros aparecen ante el juez como no distribuidas, es decir, como objetivos de política o aspiraciones comunitarias, y por eso los derechos las triunfan). Lo que llega al tribunal no es un derecho social, no puede ser un derecho social, sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de ésta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás” ATRIA, op. cit., p.46

²⁸¹ En tal sentido señala el autor en una de sus hipótesis “Que la constitucionalización del derecho a la educación, en cuanto derecho de prestación, no tiene consecuencias jurídicas directas, en el sentido de que no es justiciable. Y esto sucede no únicamente debido a la omisión en la que incurre el artículo 20 de la Constitución, relativa a las causales de protección, sino por cuanto las materias a que alude el enunciado constitucional no son una condición suficiente necesaria para la justiciabilidad de la norma en el plano material. De esta forma, la tutela del derecho a la educación no escapa a la realidad de los derechos sociales. En efecto, dado el carácter prestacional, el derecho a la educación no puede ser directamente exigible. Para que ello suceda, esto es, para que su contenido se transforme en una facultad justiciable, se hace necesario un desarrollo en el plano infraconstitucional. Por otra parte, identificar el derecho a la educación como una garantía constitucional no altera su verdadera naturaleza jurídica. Se trata de una norma de carácter relativo, no absoluto, que se encuentra sujeta a una multiplicidad de intereses y circunstancias que determinan su contenido. Y es que las cosas no cambian mucho cuando los derechos sociales, entre ellos el derecho a la educación, se constitucionalizan. En consecuencia, es la ley y no la Constitución el plano jurídico en el que resulta razonable prescribir el contenido del derecho a la educación. Y es que por muy extensa que sea su redacción, el contenido siempre parecerá insatisfactorio e insuficiente en relación con los objetivos y alcances que puede abarcar la actividad educativa. Desde esta perspectiva una Constitución que prescriba en detalle un derecho social no dicen mucho sobre la tutela del mismo. La tutela del derecho fundamental a la educación quedaría entregado principalmente a la idea que se tiene de la extensión que se da a diferentes derechos, que vistos desde una óptica abarcativa tendrían un sustento factico innegable que sostendría la protección de tal derecho. Sin embargo, el constituyente no tuvo en mente el derecho a la educación justamente por considerarlo de aquellos derechos frente a los cuales el Estado no debería tener participación directa, es decir el catálogo del artículo 20, nunca fue concebido con un carácter residual. Ya que la llamada propietarioización de los derechos fue justamente una postura doctrinaria que se sustentó en este carácter residual del derecho de propiedad, y así fue recogido por la práctica de los tribunales superiores de justicia que comenzaron a recoger esta línea de requerimientos”.

GONZALEZ TUGAS, Juan. Es el derecho a la educación un derecho justiciable. Derecho Público Iberoamericano, N° 6 pp. 63-106, Santiago, 2015, p. 100.

aquella situación implica que siempre debe recurrirse a un derecho anexo, desvirtuando el contenido de derecho subjetivo del DE. Implica, entonces, una doble complicación: una a nivel fáctico, pues pueden ocurrir circunstancias en las cuales la remisión al DE por medio de la tutela indirecta se haga débil, por ejemplo, a través de un acto arbitrario donde un rector o director decida suspensiones o eliminaciones mediante un proceso que adolezca de influencias o animadversión declarada, pero se haga a la luz de los marcos establecidos por un reglamento injusto. No basta sólo el debido proceso, que podría ser entendido por un tribunal como acorde en medida de la reglamentación, ni tampoco con la integridad psicológica del mismo, pues pareciera ser un argumento débil si no se acompaña con la real naturaleza de la afectación: una arbitrariedad que priva el DE de quien podría recurrir por protección. Por otro lado, conlleva un conflicto -como se mencionó- de orden teórico: se mantiene el trato diferenciador de las desigualdades entre los derechos humanos, rebajando el carácter de derecho subjetivo justiciable (en el entendido de que hablamos de ese eslabón, ni siquiera aún de su exigibilidad) a una mera expectativa sin tutela en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a lo que entendemos por exigibilidad del DE como un concepto más amplio que sólo las medidas de carácter judicial, debemos identificar en nuestra legislación cuales serían aquellos otros instrumentos que están a disposición del aparato estatal en su aún pendiente tarea de contribuir a que las vías de aseguramiento del derecho se tornen en definitiva más eficaces. Se ha señalado que algunas de estas medidas podrían ser de carácter legislativo, político, administrativo o social.

Algunos han estimado que la principal garantía de los derechos sociales se debe desplegar por vía del «desarrollo legislativo» como consecuencia de la carencia de aplicabilidad inmediata, siendo el legislador democrático (residente de la soberanía) el ente acreditado para su tratamiento. Junto a ello, la administración también se instaura como un sujeto competente en la protección de estos derechos, asentándose como un poder capaz de dar eficacia material en lo real a tal categoría. El legislador y la administración deben «procurar el acceso a los bienes materiales y la participación en ellos» y, una vez estructurado este sistema de acceso a bienes y participación, se podrán garantizar por vía jurídica ante ataques estatales. Considerando el marco constitucional democrático en el cual se desenvuelve esta problemática, corresponde al legislador en primer lugar, y la administración secundando a éste, la labor de llevar a cabo esta tarea²⁸².

²⁸² JORDAN (2009), op, cit,p.180. Tomada de BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1993): Escritos sobre derechos Fundamentals (Baden-Baden, Editorial Nomos), pp. 76-78. Este autor estima que no le corresponde al intérprete constitucional permitir su exigibilidad directa por vía judicial, pues, estos derechos por su «propia naturaleza» no constituyen derecho inmediatamente aplicable, requiriendo, siempre, la mediación legislativa.

Volvemos a la argumentación utilizada por Atria para quien no sería correcta la postura seguida por gran parte de la doctrina en el sentido de que bastaría con tutelar jurisdiccionalmente el derecho mediante mecanismos procesales, en este caso el recurso de protección, ya que por técnica constitucional lo correcto sería instaurar una institucionalidad -política y jurídica- en la que los derechos sociales sean el eje principal, la cual tiene que estar regida por el respeto y la vida en comunidad tanto como por la solidaridad entre iguales. Para formular dicha hipótesis, el profesor constitucionalista recoge argumentos e ideas plasmadas en la obra “Ciudadanía y Clase Social” del autor británico T. H. Marshall a quien se le atribuye la conceptualización de la teoría moderna de los derechos sociales. Señala, también que la versión igualitarista también pudiera compartir algunas de las propuestas de Soto, quien sostiene “[...] debe evaluarse para algunos de los derechos sociales vías de garantía más novedosas distintas de las judiciales [como] recursos administrativos *ad hoc*, vías más simbólicas de reclamos a autoridades sin imperio o incluso ‘vías rápidas’ legislativa”²⁸³. Al respecto, sostenemos que ello es, por cierto, no sólo correcto, sino una necesidad.

En un sentido similar, los autores nacionales Solari y Viera señalan que “Los derechos sociales han de ser desarrollados primariamente por las instituciones democráticas, tanto legislativas como administrativas. Pero, además, en tal desarrollo los jueces pueden y deben jugar un papel peculiar en ciertos litigios que, referidos a algunos aspectos básicos del bienestar humano y, por lo mismo, apartándose del paradigma individualista, lleguen a asumir forma dialógica, estructural y colectiva, una forma que posibilita a los juzgadores (constitucionales o no) tanto que hagan de contralores racionales de las políticas diseñadas y llevadas a cabo estatalmente, como que desempeñen el papel de promotores de la deliberación dentro de tales órganos representativos y entre dichos órganos y la sociedad civil que ellos pretenden representar”²⁸⁴.

La exigibilidad judicial no es más problemática, piensa Alexy, que, en el caso de los derechos fundamentales tradicionales. En todo caso, cree que si bien la existencia de un derecho no puede depender solamente de la exigibilidad judicial, un derecho que existe tiene que ser también exigible judicialmente²⁸⁵: Señala que “En modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante”, en tanto puede no solo declarar una inconstitucionalidad, sino también fijar plazo al legislador para que produzca determinada legislación coherente con la constitución y aún llegar a formular directamente cierto mandato constitucional²⁸⁶.

²⁸³ ATRIA, op, cit, p.46. Tomado de SOTO, Sebastián. Derechos sociales y la eficacia de su constitucionalización: un análisis aplicado. 2014, p.269 en García, José Francisco (coord.), *¿Nueva Constitución o reforma? Muestra propuesta: evolución constitucional* (Santiago, LegalPublishing/Thomson Reuters, pp. 243-272.

²⁸⁴ SOLARI, Enzo, VIERA, Christian. Justiciabilidad de los Derechos Sociales (A propósito de una argumentación de Fernando Atria). *Estudios Constitucionales*, Año 13, N° 2, 2015, pp. 13-56 Valparaíso, 2015, p. 44.

²⁸⁵ ALEXY (2003), op, cit, 456.

²⁸⁶ *Ibidem*.

El diagnóstico desalentador viene configurado por un problema de legitimidad subyacente en nuestra realidad constitucional, el cual es reforzado en cierta medida por el escaso esfuerzo en reconocer principios democráticos y de participación en las discusiones coyunturales referentes a derechos sociales, que tiene como eje principal la sujeción a diferentes ataduras constitucionales que conlleva a que la soberanía que reside esencialmente en la nación no es más que un juego de palabras, sin reales efectos en lo concerniente a un empoderamiento en la discusión y en el ejercicio legislativo.

De este hecho surgen innumerables efectos jurídicos, en desmedro directo de los titulares de derechos educacionales, ya que la discusión se centrará en definir cuál acción judicial intentar frente a los tribunales, lo que estará condicionado al interés particular que se quiera satisfacer. En consecuencia, con lo que hemos venido sosteniendo en estas líneas, lo que caracterizara a los derechos fundamentales desde una óptica de derechos, es que aquellos no pueden estar sometidos a un examen ex-post que diversifique el estricto contenido del derecho y lo convierta en una herramienta servil a los intereses políticos e ideológicos del constituyente. El lenguaje de los derechos tiene sin duda una gran función práctica, que es la de dar particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos que exigen para sí y para los demás la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales, pero se convierte en engañosa si oscurece u oculta la diferencia entre el derecho reivindicado y el reconocido y protegido²⁸⁷.

VI. a. iv. Tutela judicial efectiva del Derecho a la Educación.

Actualmente, la Ley General de Educación en el último inciso de su artículo 4° establece el deber del Estado en materia educacional de “velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, promoviendo especialmente que se reduzcan las desigualdades derivadas de circunstancias económicas, sociales, étnicas, de género o territoriales” sin que se especifique en qué consiste dicho deber. Quizás sea el único intento del legislador por hacer oído al mandato constitucional que pone a la educación como una garantía social para todas las personas, entregando al Estado la misión de velar por principios tan elementales como la igualdad de oportunidades y la inclusión. Reconociendo a su vez el estado actual de la educación, que se caracteriza por ser tremendamente desigual, por lo que pareciera ser que el sentido de la norma o al menos lo que puede desprenderse de su sola lectura es que se pretende avanzar hacia una sociedad que tiene una base en la igualdad de herramientas formativas que toda persona tiene que tener de antemano, como paso previo a la vida en sociedad.

²⁸⁷ ABRAMOVICH; COURTIS (2002), op. cit. p.22.

Al efecto, debemos reparar en un defecto que ha estado presente en la discusión de los diferentes proyectos de ley que han sido presentados en el Congreso en materia educacional. Y esto es la relevancia del carácter meritocrático que posee la formación educacional como un valor en sí mismo, en el sentido de poner la atención en la labor que le corresponde a los padres, madres y apoderados, en el esfuerzo ligado al emprendimiento económico de las familias para “adquirir” una buena educación más que en potenciar la labor que le corresponde al Estado como garante del derecho para todos y todas.

En este sentido, el esfuerzo debe estar centrado en dotar a los titulares del DE de un mecanismo de urgencia eficaz ante el derecho que previamente se debe haber asegurado como piso mínimo a la población, que pueda ser violado por el Estado o sus agentes y que sea eficaz en proteger todos los aspectos que engloba el concepto amplio de la garantía. Al efecto, debe señalarse, en primer lugar, que desde una perspectiva constitucional la doctrina sostiene que el derecho de todas las personas de deducir una pretensión ante los tribunales de justicia y la obligación correlativa de éstos de dar respuesta a la misma –la que, obviamente, no tiene por qué ser positiva– deriva del reconocimiento general en el ordenamiento del derecho fundamental a la acción o tutela judicial. Esta garantía emanaría en nuestro Derecho –según la doctrina más citada– del amparo constitucional de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos asegurados a todas las personas en la CPR (Art. 19 N° 3 CPR) y de ciertas disposiciones generales establecidas en tratados internacionales ratificados por Chile, y, por tanto, contenido material de la Constitución, de acuerdo con lo establecido en el Art. 5° de nuestra Carta Fundamental²⁸⁸.

Los imperativos de respeto y promoción que hemos expuesto como obligaciones asumidas por los Estados en relación con materia de derechos humanos, involucran una serie de vinculaciones entre los actores de la relación jurídica. Así lo expone claramente Yasna Otarola al señalar que “El deber de respeto impone la exigencia de garantizar la existencia del derecho, de permitir su realización o ejecución, y de no entorpecer ni vulnerar, por acción u omisión, el ejercicio de éste. La tutela de ejercicio exige de acciones considerativas hacia el derecho, significando la adopción de medidas en pro de su realización y tutela. Este deber de respeto supone la existencia de un titular que puede impetrar la defensa del contenido del derecho y de requerir tales acciones considerativas al Estado o a los particulares. Unido a este deber se encuentra el deber de promoción o de adopción de impulsos jurídicos o factuales que permitan el pleno ejercicio y la tutela de los derechos. La promoción incorpora como deber estatal el tomar ciertas iniciativas, desarrollarlas en su caso y velar por que éstas se realicen. El respeto y promoción

²⁸⁸ FERRADA, Juan Carlos, BORDALÍ, Andrés, CAZOR, Kamel. El recurso de protección como mecanismo de control Jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho, Vol. XIV – Julio 2003, pp.72-73 consultable en <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v14/art04.pdf>

exigen al Estado llevar a cabo la realización del derecho, de modo que su contenido constitucional sea ejecutado”²⁸⁹.

Y es que se ha hablado latamente de la necesidad de la tutela, de la urgencia en dotar de los mecanismo idóneos que le permitan a todos y todas poder accionar judicialmente y exigir que se respeten derechos consagrados constitucionalmente en los términos planteados en esta tesis, pero sigue estando pendiente el cambio institucional del rol que concierne al Estado en materia de educación, como principal ente a través del cual se pueden encausar de manera concreta la materialización de los postulados que aquí se han expuesto. No sólo por ser este un aparataje complejo que detenta el poder y puede elaborar, juzgar y hacer cumplir las leyes, si no por la labor social que desenvuelve toda su actividad política.

Al efecto se propone como presupuesto básico sobre el cual avanzar, incluir al DE dentro de las garantías constitucionales amparadas por el recurso de protección, por ser este un mecanismo de urgencia y altamente eficaz para reestablecer el imperio del derecho y la debida protección del afectado. Y a este respecto no nos cabe duda de que este paso será fundamental para ir asentando una práctica judicial de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, por la cual se obligue al Estado a ir adecuando su normativa interna en armonía con los tratados relativos a derechos humanos.

VI. a. v. Acceso a la Justicia como un Derecho Fundamental.

Un tema de relevancia para poder abordar esta temática dice relación con el derecho de acceso a la justicia. En una probable visión poco abordada, la tutela del DE, mediante su justiciabilidad, sostenemos que debe también entenderse desde este otro derecho fundamental que es parte de los derechos subjetivos públicos de toda persona.

Así, en lo referente al derecho fundamental en cuestión, cabe destacar que “El Derecho de acceso a justicia constituye uno de los pilares fundamentales de un estado de derecho democrático. Como tal, el derecho a acceso a la justicia obliga a los Estados a poner a disposición de sus ciudadanos mecanismos de tutela efectiva de sus derechos y de resolución de sus conflictos de relevancia jurídica, a través de recursos judiciales accesibles y adecuados”²⁹⁰. Es decir, éste implica un mandato directo al Estado – más aún cuando ratifica algún tratado

²⁸⁹ OTÁLORA ESPINOZA, Yasna (2006): El respeto a los derechos fundamentales en los tratados internacionales. “Los niños de la calle”, en Revista Chilena de Derecho (versión on-line) (Volumen 33 N° 2). [Fecha de consulta: 20 de mayo de 2009]. Disponible en internet: <http://www.scielo.cl> tomada de JORDAN (2009) op. cit., p.191

²⁹⁰ Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos 2006.

internacional que lo contempla, sin reservas al respecto- como a aquel que lo desarrolla desde su derecho objetivo más inmediato sin intermediación de un cuerpo normativo supraestatal.

Nuestro país cuenta con mecanismos legales para dar curso a ello en tanto normas internacionales, como los abogados de turno, el privilegio de pobreza y corporaciones de asistencia judiciales, mas no existen políticas ni mecanismos suficientes reales para dar cabida a dichas consideraciones. De ahí que es relevante el análisis que realiza el Tribunal Constitucional en torno a dicho derecho fundamental y su interiorización en el artículo 19 N°3 de nuestra Constitución, pues reconoce aquel desde su aspecto positivo como un mandato del constituyente. Ya volveremos sobre eso.

El acceso a la justicia se encuentra reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de diversas convenciones. Éstas generan el mandato, la imposición, de la obligación de asegurar su aplicación efectiva y reconocimiento legal y constitucional, en tanto son obligaciones positivas, i.e. exigen la realización de acciones concretas, en lo particular referidas a la "remoción de obstáculos" para asegurar el acceso a la justicia. Entre los cuerpos normativos que la contemplan, se encuentran la Convención Americana de DD.HH., en tanto consagra el derecho al establecer la tutela efectiva (arts. 25 y 8), y el de las garantías judiciales (art. 8.1.). Todo esto parece ser aún más relevante en tanto la jurisprudencia de la CIDH ha señalado, al respecto del derecho un recurso efectivo del art. 25.1 de la Convención Americana, que "no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos"²⁹¹, o en atención al deber de los Estados que "no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida de orden interno que impugna costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1. de la Convención"²⁹². Este parece ser el norte claro que ha tomado para el caso en cuestión el Tribunal Constitucional de nuestro país: por ejemplo, señala que no basta considerar la posibilidad de entablar un recurso frente a una multa administrativa impuesta por el Servicio Nacional de Salud mal cobrada, sino que no existan barreras que impidan el ejercicio de dicha acción, tal como lo era el pago de dicha deuda como requisito para poder llegar al poder judicial.

²⁹¹ Corte Idh. caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie c. N° 147, en www.corteidh.or.cr.

²⁹² Corte IDH. Caso Cantos vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, N°97, en www.corteidh.or.cr.

Las razones que da para este fallo se amparan en el artículo 5 inciso N°2, el cual debe ser interpretado en conformidad a todo el ordenamiento jurídico (elemento sistemático de la interpretación²⁹³).

Cabe señalar, así, dos aristas del Derecho de Acceso a la Justicia:

- (i) Una positiva, que implica que el Estado debe entregar todos aquellos mecanismos procesales que sean requeridos para poder tutelar los derechos de todo individuo, así como sus pretensiones mediante sus derechos subjetivos en general. Esta arista sería también denominada tutela judicial efectiva.
- (ii) Una negativa, que conlleva a la remoción de todo obstáculo que limite, perturbe o prive del verdadero acceso a la justicia por parte de quien sea titular de un derecho.

A este respecto, el Tribunal Constitucional señaló que tal Magistratura *“ha reconocido el derecho a acudir a la justicia, llamado también derecho a la acción o derecho a la tutela judicial, como presupuesto básico de las garantías de la igual protección en el ejercicio de los derechos y del debido proceso, contempladas en el N° 3 del artículo 19 de la Constitución”*²⁹⁴. En la misma dirección, el Tribunal Constitucional siguió sosteniendo que en ocasiones anteriores, en las que este Tribunal se ha enfrentado a conflictos similares, donde ha reafirmado que *“el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos (...) también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial, es uno de los derechos asegurados por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia (...) sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente”*.²⁹⁵ Reitera aquello prácticamente en texto y sentido idéntico en el considerando noveno del fallo Rol 1332-09, la idea de que el artículo 19 N°3 de nuestra Carta Constitucional contiene el derecho a la tutela judicial efectiva, aun cuando no esté designado expresamente en su texto, pues *“carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgado, a*

²⁹³ Como lo indica la directiva de primer nivel (DI) N°9, “a una regla no se le debería atribuir un significado de manera que esta regla fuera inconsistente (o incoherente) con un principio válido del derecho”

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Madrid, Civitas Cuadernos, 2001, p. 49.

²⁹⁴ Tribunal Constitucional, 1 de julio de 2008, Rol N° 946-07, considerando vigésimo noveno.

²⁹⁵ Tribunal Constitucional, 1 de julio de 2008, Rol N° 946-07, considerando trigésimo tercero.

*presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente”.*²⁹⁶

A lo anterior añade que, en forma concordante con el derecho de acceso a la justicia que asegura el N° 3 del artículo 19 de la Constitución, este cuerpo normativo además establece expresamente, en su artículo 38 inciso segundo, el derecho de cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración, a reclamar ante los tribunales que determine la ley²⁹⁷. Señala el mismo que “(...) hay otro aspecto que debe expresar el texto constitucional y que está comprendido sustancialmente en el principio básico de la igualdad ante la ley, que el que el constituyente tiene que asegurar que, incluso sobre la base de respetarla en el primer sentido, ninguna autoridad, ni siquiera el legislador, haga distinciones o discriminaciones manifiesta y notoriamente arbitrarias”²⁹⁸.

Señaló, además, y haciendo referencia a lo declarado por el mismo Tribunal en sentencia de 1 de febrero de 1995, Rol N° 205, que *“en un estado de derecho existen leyes dictadas para ser cumplidas y las personas que entren en conflicto con quienes las infrinjan tienen derecho a recurrir al juez en demanda de justicia. Esta es la compensación constitucional por haberse abolido y prohibido la autotutela en la solución de los conflictos...”*²⁹⁹. De la misma manera, el Tribunal Constitucional recuerda que con anterioridad, en sentencias Roles N°s 226 y 280, ha afirmado que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, las limitaciones deben ser razonables y justificadas³⁰⁰. Señala también que, tal como declaró en sentencia Rol N° 280, *“un derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse; que se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular y que, finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular”*.³⁰¹

En base a ello, y -por ejemplo- a partir de la institución “*solve et repete*”³⁰², el Tribunal resuelve acoger el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 474 del Código del Trabajo, particularmente

²⁹⁶ Tribunal Constitucional, 21 de julio de 2009, Rol N° 1332-09, considerando noveno.

²⁹⁷ *Ibid.*, considerando trigésimo cuarto.

²⁹⁸ EVANS, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1986, Santiago, p. 15.

²⁹⁹ 1 de febrero de 1995, Rol N° 205 TC, considerando trigésimo.

³⁰⁰ 1 de febrero de 1995, Rol N° 205 TC., considerando cuadragésimo tercero.

³⁰¹ 1 de febrero de 1995, Rol N° 205 TC., considerando cuadragésimo cuarto.

³⁰² En diversas sentencias el Tribunal Constitucional declara la inaplicabilidad del inciso tercero del antiguo artículo 474 del Código del Trabajo, el que consagraba la figura del “*solve et repete*” obligando a consignar un tercio de la multa para reclamar la multa administrativa ante el Juez de Letras del Trabajo o el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional, según corresponda. El artículo 474 del Código del Trabajo se planteaba en los siguientes términos:

“Art. 474. Las sanciones por infracciones a las legislaciones laboral y de seguridad social como a sus reglamentos se aplicarán administrativamente por los respectivos inspectores o funcionarios que se determinen en el reglamento correspondiente. Dichos funcionarios actuarán como ministros de fe.

En todos los trámites a que dé lugar la aplicación de sanciones, regirá la norma del artículo 4°.

de su inciso tercero, declarando inaplicable en el caso concreto iguales argumentos fueron reproducidos en otros fallos del Tribunal Constitucional referentes a la misma materia, como lo son las sentencias Roles N°s 968-07, 1332-09, 1356-09, 1470-09, 1391-09, 1418-09, 1382-09, 1580-09 y 1865-10, en los cuales se declaró la inaplicabilidad del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo.

De esta forma, el Tribunal Constitucional ha sido claro al respecto: Al asegurar la ley el respeto y ejercicio pleno de nuestros derechos, no tendría sentido la existencia de una limitante anterior: no poder hacer efectivo el ejercicio de aquellos sin que existan garantías que permitan tutelarlos.

Con respecto al DE, se puede señalar -desde la matriz positiva del derecho enunciado- la necesidad de tutela del mismo. De seguir el emplazamiento doctrinario que realiza el Tribunal Excelentísimo, en concordancia con los puntos planteados en lo referido a la tutela de este derecho, resulta comprensible desde un plano inicial la necesidad de darle una vehiculización a la posibilidad de restaurar el imperio del derecho quebrantado ante vulneraciones que se gesten al DE. No basta, eso sí, la tutela indirecta: los criterios que se han establecido por nuestros tribunales pueden ir modificándose, y no entenderse a un plano que otorgue plena seguridad de que el DE tendrá cabida en la tutela judicial efectiva. Cuestión que ya se ha visto, por ejemplo, en materia de resguardar aquél mediante el derecho de propiedad sobre bienes incorporales, basándose en el artículo 19 N°24 de nuestra Constitución Política de la República. Los criterios de resolución han sido disímiles: se ha tutelado el DE mediante vía indirecta al considerar que existe un derecho incorporal que emana del contrato de matrícula, mientras que otras veces se ha negado de plano aquello, desprotegiendo el DE.

La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días de notificada por un funcionario de la Dirección del Trabajo o de Carabineros de Chile, previa consignación de la tercera parte de la multa.

Una vez ejecutoriada la resolución que aplique la multa administrativa, tendrá mérito ejecutivo, persiguiéndose su cumplimiento de oficio por el Juzgado de Letras del Trabajo o el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional, según corresponda.

Serán responsables del pago de la multa la persona natural o jurídica propietaria de la empresa, predio o establecimiento. Subsidiariamente responderán de ellas los directores, gerentes o jefes de la empresa, predio o establecimiento donde se haya cometido la falta."

Del texto de este artículo, específicamente de la frase final del inciso tercero, se desprende que se impone a los administrados la obligación de consignar la tercera parte de la multa impuesta por el órgano administrativo como condición inexcusable para poder reclamar de la sanción impuesta administrativamente ante el órgano jurisdiccional competente, consagrando a favor de la Administración el privilegio procesal conocido como "*solve et repete*". De esta manera, hubo ocasión de referirse, por parte del Tribunal Constitucional, al Derecho de Acceso a la Justicia y la Tutela Judicial efectiva.

VI. b. Justificación de incorporar el Derecho a la Educación dentro de los derechos fundamentales tutelados mediante el Recurso de Protección.

V. b. i. El recurso de protección.

Finalmente, resulta impetuoso abordar las diferentes aristas que han estado presentes en el trato doctrinario y jurisprudencial que se le ha dado al RP, que mediante la ya referida tutela indirecta, es considerado el mecanismo tutelar por excelencia que el ordenamiento contempla para los casos de vulneración al DE. Nos basaremos en los criterios utilizados en fallos al RP por los Tribunales Superiores de Justicia, sin perjuicio del capítulo que aborda este punto, para ejemplificar la desconfiguración del derecho y con ello poder continuar en la línea argumental que es la que nos interesa, mediante la cual se incluya al DE dentro de los derechos fundamentales que se titulan mediante el artículo 20 CPR.

Podemos definir el RP como una acción procesal instaurada por la Constitución, cuyo carácter informal y sumarísimo permite al afectado por actos u omisiones arbitrarios o ilegales -que le agraven³⁰³ en el legítimo ejercicio de cualquiera de los derechos que la CPR especifica- para recurrir directamente a la Corte de Apelaciones respectiva, la cual queda habilitada para decretar las medidas que estime necesarias para restablecer el imperio del derecho y para asegurar la debida protección del agraviado.³⁰⁴ Así lo señala también Navarro, en referencia a pronunciamientos de la Excelentísima Corte Suprema, en tanto “Como lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema, se trata de una acción cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de derechos pre-existentes, mediante la adopción de medidas de resguardo frente a actos u omisiones ilegales o arbitrarias que impida, amague o moleste el mismo”³⁰⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico, el DE no se garantiza a través de una acción rápida, sencilla y eficaz, como lo exige el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el recurso de protección, al tenor del artículo 20 de la Constitución, no protege el contenido del artículo 19 N° 10 de la Carta Fundamental, olvidando

³⁰³ Al respecto, señala Navarro que “Como se sabe, la acción cautelar es procedente no sólo respecto de perturbaciones o privaciones de un derecho indubitado y preexistente, sino también frente a amenazas. Por cierto, desde el punto de vista causal, debe tratarse de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, esto es, carentes de fundamento o contrarias a la ley, como lo ha afirmado reiteradamente la Corte Suprema. Cabe tener presente que la sentencia que se dicta en el proceso constitucional que motiva una acción de protección produce cosa juzgada formal”.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. (2012). 35 AÑOS DEL RECURSO DE PROTECCIÓN NOTAS SOBRE SU ALCANCE Y REGULACIÓN NORMATIVA. *Estudios constitucionales*, 10(2), 617-642. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200017>

³⁰⁴ RIOS, op. cit. p. 905.

³⁰⁵ NAVARRO (2012) op. cit., pp.617-642.

el constituyente que los derechos sociales fundamentales tienen un contenido esencial que siempre debe ser garantizado y que tiene una ejecución directa e inmediata.³⁰⁶

Ya lo señalaba Soto Kloss en el año 1984, al analizar los avances que había introducido el nuevo recurso o acción de protección dentro de la institucionalidad constitucional “(...) hay en el RP una visión muy distinta no solo de lo que es el Derecho, según normalmente se le entiende, sino sobre todo del papel del juez. Este no aparece ya como un mero aplicador de leyes sino como un guardián de la justicia; a él se le ha entregado la salvaguarda del imperio del Derecho, y también ese rol tan fundamental de guardián de los derechos de las personas...”³⁰⁷.

De ahí que se llegue a sostener que utilizar la voz “acción de protección”, para referirse a este mecanismo procesal de garantía de los derechos fundamentales, constituye una inexactitud terminológica, que lleva a una confusión en la forma de entender y aplicar éste, ya que pone el acento en el requerimiento judicial y no en el proceso donde se ventila éste, es decir, la respuesta judicial que debe dar la Corte de Apelaciones respectiva a la acción entablada.³⁰⁸ No basta con tener derecho a la acción si el proceso no garantiza las posibles conclusiones requeridas, ya que de antemano no se asegura el derecho en cuestión. Mas como bien sabemos, la doctrina mayoritaria ha entendido que el acento en esta institución está puesto más bien en la idea de relacionarse con el derecho a la acción o de acceso a la justicia, en tanto pareciera más adecuado conceptuarlo como un derecho y una acción constitucional destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales de protección de los derechos constitucionales de los tribunales de justicia que buscan salvaguardar los derechos de las personas de un modo directo e inmediato³⁰⁹.

V. b. ii. Aspectos procesales del Recurso de Protección.

Hay consenso por la doctrina mayoritaria en reconocer el carácter unilateral del RP, en cuanto se ventila un procedimiento en el que no hay contradictorio (lo cual es sin perjuicio que en el caso que el recurrido se haga parte deja de ser un tercero ajeno al juicio). Y es así ya que lo que se busca es algo en específico, y que es que se declare un acto u omisión como arbitrario o ilegal y se reestablezca el imperio del derecho y la debida protección del afectado. En contrario³¹⁰ se ha argumentado que pareciera ser que se niega el carácter estrictamente jurisdiccional que posee la protección de los derechos fundamentales, con la consiguiente exclusión de las características propias de su ejercicio en el marco del proceso, y se le reemplaza por una concepción unilateral y

³⁰⁶ NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos. REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 14 - N° 2, Talca, p. 241.

³⁰⁷ SOTO KLOSS (1982) op. cit. p. 372.

³⁰⁸ FERRADA, BORDALÍ, CAZOR (2003), op. cit, p. 73.

³⁰⁹ NOGUEIRA (1999) op. cit. p. 160.

³¹⁰ FERRADA, BORDALÍ, CAZOR (2003), op. cit, p. 73.

administrativa, propia de la actuación de otros órganos estatales, con lo que se estaría vulnerando el derecho al debido proceso, derecho fundamental que contempla el propio ordenamiento (Art. 19 N° 3 inciso 5° CPR), en los términos y con las derivaciones que le han impuesto la normativa internacional y la doctrina nacional y comparada, derecho que, dicho de paso, no se encuentra precisamente amparado por el Recurso de Protección, salvo en lo relativo a la interdicción de las comisiones especiales.³¹¹ Mas sabemos que formular tal vulneración en esos términos no tiene sustento procesal, ya que el recurrido puede hacerse parte, ser notificado personalmente, informar al tenor de los hechos, suspender la vista de la causa, interponer recursos contra la sentencia definitiva, etc.

V. b. iii. Recurso de Protección ampara derechos y no meras expectativas.

Debemos señalar el inconveniente netamente jurídico con que se han encontrado la mayoría de las acciones judiciales de protección que han pretendido incluir dentro del derecho de propiedad al DE, en la medida que a través de éste se ha intentado tutelar el DE, siendo en nuestra idea absolutamente insuficiente. Este conflicto radica en la respuesta que se otorga frente a la pregunta de qué se entiende por derecho invocado en juicio: buena parte de la jurisprudencia, e incluso la doctrina, ha concluido que el DE que se busca tutelar por vía indirecta resulta una mera expectativa. Así, se ha utilizado en múltiples ocasiones como argumento por los sentenciadores para rechazar las protecciones interpuestas por cancelación de matrícula o expulsión de la institución educacional, y que de aquello se siga el impedimento de los alumnos a poder obtener su título universitario o similar.

Ya la Corte Suprema asentaba una tendencia clara en tal sentido en el año 1981 en “María Eugenia Ahumada Collao con Rector de la Universidad de Santiago de Chile ex Técnica del Estado” al confirmar el fallo de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazando la apelación de protección interpuesta por la actora al señalar que *“En la especie el derecho o derechos invocados por la recurrente no son derechos reales, ya que no están establecidos como tales por la ley, ni tampoco son personales, pues no representan un valor pecuniario, no están dotados de acción para obtener su reconocimiento judicial, ni son transferibles ni transmisibles, ni aparecen como correlativos de prestaciones nacidas de alguna fuente de obligaciones: “en suma, no pueden ser considerados como bienes incorporales integrantes del derecho de propiedad”*. Desde dicha visión, el RP que sólo ampara alguno de los derechos previstos en la Constitución no es aplicable por extensión o por analogía a otros casos;³¹²

³¹¹ *Ibíd.*, p. 74.

³¹² SOTO KLOSS (1981) *op. cit.*, p. 951.

En el criterio del Tribunal, *“Ahumada, cuando fue expulsada, no había aún cumplido con todos los requisitos necesarios para obtener el título o grado académico, de modo que no era dueña de dicho bien incorporal, sino que sólo tenía meras expectativas de titularse. En estas condiciones, cabe concluir que el decreto de expulsión no ha privado a la alumna indicada del derecho al bien incorporal consistente en el título universitario respectivo, pues dicho derecho aún no le pertenecía. Carece pues de fundamento el recurso de protección interpuesto, en tanto pretende amparar un derecho de propiedad que no existe”*³¹³.

En estos términos, el DE al no ser derecho real ni derecho personal según lo regulado en los artículos 577 y 578 del Código Civil, no cabría utilizar la terminología especie de propiedad, respecto de aquellos casos en que justamente la pretensión se formula en términos tan amplios que no permiten “encasillarla” dentro de una de las garantías clásicas. En el entendido de que precisamente los derechos humanos han sido constantes esfuerzos de abstracción de la realidad, que han buscado modificar situaciones de arbitrariedad en el ejercicio del poder no reguladas por la ley. Innumerables son los casos análogos al ejemplificado, y que caracterizó a la jurisprudencia de la época dictatorial en nuestro país, cuando las Cortes sostenían sistemáticamente una y otra vez que no existía el derecho, por cuanto no había acción por no estar el DE regulado en el artículo 19 N° 10, incluido dentro de las garantías jurisdiccionales. Línea argumental que, si bien ha ido evolucionando con ciertos matices, aún conserva gran parte de la peligrosa doctrina de quienes han estado por restarle sustento jurídico³¹⁴.

Sin perjuicio de todo lo expuesto en las líneas precedentes, y lo señalado en otros capítulos, con la tutela indirecta al DE efectivamente se han amparado derechos extrapatrimoniales. Así, en especial, a partir de una tutela judicial amplia del derecho de propiedad sobre “bienes incorporales”, a que se refiere el Art. 19 N° 24 CPR, los tribunales han protegido todo tipo de derechos subjetivos, intereses o situaciones jurídicas de los particulares, entendiendo que éstos están bajo la protección constitucional, independientemente de su carácter patrimonial o extrapatrimonial³¹⁵.

Ahora bien, como ha sido anteriormente de forma breve señalado, en nuestra opinión no porque se tenga una especie de propiedad sobre un bien incorporal sería correcto poder accionar de protección tratándose del DE, sino por ser tal un derecho inherente a la naturaleza humana, y que le pertenece a todas las personas, y no tan

³¹³ *Ibíd.*

³¹⁴ Es de esta opinión Alejandro Guzmán Brito, para quien “estos llamados derechos sociales debieran ser eliminados de las constituciones y de todo otro texto legal: son manifestaciones, muy justas por lo demás, pero políticas y no, por lo tanto, jurídicas y es peligrosísimo el juridizarlas”

GUZMAN BRITO, Alejandro. La naturaleza de las garantías constitucionales de la persona examinada a través de su protección judicial. RDJ Doctrina, Tomo LXXXV, Nro. 3, 105 a 112, pp. 967-977, p.975, consultable en <http://vlex.com/vid/garantias-persona-examinada-traves-233783653>

³¹⁵ FERRADA, BORDALÍ, CAZOR (2003), op. cit., p.77

solo en el sentido estricto de propiedad de acuerdo con la doctrina de la propietarización de los derechos. Que en definitiva sin muchos cambios ha sido servil a las protecciones interpuestas que hasta la actualidad se han fundamentado apuntando en la dirección acorde a la concepción de bien económico que se busca amparar judicialmente. Aquello con la clara intención de poder subsumir del modo que sea al DE dentro del derecho de propiedad.

Ante tales contradicciones de nuestra legislación, urge conceptualizar al DE de manera amplia, tal que comprenda todos los derechos educacionales que forman parte de su estructura, cómo lo son el acceso, permanencia, trato no discriminatorio, etc., y que ante vulneración de aquel se pueda recurrir de protección no en atención a que se tiene propiedad o especie de propiedad sobre aquellas calidades mencionadas, si no que por ser el acto u omisión ilegítimo o arbitrario susceptible de subsumirse dentro del supuesto jurídico que lo sustenta. Es decir, aquel que contravenga al menos uno de los aspectos que engloba el derecho fundamental a la educación, y, por consiguiente, sea correcto poder señalar que existe justificadamente *acción* para recurrir ante los tribunales en este sentido. Esto es sin perjuicio claramente de otros derechos que entran a formar innegablemente parte del patrimonio del alumno al momento de perfeccionarse el acto administrativo de ingreso a la institución de educación pública como lo es la matrícula, y otros de la misma naturaleza como la promoción, calificaciones, título, etc..

V. b. iv. Aproximaciones a la tutela directa.

El RP tiene la particularidad de ser distinto del resto de las acciones que se ejercen para poner en movimiento el aparato jurisdiccional, ya que centra su preocupación en la persona como titular de las mismas. La legitimación activa que es reforzada por la posibilidad que sea un tercero quien pueda interponer la acción en nombre del afectado en resguardo de sus derechos, entra en estrecha contradicción con la concepción individualista de utilizar al derecho como mecanismo de solución de controversias.

El derecho al acceso a la justicia muta en una forma social de entender el ejercicio de la acción, más ligada a la idea de crear condiciones fácticas para que los derechos fundamentales puedan convivir con las libertades -en el sentido amplio de su concepto- públicas y privadas en el contexto de una sociedad de derechos. En una interpretación sistemática, armónica y finalista del artículo 20 y 5° de la Constitución en relación con el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, nos lleva a sostener que el «recurso de protección» es también un derecho esencial de la persona humana, el derecho a la acción y a la tutela jurisdiccional efectiva ante actos u omisiones arbitrarios o ilegales (...) a través de un procedimiento constitucional que sea especial, breve y sumario, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la cual puede actuar inquisitorialmente, encontrándose

habilitada para tomar todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y para asegurar la debida protección del agraviado³¹⁶.

Katarina Tomaševski, relatora especial de Naciones Unidas en su informe sobre DE, expone acerca de la relevancia de que se considere vinculante el enfoque de derechos humanos en el reconocimiento de garantías como medio de reivindicar derechos, al señalar que “la ventaja excepcional del enfoque de derechos humanos es su marco jurídico global que define los derechos humanos y las obligaciones correspondientes de los gobiernos, que abarcan una división horizontal y vertical de poderes. La simetría entre los derechos humanos y las consiguientes responsabilidades gubernamentales garantiza la sostenibilidad al vincular la potenciación para el ejercicio de los derechos con la rendición de cuentas. El estado de derecho, en tanto que base de los derechos humanos, promueve y, al mismo tiempo, requiere el establecimiento de garantías jurídicas del derecho a la educación y de salvaguardias de los derechos humanos en la educación. (...) No puede haber reconocimiento de los derechos sin que se puedan exigir remedios. Por consiguiente, el reconocimiento de los derechos individuales conlleva la correspondiente habilitación para reivindicarlos y exigir remedios en caso de denegación o violación. La evolución de la normativa de derechos humanos ha estado acompañada por la creación de instituciones nacionales e internacionales para proporcionar remedios, de carácter judicial o extrajudicial, en caso de denegación y violación”³¹⁷.

Tal como lo señala el artículo 20 de nuestra CPR, para que sea procedente la acción de protección, es necesario que se haya cometido un acto u omisión ilegal o arbitraria que prive, amenace o perturbe el legítimo ejercicio de los derechos protegidos por esta acción constitucional.

En la presente acción se consideran, además, los estándares establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que los tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile y que se encuentran vigentes forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Además, por mandato constitucional -y como ya se ha señalado-, tienen primacía por sobre las normas de derecho interno. En efecto, el artículo 5º de la Constitución Política de la República, establece expresamente, en su inciso 2º que: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

³¹⁶ NOGUEIRA (1999) op. cit. pp.160-161.

³¹⁷ Tomaševski (2004), op. cit. p. 22.

La excelentísima Corte Suprema, en sentencia de 13 de marzo de 2007 de causa ROL 3125-04, ha declarado que el artículo 5 N° 2, recién citado, otorga rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que “en definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como así mismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos”³¹⁸.

Por otra parte, la acción de protección releva particularmente la importancia del Poder Judicial como un poder contra mayoritario que necesariamente debe actuar para la protección de los derechos fundamentales. La vinculación del órgano jurisdiccional a los derechos fundamentales puede calificarse como aquella que mayor relevancia presenta para el Estado de Derecho. Y esto se explica por la doble faz de la judicatura, como destinatario de los derechos fundamentales, y como principal garante de los mismos. Lo anterior lo ha expresado la Excelentísima Corte Suprema señalando que *“para esta Corte, en términos generales, incumbe a todo Juez de la República la aplicación del ordenamiento jurídico a los casos concretos sometidos a su decisión (...) La integralidad y coherencia de dicho sistema de normas obliga al juzgador a elegir la norma o grupo de normas precisas que utilizará y el sentido de las mismas. En el ejercicio de esa labor intelectual de selección e interpretación puede identificar reglas jurídicas que contienen sentidos opuestos, e incluso reglas jurídicas que se oponen a sendos principios rectores del sistema jurídico. Pues bien, la solución de tales conflictos de normas es también objeto de juzgamiento (...) No se discute, en la doctrina constitucional, que los jueces del fondo tengan facultades para interpretar las reglas legales conforma a la Constitución, así como tampoco la utilización de las normas constitucionales de un modo directo para la solución del conflicto específico y, en ambos casos, el juez ha debido interpretar la Constitución”*³¹⁹.

En este proceso de integración a que alude la Corte Suprema, que es consustancial a la jurisdicción como señala el máximo tribunal, será tarea del interprete judicial buscar la forma de conciliar las distintas fuentes normativas (Ley, Constitución, Tratados) en pos de conservar la unidad de ordenamiento, unidad que pasa por una aplicación del derecho respetuosa de los derechos fundamentales.

³¹⁸ Corte Suprema; Sentencia ROL 3125.-2004, de 13 de marzo de 2007, considerando trigésimo noveno.

³¹⁹ Corte Suprema; Sentencia ROL 5420-2008.

La importancia de que se regule de manera urgente en la materia no es sino el reflejo de las obligaciones que le asisten al Estado como garante de derechos fundamentales, y que en la realidad más concreta se traduce en acciones directas a ejercer por las personas afectadas. Así por ejemplo podemos identificar el caso de los padres o madres que interponen el recurso por sus hijos o hijas que han visto vulnerado su DE, donde es evidente que se manifiesta el rol protector que envuelve al mecanismo procesal, pero frente al escenario que no son éstos quienes tengan al educado bajo su tutela, tratándose por ejemplo de una institución como lo es el Servicio Nacional de Menores en Chile, es cuando más urgente resulta el hecho que el Estado sea quien instituya instancias de amparo a los derechos de personas que la sociedad ha puesto a su especial cuidado. Sobre todo, sabiendo la radical función que cumple la educación en la vida de las personas. En directa relación con lo que significa que derechos sociales puedan ser accionables judicialmente de manera efectiva e informada por los ciudadanos de una nación, en el sentido de ser más conscientes del entendimiento de ser sujetos de derechos.

Los sistemas judiciales independientes y los mecanismos independientes de derechos humanos son necesarios para asegurar el cumplimiento de las leyes y los reglamentos. También es importante que los jueces conozcan bien las obligaciones internacionales de los Estados relativas al DE. Debería darse una amplia difusión a las normativas aplicables a los proveedores privados para que fueran más conocidas, especialmente entre los padres, los maestros y los miembros y organizaciones de la comunidad; estas normativas deberían permitir que toda entidad o persona iniciara acciones legales en casos de prácticas abusivas o ilegales cometidas por proveedores privados. También es importante apoyar los litigios de interés público en los que se defienda el derecho a la educación contra las fuerzas de la privatización³²⁰.

En específico, también mucho se ha debatido acerca de la eventual limitación al ejercicio de los derechos fundamentales que deriva del hecho que en nuestro ordenamiento sea un mecanismo instrumental como el Auto Acordado de un tribunal de justicia emanado de las facultades económicas de la Corte Suprema, el que regule dicho ejercicio. En el entendido que la CPR exige respeto irrestricto al principio de reserva legal en la regulación de los derechos y garantías constitucionales, como también lo exige la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo contrario a la Constitución el Auto Acordado en su artículo 1^o³²¹ que estipula un plazo de carácter fatal para ejercer la acción. El grave problema de nuestro sistema jurídico, para Nogueira el año 1999, era que no existía control de constitucionalidad preventivo ni represivo sobre Autos Acordados de los tribunales superiores de justicia, por tanto, no había instancia jurisdiccional ante la cual recurrir por dicha norma inconstitucional, y el legislador habilitado en la materia para regularla mediante ley aún no lo ha hecho para superar dicho vicio³²². Ello

³²⁰ Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh, 2015, pp. 18-19.

³²¹ NOGUEIRA (1999) op. cit. pp.160-161.

³²² *Ibid.*, p.164

hoy se ha solucionado en tanto el Tribunal Constitucional, en base al artículo 93 N°2 de la CPR, puede controlar efectivamente la constitucionalidad de los mismos. No obstante, en cuanto al fondo, ello no ha sido solucionado, pues se ha mantenido la regulación del RP mediante el citado Auto Acordado.

Así las cosas, el principio de respeto a la reserva legal en materia de derechos y garantías pareciera quedar desactivado por completo, “limitándose con ello la fuerza normativa de la Constitución y su supremacía sobre órganos instituidos que debieran al tenor del artículo 6 de la Constitución: «someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella», agregándose que «los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo». En tal sentido, es evidente que los órganos colegisladores aparecen negligentes en su obligación de regular “por ley el ejercicio de la acción de protección, o en un trabajo más sistemático, establecer una regulación conjunta de las acciones constitucionales protectoras de derechos esenciales”³²³.

Aun con tales deficiencias que derivan de los métodos constitucionales por los que se han establecido vías para acceder a la protección de garantías constitucionales, el RP se vuelve un modo efectivo de utilizar al derecho para resguardar derechos sociales y lograr que se restablezca su imperio. De lo cual se sigue la suma importancia que estos puedan tutelarse de manera directa en su contenido esencial entendiendo al derecho como una herramienta al servicio de la persona humana, que cubra todos los aspectos delicados y susceptibles de ser vulnerados por el Estado, persona o institución, no debiendo la norma constitucional realizar discriminaciones de ningún tipo entre grupos o categorías de derechos, sin perjuicio claramente de las debidas excepciones frente a las cuales sí se justifica que se ponga especial atención en que vulneraciones a derechos fundamentales sean especialmente protegidas de manera urgente, como lo que sucede con la afectación al derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las personas, cuyos requerimientos deben ser resueltos dentro del plazo fatal de dos días hábiles, y no siguiendo la regla general que fija un plazo de cinco días hábiles. Lo anterior en tanto la exclusión manifiesta del DE de las garantías constitucionales susceptibles de resguardarse por el RP genera una desprotección y vulnerabilidad excesiva a sectores de la sociedad que en su mayoría necesitan de la acción estatal como presupuesto de goce de las vías institucionales en que se desarrollan los derechos y garantías sociales.

Estimamos, por tanto, y siguiendo a Cristian Viera en este punto, que “se trata de una transformación en cuanto al papel que debe cumplir el Estado en la sociedad. Ya no se trata solo de la defensa de los derechos burgueses clásicos, sino que a partir de la premisa que no es posible un ejercicio real de la libertad si su

³²³Ibid., pp. 173-174.

establecimiento y garantías formales no van acompañadas de condiciones mínimas de existencia, el Estado deviene en distribuidor de prestaciones sociales de diversa índole”³²⁴

V. b. v. Reconocimiento expreso en la Constitución Política de la República.

¿Cuáles son los efectos reales que tiene el hecho de que el DE este inserto dentro de la CPR?

A riesgo de ser majaderos en este punto, pero no por eso sin menos seguridad de nuestra posición, debemos volver a recalcar la relevancia y lo oportuna que resulta tal interrogante. Nos parece consecuente con los argumentos expuestos en capítulos anteriores hacerse cargo del problema en estos términos, cuando llegamos al epílogo de nuestro trabajo. Y es que como señala Lautaro Ríos, podemos afirmar que el vigor jurídico de los derechos públicos subjetivos no radica tanto en su declaración en la Carta Fundamental ni en las garantías que resguardan su cabal ejercicio, sino principalmente en la tutela que ante cualquier agravio -así sea un grado de amenaza-pueda recabarse de los tribunales de justicia, guardianes naturales de tales derechos.³²⁵

Dicho esto, volvemos una vez más a la trascendencia de la labor judicial. Y esto en atención a querer resaltar el grado de convicción con que las Cortes de Apelaciones del país, como tribunales competentes de primera instancia logran apreciar con mayor acierto todos aquellos antecedentes que sirvan para un mayor acierto en el pronunciamiento, lo que sabemos es en conciencia y que servirá de base en definitiva para acoger o rechazar el recurso. Ello no significa que no estén obligadas a justificar su decisión, en base a los hechos y circunstancias de forma convincente o racional³²⁶. Si no que lo hacemos notar en el sentido de que tal circunstancia entrega a los jueces cierta libertad para poder tomar parte en la configuración del derecho, por ejemplo, al aplicar normativa internacional en tanto derecho vigente con supremacía constitucional (arts. 5°, inc. 2° CPR), en la dirección de proteger al afectado en base a principios de fundamentales, teniendo aquellos como única sujeción las finalidades de la acción procesal que consisten -como ya hemos dicho-en restablecer el imperio del derecho (fin social) y asegurar al agraviado la protección debida (fin personal).³²⁷

En este sentido, Lautaro Ríos formula 2 preguntas como reformas pendientes al recurso de protección que nosotros compartimos plenamente, que son las siguientes:³²⁸

³²⁴ VIERA (2014) op. cit., pp. 459-460.

³²⁵ RIOS, op. cit., pp. 907-908

³²⁶ *Ibid.*, p.909

³²⁷ *Ibid.*, p.911

³²⁸ *Ibid.*, p. 925

-¿Cómo es concebible que en una sociedad humanista, que pretende asegurar a sus integrantes su mayor realización posible, se excluya del RP al DE en circunstancias que ésta -según la misma Constitución- "tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida"?

-¿Puede la Constitución negar un recurso efectivo para proteger un derecho esencial e inseparable de la realización de la persona, que la propia Constitución alienta y declara como un deber del Estado?

Gran parte del conflicto -nos adelantamos- se enfocaría en los impedimentos prácticos: ¿cómo tutelar el DE más allá de la simple inclusión en el artículo 20 de la CPR? Es decir, ¿cuáles serían los casos en específico que se abordarían? ¿Gratuidad en la educación como una demanda a secas? ¿Que cualquier individuo pueda acceder al sistema educacional sin importar barreras de ingreso? ¿Continuidad en los estudios sin dejar de poner atención a las causales de eliminación de una carrera universitaria? Es complejo aventurarse a posiciones definitivas que se elucubren desde la capacidad fáctica de la misma sociedad. Lo que sí tenemos claro es que, quienes podrían temer a ello, deben poner atención en primera instancia a los mismos requisitos que sostiene el RP: no es sólo la privación, perturbación o amenaza del DE, sino, en lo concreto, una acción u omisión arbitraria e ilegal que provoque ello. No es, entonces, que cualquier medida criticable implique correlativamente que la Corte de Apelaciones respectiva o la Corte Suprema deban resguardar el imperio del derecho del DE, sino que el derecho debió haber sido vulnerado mediante una arbitrariedad y/o ilegalidad. Este es, de por sí, un marco bastante estricto. Sostener -con alevosía o sincera duda- que la integración del DE a los derechos fundamentales garantizados mediante el RP abriría un amplio margen e inestabilidad en torno a las peticiones probables que desvirtuarían el DE, no sólo esconde una visión sectaria del mismo DE, sino que ignora el criterio casuístico -con una importante base legal- de nuestros tribunales de justicia.

V. b. vi. Amparo de garantías fundamentales en Constituciones de Latinoamérica.

A modo de generar una sistematicidad de acuerdo con los diferentes ordenamientos de Iberoamérica que han incluido en sus constituciones mecanismos efectivos para tutelar garantías fundamentales, es que quisiéramos exponer brevemente la aplicación que tienen estos en cada país, que no dista mucho de nuestra realidad jurídica. Con la excepción como sabemos de garantías a derechos sociales, como el DE.

Si bien difieren en su naturaleza jurídica las diferentes acciones de amparo -por ocupar un término inclusivo para la realidad latinoamericana-, han sido eco de reformas a las constituciones en el claro sentido de resguardar garantías cuando el Estado, sus órganos o particulares han contribuido a que se materialicen situaciones de abusos en vulneraciones evidentes a derechos fundamentales en determinados pasajes de cada

historia institucional. Se ha utilizado un lenguaje similar en cada legislación, justamente por ser supuestos paradigmáticos similares: acciones, omisiones, hechos; que resulten ilegítimos, arbitrarios, que priven a las personas del legítimo ejercicio de derechos que la constitución o las leyes consagren, etc.

A continuación se expondrán los pasajes de los Cartas Fundamentales de España, Argentina, Bolivia, Paraguay, Venezuela, Nicaragua y Ecuador, que a nuestro parecer resultan relevantes para los esfuerzos en reelaborar un concepto de DE, tomando elementos clarificadores de tales textos cuando materializan en la normativa interna de cada país, con lenguaje de amparo de derechos fundamentales, y a través de mecanismos de tutela directa de tales derechos, las obligaciones que tiene el Estado y la sociedad en su conjunto en relevar a la educación como un bien fundamental en la vida de todas las personas.

a. Constitución de España

CAPÍTULO II Derechos y libertades

SECCIÓN 1.ª De los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

Artículo 27.

Libertad de enseñanza.

- 1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.*
- 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.*
- 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

Derecho a la educación.

- 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.*
- 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.*
- 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.*

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

Autonomía universitaria.

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

Importante destacar el rol que se le entrega a los poderes públicos cuando se señala que aquellos son los encargados de garantizar a todos el DE, lo que se materializa en la creación de centros docentes y mediante una programación general de la enseñanza en la que cabe la participación directa de toda la comunidad educativa, quienes tienen injerencia tanto en el control como en la gestión de tales centros, que son financiados con fondos públicos. Cuestión no menos relevante a la hora de contraponer DE con libertad de enseñanza, cuando se trata de la injerencia en la toma de decisiones en lo relativo a decisiones vinculantes que afectarán a todos los estamentos, amparándose las instituciones educacionales en la autonomía que debe caracterizar a sus proyectos educativos. Éste es un problema que sigue estando presente principalmente en el ámbito universitario: en la discusión, vías de comunicación efectivas y socialización de decisiones por parte de las autoridades con los demás afectados.

CAPÍTULO IV De las garantías de las libertades y derechos fundamentales.

Artículo 53.

Tutela de las libertades y derechos.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

Recurso de amparo.

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de

preferencia y sumariidad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

b. Constitución de Argentina.

PRIMERA PARTE CAPITULO PRIMERO

Declaraciones, derechos y garantías.

Art. 5º.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Art. 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

CAPÍTULO CUARTO Atribuciones del Congreso.

Art. 75. Corresponde al Congreso:³²⁹

³²⁹ La Reforma Constitucional de 1994, en el inciso 22 del artículo 75 asigna jerarquía constitucional, es decir mayor rango que las leyes nacionales, y establece la complementariedad entre los derechos y garantías establecidos en la carta magna y los derechos consagrados por los pactos y tratados internacionales suscriptos por la Argentina: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– (1969, ratificado en Argentina en 1984); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado en 1986); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (ratificado en 1986); la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ratificado en 1968); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ratificado en 1985); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificado en 1990 por Ley N° 23.849). De esta forma, el derecho a la educación en su dimensión jurídica incorpora a partir de la última reforma constitucional los contenidos universalizantes e incluyentes que el derecho internacional prescribe en las Declaraciones, Convenciones, Pactos y Tratados que conforman el Sistema Internacional de Derechos Humanos, que por esta vía se vuelven determinantes de toda norma jurídica no viciada de inconstitucionalidad y, por tanto, vinculantes para las políticas públicas. Esta condición se insiste en el inciso 23 del artículo citado, el cual indica la responsabilidad del Congreso de la Nación, máximo órgano legislativo del país, de “legislar y promover medidas de acción positiva

19. Proveer lo conducente al **desarrollo humano, al progreso económico con justicia social**, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.

Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

Ley 16.986 - LEY DE ACCION DE AMPARO.

Artículo 1.

La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus.

La particularidad del caso argentino dice relación con que la acción de amparo que tutela los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional, no se encuentra regulada en esta última si no que en una ley (Ley 16.986 de 1966). La cual, en forma análoga al Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección, fija el procedimiento que deberá seguirse cuando se interponga ante juez competente. En esta ley se establecen los requisitos de admisibilidad de la acción, que más tiende a parecerse a una demanda producto del formalismo que la caracteriza. Y no tan solo por aquello, a la vez porque la acción se deberá interponer ante el juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto, y no ante la Corte de Apelaciones respectiva como en el caso de nuestro país. También resultar peculiar, por ejemplo, el contemplarse un periodo de prueba, la que deberá ofrecerse por el requirente en su escrito de

que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.
FINNEGAN, Florencia, PAGANO, Ana. "El derecho a la educación en Argentina" Colección Libros FLAPE. Buenos Aires, 2007, pp.24-25.

amparo y por el requerido cuando evacúe el informe al tenor de lo solicitado por el Juez, prueba que deberá rendirse en una audiencia fijada al efecto.

Lo anterior podría llevar a concluir que es un procedimiento un tanto dilatorio, sin embargo, esto sería más bien aparente, ya que los plazos fijados por ejemplo para dictar sentencia acogiendo o rechazando el amparo, como los plazos para interponer recursos, son plazos de horas. Lo que es tal por la urgencia que caracteriza a estos procedimientos de tutela, cuando lo que se busca es un pronto restablecimiento del imperio del derecho y la debida protección del afectado.

c) Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia.

Sección I: Educación.

Título I Bases Fundamentales del Estado.

Capítulo Segundo: Principios, Valores y Fines del Estado.

Artículo 9.

Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:

5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo.

Título III Derechos fundamentales y garantías Capítulo primero: disposiciones generales.

Capítulo Segundo: Derechos Fundamentales.

Artículo 17.

Toda persona tiene derecho a recibir educación en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural, sin discriminación.

Capítulo Sexto: educación, interculturalidad y derechos culturales.

Artículo 77.

I. La educación constituye una función suprema y primera responsabilidad financiera del Estado, que tiene la obligación indeclinable de sostenerla, garantizarla y gestionarla.

II. El Estado y la sociedad tienen tuición plena sobre el sistema educativo, que comprende la educación regular, la alternativa y especial, y la educación superior de formación profesional. El sistema educativo desarrolla sus procesos sobre la base de criterios de armonía y coordinación.

III. El sistema educativo está compuesto por las instituciones educativas fiscales, instituciones educativas privadas y de convenio.

Artículo 78.

I. La educación es unitaria, pública, universal, democrática, participativa, comunitaria, descolonizadora y de calidad.

II. La educación es intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.

III. El sistema educativo se fundamenta en una educación abierta, humanista, científica, técnica y tecnológica, productiva, territorial, teórica y práctica, liberadora y revolucionaria, crítica y solidaria.

IV. El Estado garantiza la educación vocacional y la enseñanza técnica humanística, para hombres y mujeres, relacionada con la vida, el trabajo y el desarrollo productivo.

Artículo 79.

La educación fomentará el civismo, el diálogo intercultural y los valores ético morales. Los valores incorporarán la equidad de género, la no diferencia de roles, la no violencia y la vigencia plena de los derechos humanos.

Artículo 80.

I. La educación tendrá como objetivo la formación integral de las personas y el fortalecimiento de la conciencia social crítica en la vida y para la vida. La educación estará orientada a la formación individual y colectiva; al desarrollo de competencias, aptitudes y habilidades físicas e intelectuales que vincule la teoría con la práctica productiva; a la conservación y protección del medio ambiente, la biodiversidad y el territorio para el vivir bien. Su regulación y cumplimiento serán establecidos por la ley.

II. La educación contribuirá al fortalecimiento de la unidad e identidad de todas y todos como parte del Estado Plurinacional, así como a la identidad y desarrollo cultural de los miembros de cada nación o pueblo indígena originario campesino, y al entendimiento y enriquecimiento intercultural dentro del Estado.

Artículo 81.

I. La educación es obligatoria hasta el bachillerato.

II. La educación fiscal es gratuita en todos sus niveles hasta el superior.

III. A la culminación de los estudios del nivel secundario se otorgará el diploma de bachiller, con carácter gratuito e inmediato.

Artículo 82.

I. El Estado garantizará el acceso a la educación y la permanencia de todas las ciudadanas y los ciudadanos en condiciones de plena igualdad.

En lo que podría ser un símil del capítulo de bases de la institucionalidad de nuestra CPR, la carta fundamental boliviana establece, como "fin y función esencial del Estado garantizar el acceso de toda persona a la educación, salud y trabajo", es decir, existe un reconocimiento explícito del acceso a los derechos económicos, sociales y culturales. No es baladí dicha consideración pues, al establecerse dentro del carácter definitorio de la institucionalidad, se la da una impronta directa al reconocimiento de dichos derechos.

A nivel orgánico, genera un mandato económico directo al Estado, el reconocimiento del rol del mismo en la educación, y el tipo de instituciones educativas, dándole carácter constitucional a dicha diferenciación. Realiza una exhaustiva enunciación del objeto del DE, estableciéndose en torno a principios rectores claros: una educación revolucionaria, inclusiva, humanista, científica y técnica, democrática, participativa comunitaria, descolonizadora - entre otras- para asegurar el fin de la misma educación, es decir, una formación integral y colectiva desde los prismas que devela el proceso cultural y político de Bolivia. Así, la no discriminación, la equidad de género, el respeto por el medio ambiente, el reconocimiento de pueblos indígenas dado el Estado Plurinacional, etcétera, resultan ser elementos diferenciadores, pero a la vez transversales en lo que debiese ser el DE. Adoptándose desde su realidad material, hacen proclive el DE a la misma formación enunciada desde su contexto histórico. Por último, establece la gratuidad y el acceso a la misma educación, desde los medios para hacer efectiva aquella.

Sección II: Acción de Amparo Constitucional.

Artículo 128.

La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

Artículo 129.

I. La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución, ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados.

II. La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial³³⁰.

d) Constitución de Paraguay.

CAPÍTULO VII - DE LA EDUCACIÓN Y DE LA CULTURA.

Artículo 73. DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DE SUS FINES.

Toda persona tiene derecho a la educación integral y permanente, que como sistema y proceso se realiza en el contexto de la cultura de la comunidad. Sus fines son el desarrollo pleno de la personalidad humana y la promoción de la libertad y la paz, la justicia social, la solidaridad, la cooperación y la integración de los pueblos; el respeto a los derechos humanos y los principios democráticos; la afirmación del compromiso con la Patria, de la identidad cultural y la formación intelectual, moral y cívica, así como la eliminación de los contenidos educativos de carácter discriminatorio.

Artículo 75. DE LA RESPONSABILIDAD EDUCATIVA.

La educación es responsabilidad de la sociedad y recae en particular en la familia, en el Municipio y en el Estado.

Sin tanta definición como la sostiene la CPR predecesora, la Carta Magna Paraguaya sostiene puntos relevantes: se repite el carácter integral de la misma, pero vincula aquella con la idea de permanente: es decir, un proceso educativo de toda la vida para el ser humano, no sólo de enseñanza como conocimiento adquirido que puede agotarse en breves otros procesos, sino como una realidad permanente del individuo. Se vuelven a repetir valores: cooperación, libertad y paz, integración de los pueblos y se suman de forma clara dos relevantes: justicia social y solidaridad. Nuevamente, vuelve una idea comunitaria de educación, pero también de igualdad, sosteniéndose aquella como un motor relevante de la posibilidad de llegar a planos de verdadera justicia social.

³³⁰ Nos remitiremos en este punto a lo que señala la Constitución Venezolana cuando reconoce el deber de la ley en otorgar especial protección y garantía efectiva de los derechos ante privación de libertad, que en nuestra opinión sería una de las materias en las cuales cobra más sentido que se cuente con un plazo mayor para interponer la acción.

Por supuesto, se suman el objeto referido en general en estos puntos: respeto por los derechos humanos y los principios democráticos. Cabe destacar, por último, el mandato a la eliminación de los contenidos educativos de carácter discriminatorio, elaborando nuevamente el concepto de no-discriminación.

CAPITULO XII - DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

Artículo 131. DE LAS GARANTÍAS.

Para hacer efectivos los derechos consagrados en esta Constitución, se establecen las garantías contenidas en este capítulo, las cuales serán reglamentadas por la ley³³¹.

Artículo 134. DEL AMPARO.

Toda persona que, por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley.

El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

e) Constitución de Venezuela.

Artículo 102.

La educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación, consciente y solidaria en los procesos de transformación social, consustanciados con los valores de la identidad nacional y con una visión latinoamericana y universal. El Estado, con la participación de las familias y la sociedad, promoverá el proceso de educación ciudadana, de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en la ley.

³³¹ La garantía regulada en la Ley 1337/88 "Código Procesal Civil" (artículos 565 a 588) y su ley modificatoria, la Ley N° 600/95 "Que deroga el artículo 580 y modifica el artículo 582 de la Ley N° 1337/88 'Código Procesal Civil'"

Artículo 103.

Toda persona tiene derecho a una educación integral de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, el Estado realizará una inversión prioritaria, de conformidad con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas. El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo. La ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad y a quienes se encuentren privados o privadas de su libertad o carezcan de condiciones básicas para su incorporación y permanencia en el sistema educativo.³³² Las contribuciones de los particulares a proyectos y programas educativos públicos a nivel medio y universitario serán reconocidas como desgravámenes al impuesto sobre la renta según la ley respectiva.

La Constitución Venezolana, que, al igual que la boliviana y ecuatoriana surgen desde un proceso de asamblea constituyente, asume la educación no sólo como un derecho humano, sino como un deber de toda la sociedad en su conjunto. Establece su carácter democrático, gratuito (luego precisa que se refiere hasta el pregrado universitario) y obligatoria, en la línea de lo establecido en tratados internacionales. En el ahínco de la educación pública, refiere a un Estado fuerte y con "función indeclinable" sobre la misma. Ergo, se vuelve a tomar la idea de la educación como un derecho social que requiere un Estado fuerte en todas sus aristas. Al igual que la constitución paraguaya, incluye el rol no sólo de la sociedad en términos amplios, sino también lo hace en torno a la idea de familia.

³³² Queremos vincular este punto con lo señalado en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, en el sentido de contemplar un plazo mayor a 30 días que es el que contempla nuestro ordenamiento (6 meses en el caso boliviano) para interponer la acción desde el acto u omisión arbitrario o ilegal que vulnere garantías fundamentales. Quisiéramos tomar el caso de persona privada de libertad que deba cumplir condena por tal plazo y la vulneración se produjo o se comenzó a producir o materializar mientras estaba privado de ejercer sus derechos o cuando de ser posible lo último, no era factible su realización por no contar con los presupuestos de goce del derecho a cabalidad (no se dan las condiciones prácticas, existe precariedad carcelaria, etc) pueda tener a su resguardo la acción constitucional. Consideramos que es un plazo razonable en la dirección de armonizar el goce de derechos fundamentales conculcados, ante restricciones o vulneraciones a libertades individuales y derechos sociales, por ejemplo, lo que tendría como efecto un avance real en tal sentido. Lo anterior, claramente siguiendo la línea de identificar a la Educación como una herramienta de "reinserción social" como fin tangencial a los fines que según lo hemos planteado debe tener la educación. Cuestión que se vuelve aún más urgente en los casos de prisión preventiva ilegal, con la cual se priva del DE a una persona, por ejemplo, al no poder concretarse por apremios ilegítimos en un nivel práctico. Lo anteriormente señalado, es claramente sin perjuicio del goce efectivo del DE dentro de los recintos penitenciarios que debe ser deber especial del Estado, a través de programas y mecanismos de apoyo a la población que solamente esta privada de libertad, mas no de otros derechos. Con esto, queremos recalcar una de las aristas que posee el cuestionado sistema de categorización de derechos fundamentales, otorgando protección a unos en desmedro de otros. En síntesis, la privación de los derechos sociales no puede resarcirse ni indemnizarse como la privación de derechos civiles o libertades individuales. Ya que el perjuicio es grave y permanente, y no susceptible de apreciarse o medirse pecuniariamente, por cuanto en su esencia los derechos sociales escapan a estos criterios.

Sin duda alguna un elemento que no puede pasar desapercibido es que dicha constitución se hace cargo de un grupo de aquellas denominadas “categorías sospechosas” que han sido aún más invisibilizadas: la población privada de libertad y aquella con discapacidad o necesidades especiales. En un reconocimiento a la equidad y la no discriminación hecha concreción, se le asigna al Estado un deber de generar los mecanismos no sólo de acceso (y generar, por cierto, instituciones) sino de asegurar su permanencia. Sin duda alguna, la expresión de la educación como derecho social tiene aún mayor cabida cuando se piensa en la universidad del mismo asumiendo la realidad fáctica y no el entendimiento de los educandos como un todo homogéneo.

Sección Segunda: De la Defensoría del Pueblo.

Artículo 280.

La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas.

f) Constitución de Nicaragua.

TITULO VII. EDUCACION Y CULTURA.

Capítulo Único.

Artículo 116. [Educación integral].

La educación tiene como objetivo la formación plena e integral del nicaragüense; dotarlo de una conciencia crítica, científica y humanista; desarrollar su personalidad y el sentido de su dignidad; y capacitarlo para asumir las tareas de interés común que demanda el progreso de la nación; por consiguiente, la educación es factor fundamental para la transformación y el desarrollo del individuo y la sociedad.

g) Constitución de Ecuador.

TÍTULO II DERECHOS

Sección quinta

Educación

Artículo 26.

La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e

inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo.

Artículo 27.

La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional.

Artículo 28.

La educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente. Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones. El aprendizaje se desarrollará de forma escolarizada y no escolarizada.

La educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive.

TÍTULO III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

Sección segunda

Acción de protección.

Artículo 88.

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

El escenario de Latinoamérica está fuertemente influenciado por la profundización del modelo capitalista mundial, salvo notables excepciones -como las primeras expuestas- que develan el resultado de procesos sociales que convergen en definir y estructurar los derechos sociales. Hacemos notar esto en relación con diferenciar distintos tipos de realidades constitucionales que atañen a naciones que tutelan derechos sociales generando además mecanismos de garantía al respecto, y otras que, consecuentemente, no: las primeras son sociedades que se caracterizan por ser más respetuosas en materia de derechos humanos, en todos sus aspectos. Esto, en contrapunto con otros países como el nuestro, en que la situación es totalmente la inversa. La situación real de aquellos países, y realizando un diagnóstico general, es que recienten el modelo mundial (más o menos profundizado en cada país) de una manera mucho más desestabilizadora. Por una parte, hace que sean poblaciones con mayor y mejor garantía de derechos sociales (en un sentido práctico), más preparadas para dotar a sus ciudadanos de herramientas en la construcción de un “ser social”, pero por otra parte, de acuerdo a los incentivos perversos que generan las economías de mercado en la vida de las personas, éstas tengan que buscar necesariamente mecanismos de producir ingresos para su subsistencia en el sistema (lo que podemos apreciar si se extrema la variante económica-personal de los fines de la educación) que muchas veces son inaccesibles, o por otra parte escasas las oportunidades en el contexto de burguesías político-económicas mucho más precarizadas. Es decir, se avanza en un aspecto fundamental, pero las trabas se generan en el escenario laboral, por describirlo así. Consecuencia de aquello, es que en muchos casos se opte por buscar en otras economías fuentes de ingresos. Lo que como sabemos ha producido en las últimas décadas fuertes procesos de migración entre países, que no es tema de nuestra tesis claramente, pero se menciona al respecto como consecuencia de fondo en torno a la visión individualista del ser humano como problema coyuntural y contemporáneo de nuestras sociedades.

Sumado a aquello, y como acápite del contexto de aseguramiento de derechos sociales, es el fenómeno de ver desde afuera las realidades sociales, por los Estados más liberales, y establecer claras diferencias con esos países, que contribuye sobre todo al sesgo en las políticas de desarrollo social, y reduciendo a un problema estrictamente costo-beneficio la decisión de avanzar o no en tal sentido. Cuestiones que lamentablemente han caracterizado a las discusiones referidas a educación por la clase política durante los últimos periodos de gobierno de los dos grandes conglomerados del país, y que no han atacado el fondo del asunto.

SEPTIMO CAPÍTULO – Jurisprudencia sobre El Derecho a la Educación en nuestro país.

En esta sección nos corresponde exponer y analizar las diferentes sentencias de nuestros Tribunales Superiores de Justicia referentes a los recursos de protección interpuestos desde 1980 hasta la actualidad. En este sentido, se harán notar los criterios que tenían los sentenciadores en aquella época inicial, cuando la Constitución pinochetista recién comenzaba a tener aplicación en nuestro país y las crecientes vulneraciones de garantías fundamentales reconocidas en tal instrumento provocaron que las Cortes tuvieran que adoptar una postura (o no) sobre el DE, recogiendo en armonía los fundamentos y el modelo que la misma Constitución contenía como núcleo esencial, dejando al Estado con un rol subsidiario frente a la iniciativa privada. Principios recogidos en un primer momento en Actas Constitucionales, transcritos como preceptos por la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución.

La educación no fue la excepción de los ámbitos en que el Estado dejó de tener injerencia directa como garante de derechos, y la discusión jurídica se desarrolló en torno a dos garantías que, si bien están transversalmente relacionadas, hoy sabemos la diferencia abismal existente en cuanto a la problemática de aseguramiento de derechos fundamentales por el Estado, a saber, el DE, materia de este trabajo, y la llamada Libertad de Enseñanza. En este sentido, como decíamos, la educación como otros derechos sociales comenzaron a entenderse bajo lógicas de mercado, y los ciudadanos titulares de tales derechos se hicieron parte del confuso escenario de la llamada “propietarización de los derechos” del cual la educación no quedó ajena. Intentaremos exponer en términos prácticos cómo se ha conceptualizado históricamente el DE. Claramente la manifestación del mismo tiene sentido desde la crítica que se ha realizado en el presente trabajo, teniendo que observar los pronunciamientos desde aquella óptica “de sospecha”.

Al entenderse de esta manera a la educación, como un bien más objeto de actos jurídicos, y por ende con respectivos derechos y obligaciones que nacían para las partes contratantes, las Cortes no tardaron en darle cabida a la doctrina frente a la cual existía una “especie de propiedad” sobre los derechos incorporales comprendidos dentro de los contratos de prestación de servicios educacionales, relacionando normas legales y constitucionales (Artículo 583 del Código Civil y 19 N° 24 de la Constitución), Momento crucial para la discusión que hoy nos interesa, ya que desde un comienzo los Tribunales legitimaron la omisión intencional del constituyente de facto que dejó fuera al DE y otros derechos sociales, del único mecanismo de tutela de garantías fundamentales que contempla desde entonces y hasta hoy nuestro ordenamiento.

Los fallos desde el más antiguo al más actual son consistentes en la doctrina de tutela irrestricta a la libertad de enseñanza y de la autonomía de las instituciones educacionales en sus proyectos educativos, como

también lo son la excusabilidad solapada de los jueces, que han mantenido el vacío que deja a las ya mencionadas garantías como “meras declaraciones de buenas intenciones” por parte del Estado. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando señala que “los estudiantes que han ingresado a una institución de educación superior tienen derecho a permanecer en el establecimiento respectivo, en la medida que cumplan con sus obligaciones estatutarias y con las correspondientes exigencias académicas, a las que libremente han adherido desde su incorporación a ese establecimiento. Este derecho de permanencia no es ilimitado y es perfectamente posible que un régimen disciplinario interno derive en la expulsión del establecimiento y en la no renovación de la matrícula por incumplimiento académico” (STC 2731-14 c.23).

Poco y nada se ha avanzado en la materia, aislados son los fallos que reconocen a la educación como un aspecto de la vida del individuo que no puede quedar sin protección, y más bien se han abocado los sentenciadores en el ejercicio de definir arbitrariamente que debe entenderse por educación, parafraseando instrumentos internacionales vinculantes en la materia que ya la conceptualizaron, y dieron por agotada la discusión frente al rol del Estado en torno a los derechos de segunda generación. Así, la ya viciada práctica jurisprudencial ha continuado sistemática y lamentablemente concluyendo lo mismo: el DE no está contemplado dentro de las garantías dignas de protección del artículo 20 de la Constitución, pero existen otras que si lo están y respecto de aquellas sí hay cabida a un pronunciamiento judicial, y que son garantías clásicas manoseadas hasta el punto de instrumentalizar el recurso a su gusto y ver amparado su interés jurídico que los sentenciadores fallan como si se tratara solamente de colisiones entre derechos.

En nuestro estudio jurisprudencial notamos el cambio claro paradigma que ha tenido el recurso de protección cuando se solicitaba el amparo al DE: pasando por una primera etapa desde su creación hasta el retorno a la democracia que se caracterizó por la tutela indirecta, una segunda etapa que podemos caracterizar como de rechazo absoluto a los recursos interpuestos y desamparo del derecho³³³, hasta llegar a una tercera etapa que desde el 2011 hasta la actualidad comenzó con una incipiente práctica jurisprudencial de retorno a una tutela indirecta consecuencia sin duda de las demandas de los movimientos sociales.

A continuación, se expondrán cronológicamente las sentencias de las Cortes que han acogido los recursos de protección interpuestos por las partes afectadas, y los considerandos que a nuestro parecer son relevantes para fortalecer la propuesta de conceptualización del DE, y en la urgente necesidad de su tutela por un mecanismo

³³³ A modo de caracterizar tal período se expondrán 2 sentencias de las C.A. de Concepción y de Coyhaique en las que se puede apreciar claramente el criterio casi uniforme de los tribunales al fallar los recursos de protección utilizando el argumento excluyente de no estar el DE dentro de las garantías reguladas en el artículo 20 CPR.

efectivo en armonía con el deber constitucional que le corresponde a estos efectos al Estado. Por último, se realizará una breve exposición sobre recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia.

VII. a. Sobre Recurso de Protección.

I. C. Apelaciones de Concepción 31/10/1980, C. Suprema 25/11/1980.

Rojas Bascur, Julia Rosa con Universidad de Concepción. ³³⁴

Comparece la estudiante Julia Rojas Bascur interponiendo recurso de protección en contra de la Universidad de Concepción en contra de un decreto por el cual se le canceló la matrícula. La sanción impuesta por el Rector de esa casa de estudios fue motivada por el hecho de haber quebrantado la alumna el artículo 67 del Reglamento de los Alumnos de la Universidad. La recurrente consideró que la medida adoptada era arbitraria e ilegal, ya que no existía fundamento alguno para imponerla.

La Corte Suprema señala en el considerando 3º, letra b) que *“el Derecho a la Educación no está constitucionalmente protegido por el recurso deducido; pero si este derecho se trueca en un asunto de dominio sobre una cosa incorporal pertinente al sistema educativo, como por ejemplo el derecho relativo a un título universitario o a las calificaciones necesarias para obtenerlo, existe protección constitucional a favor del interesado que por un acto arbitrario o ilegal sea privado del dominio que tiene sobre un título o sobre una calificación (el recurso de protección ampara no sólo el dominio de cosas incorporales, sino también la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, conforme al número 15 del artículo 1º y al artículo 2º del Acta Constitucional N°3), y si en el presente caso, la recurrente no invocó específicamente aquel precepto, la preterición no impide a la judicatura un pronunciamiento atinente, porque sólo es esencial para la procedencia del recurso la determinación de los hechos que constituyan el agravio -la cancelación de la matrícula en este caso- para que el tribunal protector pueda aplicar a los hechos descritos por el recurrente los textos constitucionales concernientes, restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.”*

En la letra d) del referido considerando se establece que, *“de acuerdo con los antecedentes, la recurrente tenía derecho de adquirir su título, salvo, naturalmente, las infracciones a la reglamentación pertinente que hubieren tenido mérito para la aplicación de la sanción máxima de cancelación de su calidad de alumna, infracciones*

³³⁴ SCHWEMBER, Ana Luisa. “Derechos de los estudiantes en la jurisprudencia de protección 1980-1999” Memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, profesor guía Sr. Eduardo Soto Kloss, Biblioteca Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, pp. 41-42.

concretas que no se probó que hubiera cometido. El tribunal en el considerando 5º letra a) parte final indica que el Derecho a la Educación no tiene en concreto protección judicial alguna, sino en cuanto compromete el dominio de algún bien incorporal relacionado con ella. En la letra b) del mismo fundamento se sostiene que la naturaleza jurídica de la matrícula de los alumnos universitarios no está controvertida en el recurso; pero se afirma que las calificaciones de los alumnos son suyas y una vez obtenidas no pueden ser desposeídos del derecho que tienen para lograr en ellas el título universitario, salvo las facultades del Rector ejercitadas reglamentariamente.”

La Corte Suprema confirma la sentencia apelada en virtud de la cual se acoge el recurso de protección. Se deja constancia que fue acordada después de rechazada la indicación previa del ministro Sr. Maldonado y del Abogado Integrante Sr. De Amesti, en el sentido de declarar la improcedencia del recurso por encontrarse el país en “estado de emergencia”.

II. Corte de Apelaciones de Valparaíso 15/05/1981 – Corte Suprema 08/06/1981³³⁵

ROL: 15006.

Cecilia Pérez Barrientos con Rector de la Universidad de Valparaíso.

Comparece Cecilia Pérez Barrientos estudiante de la Universidad de Valparaíso, interponiendo recurso de protección en contra de la resolución que prohíbe su matrícula y que emanara del Rector de dicha casa de estudios. Expresa que, en el mes de marzo del año 1981, al concurrir a matricularse se le informó que no podría hacerlo, debido a la existencia de un oficio confidencial de la Rectoría que lo prohibía. Ignora si se le formularon cargos en algún sumario invocado en la Universidad en que se le imputen esas supuestas actividades y hace presente que luego de haber permanecido detenida cinco días en la ciudad de Villa Alemana, el Sr. Intendente Regional dispuso su libertad por falta de méritos, según consta en el recurso de amparo Rol N°19-81. Considera que el acto u omisión del recurrido además de ser ilegal ha lesionado diversos derechos y garantías constitucionales, entre otros, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes y el derecho de propiedad en sus diversas especies.

La Corte de Apelaciones en el considerando 3º señala que “*el recurso de protección resulta improcedente atendido que fue formulado fuera del plazo fatal de quince días corridos contados desde la fecha de la ejecución del acto y omisión tachada de arbitraria o abusiva y atentatoria contra las garantías constitucionales. Sin embargo, aunque se estimare que el recurso se hubiere interpuesto dentro del plazo legal -hecho que no ocurre- tampoco*

³³⁵ *Ibíd.*, pp.48-50

podría ser aceptado, puesto que este es de derecho estricto, no amparando otros derechos o garantías que aquellos que señala de una manera expresa el artículo 20 de la Constitución Política del Estado “

La Corte Suprema confirma la sentencia apelada, acordada contra la opinión de los Ministros Srs. Eyzaguirre y Retamal, quienes estuvieron por revocarla y acoger el recurso deducido, por los fundamentos contenidos en el voto disidente del Ministro Sr. Navas.

**III. Corte de Apelaciones de Santiago 29/05/1981. Corte Suprema 28/07/1981³³⁶.
María Eugenia Ahumada Collao con Rector de la Universidad de Santiago de Chile ex Técnica del Estado.**

El actor en representación de su hija deduce acción de protección en contra de la resolución N° 424, de fecha 01/03/10981, emanada del Rector de la Universidad de Santiago de Chile ex Técnica del Estado, en virtud de la cual se aplicó a su representada la medida disciplinaria de expulsión de esa casa de estudios. Estima que dicha resolución significa un acto arbitrario e ilegal, toda vez que se habrían adoptado sin que estuvieran debidamente acreditados los hechos en que se funda. Agrega que la medida priva a su hija, en su calidad de egresada de la carrera de Pedagogía en Ciencias de la señalada Universidad, del derecho a exigir de ésta el reconocimiento de su calidad de alumna que se encontraba realizando el Seminario para recibir su título de profesora de Estado y, por lo tanto, la priva también de su derecho a exigir el término total de sus estudios superiores y el otorgamiento del correspondiente título. Afirma el recurrente que los derechos mencionados integran el patrimonio a la propiedad de su hija, según el sentido que el término tendría, sobre cosas incorporales, acorde nuestra CPR y el Derecho Constitucional.

La Corte de Apelaciones en el considerando 7°, señala que *“no procede que se pronuncie acerca de si el DE puede o no ser materia de un recurso de protección, por cuanto dicho derecho no ha sido invocado por el recurrente. Por otro lado, en el considerando 8° señala que la estudiante, al momento de ser expulsada del plantel universitario, era alumna egresada que había realizado la práctica docente y que no había terminado el seminario correspondiente no habiendo rendido el examen de grado, de manera que aún le faltaba cumplir con dos requisitos para titularse en la carrera de Pedagogía en Física. Antes de cumplir con dichos requisitos, la recurrente sólo tenía una mera expectativa para obtener el grado y el derecho a éste, pues dependía del cumplimiento de las condiciones señaladas. En el fundamento 9° el tribunal establece que en el artículo 19 N°24 de la CPR, se asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales o incorporales,*

³³⁶ *Ibid.*, pp.45-48

de modo que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de la ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada por el legislador. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones que deriven de su función social.”

Por su parte, la Corte Suprema en el considerando 3º señala que “no toda la gama de derechos son cosas incorporales susceptibles de propiedad, ya que únicamente lo son los derechos reales y personales, es decir, los que se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona y los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas. De tal modo que los derechos que no componen el patrimonio por carecer de significación económica, los que no son apreciables en dinero, aunque causen secuelas pecuniarias, no son cosas incorporales comprendidas en el derecho de propiedad. Y evidencia de ello es que el artículo 19 de la Carta Fundamental hubo de asegurar, independientemente del derecho de propiedad sobre bienes incorporales, diversos otros derechos, como el derecho a la vida, a la educación, el de reunión, etc., que de haber sido estimados como cosas incorporales integrantes del derecho de propiedad, habría resultado enteramente superfluo darles garantía por separado. En el fundamento 4º, la Corte agrega que los derechos cuyo restablecimiento persigue el recurrente no son derechos reales, pues no están establecidos como tales por la ley, pero tampoco son derechos personales, puesto que no participan de los caracteres que corresponden a tales derechos, es decir, no representan en sí un valor pecuniario, no están dotados de acción para obtener su reconocimiento judicial, no son transferibles, no transmisibles ni son correlativos de prestaciones nacidas de alguna fuente de obligaciones. En suma, no pueden ser considerados como bienes incorporales integrantes del derecho de propiedad. El recurso de protección tutela el legítimo ejercicio de sólo alguno de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 de la Constitución, de modo que no es aplicable por extensión o analogía a otros casos, y los derechos para los cuales reclama protección el recurrente no se cuentan ni están englobados entre los que señaladamente pueden ampararse mediante dicho recurso (consid.5º)”

La Corte Suprema confirma la sentencia apelada.

**IV. Oscar Sandoval Lobos con Rector de la Universidad de Antofagasta³³⁷.
Corte de Apelaciones de Antofagasta 31/01/1983 Corte Suprema 15/03/1983**

³³⁷ *Ibíd.*, pp.61-64

ROL: N° 16614.

El actor recurre de protección en contra del oficio N° 381/82 de fecha 02/12/1982 dictado por el Rector de la Universidad de Antofagasta, mediante el cual se niega lugar a su solicitud de reincorporación como alumno regular de la carrera de Servicio Social de dicha casa de estudios. Manifiesta que ha mantenido una escolaridad universitaria en la mencionada escuela, lo que significa haber aprobado y por lo tanto ser titular del derecho de dominio de las calificaciones obtenidas, quedándole un semestre para obtener su título profesional de Asistente Social. Califica la mencionada resolución como una omisión arbitraria e ilegal, en virtud de los fundamentos que emanan de los artículos 19 N°24 y 20 de la Constitución Política que garantizan su propiedad sobre las calificaciones ya obtenidas y al subsecuente derecho a optar al título profesional. Agrega que la resolución es arbitraria porque se sustenta en una sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, que le aplicó una pena privativa de libertad que se encuentra íntegramente cumplida y por lo tanto no puede dar lugar a una nueva sanción en su contra, ya que este doble castigo por un mismo hecho constituye a la vez una ilegalidad y desconoce el principio rehabilitador que inspira toda pena.

La Corte de Apelaciones señala en el considerando 5° *“que habiendo el recurrido dentro del ámbito de sus atribuciones privativas y conforme a un procedimiento preestablecido, resuelto negativamente una solicitud de matrícula de quien, por razones no imputables a dicha casa de estudios, había dejado de pertenecer al alumnado del establecimiento dos años antes, por condena impuesta por la justicia ordinaria, no se divisa la forma como esta resolución pueda significar una privación, perturbación o amenaza, arbitraria e ilegal, a una garantía de libertad o a un derecho fundamental del peticionario. En efecto, como el actor ya no formaba parte del alumnado universitario, ya que precisamente estaba solicitando su reincorporación, se había marginado de ese “status” donde poseía derechos y obligaciones, por lo que resulta evidente que no tiene ningún derecho de propiedad que pueda invocar para exigir su reingreso a la Universidad (considerando 6°).”* En el fundamento 9°, los sentenciadores indican que *“es útil recordar que de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 19 N° 10 y 20 de la Constitución, que el DE no se encuentra protegido por este recurso frente a los actos u omisiones ilegales o arbitrarios de terceros. Por otro lado, en el considerando 10° expresan que “el libelo tampoco ha impetrado la disposición del artículo 19 N°23 de la Constitución, referente a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, puesto que el actor entiende que su derecho a finalizar legalmente su proceso de titulación profesional no ha salido de su patrimonio. En todo caso no consta en autos que la aludida libertad que preocupa a la norma constitucional del artículo 19 N°23 haya sido cercenada por un acto de autoridad universitaria, ya que el recurrente planteó su solicitud de reincorporación como estaba previsto en el Decreto Universitario N° 009046, de 22/09/1980, y esta petición siguió su curso reglamentario y se resolvió por su juez natural y con los antecedentes que era del caso tener en vista, por lo que tampoco puede privarse al Rector de la Universidad de Antofagasta de la facultad de decisión (considerando 11°).”*

En el fundamento 12° se concluye que, *“por las razones dadas en los motivos precedentes, el recurrente no ha podido asilarse en las normas constitucionales de los artículos 19 N°24 y 20 para interponer el presente recurso, invocando la protección al derecho de propiedad. Puesto que, como la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema ha precisado, el alumno universitario tiene la propiedad de las calificaciones ya obtenidas y la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes, entre los que se encuentran los títulos universitarios, salvo las facultades del Rector, ejercitadas reglamentariamente (considerando 14°).”* En el considerando 16° se manifiesta que *“dicho de otra forma, como se analiza por el profesor don Eduardo Soto Kloss, desde el punto de vista del derecho administrativo, en su libro sobre “El recurso de protección”, tanto las calificaciones como las promociones consecuenciales se adquieren por el estudiante e ingresan a su patrimonio de un modo irrevocable y una vez admitido a través de la matrícula, posee derechos y está sujeto a obligaciones, estando entre los primeros el de permanencia, estabilidad, ser promovido al curso superior, si ha cumplido las exigencias estatutarias, sin perjuicio de observar los deberes disciplinarios que le impone su status, los que al infringir, lo exponen a las sanciones que la autoridad administrativa puede aplicar, incluso la expulsión, si se encuentra en el respectivo estatuto.”*

El tribunal a quo declara improcedente el recurso deducido y la Corte Suprema confirma la sentencia apelada.

V. Estudiantes de la Universidad de Playa Ancha.

Corte de Apelaciones de Valparaíso 28/07/1986, Corte Suprema 07/08/1986³³⁸

ROL N° 21257.

Un grupo de estudiantes de la Universidad de Playa Ancha solicitan protección a raíz de diversos actos que señalan y que estiman que han perturbado, entre otros, los derechos constitucionales consagrados en los N°10 y 11 del artículo 19 de la Carta Fundamental. En dicha Universidad han sucedido durante el transcurso del año situaciones en que los alumnos se han visto privados de sus concurrencias a clases, sufriendo vejámenes al pretender ingresar a las aulas, siendo desalojados de ellas por individuos encapuchados y siendo atacados de obra y mano. Señalan además que la autoridad universitaria no ha conseguido solucionar la situación ilegal y arbitraria originada, puesto que la fuerza pública a la que se puede recurrir conforme el artículo 7° del D.F.L. N° 2 actúa en los casos precisos de cada denuncia, sin que puedan arbitrarse otras medidas que permitan a los estudiantes concurrir a clases y lograr continuar sus carreras sin presiones.

La Corte Suprema tiene presente para la dictación de su fallo las razones dadas en el voto de minoría de la sentencia apelada y que es de redacción de la Ministra Sra. Iris González Acevedo. En el punto N°2 del referido

³³⁸ *Ibíd.*, pp.78-80

voto de minoría se señala que “es efectivo que la garantía constitucional consagrada en el N°10 de la Carta Fundamental no está favorecida por el recurso de protección, como también lo afirma el fallo de mayoría en el fundamento primero.” En el punto N°3 se indica que “en lo referente al N°11 del artículo 19 aludido, si bien los hechos expuestos no concordarían con dicha garantía que tiene como fin la enseñanza de parte de personas o instituciones, en todo caso, la existencia de actos arbitrarios e ilegales autorizan a examinar si se ha vulnerado algún otro derecho constitucional amparado por este recurso, aunque no se hubiere señalado expresamente, puesto que es el tribunal el que debe adecuar el derecho a los hechos expuestos por los afectados”. En el punto N°8 se agrega que “los peticionarios en su afán de estudiar se encuentran impedidos de lograr su aspiración de conseguir un título profesional, siendo amenazados para ello, llegándose a actos de maltrato y produciendo indudablemente alteraciones de orden psíquico, al ver frustradas sus aspiraciones, ya que no pueden impedirse aquellas continuas conductas violentistas ni aún con las atribuciones que corresponden legalmente a las autoridades superiores. Por lo que, es indudable que se transgrede, de esa manera, la primera garantía constitucional, considerado el presupuesto de todos los otros, “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, la que se halla protegida por el artículo 20 de la Constitución Política no sólo en el grado de perturbación o privación sino también en el de amenaza, de modo que en esta forma también se les ha impedido hacer realidad otra garantía, que aunque no amparada por este recurso es contemplada en el N°10 del artículo 19 de la Carta Fundamental, cual el derecho a recibir la educación universitaria para la cual han cumplido los requisitos personales y económicos. De manera que es posible adoptar las medidas necesarias para proteger a los alumnos que desean concurrir a las aulas universitarias y continuar con sus estudios, a fin de impedir que se repitan los actos descritos (punto N° 9 y 10).”

El tribunal a quo rechaza el recurso deducido, con el voto de minoría de la ministra Sra. Iris González Acevedo, quien estuvo por acoger el recurso por las razones expuestas.

La Corte Suprema revoca el fallo apelado y acoge el recurso de protección y, en consecuencia, como medida conducente para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, ordena que la autoridad pública proteja la vida y la integridad física y psíquica de los estudiantes y que las fuerzas de orden respectivas dispongan en la Universidad de Playa Ancha la debida vigilancia hasta el término del año universitario, permitiéndoseles a los recurrentes y demás alumnos que lo deseen, concurrir en forma normal a las aulas universitarias para continuar con sus estudios.

VI. Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Corte de Apelaciones de Santiago 14/11/1986. Corte Suprema 13/04/1987³³⁹

ROL: N° 21.856

Un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile solicitan protección, debido a que desde el inicio del año académico se perpetraron múltiples actos destinados a impedir, total o parcialmente, la enseñanza, los estudios y las demás actividades de la referida facultad, tales como la usurpación, en varias oportunidades, del edificio donde funciona esta, la realización de “paros”, el hostigamiento a profesores y alumnos para que no concurran a clases, agresiones físicas y amenazas, injurias, calumnias y hostigamientos reiterados a alumnos y profesores y al Decano de la Facultad, incitaciones y adhesiones permanentes a protestas, “paros” y manifestaciones de carácter político y político-subversivo, adquisición, tenencia e ingreso de armas subversivas a los recintos de la Facultad, daños en la propiedad de profesores, rayados y pegaduras constantes con toda clase de consignas políticas, insultos y obscenidades alusivos a la autoridad, ingreso intempestivo a las salas de clase, durante el desarrollo de las mismas, de sujetos que provocan desórdenes con gritos, consignas y llamados políticos-subversivos, todo ellos incitado, promovido y realizado por una minoría de sujetos conformada por alumnos y elementos ajenos a la Universidad, que actúan bajo la superior dirección de miembros del Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho y de la FECH, como también de diversos partidos políticos y órganos dependientes de éstos. Agregan que con motivo de dichos actos y formando parte del ambiente de desorden e indisciplina generalizados, ha habido continuas postergaciones de exámenes y pruebas y una incertidumbre crónica respecto de si se realizaran los eventos académicos en las fechas anunciadas por la autoridad. Los reclamantes estiman que los hechos descritos son arbitrarios e ilegales y que han privado, perturbado y/o amenazado el legítimo ejercicio de diversos derechos y garantías constitucionales, entre otros, el derecho de propiedad, reconocido y asegurado en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política, sobre los bienes incorporales o derechos que nacieron para los suscritos del contrato de enseñanza celebrado con la Universidad y la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, consagrada en el N°23 del artículo aludido, la cual consideran amenazada en cuanto a la adquisición del dominio sobre los títulos académicos y de los derechos que ese dominio trae consigo.

Informa el Sr. Decano de la Facultad de Derecho expresando que ignora los hechos y, por tanto, no puede dar fe de la exactitud e intensidad de los mismo.

Informa el Sr. Director de Escuela de Derecho explicando que, a partir del 24/09/1986, se observa “absoluta normalidad”.

³³⁹ *Ibíd.*, pp. 86-89

La Corte de Apelaciones en el considerando 2º establece que tiene por ciertos los hechos que relatan los peticionarios, habida consideración de los antecedentes acompañados a los autos. En el considerando 14º señala que en lo atinente a los N°23 y 24 de la Constitución Política, mantiene su predicamento: “El sistema de matrícula de alumnos en cualquier forma de enseñanza, sea ella básica, media o universitaria, no produce derecho, sino una mera expectativa que deriva del cumplimiento integral de las disposiciones reglamentarias, legales y constitucionales, a que el alumno se somete. Por lo tanto, se asimila, proporciones guardadas, a un contrato de adhesión, en la medida que la contraparte cumple íntegramente con su ejercicio legal y legítimo”. De tal manera, no se adquiere un bien incorporal, sino que se le otorga al alumno la posibilidad de legar a obtener un grado académico determinado. Por lo tanto, no existe derecho incorporal, sino sólo un beneficio esperado sujeto a una reglamentación determinada, preexistente y que el alumno acepta, sujeto a las restricciones reglamentarias y estatutarias que la ley o el reglamento determina. De lo que se deduce que, contrariamente a lo que se sostiene, no se adquiere ni derecho real o personal por el sólo hecho de ingresar a la Universidad.”

La Corte Suprema en el fundamento 7º estima que “debiendo acogerse el recurso de protección fundado en que los hechos reclamados como arbitrarios e ilegales han perturbado y amenazado a los recurrentes en el legítimo ejercicio de la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N°1 de la Carta Fundamental, se hace innecesario emitir pronunciamiento en relación a las demás garantías que aquellos indican como conculcadas.”

La Corte de Apelaciones acoge el recurso interpuesto, el que luego es confirmado por la Corte Suprema

**VII. Meléndez Faúndez, Juan y otros con Rector de la Universidad de Chile
Corte de Apelaciones de Santiago 19/08/1988. Corte de Suprema 21/09/1988³⁴⁰
ROL: N° 13066**

Egresados de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile, recurren de protección en contra del Rector delegado de dicha casa de estudios, solicitando el amparo a sus derechos a la educación y de propiedad consagrados en los N°10 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política, los cuales consideran injustamente amenazados y conculcados por una resolución de la Rectoría, en virtud de la cual se les ordena pagar aranceles de estudios como alumnos regulares. Manifiestan que en la etapa de egresados en que se encuentran, dejaron de tener la calidad de alumnos regulares de la Universidad y la obligación de asistencia a clases. Añaden

³⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 99-102

que habían adquirido la propiedad de su título de egresados y sin tener que pagar aranceles como estudiantes regulares podían confeccionar sus proyectos de título. Sostienen que se les veda la posibilidad de hacer sus proyectos si no pagan aranceles y, por otro lado, se les priva de su propiedad sobre sus calidades esenciales de sus carreras, como son la de egresado no obligado a pagar aranceles y, se lesiona sus patrimonios haciéndoles una exigencia pecuniaria que no pueden cumplir. Por lo que, piden que se deje sin efecto esta “verdadera exacción ilegal” que se ha establecido en su perjuicio.

La Corte de apelaciones en el considerando 9º señala que *“el Derecho a la Educación en los términos amplios a que se refiere el N°10 del artículo 19 de la Constitución Política, como en sus ámbitos más limitados, de ingreso a establecimientos de enseñanza básica, media o superior y en lo relativo al derecho de obtener el educando un título que le permita ejercer una determinada profesión u oficio, si bien lo reconoce la Carta Fundamental a todos los habitantes de la República, no es, sin embargo, un derecho comprendido entre los cautelados con el recurso de protección establecido en su art. 20, de modo que los agravios causados por privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de este derecho, no pueden subsanarse mediante este recurso cautelar. “*

La Corte de Apelaciones rechaza el recurso deducido y la Corte Suprema confirma el fallo apelado.

**VIII. González Manríquez, Mario con Directora del Colegio San José de Angol.
Corte de Apelaciones de Temuco (01/10/1993). Corte Suprema (14/10/1993)³⁴¹
Rol: N°21.854.**

El actor interpone acción de protección en contra de la Directora y de la representante legal y sostenedora del Colegio San José de Angol, por la cancelación de la matrícula a su hijo menor en dicho establecimiento. Estima que la medida constituye un acto arbitrario e ilegal que conculca, entre otras, las garantías constitucionales consagradas en los números 10, 11, 23 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Expone que el día 09/12/1992 concurrió a matricular a su hijo para el año lectivo 1993, siendo informado de que quedaba con matrícula condicional, la que sería cancelada en caso de tres anotaciones en un trimestre. Agrega que su hijo curso sin problemas el primer trimestre del año 1993, sin embargo, al volver de vacaciones de invierno se le manifestó que a su hijo se le había cancelado la matrícula, por lo que no se le admitía más a partir del día 12 de julio. Hace presente que se omitió la declaración de “precondicionalidad”, requisito esencial, según el Reglamento Interno del Colegio, para aplicar la mencionada sanción disciplinaria.

³⁴¹ *Ibíd.*, pp. 116-118

La Corte de Apelaciones estima en el considerando 3º que *“debe rechazar el recurso en lo que dice relación al artículo 19 Nº10 de la Constitución Política, toda vez que tal garantía que consiste en el DE, no se encuentra amparado por la acción de protección según se observa de la enumeración que establece el artículo 20 de la Carta Fundamental. Por otro lado, en el considerando 4º hace presente que, como el propio recurrente lo reconoce, acepto matricular a su hijo como alumno condicional para el año escolar de 1993, y esto lo efectuó en el mes de diciembre del año 1992, haciendo uso precisamente de la norma constitucional que da derecho a los padres para escoger el establecimiento de enseñanza para su hijos (art. 19 Nº11), y al hacerlo así acepto, también, que esta condicionalidad tenía su origen en infracciones conductuales ocurridas el año anterior, en el cual se impuso también, en una entrevista celebrada el 11/05/1992, que por problemas disciplinarios su pupilo quedaba en calidad de “precondicionalidad”. Conocida y aceptada la matrícula de esta forma y atendido al hecho de que el menor continuó con una actitud negativa, se le hicieron cinco observaciones, la primera de 06 de mayo y la última de 08 de junio de 1993, la Dirección citó al Consejo de Profesores, conforme a su Reglamento Interno y luego de oír a cada profesor y ponderar los antecedentes del alumno, se acordó en forma unánime la medida de cancelación de la matrícula. En consecuencia, el Colegio de Angol actuó con entero apego a la legalidad, e, incluso, fue más tolerante con este alumno, quizás por su buen rendimiento académico, ya que, conforme al Reglamento citado por el propio actor, bastaba cualquier nueva falta para que la Dirección se viera obligada a la cancelación de la matrícula, y sin embargo optó por otorgarle la posibilidad de reconsiderar su actitud mejorando su conducta, tolerándole hasta tres anotaciones antes de proceder en su contra. En el caso de autos se llegó a cinco anotaciones negativas, por lo que mal puede sostenerse que se actuó arbitrariamente o por mero capricho de los recurridos”*. En el fundamento 5º señala que *“la educación no sólo importa otorgar conocimientos técnicos, científicos o humanistas, sino que es un proceso integral, donde el respeto por los demás, la disciplina y responsabilidad son factores tanto o más importantes que la simple dación de datos que permitan un desarrollo sólo intelectual del individuo”*. Respecto a las demás garantías que el actor estima agraviadas, la libertad de enseñanza está establecida precisamente para favorecer al Colegio en cuanto pueda proceder a organizar y mantener establecimientos, que no sean contrarios a la ley, la moral o el orden público, y sobre la matrícula no existe una especie de propiedad incorporal, ya que sólo se tiene la mera expectativa de continuar como alumno de un Colegio en cuanto se observen los reglamentos, normas y demás disposiciones de este (consid. 6º)”

El tribunal a quo rechaza el recurso deducido y la Corte Suprema lo confirma.

IX. Corte de Apelaciones de Concepción.

ROL: 4458-2003³⁴².

Comparece Héctor Ignacio Campos Rifo, odontólogo, con domicilio en Chillán, interponiendo recurso de protección en favor de sus hijos A.A., AA. I.A.C.S., en contra del Colegio San Pedro Nolasco de Concepción. Señala que sus hijos estudian en este colegio y el menor de ellos A.A., de 14 años, cursa 7° año y que tiene déficit atencional, por lo que en el primer semestre de 2003 y ante el bajo rendimiento del menor, se acercaron al colegio percatándose que no estaba recibiendo una evaluación diferenciada, a pesar de la evaluación previa por profesionales que entregaron un diagnóstico en tal sentido. El viernes 5 y 9 de diciembre se les notifica que el menor quedaba repitiendo por tener dos ramos rojos, y no alcanzando el 5.5 de promedio. Se solicitó una nueva evaluación, en atención a la condición de destacado atleta del menor, la que fue otorgada. Pero no alcanzando las notas para obtener dicho promedio, se dejó al alumno repitiendo para el año siguiente.

Considera que el actuar del colegio ha sido arbitrario e ilegal, conculcándose el derecho constitucional amparado en el artículo 19 N°10 de la CPR, que asegura a todas las personas el DE. Añade que se formula el recurso, también, en favor de sus otros dos hijos, ya que por lo que se ha expresado pueden tomarse represalias en contra de ellos por parte del establecimiento educacional, afectándose el mismo derecho antes señalado. Pide se acoja el recurso, ordenándose la promoción de A.A. al curso superior, previa una adecuada evaluación diferenciada, y se decrete la prohibición al colegio de realizar actos atentatorios en contra de sus otros hijos, con costas.

El recurrido colegio solicita el rechazo del recurso, manifestando que no ha realizado acto arbitrario o ilegal alguno que afecte alguno de los derechos constitucionales de los alumnos mencionados. Habiéndose por su parte evaluado al menor A.A. por el que se recurre, de acuerdo con las normas del caso y atendiendo su condición especial, habiéndose otorgado todas las oportunidades ordinarias y extraordinarias.

Resolviendo la controversia planteada la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de fecha 1 de julio de 2004, en su considerando quinto señala *“Que de la simple lectura del artículo 20 de la Carta Fundamental, aparece que el derecho precedentemente indicado, no es de aquellos que pueden ameritar un recurso de protección. Lo que se dice, es bastante para desestimar el intentado en la causa, en favor del menor A.A.C.S.” (cons.5°).*

³⁴² En línea <http://vlex.com/vid/ignacio-campos-rifo-colegio-nolasco-p-516449658>

Agrega en su considerando sexto parte final que *“Por otra parte, es evidente que no es el recurso de protección la vía adecuada o apta, para obtener la promoción de curso de alumnos de colegio que no han logrado hacerlo que se indica” (cons.6°).*

Por lo tanto, concluye que en atención a que los antecedentes allegados al expediente no alteran lo que anteriormente se ha reflexionado, debe necesariamente rechazarse el recurso de protección interpuesto. Sentencia que es apelada, pero que luego se confirma por la Corte Suprema.

X. Corte de Apelaciones de Coyhaique

ROL: 31-2006³⁴³

Comparece Luis Alberto Martínez Gallardo en representación de su hijo S.A.M.A. deduciendo recurso de protección en contra del Liceo Raúl Broussain Campino, fundándolo en el hecho de que se le niega a su hijo el DE, derecho constitucional contemplado en el artículo 19 N°10 de la Constitución Política del Estado. Dice que con fecha anterior al 28 de noviembre de 2006 la Inspectora General del Liceo le dijo que retirara a su hijo porque estaba suspendido, ante lo cual él dirigió una carta al Director del Liceo recurrido, la que le fue contestada con fecha 30 de noviembre por Ordinario N°160 por la cual se le señala que a su hijo se le ha cancelado la matrícula y por lo mismo no puede entrar al Liceo en los próximos años. Agrega que, debido a la escasez de establecimientos en Aysén, la educación de su hijo se ve absolutamente restringida, obligándosele a matricularlo en un establecimiento ubicado en la periferia de la ciudad, donde existe alcoholismo, lo cual sería perjudicial para aquél. Pide se acoja el recurso declarándolo admisible y se ordene al Liceo proceda a matricular a su hijo sin mantener restricción alguna sobre su persona, sobre todo al derecho que tiene, a la educación.

Informando el recurrido, pide el rechazo del recurso por improcedente, y que se mantenga la medida de cancelación de matrícula contemplada en el reglamento interno del Liceo, dado que el DE no está protegido por la Constitución. Señala que no ha cometido ninguna acción de omisión ilegal o arbitraria que afecte el DE del recurrente; que en Aysén hay suficientes colegios para elegir donde matricular un alumno. Que, por otra parte, efectivamente se le canceló la matrícula al hijo del recurrido, pero ello fue debido a sus continuos quebrantamientos de las normas del Reglamento, conocidas y aceptadas por toda la comunidad escolar.

El tribunal de alzada en fallo de fecha 15 de enero de 2007, teniendo a la vista los antecedentes aportados por las partes, y en especial el Reglamento de Disciplina Escolar 2006 del Liceo aludido, se tienen por acreditados los quebrantamientos de la normativa interna del colegio debido a los problemas conductuales del menor por quien se recurre.

³⁴³En línea <http://vlex.com/vid/gallardo-liceo-raul-broussain-campino-516421098>

En su considerando sexto refiriéndose derechamente al DE vulnerado por acto del colegio, señala que *“si bien este está contemplado en el artículo 19 de la Constitución Política del Estado, del texto del artículo 20 que contempla las garantías protegidas por esta acción cautelar especial, no se encuentra el DE, el cual no se puede confundir con el derecho a la libertad de enseñanza contemplado en el N° 10 del citado artículo 19 que cita el recurrente, que es el derecho que se halla establecido y beneficia a quien la imparte, de tal forma que no se divisa que al cancelar la matrícula reclamada, el recurrido haya cometido contravenciones constitucionales que le hayan causado al recurrente privación o amenaza de las garantías que se esgrimen como fundamento de este recurso.”* (cons.6°).

Y que no siendo ilegal ni arbitrario el acto reclamado no es necesario efectuar el análisis sobre las garantías constitucionales señaladas como quebrantadas (cons.7°). Por lo que se rechaza el recurso deducido en autos. El recurrente no interpuso apelación contra la sentencia.

Se expusieron estos dos fallos de las C.A. de Concepción y de Coyhaique, que, si bien no acogen los recursos de protección que solicitan directamente amparo al DE, son ejemplificadores de la tendencia jurisprudencia de la etapa que hemos caracterizado como de rechazo irrestricto a tales recursos. Dejando en la más completa indefensión a los recurrentes.

XI. Corte de Apelaciones de Santiago.

ROL: 25092-2011³⁴⁴.

Comparece Rogelio Guerra Calderón, comerciante, interponiendo recurso de protección en contra de Inés Segovia Guerra en su calidad de sostenedora del Colegio San Andrés de la comuna de Colina, a favor de su hijo Rogelio Francisco Guerra Araya, quien cursa la especialidad de dibujo técnico en ese establecimiento, señalando que de manera arbitraria e ilegal a su hijo se le negó la matrícula para el año escolar 2012 que debía cursar cuarto medio, lo que constituye una infracción a normas constitucionales tales como las que amparan el DE y al debido proceso.

Expone que la especialidad desarrollada por su hijo sólo se imparte en dos establecimientos educacionales, uno de ellos en el que es alumno su hijo y el otro que queda ubicado en la comuna de La Cisterna, con el que existen muchos kilómetros de distancia desde su domicilio en Colina. Por lo que sería una medida

³⁴⁴ En línea <http://vlex.com/vid/guerra-calderon-rogelio-segovia-563519482>

desproporcionada hacer que su hijo terminara su enseñanza media bajo esas condiciones, argumentando además que aquello se debió al sólo hecho de que su hijo era presidente del centro de alumnos del establecimiento, hecho controvertido por la recurrida por cuanto el alumno habría incurrido en presiones indebidas hacia sus compañeros e incitando a la toma del establecimiento.

La sostenedora del colegio expone que el alumno mientras cursaba el tercer año de enseñanza media el año 2011 cometió una serie de faltas, con expresiones injuriosas hacia su persona en las redes sociales, con lo cual incitaba a los alumnos a impedir el normal desarrollo de las actividades académicas, violando con ello las normas de convivencia escolar de acuerdo con lo establecido en el Reglamento del colegio. Por lo tanto, no existe infracción a normas constitucionales si no que un apego estricto a lo regulado en el Reglamento en sus artículos 16 y siguientes. Agrega además que el mencionado DE que reclama la recurrente no está amparado por el recurso de protección, según lo señala la misma norma constitucional invocada, es decir el artículo 20 de la Constitución. A mayor abundamiento sobre este particular, señala que mal podría haber violado la garantía constitucional del DE, ya que esta le corresponde ampararla al Estado y no a las instituciones colaboradoras, de acuerdo con lo regulado en el artículo 4º de la Ley N° 20.370.

La Corte de Apelaciones de Santiago en primer lugar expone que debe hacerse cargo de dos garantías constitucionales reclamadas, a saber, el DE y el debido proceso. Parte descartando rápidamente la posibilidad de poder pronunciarse respecto a la primera garantía, siguiendo la jurisprudencia recurrente hasta ahora de los tribunales superiores de justicia de no hacerse cargo del derecho fundamental del artículo 19 N°10 por no encontrarse comprendido dentro de las garantías enumeradas taxativamente dentro del artículo 20 de la Carta Fundamental (cons.4º).

En su considerando sexto se hace cargo entonces del debido proceso, señalando que *“en primer lugar la circunstancia de haber sido elegido o no el estudiante como dirigente no constituye una infracción a las normas de convivencia reguladas en el Reglamento interno”* (cons.6º). *“Que el hecho de haber estado el colegio en toma no es responsabilidad exclusiva del alumno ya no puede haber sido el único que participó en los hechos, y no se tiene antecedentes respecto de otros educandos que hayan sido sancionados de la misma forma.”* (cons.7º)

Por lo tanto, la Corte decide que no ha existido infracción al Reglamento y que las alegaciones de la recurrida no tienen fundamento, por lo que el acto de no otorgar matrícula al estudiante es arbitrario e ilegal. Por estas razones acoge el recurso de protección y ordena se otorgue matrícula al alumno para el año 2012, resolución que no fue apelada por la recurrida.

XII. Corte de Apelaciones de Rancagua

ROL: 6069-2013

Corte Suprema ROL: 3471 - 2014³⁴⁵.

Comparece Teresa Llantén Muñoz, profesora, deduciendo recurso de protección en contra de Secretaría Regional Ministerial de Educación de la Región del Libertador Bernardo O'Higgins por no renovación de matrícula de su hija para el año 2014, quien sufre de trastornos auditivos.

Indica que con fecha 7 de noviembre de 2013 le fue comunicada la medida, luego que por ordinario N°1040 se le comunicara al colegio que debía adecuar sus programas para atender a los niños con discapacidades, para lo cual se le otorgaba un plazo hasta el 31 de diciembre del mismo año. A lo cual el colegio atendiendo a razones económicas decidió optar por no atender a niños con trastornos de lenguaje o auditivos.

Señala la recurrente que tal medida es arbitraria e ilegal por cuanto conculca derechos fundamentales como la igualdad ante la ley y el DE, pues perjudica a los alumnos minoritarios del colegio, dentro de los cuales se encontraría su hija. Esto ya que no existían otros colegios dentro de la provincia especializados para ellos. Y que por lo demás tal colegio había sido reconocido y autorizado por el Estado para impartir educación especial auditiva desde el año 2008.

La Corte de Apelaciones de Rancagua en fallo de fecha 10 de enero de 2014 reconoce la importancia de amparar al DE de la menor, en circunstancias que el recurso de protección deja fuera tal garantía fundamental. Justamente son estos casos los que permiten concluir con más claridad que debe existir un mecanismo de tutela a la educación ante situaciones de personas que se encuentren en grupos minoritarios, y que además debe ser reforzado por una efectiva igualdad ante la ley a aquellos. En ese sentido, nos parece importante destacar que se tomó en consideración lo que hoy se ha denominado "categorías sopechosas".

Así, en su considerando quinto señala que *"de esta forma, y aún cuando la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N°10 de nuestra CPR, no se encuentra amparada por el recurso de protección previsto en el artículo 20 de la Constitución señalada, el DE de la menor en favor de quien se recurre no se encuentra, según consta en autos, debidamente resguardado, al no contar la comuna de San Vicente de Tagua Tagua con un establecimiento que pueda cubrir sus necesidades educacionales, las que se encuentran reguladas en el Decreto 86 de Educación del año 2003 (cons.5°). Cabe destacar que, también en nuestra consideración, aquello dice*

³⁴⁵ En línea <http://vlex.com/vid/llanten-mua-oz-ministerial-libertados-488826466>

relación con la Libertad de Enseñanza amparada en el artículo 19 N°11 de nuestra Carta Fundamental, pues al no existir más establecimientos educacionales con dicha índole, se ve mermada la posibilidad de escoger, en términos prácticos, un colegio.

En su considerando sexto señala que *“efectivamente se ha incurrido en un acto arbitrario que ha vulnerado derechos fundamentales de la recurrente, en especial la igualdad ante la ley, pues tiene ésta el mismo derecho que los demás niños con su misma discapacidad para ser atendida en un establecimiento especializado, razón por la cual se acogerá el recurso intentado, a fin de que se autorice al establecimiento Colegio Santa Teresa de Jesús de San Vicente para atender por el año lectivo 2014 alumnos con discapacidades permanentes, en los mismos términos en que se efectuaba antes de la dictación del acto recurrido”* (cons.6).

El fallo de protección fue apelado ante la Corte Suprema, quien decidió confirmar la sentencia.

XIII. Corte de Apelaciones de San Miguel

ROL: 5-2013³⁴⁶.

Comparece doña Isabel del Carmen Muñoz Rodríguez, en representación de su nieto Bastián Andrés Cárdenas Sepúlveda, estudiante, deduciendo recurso de protección en contra de las autoridades del colegio Don Bosco de La Cisterna, cuyo nombre es Liceo Salesiano Manuel Arriarán Barros. Señala que a su nieto se le cancela el derecho de matrícula para el 4º año de Educación Media por el período 2013, por verse involucrado en hechos constitutivos de amenazas telefónicas a un integrante del Liceo realizadas desde su teléfono por otro compañero, por lo cual se alegó en ese entonces su absoluta inocencia, sin embargo, la medida se mantuvo.

Agrega además que su nieto fue sancionado sin que se le haya dado el derecho a defenderse ante la Rectoría o la Justicia, vulnerando el derecho constitucional de un debido proceso, en circunstancia que no ha faltado a sus deberes escolares ni de disciplina, ya que nunca se le aplicaron las medidas que señala el reglamento interno y no se siguió el procedimiento contemplado para ello. Reitera que, al haber sólo comunicaciones verbales, sin una comunicación oficial del Liceo, se le privó injustamente su derecho a completar sus estudios en el liceo.

Expresa como garantías vulneradas las consagradas en el artículo 19 N°2 , 3, 10, 11, 23 y 24 de la CPR, además de las disposiciones de la Ley 18.962. pide que se deje sin efecto la medida adoptada, y es así como a fs. 27 se concede orden de no innovar solicitada.

³⁴⁶ En línea [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ34701&links=\[BAST,%20ANDR,%20CARD,%20SEPULVED\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ34701&links=[BAST,%20ANDR,%20CARD,%20SEPULVED])

El colegio se defiende señalando que el alumno ha tenido diversos problemas disciplinarios, así como múltiples ausencias injustificadas y otros problemas conductuales sumadas a las bajas calificaciones obtenidas por este.

La Corte de apelaciones en fallo de fecha 13 de marzo de 2013 señala en considerando segundo que *“Es sabido que los derechos fundamentales tienen una pretensión moral que es recepcionada por el Derecho positivo para que la finalidad de éstos pueda ser alcanzada plenamente. De lo anterior deriva que una acertada comprensión de esta materia sólo puede ser resultado del escrutinio de la moralidad implícita de lo que se trata y de su correspondencia con la legalidad -y la arbitrariedad en esta clase de acción-, esto es, dicho de otro modo, el análisis no ha de hacerse sólo desde la juridicidad que deriva de la ley secundaria como son las normas contractuales sino también a partir de los valores jurídicos y del contenido de la norma constitucional eventualmente vulnerada”* (cons.2°).

Continúa argumentando en el mismo sentido en su considerando tercero y reconoce que *“El recurso de autos obliga a resolver si la referida decisión importa una negación injustificada de la igualdad de acceso a la educación que la CPR asegura, en este caso por la imposibilidad de que el menor continúe su proceso formativo en el colegio al que se integró en las anualidades precedentes, un problema de igualdad de oportunidades porque, como se ha dicho, la decisión del educador impide que el estudiante conserve la calidad de integrante del establecimiento educacional y obtenga los beneficios educativos que su desarrollo requiere y que se espera sea completo, en circunstancias que éstos son proporcionados a los demás alumnos. Planteadas así las cosas, los sentenciadores se preguntan si tal discriminación a resultas de la actuación del alumno de que se trata queda suficientemente justificada”* (cons.3°).

La Corte termina por rechazar el recurso de protección, el que es apelado por el recurrente y que será confirmado en definitiva por la Corte Suprema.

XIV. Corte de Apelaciones de Temuco.

ROL: 1719-2013³⁴⁷.

Sara Gallardo Marin actuando en representación de su hijo Luis Ángel Escobar Gallardo interpone recurso de protección en contra de la Escuela Rayen Lafquén Queule, comuna de Toltén, cuyo Sostenedor es la Ilustre

³⁴⁷ En línea <http://vlex.com/vid/recurso-proteccion-gallardo-marin-589894202>

Municipalidad de Toltén, representada por su Alcalde don Rafael García Ferlice, alegando como vulneradas las garantías de los números 3, 10 y 24 del artículo 19 de la CPR.

Expone que su hijo era constantemente víctima de bullying y discriminación en el colegio, y que los hechos que desencadenaron la sanción impuestas ocurrieron con ocasión de una agresión hacia su hijo por una compañera quien le propinó patadas y una de estas fue contenidas por su hijo en defensa propia, lo que provocó que la alumna sufriera lesiones en su extremidad.

Agrega la recurrente que, del hecho de la expulsión sólo se enteró el 3 de junio cuando asiste a una reunión de apoderados, y la profesora le señala que no puede ingresar porque a Luis se le había cancelado la matrícula, habiéndose adoptado esta decisión sin una investigación previa, sin la aplicación de un procedimiento racional y justo, porque no se le ha respetado el derecho a defensa y a ser oído consagrado, además en la Convención de los Derechos del Niño y el DFL N°2 del Ministerio de Educación, no cumpliéndose además con el “Reglamento o Manual de Convivencia Escolar” que debe ser conocido por la comunidad, y donde se debe llevar un registro de las situaciones que deben ser comunicadas oportunamente a los apoderados, debiendo dejar constancia de los episodios y sanciones asociadas, lo que en este caso no sucedió, cayendo en una falta de servicio al no ejecutar oportunamente un “Protocolo de Acción” para los problemas de convivencia entre los alumnos que son, en su gran mayoría, niños en situación de vulnerabilidad social y económica, por lo que también reciben su alimentación diaria en el colegio; por esto entonces, el proceder de la recurrida ha generado un perjuicio en Luis Ángel Escobar Gallardo pues no puede asistir a clases aún teniendo un buen rendimiento escolar. Así, se encuentra sin colegio y con la dificultad natural de encontrar otro lugar al que asistir, causándosele un daño emocional con este injusto proceder por ser la víctima de la agresión, el sancionado y no aplicándosele un trato igualitario con la agresora quien sigue asistiendo al colegio normalmente.

La recurrida señala que la medida ya fue revertida y que el menor desde el día 24 de junio asiste regularmente a clases. Sin embargo, la Superintendencia de Educación determina que se procedió a efectuar fiscalización, y el establecimiento recurrido será sometido a la instrucción de un Proceso Administrativo, porque las actuaciones del establecimiento no se ajustaron a lo dispuesto en el artículo 46 letra f) del DFL N°2 de 2009 del Ministerio de Educación. Esto ya que la madre del menor no se enteró de la desvinculación de su hijo, ni siquiera de forma verbal, y que sólo fue notificada de la decisión adoptada por el Consejo de Profesores el día 11 de junio. Además, nunca se realizó investigación alguna para esclarecer los hechos investigados.

La Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de fecha 13 de octubre de 2013 reconoce las garantías vulneradas ante la medida arbitraria e ilegal adoptada por el Consejo de Profesores, y su considerando tercero señala que *“en la expulsión del menor del establecimiento educacional se vulneró normas constitucionales, a saber, las del N°10, 3 y 24 del artículo 19 de la CPR, por cuanto la exoneración privó del DE al menor, además que en el procedimiento usado para efectuar tal sanción no existió el debido proceso, esto es, tener una adecuada defensa de los derechos de éste, unido al hecho que se le privó de derechos personales que acarrearán perjuicio de carácter patrimonial, ya que se le privó de su derecho que emanó de un contrato (matrícula) que lo vinculaba al establecimiento ya mencionado.”*(cons.3°).

Señala, además, que si bien la medida fue revertida por el mismo órgano resolutorio, y el menor fue reincorporada a clases, la interposición del recurso de protección no resulta inocuo como podría pensarse, ya que si se vulneraron garantías fundamentales, el Tribunal no puede soslayar ello, por lo tanto se resuelve acoger el recurso de protección. Se ordena a los recurridos que deberán abstenerse de expulsar de dicho establecimiento al menor Luis Ángel Escobar Gallardo, sin efectuar el debido proceso que corresponde para situaciones que se debatieron en el procedimiento. La resolución no fue apelada.

**XV. Corte de Apelaciones de Temuco³⁴⁸.
ROL 16895-2013.**

Comparece Marly Elizabeth Garrido Miranda interponiendo recurso de protección en contra la Universidad Arturo Prat. Funda su pretensión al señalar que aprobó con éxito el pregrado en dicha institución de educación superior, pero que al solicitar su título profesional correspondiente a la carrera de Licenciada en Educación Parvularia, que concluyó en agosto de 2011, éste le fue negado debido únicamente a la existencia de deudas pendientes con la casa de estudios. Tampoco se le extiende certificado de egreso por los mismos fundamentos.

La universidad por su parte inicia acciones legales tendientes a realizar demanda de cobro ejecutivo de la deuda, la que asciende a \$ 4.000.000 más reajustes e intereses y gastos judiciales, la que le fue notificada a la alumna.

³⁴⁸ En línea <http://vlex.com/vid/garrido-miranda-marly-universidad-arturo-prat-489045314>

Señala además que sin el título profesional no puede trabajar como Educadora de Párvulos, lo cual genera el sinsentido de no poder generar ingresos suficientes para pagar la deuda, y además sustentar el cuidado de sus hijos menores de 13 y 15 años.

La primera sala de la Corte de Apelaciones de Temuco señala en su considerando segundo que “el DE se encuentra garantizado en el numeral 10 del artículo 19 de la Constitución Política, que señala la educación *“tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en sus distintas etapas de su vida”*. A ello se suma la norma del artículo 1° de la misma Constitución, cuando declara que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es *“permitir a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material”*. Por su parte, también es del caso reconocer el derecho de propiedad que garantiza el numeral 24 del citado artículo 19, y de que goza la Universidad por el crédito que tiene contra el recurrente, que le adeuda el pago de aranceles.” (cons.2°).

Señala en el considerando siguiente que existe confluencia de garantías fundamentales, a saber, también por parte de la Universidad el derecho de propiedad contemplado en el artículo 19 N°24 de la Constitución, y ante tal escenario se debe resolver que garantía debe primar.

Como se verá en el fallo que se expondrá a continuación, el criterio de los tribunales superiores ante casos como este es establecer la importancia que tiene el proceso educativo en la vida de una persona y que el Estado es el encargado de promover el DE en sus distintos niveles. Que, por otra parte, el derecho de propiedad de la recurrida no se ve amagado ya que esta tiene a su haber la vía ejecutiva para perseguir el cobro de la deuda en cualquier momento, la que no puede ser requisito previo a solucionarse para que una persona perteneciente a una casa de estudios pueda obtener el título profesional.

Se acoge por tanto el recurso sólo en cuanto se ordena a la recurrida que debe permitir al estudiante que recurre obtener el certificado de título respectivo de cumplir con todos los requisitos académicos, eliminando la exigencia de repactación o abono previo por deuda. El fallo no fue apelado por la Universidad Arturo Prat.

XVI. Corte de Apelaciones de Temuco
ROL: 2230-2014
Corte Suprema ROL: 24920 - 2014³⁴⁹.

³⁴⁹ En línea <http://vlex.com/vid/guevara-morales-pamela-universidad-543582466>

Comparece Pamela Guevara Morales interponiendo recurso de protección en contra de la Universidad Arturo Prat. Señala que concluyó su proceso de pregrado, presentó su tesis y aprobó su examen de grado exitosamente, y que desde ese momento solicitó insistentemente a la Universidad su título profesional, el cual le fue rechazado debido a que deudas pendientes.

Agrega que la deuda consta en pagarés del año 2005 y 2006 y que la Universidad nunca inició acciones judiciales tendientes desde que se hicieron exigibles, por lo cual su acción prescribió. Ante esto la Universidad le exige una repactación por fuera del marco legal como requisito para que se le entregue el título profesional, por lo que tenía que pagar la mitad de la deuda al contado y el saldo en cuotas. A su juicio, “la negativa de la Universidad a entregar el título profesional, constituye un acto ilegal y arbitrario; ilegal por cuanto no existe norma legal alguna que habilite a la Universidad, como órgano estatal, para negarse a entregar un título profesional fundado en la existencia de deuda pendiente de pago, y luego arbitraria por cuanto representa una actitud carente de sentido y racionalidad; que no priva a la recurrente - como lo ha hecho - del ejercicio de las acciones tendiente a obtener el cobro del crédito adeudado” (fs.73).

Hace presente además que según lo prescrito en el artículo 3º de la ley Nº 20.370, Ley General de Educación, los principios que inspiran al sistema educativo chileno se refieren, entre otros: La Universidad y educación permanente, en orden a que la educación debe estar al alcance de todas las personas a lo largo de toda su vida; y la Equidad del Sistema, y que el artículo 4º de la citada Ley establece que la educación es un derecho de todas las personas y es deber del Estado otorgar especial protección a este derecho. Alega que se han visto violados sus garantías fundamentales consistentes en una adecuada igualdad ante la ley como además su derecho de propiedad sobre su título profesional.

La recurrida Universidad alegó que, de acuerdo con el contrato de prestación de servicios educacionales celebrado entre las partes, la recurrente no puede demandar la entrega de su título si no ha cumplido a la vez con su propia obligación, es decir pagar la deuda por concepto de arancel. Sustenta su argumentación en base a artículo 44 del Reglamento Títulos y/o Grados de la Universidad Arturo Prat, el cual establece que para iniciar la tramitación del título y/o grado se requiere haber cumplido los requisitos consistentes en haber egresado, aprobado trabajo de título y examen de grado. Y, de esta forma, iniciar la tramitación a través del GEDO Títulos y Grados, conforme lo dispone el artículo 45 de la norma reglamentaria citada, que dispone que el alumno no debe tener situación pendiente o de morosidad en la carrera en la cual tramita su expediente de título.

La Corte de Apelaciones de Temuco en fallo de fecha 27 de agosto de 2014 en su considerando cuarto señala que el DE se encuentra garantizado en el numeral 10 del artículo 19 de la Constitución Política, que señala la educación *“tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en sus distintas etapas de su vida”*. A ello se suma la norma del artículo 1° de la misma Constitución, cuando declara que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es *“permitir a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material”*. Por su parte, también es del caso reconocer el derecho de propiedad que garantiza el numeral 24 del citado artículo 19, y de que goza la Universidad por el crédito que tiene contra el recurrente, que le adeuda el pago de aranceles” (cons.4°).

Considera el tribunal de alzada que, ante la confluencia de garantías fundamentales, debe resolverse cuál de ellas debe primar por sobre la otra. Señala por una parte que *“la Universidad tiene a su disposición la vía del cobro ordinario o ejecutivo, según corresponda de conformidad a las reglas generales, debiendo hacer uso de las acciones judiciales a su alcance y así obtener el cobro de lo adeudado, por lo que se estima que su derecho a recibir la contraprestación en dinero, no se ve amenazado, en tanto, el actor cuenta a su favor, haber cumplido con todas las exigencias del tipo académico y curricular fijadas por la Universidad, para todos los años del pre-grado, por lo que, salvo la deuda existente, que se puede perseguir por la vía jurisdiccional correspondiente, no se divisa razón para que se le impida culminar con su proceso universitario, cumpliendo la etapa de la titulación, lo que lleva a preferir su protección.”*(cons.6°).

Termina exponiendo en base a aspectos que podrían tenerse presentes al momento de conceptualizar al DE como derecho social, ante el cual circunstancias de tipo económico no pueden interponerse como requisitos para afectar tal derecho. En dicho sentido, en su considerando séptimo y final señala que *“la exigencia de cumplir obligaciones de carácter económico como condición previa para acceder a la instancia de titulación, si bien está prevista en el reglamento dictado al efecto por la propia Universidad, resulta arbitraria respecto del estudiante que ha cumplido con todas las exigencias académicas propias a la carrera que se trata, y que, al mismo tiempo, ha desarrollado satisfactoriamente toda la malla curricular que se exige, lo que obliga a acoger el recurso y a prestar protección al estudiante víctima de la arbitrariedad.”*(cons.7°).

La Universidad interpone recurso de apelación en contra de la sentencia de protección acogida que ordena se debe permitir al estudiante que recurre, obtener el certificado de título respectivo, de cumplir con todos los requisitos académicos, eliminando la exigencia de repactación o abono previo por deuda, siendo la sentencia confirmada por la Corte Suprema.

XVII. Juzgado de Letras de Concepción. Rol 8.228-2013. (Confirmada C.A. Rol N° 1.009-2014. Acumulada Rol N° 1238-2014)³⁵⁰.

Se interpone acción tutelar por Ley N° 20.609 por sufrir la menor Luciana Belén Catalá Torres discriminación arbitraria al negarse el Colegio de la Santísima Trinidad de San Pedro de la Paz a reincorporarla al establecimiento tras 2 meses de ausencia luego de que fuera retirada por apoderada al cambiar su domicilio a otra ciudad. La negativa habría estado motivada por considerar el colegio como requisito para su reincorporación que los padres biológicos de la menor debían vivir juntos, situación que en los hechos era imposible ya que la madre convivía con su actual pareja.

El fallo de primera instancia en su considerando 10° señala que *“de la normativa constitucional, legal y administrativa transcrita, es posible concluir que con relación a la educación primaria ésta se constituye en un derecho fundamental del niño, niña o adolescente, que mira a su desarrollo particular y con relación a sus propias potencialidades, encontrándose nuestro país en la obligación de asegurarla sin limitación de postulado ideológico o religioso alguno, siendo una obligación de quienes tengan a cargo al menor de que se trate instar por su educación regular, que permita en un estado de equilibrio desarrollar las destrezas y habilidades de cada menor bajo su propio contexto familiar y social, y entre derechos de igual categoría como los de libertad de enseñanza y de educación, prima éste cuando se trata especialmente de un menor, quedando supeditado el legítimo ejercicio de aquel al desarrollo de éste.”* (cons.10°).

El colegio interpuso recurso de apelación en contra de la resolución de dieciséis de junio del año en curso, que se lee a fojas 94

El tribunal de alzada en fallo de 24 de octubre de 2014 consideró que existía una colisión de derechos a saber DE y libertad de enseñanza y que *“para la adecuada comprensión del marco jurídico, había que entender que el DE, consagrado en el artículo 19 N°10 de la misma Carta Magna, tiene una doble dimensión: en primer lugar, una de carácter individual, como prerrogativa de toda persona en pos de su pleno desarrollo, en las distintas etapas de su vida y, en segundo lugar, otra de carácter social, en procura del fomento del desarrollo de la educación en todos sus niveles. Y en lo referente a la libertad de enseñanza (artículo 19 N°11) que supone, por una parte, el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales y, por la otra, el derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”* (cons.4°).

³⁵⁰ En línea [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ44296&links=\[LUCI,%20BEL,%20CATAL,%20TOR\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ44296&links=[LUCI,%20BEL,%20CATAL,%20TOR])

El considerando 6° de la Corte es fundamental ya que pone énfasis en lo primordial de considerar a la educación de una menor con preponderancia a los distintos aspectos que envuelven a la libertad de enseñanza. Así, plantea que *“ante la colisión concreta planteada debemos realizar una ponderación de los derechos o principios fundamentales en conflicto, haciendo prevalecer el DE de la niña por sobre la libertad de enseñanza, de religión y de culto de la persona jurídica propietaria del establecimiento educacional, ya que en el caso específico que se juzga, el nivel de afectación que implica la reincorporación de la alumna al colegio para el ejercicio de las libertades aludidas de la entidad denunciada no es relevante, incluso puede calificarse de marginal, en todo caso insuficiente para desplazar su DE en el establecimiento elegido por su madre, como aquel lugar apto para el pleno desarrollo de su personalidad. Los niveles de afectación del DE, dada la negativa a reincorporarse como alumna de enseñanza básica en el establecimiento, superan la molestia sufrida en las libertades anotadas de la institución educacional, sobre todo si se tiene en cuenta que la madre de la menor y su actual pareja estaban dispuestos a contraer prontamente matrimonio.”* (cons.5°).

Continúa argumentando que *“corresponde asimismo desestimar la alegación de una causal de justificación por parte de la institución denunciada consistente en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos a la libertad de culto y de enseñanza, pues como ya se afirmó en la ponderación de derechos y principios se ha hecho prevalecer el derecho de educación de la menor, dada la escasa afectación de los primeros, de modo que su ejercicio no ha sido legítimo en la especie”*. (cons.7°).

El fallo innova en cuanto hace aplicable normativa internacional relativa a la materia para amparar al DE, en especial al invocar los artículos 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; 13.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 28 de la Convención de los Derechos del Niño, así como también al aplicar la Ley Antidiscriminación N° 20.609 en sus artículos 1° y 2°.

Por consiguiente, se confirma en todas sus partes la sentencia del tribunal de primera instancia. El colegio no recurrió de la sentencia de la Corte.

XVIII. Corte de Apelaciones de Concepción

ROL: 9-2015

Corte Suprema ROL: 5208 - 2015³⁵¹.

³⁵¹ En línea [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ41419&links=\[FERN,%20VLADIM,%20ROJ,%20ARAUJ\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ41419&links=[FERN,%20VLADIM,%20ROJ,%20ARAUJ])

Comparece Fernando Vladimir Rojas Araujo en representación de su hijo Tomás Joaquín Rojas Sandoval interponiendo recurso de protección en contra del establecimiento educacional The Thomas Jefferson School, por no renovársele la matrícula a su hijo para el año 2015. Medida que fue notificada mediante carta firmada por el rector de lo siguiente: *"no ha podido revertir su doble condicionalidad científico humanista y disciplina, se procede de acuerdo al reglamento Interno... Seguir sometiendo a Tomás a una exigencia que no alcanza, no es beneficioso para su autoestima e interfiere con su desarrollo y proceso de aprendizaje"*. (fs.78-79)

Señala que su hijo desde el inició de su etapa escolar fue diagnosticado con trastorno de déficit atencional TDA, lo que no impidió que con esfuerzo lograr aprobar toda la etapa básica y ser promovido al nivel medio de enseñanza.

Reclamó de la medida antes autoridades del colegio, quienes estimaron que se resolvería el asunto por intermedio del consejo de profesores quienes luego de un tiempo decidieron mantener la medida, ante lo cual apoderada del menor decide interponer denuncia ante la Superintendencia de Educación que luego de una investigación llegó a la conclusión de que la medida era arbitraria e ilegal por cuanto no aparecía enmarcada dentro de un procedimiento tramitado conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes ni tampoco se realizó conforme a las normas internas del establecimiento, señalando que es arbitraria porque pugna con la lógica y la razón, afectando derechos fundamentales de las personas.

El reglamento interno del colegio sin embargo establecía que ese tipo de controversias debían ser resueltas por el rector del colegio, quien luego de solicitársele entrevista delegó funciones en asesor jurídico del colegio quien realizó defensa corporativa de la decisión.

La Corte de Apelaciones de Concepción en fallo de fecha 1 de abril de 2015 en su considerando sexto señala que *"la CPR en su artículo 19 N°10 garantiza el DE y ello ha de ser entendido en un doble sentido, el derecho de educar a los hijos y a elegir donde se educan, como bien lo señala la doctrina al sostener que (...) el constituyente incorpora un criterio fundamental en materia de educación: los primeros educadores son los padres y por ello se les asegura: a) el derecho preferente de educar a sus hijos, lo que, además, es un deber; y b) la facultad de elegir para ellos el establecimiento de enseñanza que ha de complementar la educación recibida en el medio familiar..."* (Enrique Evans de la Cuadra. *Los Derechos Constitucionales, Tomo III, Tercera Edición, actualizada por Eugenio Evans Espiñeira. Editorial Jurídica de Chile, pág. 336*) (cons.6°).

Es muy importante el considerando noveno del fallo ya que reconoce en el proceso educativo un bien trascendental para la vida y formación del individuo desde su infancia, que no puede ni debe ser conculcado por

arbitrios ni sanciones de ninguna especie. Así señala que con la medida *“claramente no se está favoreciendo a los derechos e intereses superiores del adolescente, garantizados en la Declaración Universal de los Derechos del Niño y en nuestra propia Constitución Política, más por el contrario, se transforma en un verdadero atentado a tales derechos, desde que se le pretende apartar del grupo humano en que se encontraba inserto en su proceso formativo, más que propender a las buenas relaciones de éste con los demás integrantes de dicha comunidad educativa. La medida es puramente sancionatoria y no educativa y es probable que afecte el proceso educativo y de formación del estudiante.”* (cons.9°).

Se acoge en definitiva el recurso de protección y la Corte ordena que la parte recurrida deberá dejar sin efecto la medida de no renovación de la matrícula del menor representado por la parte recurrente. El Colegio interpuso recurso de apelación contra la sentencia de protección de la Corte de Apelaciones de Concepción, la que fue confirmada por la Corte Suprema.

XIX. Corte de Apelaciones de Temuco.

ROL: 4949-2015³⁵².

Corte Suprema ROL: 44141-2016

Juan Pablo López Raio, recurriendo en contra de la Municipalidad de Lonquimay, señala que desde marzo de 2015 su hija fue objeto de maltrato psicológico y discriminatorio por parte de su profesora jefe. Indica que la situación se fue agravando producto del comportamiento de la docente, lo que la llevó a ser diagnosticada con fobia escolar e inició de depresión infantil.

De todo esto informó a la recurrida para que se realizara una investigación sumaria y se adoptaran medidas concretas para que se restablecieran el DE de su hija, ya que con los hechos ocurridos no ha podido asistir a clases desde mayo del año 2015.

Señala que efectuó una denuncia a la Superintendencia de Educación la que luego de una investigación pudo constatar las irregularidades y resolvió aplicar una muta al establecimiento educacional.

³⁵² En línea <http://vlex.com/vid/recurso-proteccion-lopez-raio-644752161>

Que al tenor del informe evacuado por la recurrida no se encuentra controvertido que la menor se encontrara fuera del sistema educacional desde mayo de 2015, es más no se acompañó por la misma ningún antecedente que diera cuenta de acciones concretas tendientes a revertir tal situación.

La Corte de Apelaciones de Temuco hace notar en considerando quinto de su fallo que el abogado del recurrente en téngase presente que rola a fojas 46 expuso que la vulneración de que dan cuenta los hechos es al artículo 19 N°2 de la Constitución en relación con el numeral 10° de esa norma.

Sin embargo, a juicio de la Corte los hechos denunciados tienen directa relación con la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N°10 de la Constitución, y que por lo tanto el recurso no puede acogerse por no estar comprendida tal garantía en el artículo 20 de la Carta Fundamental, y en el caso de autos no sería procedente alegar otra garantía (igualdad ante la ley) para pretender que sea acogida la que por norma constitucional no lo es. Argumentación relevante de la Corte, ya que deja fuera de discusión la vía de protección indirecta que había sentado basta jurisprudencia al momento de recurrirse de protección amparándose en derechos fundamentales clásicos, dentro de los cuales justamente se acogían mediante igualdad ante la ley.

La Corte Suprema sin embargo en fallo de fecha 15 de septiembre de 2016 cambia de criterio y revoca el fallo de protección. En considerando octavo la sentencia señala que *“el artículo 19 de la CPR, asegura a todas las personas, en su número 2°: La igualdad ante la Ley; y en su número 10°: El DE. Que si bien esta última garantía, del número 10°, no se encuentra amparada por el recurso de protección según lo establece el artículo 20, sí constituye un derecho garantizado a todas las personas por la Carta Fundamental, por lo que no es posible desentenderse de su existencia para una adecuada administración de justicia, ni omitir su protección por una falta de mención expresa.”* (cons.8°).

Por lo tanto, señala que se acoge el recurso, pero sólo en cuanto se dispone que la Municipalidad de Lonquimay deberá adoptar las medidas que sean necesarias para restablecer el DE de la niña Josefa Antonella López Torres, debiendo informar a la brevedad a la Corte de Apelaciones de Temuco las medidas que fueren adoptadas. Sin embargo, el máximo tribunal no señala cuales serían esas medidas para restablecer el derecho.

Se previene que la Ministro señora Egnem concurre a la decisión de acoger el recurso de protección teniendo únicamente por vulnerada la garantía constitucional prevista por el artículo 19 N°2 de la CPR.

XX. Corte de Apelaciones de Copiapó³⁵³.

ROL: 522-2016.

A 21 de noviembre de 2016 comparece Marcia Álvarez Guggiana interponiendo recurso de protección en representación de sus dos hijos en contra de la Sociedad Educacional San Francisco de la Selva Ltda., representada legalmente por su sostenedor don William Lobos Pino por vulneración de la garantía consagrada en el artículo 19 N°10. Indica que, mediante cartas certificadas, recepcionadas en su domicilio el día 28 de octubre de 2016, se le notifica de la no renovación de matrícula de sus hijos para el período 2017, por falta al convenio de prestación de servicios contraídos con la recurrida, de acuerdo a lo que establece el artículo 4 del Reglamento del colegio en relación al no pago de las mensualidades. La recurrente señala que el retraso en el pago se debió exclusivamente a enfermedad sufrida por su madre lo que significó un elevado costo familiar. De todo lo cual fue informado oportunamente el colegio por medio de profesora, quien le señaló que sus hijos no se verían afectados por este particular. Señala que a la fecha de la medida las mensualidades de escolaridad se encontraban total e íntegramente pagadas, respecto de ambos alumnos. Pero que luego de presentar carta de reconsideración que no fue contestada señala se le comunicó que a sus hijos no se les renovaría la matrícula para el período 2017.

La Corte de Apelaciones de Copiapó en fallo de fecha 4 de enero de 2017 señala que *“la recurrida no ha invocado algún motivo académico o disciplinario como fundamento de su gravísima decisión de no renovar la matrícula para el año lectivo 2017 a los pupilos de la recurrente, limitándose a señalar el no pago oportuno de las mensualidades de escolaridad, pese a la previa información que tal circunstancia no significaba problema alguno y, que, en todo caso, tal deuda fue totalmente pagada. En consecuencia, no existiendo motivos académicos o disciplinarios que afecten a los pupilos de la recurrente para continuar en el proceso educativo, resulta, además, forzoso concluir que en la especie se vulnera la igualdad ante la ley, derecho establecido en el numeral 2 del artículo 19 de Ley Fundamental”* (cons.5°).

Señala además en considerando sexto que *“por lo demás, la recurrida al informar el recurso, numeral 6, señala que su establecimiento educacional corresponde a un establecimiento particular subvencionado, es decir, goza de subvención estatal, por lo que no puede crear condiciones mínimas distintas a las que la ley estableció para la educación pública, sea para obtener matrícula, mantenerla o caducarla, sin que para ello importe la suscripción del acuerdo atendida su naturaleza, de modo tal que el obrar de la recurrida resulta arbitrario, afectando los derechos constitucionales de la recurrente al eliminar del proceso educativo a sus hijos por la simple vía de negar la renovación de la matrícula.”* (cons.6°).

³⁵³ En línea [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ48488&links=\[MARC,%20ALVAREC,%20GUGGI\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ48488&links=[MARC,%20ALVAREC,%20GUGGI])

La Corte acoge el recurso, pero no en atención al DE regulado en el artículo 19 N°10, si no que, en base a la igualdad ante la ley y libertad de enseñanza, de acuerdo a los artículos 19 N°2 y N°11 y 20 de la Constitución. En este sentido ordena que deberá cesar de inmediato todo acto arbitrario que afecte los derechos ya indicados y se dispone que la recurrida deberá renovar la matrícula a los hijos de la recurrente para el año escolar 2017. El fallo no fue apelado por la Sociedad Educacional San Francisco de la Selva Ltda.

VII. b. Recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

A continuación, se expondrán los fallos más recientes pronunciados por el Constitucional respecto al alcance que ha tenido tanto el DE como la libertad de enseñanza, cuando ha sido requerido el control constitucional de dicha magistratura a diferentes proyectos de ley u otros requerimientos legislativos con injerencia en materias de educación y rol estatal en educación.

1. SENTENCIA N° ROL 2731-14 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 26 DE NOVIEMBRE DE 2014.

Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales, contenido en el Boletín N° 9333-04.³⁵⁴

Decimosexto:

“Que el derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución, constituyen ámbitos distintos pero intrínsecamente vinculados y representativos de un complejo conjunto de derechos, reconocidos en el artículo 19 N° 10 y 11. En su globalidad contienen derechos de libertad, deberes sociales, deberes estatales, derechos de prestación, derechos de organización y procedimiento, garantías institucionales y, en general, un entramado normativo que configura un denso cuerpo constitucional, legal y estatutario de principios y reglas”.

Como puede apreciarse, en la definición en cuestión, se caracteriza la relevancia del vínculo entre DE y Libertad de Enseñanza, haciendo una enumeración del contenido de los mismos. Parte aquello señalando los derechos de libertad de los mismos, y la idea de “deberes sociales y estatales”, haciendo omisión del DE como un derecho social. No obstante, pareciera ser inocuo ello en tanto el mismo DE ha sido definido como tal, por ende lo

³⁵⁴ STC en línea: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3052>

relevante es el contenido que se le entrega al mismo. Al generar de ello la idea de deberes estatales, al menos se asume en términos generales el contenido esencial del derecho prestacional, mas sin determinar cuáles son precisamente esos deberes. Ello permite, al menos, problematizar en torno a la idea del deber: hasta qué punto, entonces, es posible que un deber se entienda desde la esfera de lo prestacional, que lo transforma en un “deber limitado” y por ende cuestionable bajo la misma esfera de la idea de un deber real.

Decimoséptimo:

“El derecho a recibir educación caracteriza el artículo 19, numeral 10, de la Constitución, teniendo a los niños y jóvenes como centro del proceso de aprendizaje. Puesto que se trata de un “derecho social que asegura a todas las personas su pleno desarrollo en todas las etapas de la vida, a través del acceso a la enseñanza formal y no formal y a procesos de educación informal, ya sea de manera estructurada o sistemática, o a través del núcleo familiar y la experiencia de vida” (García y Contreras (2014): Diccionario Constitucional Chileno,.283). Por ende, este derecho de los niños y jóvenes a recibir educación es auxiliado por el derecho preferente y deber consecuencial de los padres de educar a sus hijos”.

El Excelentísimo Tribunal Constitucional reitera la idea del DE como derecho social, reconociendo en su sentencia eslabones característicos del concepto de DE mismo que hemos enunciado: implica una idea absoluta del educado (todas las personas), y el reconocimiento a los distintos planos de la enseñanza: forma, no formal e informal. Es importante reconocer que, en el considerando decimoséptimo, y a partir propiamente de la idea de educación informal, se establece que el DE es auxiliado -por ende, implica un rol secundario- por el derecho preferente y deber consecuencial de los padres de educar a sus hijos. Es decir, el Tribunal Constitucional pareciera reconocer aquella idea dentro de la esfera del DE, pero le entrega un rol secundario frente al DE a la educación desde su enseñanza formal y no formal, que -a contrario sensu- implicaría (y de forma consecuente) la figuración relevante del rol del Estado dentro del proceso de enseñanza.

2. SENTENCIA N° ROL 2787 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1 DE ABRIL DE 2015.

Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores en relación al proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, correspondiente al boletín N° 9366-04.³⁵⁵

Cuadragésimo:

³⁵⁵ STC en línea: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/Rol2787.html>

“Que el objetivo de evitar el lucro es generar un marco o arquitectura normativa sustentable que permita el asegurar el derecho a una educación de calidad, tendiente a reducir desigualdades, y a resguardar de manera efectiva la libertad de los padres; en la elección de la educación para sus hijos. El término del lucro, en cuanto argumento positivo de respaldo a este derecho a la educación de calidad, apunta al mejoramiento de esta, pero a la vez reafirmar los objetivos de naturaleza constitucional de la igualdad y no discriminación”.

En atención a la idea de una educación gratuita y sin lucro, también caracterizadas como características u elementos esenciales al objeto de definir un nuevo DE, el correspondiente considerando revela la posición que se sostiene para el impulso del proyecto que se examina, aseverando que es una condición para asegurar una educación de calidad una educación que evite el lucro. Como fue anteriormente expresado, ello tiene asidero no sólo en el entendimiento del DE como un derecho -evitando su correspondiente degradación al transformarlo en un bien de mercado- sino en la posibilidad misma de universalizar el acceso a aquella mediante instituciones de educación con calidad símil y que respondan a un mismo programa común.

Es interesante la justificación que expresa el Tribunal Constitucional en torno a comprender la eliminación del lucro desde la óptica de otro derecho fundamental: el derecho a la igualdad y la no discriminación (artículo 19 N°2 de nuestra CPR). A partir del mismo, se comprende -de forma subyacente- que la existencia del lucro implica una diferenciación en torno a los proyectos educativos y el acceso a aquellos, haciendo permisible que proyectos educacionales que tienen un fin de lucro se desarrollen desde un plano de desigualdad con respecto a la educación pública. Ello repercute, indudablemente, en el acceso ya citado, donde -en la práctica- las instituciones que lucran con la educación son las que ponen mayores accesos de entrada según nivel socioeconómico, pues precisamente requieren de altos ingresos para concretizar la labor de lucro encomendada.

3. SENTENCIA N° ROL 2781 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 19 DE MAYO DE 2015

Control obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, correspondiente al boletín N° 9366-04.³⁵⁶

Vigesimosegundo:

“Que el Estado esta compelido a financiar un sistema que permita ejecutar la obligatoriedad de la enseñanza básica y media y “asegurar el acceso a ellas de toda la población”. Por tanto, este mandato constitucional conduce a concluir que la garantía estaría cumplida cuando el Estado realiza una oferta accesible a toda la población que

³⁵⁶ STC en línea: <http://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3119>

debe cumplir con su obligación de cursar la educación básica y media. Al levantar barreras de acceso en su conjunto para todas las personas, se posibilita que los sectores socioeconómicos más vulnerables puedan hacer efectiva su igualdad de oportunidades, reconocida en el artículo 1º, inciso quinto, de la Constitución. Estos mínimos prestacionales, derivados de un sistema de gratuidad constitucional de la educación formal en ciertos niveles, se identifican con el servicio educativo propiamente tal. Sin embargo, no se extienden a otras cuestiones fundamentales del proceso educativo como el transporte, la alimentación, los textos escolares, las infraestructuras de los establecimientos, etc. Lo anterior es relevante porque el Estado ha ido eliminando otras barreras de acceso económico mediante el desarrollo de normativas específicas que no se deducen del principio de gratuidad constitucional. Es así como las leyes N°s 19.532 y 19.979 han financiado la jornada escolar completa; la Ley N° 20.248, sobre subvención escolar preferencial, o la Ley N° 15.720 sobre becas y auxilios en la esfera educativa”.

En este apartado, el Tribunal Constitucional se refiere a la extensión del deber estatal de dar cumplimiento a la obligatoriedad de la enseñanza formal en sus primeros niveles, precisando la función del Estado en atención a ello. En un tema que implicaría un debate más profundo en torno al acceso a la educación, se estima que aquello no es conducente con la necesidad de asegurar otras temáticas coetáneas, como el transporte, la alimentación, las infraestructuras de establecimientos, etc. Resulta del todo preocupante aquello, pues al reconocer la obligación del Estado de brindar el acceso al DE, es imposible desprender éste de situaciones de hecho que se requieren para su materialización, pues de lo contrario nuevamente transformaríamos el DE en un designio formal. Es decir, tener un establecimiento educacional estatal no es sinónimo de estar cumpliendo con la obligación de entregar el DE: incluso, en reflexión del propio tribunal, una infraestructura acorde no sería parte de los mínimos de cumplimiento del Estado con el DE. Incluso si pudiera identificarse dicha oposición desde la idea de no que no son parte del DE en sí, sino una conclusión de la idea de la gratuidad en educación, se observa la contradicción de los ejemplos dados en relación a las leyes citadas que regulan materias en específico pero hacen omisión en torno a lo que se dice no sería parte de la obligación estatal. Es relevante, para ello, entender el proceso de enseñanza como un todo absoluto, no como una mera instrucción, sino desde la cotidianidad que implica el proceso de aprendizaje. La posibilidad de acceder a la educación debe conllevar la de acceder -en los términos más literales posibles- al establecimiento educacional, como también poder mantenerse en el mismo. Así, cuestiones básicas como la locomoción o alimentación (más allá de los programas ya ejecutados) son parte inevitable del DE en tanto son condición para hacer efectivo el mismo.

4. SENTENCIA N° ROL 3940-17 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 14 DE NOVIEMBRE DE 2017.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SISTEMA DE EDUCACIÓN PÚBLICA Y MODIFICA DIVERSOS CUERPOS LEGALES, CORRESPONDIENTE AL BOLETÍN N° 10.368-04.³⁵⁷

Vigésimo

“Que todas las modificaciones en comento, no son solamente orgánicas y constitucionales en su dimensión formal sino que son constitucionales en su expresión material. La Constitución no reserva la función educacional de modo excluyente a los municipios ni la menciona directamente como una de las atribuciones que esencialmente configuran su organización. La propia Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (artículo 4°), en un aspecto que no altera este proyecto de ley, mantiene la facultad de los municipios de desarrollar directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, la función educacional. Las potestades que llevan al legislador, sin enjuiciar el mérito de esta reforma, se afincan en el artículo 19, numerales 10° y 11°, relativo al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza. En ellos, se garantizan derechos y libertades a los ciudadanos en general y a los alumnos y padres en particular. Se establecen deberes y obligaciones estatales correlativos sin asociarlos a un régimen específico de sostenedores educacionales [protección del derecho/deber de los padres de educar a sus hijos; promoción y financiación de un sistema gratuito en la educación parvularia; obligatoriedad de la educación básica y media gratuita y accesible; fomento del desarrollo de la educación en todos sus niveles; interdicción de la enseñanza en un modo partisano y establecimiento de requisitos mínimos para cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media bajo normas objetivas y de general aplicación para todo el sistema escolar, otorgando potestades de fiscalización de la misma, así como la determinación de los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel].”

“En consecuencia, el órgano del Estado (municipalidad o corporación municipal) que desarrolla la función educacional es reemplazado por un servicio público y la fuente de origen de dicho cambio no está asociada con la prestación de una necesidad local en el municipio puesto que la labor educacional excede con creces la dimensión local, puesto que la propia Carta Fundamental precisa que “Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación” (artículo 19 N° 10°, inciso final), lo que admite, además, la colaboración de los particulares;”

Vigesimocuarto:

“Que, por su parte, el artículo octavo transitorio, al establecer que el órgano del Estado (municipalidad o corporación municipal) que desarrollaba la función educacional va a ser reemplazado por un servicio público (Servicios Locales de Educación Pública), bajo los parámetros del artículo 65 de la Constitución Política y, el artículo noveno

³⁵⁷ STC en línea: <http://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3554>

transitorio que establece el carácter de sucesor legal de la municipalidad o corporación municipal, según sea el caso, como sostenedor del establecimiento educacional traspasado, generan un cambio que no está limitado por normas constitucionales que reconozcan excluyentemente la prestación de un servicio educacional como una necesidad local en el municipio, puesto que la labor educacional excede la dimensión local como se ha explicado en el considerando vigésimo. Para lo anterior se tiene presente que la función pública de la educación está ampliamente referida en los numerales 10° y 11° del artículo 19 de la Carta Fundamental, y le otorga competencias al Estado de largo alcance y una dimensión plural de sostenedores educacionales. A través del proyecto de ley, la educación pública cambia de sostenedor sin afectar el ámbito mixto del sistema educativo.”

La relevancia de lo que en este apartado señala el Tribunal Constitucional, dice relación con la argumentación que realiza en torno al deber de la comunidad en la contribución al desarrollo y perfeccionamiento de la educación. Entiende que, bajo esa prerrogativa, la función social de la educación excede el territorio local (comuna), transformándose -según subyace- en un asunto que compete a todo el país. Ello es relevante pues, siguiendo la misma argumentación, se sostiene aún más primordialmente la labor de la sociedad toda en el proceso educativo, configurándose un deber pero con escasa materialidad. Impronta, así, la necesidad de generar espacios para la incidencia directa de la sociedad en lo propiamente educativo, que no tenga una materialidad sólo desde la célula educativa como institución en particular, sino que a través de la incidencia directa en la educación misma según los parámetros que se definan en comunidad, cuya máxima representación es el Estado en sí mismo.

OCTAVO CAPÍTULO - Proyectos de Reforma al Derecho a la Educación.

Como se ha referido, nuestra Constitución contempla, desde su reforma el año 1980, el DE en su artículo 19 N°10. La libertad de Enseñanza, otro derecho fundamental vinculado intrínsecamente con tal, se encuentra garantizada en el artículo 19 N°11 de la misma. En la historia democrática post dictadura, de 1990 al año 2013, se han presentado 10 proyectos de ley que buscan modificar el DE, además de 4 que han intentado integrar éste a los derechos tutelados por el recurso de protección. Del total de 10 proyectos, 6 se refieren únicamente al DE, mientras que 4 han buscado reformar tal y a su vez tutelarlos en el artículo 20 de la Constitución, entendiendo que se requiere dicha conexión para poder efectivamente garantizar el pleno goce de tal derecho fundamental.

A continuación, para lograr sintetizar una mejor propuesta en torno al DE y que a su vez se traduzca en la justificación de la tutela de éste por protección, se analizan brevemente los –en total- 14 proyectos vinculados al tema de la presente memoria.

VIII. a. Proyectos de Ley sobre reforma constitucional al Derecho a la Educación.

Sólo en cuanto a reforma al DE han sido presentado 6 proyectos desde 1990. Estos son los boletines N°7867-04 (7 de agosto de 2011), N°7961-04 (26 de septiembre de 2011), N°7959-04 (28 de septiembre de 2011), N°8679-07 (13 de noviembre de 2012), N°8638-07 (18 de octubre de 2012) y N°8912-07 (30 de abril de 2013). Hasta la fecha, ninguno de ellos ha sido efectivamente aprobado, la gran mayoría siquiera ha sido discutido por nuestro Congreso Nacional.

La totalidad de los proyectos de reforma constitucional al DE, como podrá deducirse de lo expuesto, fueron presentados con posterioridad al año 2011. Ello se enmarca dentro del contexto de las movilizaciones estudiantiles de dicho año, que marca un precedente de discusión en la agenda pública problematizando el derecho a la educación regulado por el mercado en desmedro de su concepción como derecho social. Estos proyectos de reforma constitucional buscan, así, hacer eco de las movilizaciones sociales y la demanda ciudadana que se expresa a través de la masividad de las manifestaciones y el apoyo nominal a las demandas enarboladas por los estudiantes.

A continuación, los proyectos presentados y las aristas que tales consideran para determinar la sustancia del DE. Revisaremos, tras la refundirse muchos de ellos, los más relevantes:

Boletín N°7867-04 de 7 de agosto de 2011.

Este proyecto de reforma constitucional, que tiene como particularidad haber sido iniciado por senadores de la Alianza por Chile y Concertación, específicamente los senadores Larraín Fernández, Cantero y Espina por el primer conglomerado, y Quintana y Zaldívar por el segundo, tiene como finalidad –en palabra de los autores– asegurar la calidad de la educación. Es el primer proyecto de reforma al DE presentado sólo con ese fin desde 1990 en adelante, iniciando aquellos proyectos que pretendían hacerse cargo de la problemática estudiantil del año en que fue presentado³⁵⁸.

A nivel de antecedentes, y sin hacer referencia al movimiento estudiantil y social del año 2011, señala que “existe un amplio consenso en la sociedad chilena sobre el alto impacto positivo que tiene en la sociedad la educación, ya que es el instrumento de movilidad social más relevante y la mejor manera de que los sectores hasta ahora más desposeídos puedan superar sus niveles de pobreza. Además, ella constituye hoy día una aspiración expresamente declarada por todos los actores sociales interesados en el proceso educativo, y especialmente, por las autoridades de Gobierno, los profesores y los estudiantes”. Expresa, así, una visión absoluta de la educación adjudicada a la sociedad como un gran consenso, planteando la educación como una herramienta de movilidad social, en contraposición a otros proyectos de ley que entienden la educación como una herramienta de retorno social e individual, en tanto va en directa relación con el aprendizaje social del individuo y el desarrollo de sus competencias y habilidades. Adjudica, así, una mirada única de la educación a una sociedad que, por lo menos en lo correspondiente al movimiento estudiantil, no ha expresado dicha visión.

Continúa señalando los avances en materia de acceso a la educación superior que ha tenido Chile. Arguye que “hoy en día cerca de un millón de chilenos asisten a alguna institución de educación superior, sea esta en alguna de las universidades del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas (CRUCH) o privadas, o bien en un centro de formación técnica o un instituto profesional. En 1980 el número de estudiantes en la educación superior ascendía a 118.000”. Luego, y en referencia sutil de apoyo al gobierno de Sebastián Piñera y obviando con dichas palabras –en lo concreto– el debate social en torno a la educación como derecho social, señala que “tal cual lo ha planteado el actual Gobierno, no hay desafío más relevante que invertir decididamente en la educación pre-escolar. Es aquí donde estarán concentrados nuestros esfuerzos como sociedad en el corto plazo, ya que sabemos es aquí donde mayores éxitos podremos lograr para contrarrestar las diferencias que se producen como consecuencia del origen socioeconómico de los estudiantes”.

³⁵⁸ Todas las citas presentadas a continuación corresponden al Boletín N°7867-04.

Tras plantear lo anterior, el proyecto de ley se centra en el marco normativo del DE, reconociéndolo como parte de los derechos humanos. Relacionando la educación según el artículo 19 N°10 de nuestra Constitución con el principio de servicialidad del Estado, en tanto “la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”, y estando el Estado al servicio de la persona humana teniendo como finalidad promover el bien común, determina como primordial propender una educación que satisfaga esos requerimientos.

Asimismo, hace referencia como apoyo –en torno a la idea del DE como derecho humano- al artículo 13 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas, el párrafo final del artículo 13 del mismo, las Observaciones Generales del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, contenido en el documento Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1999, en tanto éste señala que “La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana”, y la declaración del Comité de la Conferencia Consultiva Internacional sobre educación en la escuela, contenida en el documento “Temas sustantivos que surgen al implementar el Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, adoptado en Madrid, con fecha 12 de noviembre de 2001, en tanto establece tal que “en conclusión, el Comité reafirma las palabras iniciales del Comentario General N° 13: “La educación es, a la vez un derecho humano en sí mismo, y un medio indispensable para la realización de otros derechos humanos. Como un derecho que empodera a otro, la educación es el vehículo principal por el cual adultos y niños social y económicamente marginados pueden salir de la pobreza y obtener los medios suficientes para participar en plenitud en sus comunidades. La Educación es uno de los instrumentos más poderosos para el mundo pueda superar el racismo, la discriminación social la xenofobia y otras intolerancias. Por ello, una estrategia esencial para la eliminación de la discriminación es un compromiso renovado, sustentado en los recursos que se requieran, para realizar el derecho a la educación contenido en el Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales””.

Por último, señala –tras la argumentación de diversos datos de estudios nacionales e internacionales, además de instrumentos de corte internacional como las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe, que la preocupación esencial para nuestro país debe ser la calidad de educación, teniendo como mirada particular la diferencia que existe de ésta entre instituciones públicas y privadas.

En cuanto a los fundamentos de la reforma constitucional al artículo 19 N°10 de la Constitución, junto con reconocer los avances del entonces actual gobierno de Sebastián Piñera y del anterior de Michelle Bachelet, establecen que con respecto a la calidad de la educación y la reforma es necesario “darle un sustento constitucional específico a esta aspiración, que tiene su base en observaciones hechas a nivel internacional (...) en un marco de realismo y responsabilidad, sin caer en demagogia que pueda desprestigiar nuestra carta fundamental”, estableciendo que para ello “se consagra constitucionalmente la entrega de las garantías o estándares básicos que permitan otorgar una educación de calidad mediante una ley que las desarrolle, mecanismo diseñado por excelencia para entrar a especificar estas garantías, tal cual existe en materia de salud con las garantías de tipo AUGE. Éste es, por lo demás, el camino que han seguido las constituciones de las naciones que presentan los mejores indicadores internacionales en materia educacional en las pruebas PISA y TIMSS, como son Finlandia, Holanda, Corea del Sur y Japón”. Es decir, pese a las reformas constitucionales al respecto a plantear, la remisión de garantías y estándares básicos para lograr dicha educación de calidad entendida como derecho humano se establecerían a través del ámbito legal. Llama a crear, también el Consejo Nacional de Educación. Finaliza el texto con un llamado al cuerpo docente del país a asumir en la materialidad las reformas normativas que se pretenden realizar, encargando a ellos principalmente –en un conjunto de todos los actores involucrados en el proceso educativo- la materialización de los esfuerzos, voluntades y perspectivas para una educación de calidad.

La reforma constitucional planteada tiene tres aristas, la segunda sólo de orden gramatical. Por ello, centrándonos en la dos relevantes:

La primera implica agregar en el inciso sexto del artículo 19 N°10, después de la expresión “fomentar el desarrollo de la educación en todos los niveles” la frase “mediante el establecimiento de estándares de calidad”, como deber del Estado. Como podrá notarse, no imprime al Estado el deber de entregar una educación de calidad, sino simplemente establecer estándares, los cuales deberían –al tener de lo expuesto en el proyecto- desarrollarse bajo marcos de orden legal.

Como segundo punto, y concluyendo la débil propuesta presentada por el proyecto que ya podía adelantarse con las deficientes consideraciones a nivel de antecedentes y justificación, se agrega un inciso final al

citado artículo, creando el Consejo Nacional de Educación, según la misma propuesta de reforma “un organismo autónomo y con personalidad jurídica, será el encargado de fijar los estándares de calidad de la educación y velar por su cumplimiento. Una ley orgánica constitucional señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo y determinará las garantías básicas que permitan otorgar una educación de calidad”.

Cabe destacar que éste proyecto se encuentra sin discusión en comisión o en sala del Senado, habiéndose refundido el 28 de septiembre del año 2013 con los boletines N°7748-04 (22 de junio de 2011), N°7788-04 (13 de julio de 2011), N°7851-04 (9 de agosto de 2011), 7961-04 (26 de septiembre de 2011), N°7883-04 (30 de agosto de 2011), N°7907-04 (6 de septiembre de 2011) y N°7959-04 (28 de septiembre de 2011) a solicitud de la Comisión de Educación del Senado y su posterior aprobación por la sala del Senado, para haber sido dejada dicha aprobación como obsoleta, por la misma sala, el 12 de diciembre del año 2011, buscando su tramitación de forma separada.

Boletín N° 8638-07 de 18 de octubre de 2012.

El 18 de octubre de 2012 es presentado un nuevo proyecto en materia de reforma constitucional para el DE, esta vez presentado por el diputado Gaspar Rivas³⁵⁹. Secundando proyectos presentados con anterioridad, fundamentando la necesidad del mismo en tanto lo develado por el movimiento estudiantil (a saber, “Indiscutible resulta reconocer que el debate sobre la educación en nuestro país se instaló, con la fuerza y cobertura que posee hoy, gracias a las sistemáticas acciones y movilizaciones de grupos organizados de estudiantes”, como introducción a una consideración más larga sobre lo mismo), pero llevando habida consideración a la serie de reformas que se impulsaron en la década de 1980 por medio de las políticas de la dictadura. Así, establece que “a principios de los años ochenta y producto de una grave crisis económica, la administración de la época decidió aplicar, en casi todos los ámbitos y áreas, una estrategia (sistema) de liberalismo exacerbado, a fin de contrarrestar las consecuencias negativas que dejó la política estatista de las décadas anteriores y que dejó al mercado chileno aislado casi en su totalidad. Se quiso, en pocas palabras, curar un mal de un extremo, empujando al país hacia el otro.

La educación no fue la excepción, o mejor dicho, fue uno de los principales campos que se intervino, liberándolo de tal forma que, como se creía en aquella época, la creciente demanda fuera subsanada por una libre oferta, dejando vacíos importantes en materia de regulación.

³⁵⁹ Todas las citas presentadas a continuación pertenecen al Boletín N° 8638-07.

La concepción que se tenía del Estado y su rol en el Chile de fines del siglo veinte no fue la correcta y podemos afirmar hoy que el deseo de establecer un Estado subsidiario, carente de todo tipo de intervencionismo, finalmente se convirtió en el factor más negativo para el sistema educacional.

Debido a la crisis política de esos años y a los problemas económicos de arrastre mencionados, el Estado chileno se vio forzado a estimular la inversión privada en diferentes áreas, entre ellas la educación, dándoles subsidios y facultades a los inversionistas para iniciar sus propios proyectos con el propósito de lograr la cobertura necesaria para que los sectores emergentes y vulnerables pudieran competir en el nuevo esquema liberal que se impulsó el país.

La ausencia de regulaciones generó, y en poco tiempo, que los inversionistas privados consiguieran levantar establecimientos con un mínimo de exigencias, produciendo un aumento explosivo de instituciones (universidades, institutos profesionales, centros de formación técnica, colegios, etcétera) al tiempo que provocaban la merma en la calidad del servicio que debían prestar al país.

El repentino incremento en la oferta educacional acarreó otros grandes problemas la demanda de profesores, asunto que sólo vino a empeorar el cuadro al verse obligadas las autoridades a adoptar medidas rápidas a objeto de consentir como docentes a personas que, pese a sus competencias laborales, no respondían a las necesidades académicas y metodológicas que el proceso de enseñanza requerían”, para terminar arguyendo datos concretos sobre diferentes mecanismos de evaluación o medición de calidad de enseñanza, tales como el SIMCE –en el plano interno- y el Ranking Duncan, -en el plano externo-. Junto con ello, y reconociendo como argumentos esenciales la desregulación de la educación, la preponderancia de la “cantidad sobre la calidad”, y las “la segregación social sectorial” junto con el “nivel socioeconómico del mismo”, fundamenta la necesidad de corregir las falencias del sistema educativo chileno mediante la reforma constitucional al DE. De esta manera, la solución presentada por el diputado se centra en agregar dos nuevos incisos al artículo 19 N°10, a saber:

"La educación es un derecho fundamental de toda persona. Nadie podrá ser excluido del sistema educacional por motivos económicos, siendo deber del Estado garantizar la existencia de un sistema de educación de calidad al que podrán tener acceso todas las personas.

Corresponde al Estado, además, proveer un sistema de becas totales y parciales para las personas que, accediendo a instituciones de estudios superiores, estatales o privados, no puedan pagar por sí mismas los costos respectivos."

Como podrá analizarse, una preocupación especial tiene que ver con el acceso y la exclusión de los estudiantes del sistema educación por motivos económicos, arrojándole, como solución a ello, el deber al Estado de garantizar un sistema de calidad de educación en donde, a través de becas parciales o totales, se pueda acceder a instituciones de educación superior ya sean públicas o privadas. Se subvencionaría, así, la “demanda educativa” centrada en los estudiantes, excluyendo la educación gratuita y sin referencia al financiamiento directo a las universidades

Junto con lo anterior, se señala la necesidad de agregar la palabra “calidad” como calificativo del DE en el mismo tenor del proyecto referido con anterioridad, y que también sería una preocupación del proyecto presentado con posterioridad por la diputada Cristina Guirardi, esta vez con la idea de que el Estado –eso sí- debe “velar por la calidad” de la educación. A igual suerte que el proyecto anterior, el proyecto fue pasado el 18 de octubre del año 2012 a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, siendo aquel su último trámite constitucional a noviembre de 2017.

Boletín N° 8679-07 de 13 de noviembre de 2012.

El año 2012, amparándose en los resultados de la movilización estudiantil del año anterior y el presente, se presenta un proyecto de ley por parte de la diputada Cristina Guirardi y el patrocinio a través de la adherencia al proyecto mediante su firma de otros diputados³⁶⁰, pretende reformar el artículo 19 N°10, i.e. el DE, de manera de reforzar el mismo, además de agregar dicho artículo a aquellos tutelados por el recurso de protección. Su motivación parte de la coyuntura del debate público del año, aún supeditado a las movilizaciones estudiantiles del 2011. Así lo señala el considerando tercero del proyecto, en tanto “respecto del derecho a la Educación que garantiza nuestra Constitución Política en su artículo 19 N° 10, tal parece que no ha quedado lo suficientemente protegido como en principio fue la intención del constituyente pues, como ha quedado de manifiesto con ocasión de las diversas proclamas y demandas de la sociedad civil en estos últimos años y los resultados de instancias investigadoras, como lo es caso de la H. Cámara de Diputados, ha resultado evidente que el derecho a la educación como derecho de segunda generación o de aquellos denominados Derechos Sociales y Culturales, no se extiende en términos concretos a todo cuanto fue la intención del constituyente cual es de proteger legítimamente el derecho a la educación pero, de manera íntegra y no sólo ante ciertos o determinados supuestos”, además de la idea de que es el Estado el que debe generar las condiciones para que lo anterior sea proclive debido al principio de Servicialidad del Estado,

³⁶⁰ Todas las citas presentadas a continuación pertenecen al Boletín 8679-07.

en tanto, como señala su considerando quinto, “la educación busca “el pleno desarrollo de la persona”. Esto constituye plena garantía de un principio aún más primigenio, cual es aquél regulado en el capítulo primero de la Constitución Política de la República, denominado Bases de la Institucionalidad, en su artículo primero, inciso tercero que señala: “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 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”, y parte del séptimo, i.e. “Que, recogiendo entonces este precepto en el que se realiza ampliamente el deber del Estado de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, parece del todo lógico y urgente, reforzar la garantía constitucional del Derecho a la Educación (...)”.

El proyecto consta de tres modificaciones al artículo en cuestión:

La primera, señalando el rol del Estado en torno al DE: “Es deber del Estado garantizar que la educación es un derecho de todas las personas y deberá además, asegurar para que como tal, no sea vulnerado. Asimismo, debe garantizar una educación de calidad y acceso universal para todos aquellos que cumplan los requisitos establecidos en la ley, para lo cual velará que ello sea cumplido íntegramente”, modificando el inciso 1°.

La segunda, reemplazando en el inciso sexto del artículo 19 N°10 la palabra “fomentar” por “asegurar”, y agregando después de la palabra “desarrollo” la expresión “calidad”, pasando del plano de acción positiva “fomento” como obligación del Estado a la obligatoriedad de “asegurar” la educación en todos sus niveles, lo imprime una mayor certeza para el presente del DE de los estudiantes; como también fijando que dicha educación debe tener un calificativo que la acompañe y le otorgue sustancia, siendo ése el de “calidad”.

Finalmente, la tercera consiste en sumar el artículo 19 N°10 a los derechos fundamentales contemplados en el artículo 20 de nuestra Constitución, es decir, tutelando el DE a través del recurso de protección.

El proyecto, a noviembre de 2017, se encuentra en la comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

Boletín N°8912-07 de 30 de abril de 2013.

Por último, amparándose en la idea de “bien común”, el Senador señor Ruiz-Esquide presentó el 30 abril del año 2013 un proyecto de ley relativo a la promoción del mismo en los ámbitos de proyección a la salud y derecho a la educación, mas la propuesta de reforma en sí se limitó sólo a agregar un nuevo inciso penúltimo al artículo 19 N°10 de la Constitución donde se estableciese a nivel constitucional la prohibición de entregar recursos públicos a instituciones con fines de lucro. En lo particular, el artículo III del mismo señalaba que “en ningún caso el Estado podrá destinar recursos públicos, en forma directa o indirecta, a personas naturales o jurídicas que tengan por finalidad el lucro en cualquier forma”³⁶¹. A noviembre de 2017, el proyecto se encuentra “en tramitación” en mismo estado que los anteriores.

VIII. b. Proyectos de Ley que buscan reformar el Derecho a la Educación además de la tutela por protección.

De 1990 a fines del 2013 se han presentado 4 proyectos que, buscando fortalecer el DE, incluían reformas tanto al artículo 19 N°10 -algunos también al artículo 19 N°11- como también al artículo 20 de nuestra Constitución, buscando generar la reforma en torno al concepto mismo de DE como al entregarle la tutela efectiva mediante dicha acción procesal. Estos son los boletines N°7748-04 (22 de junio de 2011), N°7788-04 (13 de julio de 2011), N°7851-04 (9 de agosto de 2011) y N°7907-04 (6 de septiembre de 2011),

Los cuatro proyectos en cuestión fueron presentados durante el 2011, y como ha sido un constante en la exposición, determinados en gran parte por la contingencia nacional de ese año que se vio supeditada, en términos de políticas y debate público, a la educación como un derecho social, premisa impulsada por la movilización estudiantil y social de dicho año.

Boletín N° 7748-04 de 22 de junio de 2011.

El primero de aquellos proyectos de reforma constitucional fue iniciado en moción de la senadora Allende y los senadores Escalona, Letelier, Muñoz Aburto y Rossi, fundamentando la iniciativa desde su visión sobre educación pública³⁶².

Inicia sus fundamentos sobre la noción de aseguramiento de la calidad de la educación y la obligación del Estado de procurar financiamiento de la educación pública, señalando que ambas premisas no son ajenas a la

³⁶¹ Boletín N°8912-07.

³⁶² Todas las citas presentadas en este punto pertenecen al Boletín N°7748-04.

historia constitucional de nuestro país. Señala que aquello se puede observar “con el financiamiento a entidades privadas que no persiguen fines de lucro, para esto, basta con revisar las reformas introducidas a la Constitución de 1925 por la ley N° 17.398 publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 1971, que entre sus contenidos dispone que la educación pública es una función primordial del Estado, a través de un sistema democrático y pluralista. Asimismo disponía la creación de una Superintendencia de Educación Pública de integración democrática”. Genera, luego, el paralelo con la configuración efectuada por la Constitución de 1980, ya que aquella tendría, en su artículo 19 N°10, el énfasis en el derecho de “acceder al saber, a la instrucción y a la formación necesaria en las distintas etapas de la vida, para que la persona pueda lograr su desarrollo y ser útil a la sociedad. Es el derecho de acceder al sistema educativo, o sea, a beneficiarse de las instituciones de enseñanza de todos los niveles. El derecho a la educación es un título subjetivo para reclamar un servicio determinado. Se trata de un derecho de prestación específico, para acceder a las enseñanzas formales o regladas. Eso implica que el Estado, directamente, o a través de privados, tenga los establecimientos donde las personas puedan hacer efectivo este derecho”.

La influencia del movimiento estudiantil se determina en tanto por primera vez se habla, en los proyectos presentados sobre la materia, de la educación como un derecho social. Así, aludiendo a la necesidad de contar con un Estado fortalecido que pueda ser garante no sólo de las condiciones de acceso, sino también de la calidad de la educación que éste debe entregar, entregando las condiciones al respecto, señalan que de allí deriva que “el derecho a la educación sea también un derecho social, pues obliga al Estado a otorgar a cada individuo la posibilidad de alcanzar el mejor desarrollo de sus aptitudes físicas e intelectuales y, en definitiva, de su personalidad”.

Agregando un elemento nuevo al respecto en comparación con otros proyecto de ley ya presentados de reforma constitucional sobre el DE, establecen que “la exigencia del aseguramiento a la calidad de la educación, no es extraño en la órbita comparada, así prácticamente todas las constituciones regulan el derecho a la educación y contienen referencias a su control y calidad, junto con el derecho a la libertad de enseñanza. A este respecto pueden consultarse los artículos 33 y 34 de la Constitución Italiana de 1947, el artículo 7 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, el artículo 34 de la Constitución Francesa de 1958 y los artículos 20 y 27 de la Constitución Española de 1978, entre otros”.

Luego de la justificación, el proyecto ordena sus ideas matrices:

Primero, modificar el inciso sexto del numeral 10 del artículo 19 para poder establecer una reordenación de los deberes del Estado en materia del DE, otorgándole, a su vez, la obligación específica de asegurar la calidad de la educación. Para ello propone como a reemplazar:

“Corresponderá al Estado, asimismo, resguardar el derecho a la educación, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; asegurar la calidad de ésta; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.”.

Segundo, incorpora un nuevo inciso a dicho artículo que establece la obligatoriedad del Estado de financiar y administrar un sistema público para la educación, como también la obligación de “contribuir” con establecimientos privados pluralistas, democráticos y no selectivos que no persigan fines de lucro, todo ello “de conformidad a la ley”. Cabe destacar que si bien hay elementos de avance en torno a las demandas estudiantiles y que le entregan un nivel más amplio a lo que podríamos entender y conceptualizar como DE (el señalar que los colegios deben ser “democráticos” implica que se entiende que la educación que se entrega tiene dos facetas: constituye a los estudiantes como un estamento determinado que debe tener sus propias formas organizativas y de participación, y dos, entrega un valor determinado a la educación que allí se entrega no sólo en aspectos formales o cognitivos, sino también en la denominada y ya explicada educación no formal, es decir, en los valores que el mismo establecimiento educacional puede entregar), la poca sustancia o determinación clara al respecto provee que ello deba ser establecido por ley, y no aclarar el sentido específico de la disposición en torno a qué implica “contribuir”. En lo concreto, no es lo mismo contribuir como “agregar” o “aportar” a un sistema que ya existe, o “contribuir” – para el caso- como prioridad del Estado en un sistema educativo donde la norma debiesen ser los colegios públicos de excelencia con las características mencionadas.

Tercero, y de forma extraña en torno al orden constitucional que posee el DE, agrega que “La ley determinará los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación” como inciso final del artículo 19 N°11, referido a libertad de enseñanza.

Cuarto, y final, suma el DE a la tutela del recurso de protección, esta vez con la singularidad de que aquello se realizaba con las mismas consideraciones que posee actualmente el derecho al medioambiente libre de contaminación, es decir, sólo a través de una acción u omisión ilegal que vulnere, prive o perturbe el DE, imputable a una persona o autoridad en particular.

El proyecto se encuentra, a noviembre de 2017, sin discusión en comisión o en sala del Senado, habiéndose refundido, el 28 de septiembre del año 2013, con los boletines N°7788-04 (13 de julio de 2011), N°7867-04 (7 de agosto de 2011), N°7851-04 (9 de agosto de 2011), 7961-04 (26 de septiembre de 2011), N°7883-04 (30 de agosto de 2011), N°7907-04 (6 de septiembre de 2011) y N°7959-04 (28 de septiembre de 2011) a solicitud de la Comisión de Educación del Senado, para haber sido dejada dicha aprobación por sala como obsoleta el 12 de diciembre del año 2011 para su tramitación de forma separada. No obstante, a la fecha indicada, se encuentra archivado.

Boletín N°7788-04 de 13 de julio de 2011.

Presentado como proyecto de reforma constitucional, iniciado como moción inicial del senador Navarro y apoyado por los senadores Lagos, Quintana y Rossi, pretende modificar artículos constitucionales en materia de derecho a la educación y libertad de enseñanza³⁶³.

Inspira sus fundamentos en el proceso de desestructuración y ruptura de relaciones económicas y sociales que inspiraron al Estado chileno que surge a mediados del siglo XX. En palabras del autor, “dicho proceso se caracterizó por el rol jugado por las grandes mayorías para ampliar sus posibilidades de desarrollo y movilidad social, cuya mejor expresión fue el concepto de Estado Docente”. En oposición a este proceso y desarrollo del DE mediante el Estado Docente, las transformaciones jurídicas de la Constitución Política del año 1980 marcaron la expresión de una refundación neoliberal de la sociedad y el Estado chileno en sus diversos aspectos, que forjó una concepción distinta del rol del Estado en la educación. Una vez en democracia y con la actual constitución heredada de dictadura, las movilizaciones del año 2006 habrían sido –a juicio del autor- una plataforma para poner en el debate nacional dicha refundación, que se expresaban en las demandas estudiantiles por la crítica a municipalización de la educación pública y rol del mercado en la misma. La continuación y profundización de dichas demandas habrían sido la tarea impulsada por los estudiantes el año 2011. Ello se expresa de mejor forma cuando, aduciendo a las movilizaciones y la voluntad democrática del pueblo chileno, se considera que “una reforma de fondo a la Constitución de 1980, obliga a modificar y perfeccionar el conjunto de una normativa que no es compatible con los requerimientos de profundización democrática que la sociedad chilena exige a un gobierno surgido de la voluntad soberana del pueblo”.

En dicho proyecto se señala que “el Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza, tal como hoy se encuentran consagrados en la actual Constitución, son enclaves autoritarios, que dicen relación a la esencia del

³⁶³ Todas las citas presentadas a continuación corresponden al Boletín N°7788-04.

modelo. Estos principios se sustentan en el rol subsidiario del Estado, principio jurídico político que impregna el conjunto de la institucionalidad económica, social y política, antagónico a una idea de Estado solidario, que sienta las bases de un país más humano.

Existe consenso en todos los estamentos y actores de la sociedad chilena que la Educación atraviesa por una grave crisis de gestión, administración, financiamiento y de desarrollo pedagógico, que inciden directamente en la calidad, inequidad y segmentación social. Mientras no exista una reforma constitucional que modifique sustancialmente el Artículo 19 números 10 y 11, relativos al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza respectivamente, el rol subsidiario del Estado seguirá sustentando el andamiaje institucional que se inspira en dicho principio. Las dificultades, para que existan cambios estructurales en educación, pasan por desatar los nudos constitucionales, herencia del régimen militar”.

De esta manera, la justificación del proyecto presenta una fuerte raigambre histórica que desprende la crítica política, en donde se hace presente el modelo económico heredado de dictadura (neoliberalismo) en su correspondiente correlato de modelo de Estado (subsidiario) como el principal problema que atraviesa a la educación chilena.

En términos de forma, se señala que no basta –en torno a la jerarquía normativa de Chile- modificar una Ley Orgánica Constitucional en materia de educación para hacer una reforma consistente, en tanto la cúspide de dicho ordenamiento se encuentra en la Constitución Política. De esta manera, para que existan reformas que incidan en materias de fondo o estructurales, es necesaria una reforma a la misma, que partan por hacer primer el DE por sobre la Libertad de Enseñanza, el derecho de propiedad y la libre empresa educativa.

En otro orden de ideas, esta reforma constitucional plantea que el derecho a la educación esté protegido por el recurso de protección de garantías constitucionales –como se explicará, ello se realiza sólo de forma nominal- del mismo modo como lo está el derecho a la libertad de enseñanza. Luego de la fundamentación, elabora ciertos principios que deben estar contemplados en el DE o la Libertad de Enseñanza, y a partir de ellos se elabora la propuesta de modificación constitucional. Al respecto, y como es definido en el propio proyecto:

“1. Concepto de Educación pública:

Este proyecto señala un concepto de educación pública, agregando los elementos que le caracterizarán.

2. Municipalización:

El proyecto plantea que será el Estado el encargado de proveer educación pública, gratuita, de calidad y no discriminatoria, a través de entidades creadas por ley distintas a las municipalidades.

3. Restricciones a la Libertad de Enseñanza:

El proyecto elimina la restricción relativa a la seguridad nacional e incorpora los conceptos de bien común y función social a los cuales debe supeditarse dicha libertad.

4. Término del lucro con dineros del Estado:

El proyecto reconoce la legitimidad del fin de lucro cuando se trata de la actividad empresarial que se ejerce con recursos privados, pero lo prohíbe cuando éste se ejerce con recursos del Estado. Del mismo modo, se termina con el resquicio que permite que la educación privada con aporte estatal sin fines de lucro, constituya en paralelo sociedades con fines de lucro que la desnaturalizan y la convierten en educación de mercado.

5. Derecho a la Educación amparado por el Recurso de Protección

Se otorga la acción de protección a quienes vean amagado el pleno ejercicio del Derecho a la Educación que se establece en la presente Reforma Constitucional, corrigiendo de este modo el texto constitucional que no estableció dicho recurso bajo la excusa de que los derechos sociales estarían bajo esta tutela en la medida que el desarrollo económico del país lo permitiera. Para estos efectos, se incorpora el numeral 10 al artículo 20 de la Constitución”.

Caso particular es que en el proyecto ingresado no se presenta ningún artículo o modificación para el artículo 20 de nuestra Constitución. Es decir, -y pese a que para efectos de la presente memoria se considera al proyecto en cuestión como un híbrido que pretende reformar el DE y dicho artículo- la modificación constitucional en cuestión sólo se presenta a nivel de “principios” en la parte expositiva, más no se reafirma ello en la propuesta de reforma constitucional. Probablemente una omisión relevante al momento de presentar el proyecto.

Por último, el proyecto de ley de reforma constitucional plantea el reemplazo absoluto del artículo 19 N°10, y la modificación del 19 N°11. A objeto del DE, la propuesta en específico es:

“En el Artículo 19 de la Constitución, reemplácese el actual numeral 10. El derecho a la educación. Por el siguiente nuevo:

“10. La educación es el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene por objeto su pleno desarrollo espiritual y material, enmarcado en el respeto de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, capacitándolas para convivir y participar en forma responsable, democrática y activa en la sociedad.

“El Estado creará, financiará y administrará un sistema de educación público y gratuito, que garantice a todas las personas el acceso igualitario a éste, de conformidad a lo establecido en la ley.

“Los padres tienen el derecho a exigir una educación de calidad. Corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

“La educación básica y media son obligatorias. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.”

“El Estado promoverá la educación parvularia.

“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.”

Por último, y tal como se señaló en la exposición del proyecto de ley precedente, éste se encuentra, a noviembre de 2017, sin discusión en comisión o en sala del Senado, habiéndose refundido el 28 de septiembre del año 2013 con los boletines N°7748-04 (22 de junio de 2011), N°7867-04 (7 de agosto de 2011), N°7851-04 (9 de agosto de 2011), 7961-04 (26 de septiembre de 2011), N°7883-04 (30 de agosto de 2011), N°7907-04 (6 de septiembre de 2011) y N°7959-04 (28 de septiembre de 2011) a solicitud de la Comisión de Educación del Senado y su posterior aprobación por la sala del Senado, para haber sido dejada dicha aprobación como obsoleta, por la

misma sala, el 12 de diciembre del año 2011, buscando su tramitación de forma separada. Por todo lo anterior, hoy se encuentra archivado.

Boletín N° 7851-04 de 9 de agosto de 2011.

Este breve proyecto de reforma constitucional fue iniciado como moción de los senadores Quintana, Gómez, Lagos, Navarro y Ruiz-Esquide, denominado “sobre tutela del derecho a la educación pública, gratuita y de calidad”, realizando pequeñas modificaciones al artículo 19 N°10 y buscando incorporar el mismo a los derechos fundamentales tutelados por el artículo 20 de nuestra Constitución³⁶⁴.

Nuevamente, y como pareciese ser norma entre los proyectos sobre reforma constitucional en materia del DE el año 2011, la primera referencia a nivel de antecedentes que se genera dice relación con el movimiento estudiantil de dicho año, argumentando que el proyecto de ley busca recoger lo planteado por los estudiantes y la sociedad a todo Chile dicho año.

Se cita, para ello, el documento “Bases para un Acuerdo Social por la Educación”³⁶⁵ presentado por los estudiantes universitarios, secundarios, profesores y actores del mundo social dicho año, donde se busca consagrar la educación –en palabras de los autores- como un derecho fundamental (el documento señala la necesidad de que se le reconozca el carácter de “social y universal” al DE, en el entendido de que ya es un derecho universal), y un bien público, donde el Estado asuma la responsabilidad de proveerla, asegurando el cumplimiento de los principios de gratuidad, universalidad y calidad en la educación pre-escolar, básica y media.

En el mismo marco, y entendiendo cuestiones esenciales presentadas por el proyecto que dicen relación con la calidad, los contenidos y valores de la educación entregada, el rol del Estado como garante y la gratuidad de la misma, se plantea un artículo único que contempla:

Primero, que en el numeral 10 del artículo 19, a continuación del punto y aparte, que se elimina, se agregue la frase “de calidad, y la gratuidad de la Educación Pública”, otorgándole caracterización a la educación que se establece como derecho fundamental.

³⁶⁴ Todas las citas presentadas a continuación corresponden al Boletín N° 7851-04.

³⁶⁵ <<Véase http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20110728/asocfile/20110728001022/basesparaunacuerdosocialporlaeducacin_110727140243_phpapp01_1.pdf>> online en

Segundo, en el inciso sexto del numeral 10 del artículo 19, intercalar entre las palabras "fomentar" y "el", la frase "y financiar", de forma de entregarle dicho deber al Estado en todos los niveles de enseñanza.

Tercero en el inciso sexto del numeral 10 del artículo 19, intercalar entre las palabras "educación" y "en" la palabra "pública".

Cuarto, en el inciso primero del artículo 20, después del guarismo 9°, agregar el "10°", buscando así la tutela del DE mediante el recurso de protección.

Este proyecto se encuentra, a noviembre de 2017, sin discusión en comisión o en sala del Senado. Al igual que los dos predecesores, se buscó su refundición el 28 de septiembre del año 2013 con los boletines N°7748-04 (22 de junio de 2011), N°7788-04 (13 de julio de 2011), N°7867-04 (7 de agosto de 2011), N°7883-04 (30 de agosto de 2011), N°7907-04 (6 de septiembre de 2011), 7961-04 (26 de septiembre de 2011) y N°7959-04 (28 de septiembre de 2011) a solicitud de la Comisión de Educación del Senado y su posterior aprobación por la sala del Senado, volviendo al estado anterior el 12 de diciembre del año 2011 tras decisión de la misma sala. Hoy se encuentra archivado.

Boletín N°7907-04 de 6 de septiembre de 2011.

El proyecto de ley fue iniciado por los senadores Girardi y Letelier, buscando como fin garantizar el derecho a la educación. La primera justificación dice relación con la relación garantía-derecho³⁶⁶. Reconoce el DE en el artículo 19 N°10 de nuestra Constitución, y la Libertad de Enseñanza en el artículo 19 N°11, señalando críticamente sobre el primero que "no es más que una declaración programática o de buenas intenciones que al contemplar este derecho junto a los demás de naturaleza económica y social lo consagró desprovisto de la garantía constitucional de orden procesal para hacerlo efectivo, cual es la acción de amparo o protección, con que sí cuentan muchos de los demás derechos constitucionales entre ellos la libertad de enseñar", señalando aquello como algo "muy propio del régimen neoliberal instaurado por la Constitución de 1980". Continúa aquella posición estableciendo que "con la instauración del nuevo régimen neoliberal en los 80' y plenamente vigente en la materia hasta nuestros días, la educación no sólo no fue más que un derecho de papel consagrado en la nueva Constitución sino que se constituyó en un muy buen negocio en todos sus niveles y modalidades, facilitado por la legislación que le dio ejecución".

³⁶⁶ Todas las citas presentadas a continuación corresponden al Boletín N°7907-04.

Continúa la exposición en un análisis global del cambio constitucional efectuado por la dictadura a través de la Constitución de 1980, entregándole al Estado un rol secundario en el DE. Al respecto, se señala que tras la promulgación de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE) el día 10 de marzo de 1990, es decir, un día antes de que se iniciase el gobierno democrático de Patricio Aylwin, se amarró mediante dicha ley el funcionamiento orgánico de lo correspondiente a educación, fijando parámetros y requisitos mínimos para la educación básica y media, parámetros y requisitos para los cuales el Estado tenía el rol de “guardián” del cumplimiento de dichas normas y no un interventor del proceso educativo. Al respecto, pondera el DE con respecto a la Libertad de Enseñanza y el rol del Estado en torno a ambas, señalando que “más controversial aún es la afirmación de que el Estado tiene el deber de resguardar especialmente la libertad de enseñanza. Bajo esa premisa, la educación es entendida como un producto de consumo, regido por la lógica del mercado, y aunque luego se especifica que el Estado debe financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso de la población a la enseñanza básica, al ser traspasado una parte importante del financiamiento a las municipalidades, diferenciadas en recursos, estas no pueden competir en igualdad de condiciones”³⁶⁷.

El Estado, abandonado la administración fiscal de la educación secundaria -la que, en palabra de los autores- pasaron “a un régimen municipal desfinanciado y virtualmente quebrado hasta nuestros días y el sector privado masificó su oferta de una educación de baja calidad, desregulada, sin control ni supervisión estatal, cara y además subvencionada, lo que ha permitido la proliferación de un abundante número de nuevos emprendedores “sostenedores”, muchos de ellos inescrupulosos, que han lucrado con cargo a los subsidios que otorga el Estado”, tuvo su corolario con la educación primaria y secundaria desfinanciada y abandonada por el Estado, siendo aquella de mala calidad, “salvo contadas excepciones”, en contraposición a la educación privada. Aquello devela una educación “segmentada y elitista, inaccesible para la mayor parte de la población y, en el caso de la subvencionada, de mala calidad o de una calidad que no es evaluada por el sistema de subvenciones”.

Continúa el proyecto de ley con datos concretos de la situación referida con anterioridad, particularmente a nivel de la educación superior privada en relación al “lucrativo negocio” que se ha desenvuelto en relación a ella. Citando a María Olivia Monckeberg en “El Negocio de las Universidades en Chile”, publicada el año 2007, señalan que ““Detrás de las fachadas de casas o edificios que se llaman universidades, suelen esconderse actividades y operaciones que poco o nada tienen que ver con la academia, la investigación universitaria o la formación de científicos y profesionales: las inmobiliarias, las “prestaciones de servicios”, las sociedades anónimas cerradas o

³⁶⁷ En el proyecto de ley en cuestión se cita “Equidad, calidad y derecho a la educación en Chile: Hacia un nuevo rol del Estado, BCN, Serie Estudio N° 9 / 2007” al momento de referir dichas aseveraciones.

limitadas que esconden su verdadera actividad y otras formas habituales ya en ese ambiente, configuran un panorama donde el lucro -aunque se le cambie de nombre - es motor y protagonista central". Según la autora, estas entidades tienen "una doble dimensión: para unos es simplemente ganar dinero como sea, y la educación pasa a ser simplemente una mercancía o un servicio que se otorga a cambio de un elevado arancel que pagan los alumnos clientes. Para otros, el negocio tiene un sentido de más largo plazo y se entronca con la "misión" de generar una sociedad acorde con los postulados de quienes la controlan". "Por ley en Chile las universidades son corporaciones o fundaciones sin fines de lucro. Sin embargo, en la realidad, las universidades privadas obtienen cuantiosas utilidades, mientras sus verdaderos dueños usan diversos subterfugios para lograr captar más dinero, provenientes de elevados aranceles que pagan los "estudiantes clientes", para seguir haciendo funcionar la máquina de esta peculiar industria".

Finaliza la exposición señalando, en correspondencia con lo anterior, la forma de financiamiento que hoy sustentan las Universidades, CFT e IP en nuestro país y cómo el Estado ha descuidado sus propias Universidades a través de dichos mecanismos. Concluye la "manifiesta y evidente la necesidad de instaurar un nuevo régimen constitucional para la educación en Chile que al menos en una primera fase haga efectivo, realizable y exigible el "derecho a la educación" a nivel constitucional, en todos sus niveles y sin más requerimientos que contar con las aptitudes y capacidades personales para acceder y mantenerse en ella; elimine o derogue de la Carta Fundamental todas aquellos conceptos y principios de corte neoliberal de que fue provista en la materia y que han permitido y justificado el desarraigo del Estado de su función pública educacional y el lucro indiscriminado financiado por todos los chilenos; e incorpore los conceptos y principios propios de un Estado comprometido con la función pública que le corresponde en la educación de nuestros niños y jóvenes".

En cuanto a antecedentes y justificación, el proyecto de ley centra su crítica claramente en torno a las consecuencias perniciosas que ha tenido la instauración del régimen neoliberal en materia educativa, transformando la educación en un bien de consumo y desligando el rol del Estado frente a ésta en su carácter de derecho fundamental.

En cuanto a la reforma constitucional en sí, ésta consta de un artículo único llamando a la reforma constitucional del artículo 19 N°10 y 19 N°11 de nuestra Constitución. En torno al primero, dos son las modificaciones:

La primera de ellas busca intercalar en su inciso tercero entre las expresiones "Corresponderá al Estado" y "otorgar especial protección al ejercicio de este derecho", la palabra "garantizar", otorgándole al Estado el rol de garante del DE.

La segunda busca intercalar en su inciso sexto entre las expresiones "Corresponderá al Estado, asimismo," y "fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles" la expresión "garantizar el acceso igualitario y", prescribiendo al Estado la función de garantizar el acceso "igualitario" a la educación en todos sus niveles.

En tercer lugar, cabe señalar una modificación al artículo 19 N°11° en tanto expresa cuestiones vinculadas al DE. En lo particular, solicita reemplazar el inciso 1° su punto aparte "." por una coma "," agregando a continuación la siguiente expresión "y el deber de prestar, en igualdad de condiciones, una educación de calidad". De esta manera –y de extraña forma- establece que la "libertad de enseñanza incluye el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, y el deber de prestar, en igualdad de condiciones, una educación de calidad". La omisión importante de esta consideración es que no considera la educación de calidad como parte del DE, y al no existir ello puede desprender –en correspondencia con la reforma al artículo 20- que no es un deber del Estado entregar la misma, menos aún generando su tutela.

Por último, integra el DE del artículo 19 N°10 a aquellos derechos fundamentales tutelados por el artículo 20.

El proyecto, una vez refundido el 28 de septiembre del año 2013 con los boletines N°7748-04 (22 de junio de 2011), N°7788-04 (13 de julio de 2011), N°7851-04 (9 de agosto de 2011), 7961-04 (26 de septiembre de 2011), N°7867-04 (7 de agosto de 2011), N°7883-04 (30 de agosto de 2011) y N°7959-04 (28 de septiembre de 2011) a solicitud de la Comisión de Educación del Senado y su posterior aprobación por la sala del Senado, para haber sido dejada dicha aprobación como obsoleta, por la misma sala, el 12 de diciembre del año 2011, buscando su tramitación de forma separada. No obstante, a noviembre de 2017, se encuentra archivado.

VIII. c. Proyectos de Ley que pretenden tutelar el Derecho a la Educación por protección.

Por otro lado, 4 son los proyectos presentados en nuestro Congreso Nacional a objeto único de tutelar el DE mediante el recurso de protección establecido en el artículo 20 de nuestra Constitución Política. Corresponden

a los boletines N°2320-07 (13 de abril de 1999), N°4219-07 (6 de junio de 2006, N°6670-07 (19 de agosto de 2009) y N°7883-04 (30 de agosto de 2011).

Boletín N° 2320-07 de 13 de abril de 1999.

El primero de ellos se presenta por moción de los diputados Valenzuela, Ullora, Montes, Velasco y Rosauro Martínez³⁶⁸, se presenta el proyecto el 13 de abril de 1999. El proyecto, dentro de los antecedentes generales, arguye la situación coyuntural del país como motivación para presentar el proyecto en tanto diversos jóvenes estudiantes habrían sido discriminados en su derecho a la educación. Señalando cifras, "entre diciembre de 1996 y abril de 1997 casi ocho mil estudiantes fueron víctimas de prácticas discriminatorias, lo que revela un aumento de 2.300 casos respecto de igual período entre 1995 y 1996". Las prácticas comunes habrían consistido en la negación de la matrícula sin causa justificada, retención de documentos, cancelación de la matrícula y expulsión del establecimiento, algo, en sí, no muy distinto a la realidad al año 2014. Con principal argumento jurídico desde la Declaración de los Derechos del Niño en su Principio N°1, N°7 y el concepto de Interés Superior del Niño, además de lo establecido por el artículo 1 inciso 4° de la Constitución, el artículo 2 inciso 2° de la entonces Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, el artículo 6 letra d) inciso 2° del D.F.L. N°2 del Ministerio de Educación de 1996 sobre la Jornada Escolar Completa, sentencian la necesidad de que el DE sea amparado por el recurso de protección. Reconocen, a su vez, que aquella omisión ha provocado que la tutela del DE haya tenido que entregarse mediante la defensa de otros derechos, tales como la igualdad ante la ley o el derecho a la vida privada (cuando trata de prácticas discriminatorias que dicen relación con el aspecto externo del alumno). Terminan la argumentación con una cita del jurista y filósofo italiano Norberto Bobbio en su obra "El tiempo de los derechos", en tanto "lo que importa no es fundar los derechos del hombre, sino protegerlos", agregando que "para protegerlos no basta con proclamarlos".

El proyecto fue inicialmente enviado a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, para luego, por solicitud de la misma, ser enviado en primer lugar a la Comisión de Educación. Tras el primer informe evacuado el 10 de agosto de 1999, la misma comisión solicita remisión del proyecto en noviembre del año 2004, la cual es rechazada por el oficio N°6252 de la sala el 6 de julio del año 2006, rechazándose nuevamente la petición de archivo efectuada por la comisión del 31 de agosto del mismo año. Finalmente, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia comunica el archivo del proyecto el 9 de junio del año 2009.

Boletín N° 4219-07 de 6 de junio de 2006.

³⁶⁸ Todas las citas a continuación corresponden al Boletín 2320-07.

Otro proyecto de ley, ingresado el 6 de junio de 2006 ante la Cámara de Diputados y firmado por los diputados Francisco Chahuán, Roberto Sepúlveda y Germán Becker, justificaba la medida señalando que: “no se consideró entre las garantías perturbadas o amenazadas en las condiciones antes descritas, que pueden ser objeto de un Recurso de Protección, el derecho a la educación, que se consagra en el N° 10 del artículo 19 de la Carta Fundamental. En cambio, la libertad de enseñanza que se asegura como garantía constitucional en el N° 11 del mismo artículo 19, sí es susceptible de ser restablecida mediante un recurso de protección, para el evento de que sea conculcada en la forma ya mencionada”

El argumento esencial para poder subsanar dicha omisión dice relación con aquella vinculación que se debe dar entre el DE y la libertad de enseñanza consagrada en el artículo 19 N°11 de nuestra Constitución, en el entendido de que ella no es una garantía constitucional absolutamente autónoma e independiente de cualquier otra, sino que constituye un complemento del DE. De esta forma, señalan que “en efecto, la educación, que tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en todas las etapas de su vida, se hace realidad en el derecho preferente que el mismo estatuto constitucional otorga a los padres para educar a sus hijos, y a su vez lo considera un deber, lo que se materializa en la enseñanza que los niños y jóvenes reciben en los establecimientos educacionales.

(...)

Este derecho a la educación, que comprende también el aseguramiento del acceso a la misma por parte de la población y la calidad de ella, puede ser igualmente privado, perturbado o amenazado en su legítimo ejercicio, por causa de actos u omisiones arbitrarios, que para el restablecimiento de su imperio requiere de providencias judiciales a instancias del afectado.

Esta situación puede darse cuando la calidad de la educación es deficiente o el sistema no se financia por el Estado para asegurar el acceso igualitario a ella”³⁶⁹.

Como podrá advertirse de la misma lectura del precepto señalado, se entendía a través de él que el derecho a la educación no sólo podía verse privado, perturbado o amenazado en su legítimo ejercicio cuando no se financia por el Estado un sistema que permita generar un acceso igualitario a ella, sino que también cuando la educación de calidad es deficiente, generando un gran marco de acción que involucra tremendamente al Estado

³⁶⁹ Todas las citas presentadas a continuación corresponden al Boletín 4219-07.

en torno a los desafíos que interpone para el mismo. El proyecto fue archivado tras disposición de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado el 9 de junio de 2009.

Boletín N° 6670-07 de 19 de agosto de 2009.

Un proyecto con el mismo tenor que el referido con anterioridad fue el presentado por los diputados del Partido Radical Social Demócrata Marcos Espinosa, Fernando Meza, Alberto Robles y Alejandro Sule el 19 de agosto del año 2009³⁷⁰, señalando en su considerando quinto que “Que, como resulta evidente, creemos imperativo que la omisión analizada en el numeral anterior debe remediarse, puesto que la libertad de enseñanza no es una garantía constitucional autónoma, sino que complementa el derecho a la educación”, además de que “este derecho a la educación, que comprende también el aseguramiento del acceso a la misma por parte de la población y la calidad de ella, puede ser igualmente privado, perturbado o amenazado en su legítimo ejercicio, por causa de actos u omisiones arbitrarios, que para el restablecimiento de su imperio requiere de providencias judiciales a instancias del afectado y esta circunstancia puede darse cuando la calidad de la educación es deficiente o el sistema no se financia por el Estado para asegurar el acceso igualitario a ella”. El proyecto se encuentra, a enero del año 2014, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

Como fue ya referido con anterioridad, dos proyectos presentan también la necesidad de tutelar el DE mediante el recurso de protección, representados en los boletines 7851-04 del 9 de agosto de 2011 y 7788-04 del 13 de julio de 2011, ambos presentados a la Cámara Alta y sin discusión de ninguna especie a noviembre de 2017.

Boletín N° 7883-04 de 30 de agosto de 2011.

Este proyecto de reforma constitucional fue iniciado como moción del senador Francisco Chahuán, buscando cautelar el derecho a la educación mediante el recurso de protección, siendo absolutamente idéntico en justificación y propuesta al proyecto que presentó e ingresó el 6 de junio de 2006 ante la Cámara de Diputados, en su calidad de diputado en aquel entonces, firmado también por los diputados Roberto Sepúlveda y Germán Becker (Boletín N° 4219-07). Lo relevante de su consideración por separado es que, en el margen de las ya recurrente

³⁷⁰ Todas las citas presentadas a continuación corresponden al Boletín N° 6670-07.

citadas movilizaciones del año 2011, éste fue reconsiderando en su presentación tras ser archivado en junio del año 2009, y propuesto para ser refundido en un único gran proyecto con otros presentados ese mismo año, a saber los también ya referidos boletines N°7748-04 (22 de junio de 2011), N°7788-04 (13 de julio de 2011), N°7867-04 (7 de agosto de 2011), 7851-04 (9 de agosto de 2011), N°7907-04 (6 de septiembre de 2011), 7961-04 (26 de septiembre de 2011) y N°7959-04 (28 de septiembre de 2011). Hoy se encuentra como un proyecto archivado.

Conclusiones.

1. En primer lugar, debemos señalar que el DE no ha sido conceptualizado ni tratado en profundidad en cuanto a sus dimensiones, ni de manera profunda sistematizado en su alcance y exigibilidad. Poca literatura jurídica se ha sostenido al respecto, siendo una temática reciente derivada -principalmente- de las exigencias sociales que se han enarbolado mediante el denominado movimiento estudiantil.
2. Debemos recalcar la importancia de la coyuntura político-social del año 2006 como punto de partida de la manera de entender la Educación en Chile. Fue la sociedad civil, y principalmente estudiantes secundarios, quienes salieron a denunciar frente al país la precarización del sistema educacional municipal y la educación media en su generalidad. No fue sino entonces que algo tan elemental para el ser humano como lo es la educación, comenzó a verse por la sociedad como un derecho en nuestro país, a nivel de debate público y reforma. Esto desencadenó un cambio en la legislación e institucionalidad respectiva, más esto no fue una solución definitiva al problema, pues las reivindicaciones fueron retomadas por el movimiento universitario en el año 2011, quienes entendiendo que no se trataba de hacer retoques a la legislación, pusieron el foco de atención en la importancia de entender al DE como un derecho universal de preocupación preferente del Estado, la que no podía seguir inserta en un entramado jurídico que por una parte la liberaliza al punto de tener personas naturales y jurídicas que se benefician económicamente de aquella, y, por otra, la desprotege al extremo de no contemplar acciones directas como mecanismos de tutela al DE.
3. Para ello, sostenemos de forma crítica la distinción histórica que se ha dado en torno a las distintas generaciones de derechos humanos, que ha conceptualizado el DE como un derecho de segunda generación, i.e. un derecho económico, social y cultural. Desde esta teoría, al ser un denominado derecho prestacional, éste tendría su satisfacción en medida de la capacidad económica del Estado, provocando su imposibilidad de tutela mediante el recurso de protección (en nuestra realidad país) por su supuesta imposibilidad.
4. La determinación de la exigibilidad y justiciabilidad del derecho no puede quedar sujeta a una determinación histórica, pues la sociedad cambia y hace relevantes necesidades que antes no se consideraban como tales, o no se revestían de urgencia. Al ser un derecho subjetivo público, un derecho humano y un derecho fundamental para toda persona, aquella diferenciación termina siendo una degradación del derecho, el cual no se compone como tal al no poder ser reclamable ante los tribunales de justicia, en contraposición a otros derechos. Es ese el momento real en el que efectivamente se puede hacer valer el derecho.

5. Una vez criticada dicha concepción como punto de entrada, nos planteamos reformular el concepto de DE tomando todo aquel componente que pudiera resultar esencial en el esfuerzo de desarticular con bases teóricas la problemática en cuestión. En tal ejercicio, sin duda que las primeras apuestas fueron por vislumbrar como eje central el objeto de análisis, y las instituciones cuyo estudio resultara de suyo importante para atender desde la óptica más acertada que nos ofrece el derecho constitucional de qué manera la concepción que se tenga de instituciones como el Estado, los derechos fundamentales, acciones constitucionales, educación y el derecho a esta, han influido en las transformaciones políticas y sociales de nuestra historia institucional. Ejercicio claramente realizado desde una visión crítica de los mismos institutos, mediante aproximaciones y relecturas a autores que desde diversas vertientes del conocimiento pudieran aportar factores claves para nuestras pretensiones.
6. La educación no tiene sólo un fundamento en el individuo en sí, tanto en el factor económico–meritocrático, especialización laboral, posesión de bienes y posición social, sino que la preparación del individuo a través de la educación y el concepto mismo de Escuela supone un aporte para la sociedad en torno a su funcionamiento y la necesidad de situar al individuo en las esferas de la misma. Y allí, en ese vértice, la propuesta es ir un paso más allá: ese rol social que se le entrega al individuo implica que, en su más plena satisfacción y crecimiento individual, es también cuando crece la sociedad a través de la idea de un proyecto país: la educación debe entenderse también bajo los prismas de un qué se desea en una respectiva nación.
7. Como señala Hegel, es imposible ser sujeto si no se es en oposición, justamente, a otro sujeto. La Escuela sería, entonces, el gran espacio de encuentro para este reconocimiento: un espacio de diferenciación, y donde el reconocimiento cumple una función de la afirmación del mismo ser humano a través del ser reconocidos. No resulta baladí la concepción que dicho autor tiene para la misma: no es meramente un “algo” que el Estado pueda o no otorgar, sino que resulta una obligación para el mismo. Es más, no resulta para el propio Estado, sino que es para la sociedad misma.
8. De esta manera, es que debemos reafirmar nuestra postura en cuanto a entender la centralidad que tiene la educación como herramienta de retorno social, en tanto:
 - a. Se opone a una idea meramente económica de la misma, que la comprende como una herramienta de ascenso social a partir de la profundización de los contenidos-saberes y la preparación para la vida laboral. A través de un proyecto país (o nacional) la educación entrega conocimientos técnicos que permiten al individuo su crecimiento personal pero también ocupar un rol en la sociedad, aportando a la misma.
 - b. Es una herramienta de crecimiento personal, donde el individuo conoce “el mundo social”, estableciendo las primeras reglas y parámetros fuera del mundo personal y familiar. Se produce, así,

un ideario de reconocimiento del individuo frente al mundo que deriva en su propia autoconciencia o comprensión en sí a través de determinar otro (otros) distinto (s).

- c. (c) Más allá del saber formal, permite generar reglas básicas de convivencia que se traspasan a todo ente individual y por ende al ente social o sociedad en sí: desarrollo de la personalidad, promoción de la justicia social, el respeto, de la solidaridad, del valor por la diferencia, de la no discriminación, la equidad de género, de la paz social como valor, la sustentabilidad y cuidado del medioambiente, la igualdad, la interculturalidad y respeto por los pueblos, el pensamiento y sentido crítico y la dignidad humana.
 - d. Es la una posibilidad de hacer efectiva en términos reales la propia valoración, respeto y aplicación del resto de los derechos humanos y fundamentales. Si no se puede educar en torno a los mismos, en la práctica se debilitan o hacen inexistentes dichos derechos, pues parte de la posibilidad real de sustento de los mismos dicen relación con la aplicación de la norma. Tanto en el contenido de los mismos como en la dimensión ética de la valoración de ellos, la educación juega un rol relevante. Así, ésta antecede, incluso, a los propios derechos fundamentales, con independencia de cuál sea el catálogo al cual se le ha dado la construcción histórica de pertenecer.
9. Dicho esto, de acuerdo con lo que conocemos de nuestra historia constitucional, sabemos que el modelo que se implantó en Chile por la fuerza en 1973, y luego ratificado institucionalmente mediante la CPR de 1980, recogía el principio de subsidiariedad como marco de acción para el Estado referente a los derechos sociales. En ese entonces, la CENC dedujo que como existían ciertos derechos que para su debida satisfacción dependían de la capacidad económica del Estado -y por lo demás teniendo a la vista tratados internacionales en materia de derechos humanos- no debían incluirse éstos dentro de las garantías constitucionales previstas contra actos vulneratorios de derechos sociales, por la sencilla razón de que teniendo al mercado como mecanismo eficiente en la asignación de recursos, el Estado debe apartarse cuando existen medios más idóneos para responder a las necesidades del individuo.
 10. Al no quedar instituido en ninguna parte del ordenamiento lo que debía entender el ciudadano común por educación, salud, vivienda, etc., cada individuo en base a su libertad inherente tendría que necesariamente formarse un concepto propio de aquellos y el correlativo derecho a, que iría dándose naturalmente y siendo asimilado a medida que las condiciones de facto propias del sistema tuvieran injerencia en los diversos aspectos de su vida, mas no se reparó en el hecho de que ciertos pasajes constitucionales contradecían abiertamente dicho principio, pues se entiende claramente como base de la institucionalidad que nos rige que es el Estado (y no el mercado) quien está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Para esto necesariamente deben fijarse las condiciones que aseguren el debido goce y satisfacción de los derechos consagrados en el mismo texto político, de

quienes otorgan legitimidad al ejercicio de la soberanía que se ejerce cuando además como supuesto previo al principio democrático, el Estado no puede restar su función fiscalizadora de los ámbitos en que el mercado genera efectos negativos o indeseados que desprotegen inexorable e injustamente a quienes no tengan los medios para hacer frente a tales efectos.

11. Ahora bien, a lo largo de nuestro trabajo hemos expuesto la mayoría de las afirmaciones con sustento constitucional que se postulan respecto de la situación del DE en Chile, y normativa internacional relativa a derechos humanos que nuestro país ha suscrito, formando ambas lo que conocemos como bloque de constitucionalidad, aspectos que son parte integrante de la reelaboración conceptual del mismo como hipótesis de acción y propuesta, siempre en el marco de los derechos fundamentales. Así, y siguiendo los planteamientos de Ferrajoli, podemos dilucidar que los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias prescinden de la circunstancia de hecho de que en este o en aquel ordenamiento, tales derechos se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo. Entendemos por lo tanto que al ser el DE un derecho fundamental, que en el caso chileno sí tiene reconocimiento constitucional en el artículo 19 N.º 10 CPR, no es posible desatender el claro tenor de la norma, que, en armonía con el resto del ordenamiento, vincula al Estado como sujeto pasivo del derecho subjetivo público, desde el momento que su imperatividad constitucional resulta directamente aplicable a todo habitante del territorio nacional.
12. El Derecho de acceso a justicia como tal constituye uno de los pilares fundamentales de un estado de derecho democrático. En tanto, obliga a los Estados a poner a disposición de sus ciudadanos mecanismos de tutela efectiva de sus derechos y de resolución de sus conflictos de relevancia jurídica, a través de recursos judiciales accesibles y adecuados. Lo último en cuanto por medio de los recursos judiciales pueda obtenerse un resultado que es el esperado obtener por quien acciona de acuerdo con las posibilidades que se le reconozcan como sujeto de derechos, lo cual no puede desconocerse con respecto al DE.
13. De acuerdo con la jurisprudencia analizada de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, podemos concluir que la tutela indirecta de los derechos sociales como mecanismo jurídico amplio de utilizar al RP en su intento por proteger al DE ha tenido un tratamiento irregular, pues la tutela indirecta del mismo mediante el derecho a la igualdad, al debido proceso, la integridad psicológica y el derecho de propiedad, entre otras, ha tenido variación con respecto a su aceptación o negativa. Por otro lado, aquello ha desviado el foco de atención de la aún pendiente obligación del Estado de Chile de ajustar su normativa interna a estándares de derecho internacional de los derechos humanos.

14. Conceptualizamos el DE como la forma de vehiculizar el cumplimiento del objeto de la educación. De esta manera, se hace imprescindible asegurar mediante una reforma constitucional los elementos básicos que permitan configurar un derecho destinado a este fin.
15. Entre las características del mismo, han de considerarse la obligación del Estado de establecer un sistema de educación pública que sea gratuito y destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población, de calidad, basado en la equidad de género, la no discriminación, con énfasis en la comunidad y su participación, comprendiéndose como un proceso permanente del individuo y la sociedad, y que alcance y desarrolle las necesidades del territorio, la identidad y la interculturalidad.
16. Cabe tener en consideración, también, que el DE debe hacerse cargo de las distintas realidades nacionales, más aún en consideración a las denominadas categorías sospechosas como grupos históricamente discriminados. Para ello, el Estado debe comprender especialmente las necesidades particulares de grupos excluidos y enarbolar políticas en torno a ella que hagan factible el acceso y la mantención en el sistema educativo, grupos particulares como la población discapacitada, migrante, étnica o privada de libertad (en otras) de forma de hacer efectivo un derecho que se asegura a todas las personas del país sin distinción.
17. Por último, consideramos como presupuesto básico para la materialización de nuestra propuesta y crítica, mas no como un hecho que por sí solo pueda únicamente ser apreciado en su mérito, que el DE debe ser incluido dentro de las garantías fundamentales que se especifican en el artículo 20 de la CPR, y por lo tanto ser posible su tutela directa ante los tribunales de justicia por medio del RP por los siguientes motivos:
 - i. El RP es el único mecanismo idóneo que el ordenamiento jurídico contempla como garantía constitucional que las personas pueden utilizar para accionar judicialmente frente a una vulneración de derechos fundamentales que se consagran en la CPR por una acción u omisión que amenace, prive o perturbe el legítimo ejercicio del derecho.
 - ii. De acuerdo con la reelaboración del concepto de DE que hemos propuesto, como supuesto de efectividad y realización de los demás derechos fundamentales, es que debemos contar con una vía rápida de garantía en el ordenamiento debido a la urgencia en su tutela, como por la necesidad de que se reestablezca el imperio del derecho y la protección del afectado frente a acción u omisión declarada arbitraria o ilegítima. Debe eliminarse el miedo a un descriterio en la tutela, pues específicamente el recurso de protección implica un análisis de las circunstancias de hecho y de derecho, e infundir temor tras la incorporación de dicho derecho en la garantía mencionada es desconocer, precisamente, la labor judicial.

- iii. La tutela judicial efectiva del DE debe ser un aspecto preponderante en la labor de jueces con competencia para conocer del RP, por cuanto el conocimiento y resolución de estos conflictos de relevancia jurídica se les entrega justamente a las mayores magistraturas de nuestro ordenamiento por ser jueces con mayor formación en derechos fundamentales, labor que no puede desatenderse frente a vacíos legales o constitucionales.

Bibliografía.

- ABRAMOVICH, V., & COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta.
- AGUIRRE, J. (2010). *Hannah Arendt y Carlos Marx: Un debate acerca de los derechos humanos y el discurso de los derechos*. Medellín: Opinion Juridica, vol. 9, N° 17.
- ALDUNATE, E. (2008). *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- ALEXY, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*.
- ÁLVAREZ, E. (2013). *El derecho constitucional y la crisis*. Revista de Derecho Político N° 88.
- ATRIA, F. (2004). *¿Existen derechos sociales?* . Edición digital a partir de Discusiones: Derechos Sociales, núm.4.
- ATRIA, F. (2009). *¿Que educación es "pública"?* . Estudios Sociales N°117.
- BARROS, E. (1999). *Derecho Civil I Tercera Parte, Relación Jurídica y Derechos Subjetivos*.
- BENITEZ, S. (2006). *Derechos Humanos y Económicos en Tugendhat*. Revista de Filosofía, II Época, N°1.
- BERLIN, I. (1981). *Libertad y Necesidad en la Historia*. Madrid: Revista de Occidente.
- BERNASCONI, A., & ROJAS, F. (2003). *Informe sobre la Educación Superior en Chile: 1980-2003*. Obtenido de www.iesalc.unesco.org.ve.
- BILBAO, J. M. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- BOBBIO, N. (1999). *Estado, gobierno y sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- CEA, J. (2002). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial de la Universidad Católica de Chile.
- CEA, J. (2004). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CEA, J. (2004). *Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico*. Valdivia.
- CERRONI, H. (1965). *Marx y el Derecho Moderno*. Buenos Aires.
- CERRONI, H. (1972). *La libertad de los modernos*. Barcelona: Editorial Martínez, Roca.
- COTINO, L. (2012). *El Derecho a la educación como Derecho Fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y Debates.
- DAY, J. P. (s.f.). *Individual Liberty*. Griffiths, Of Liberty.
- DE BENOIST, A. (s.f.). *Derechos Humanos: en búsqueda de un fundamento*.
- DIEZ-PICAZO, L. M. (s.f.). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Ed. Civitas.
- DURAN, W. (2002). *La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia internacional*. Ius et Praxis.
- ESCAMILLA, J. (s.f.). *Marx y el Derecho*.

- EVANS, E. (1986). *Los Derechos Constitucionales. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FAVOREU. (1878). *Cours constitutionnelles européennes et droitis fondamentaux, Aix-en-Provence*.
- FERNANDEZ-MIRANDA, A. (2003). *El Estado Social*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 23. Numero 69.
- FERRADA. (2003). *Constitucionalización del Derecho Chileno*. Santiago: Editorial Juridica de Chile.
- FERRADA, J., BORDALI, A., & CAZOR, K. (2003). *El recurso de protección como mecanismo de control Jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo*. Obtenido de <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v14/art04.pdf>
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, L. (1997). *Derechos y Garantías*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2001). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (s.f.). *Democracia y Garantismo*. Trotta.
- FERRER. (2011). *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. Estudios constitucionales*. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014&lng=es&tlng=es
- FINNEGAN, F., & PAGANO, A. (2007). *El derecho a la educación en Argentina*. Buenos Aires: Colección Libros FLAPE.
- FLORES, J. (2014). *Derecho a la educación: su contenido esencial en el derecho chileno*. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000200005>
- FLORES, L. (2014). *Temas actuales de los derechos humanos de ultima generacion*. Obtenido de Biblioteca Juridica Virtual UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4304/1.pdf>
- FRIEDEMANN, S. (2010). *De la Dialéctica Hegeliana a la educación popular en Antonio Gramsci y Paulo Freire*. Revista Diaporías N° 9. Obtenido de <http://www.equipo critica.org/analisis-de-la-educacion/de-la-dialectica-hegeliana-a-la-educacion-popular-en-antonio-gramsci-y-paulo-freire/>
- GARCIA, S., & MORALES, J. (2013). *El Control de Convencionalidad: Construcciones y dilemas, en: Eto Cruz, Gerardo: Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú. Tomo II*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.
- GARCIA-PELAYO, M. (1989). *Las transformaciones del Estado contemporaneo*. Madrid: Alianza.
- GERHARD, R. (1991). *El estado social, su origen y desarrollo en una comparacion internacional*. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- GOMEZ. (2004). *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. Comision Nacional de los Derechos Humanos.
- GONZALEZ, J. (2015). *Es el derecho a la educación un derecho justiciable*. Santiago.

- GONZALEZ, R. (s.f.). *Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generacion*. Obtenido de www.tendencias21.net/derecho/attachment/113651/
- GUZMÁN BRITO, A. (s.f.). *La naturaleza de las garantías constitucionales de la persona examinada a través de su protección judicial*. <http://vlex.com/vid/garantias-persona-examinada-traves-233783653>.
- GUZMAN-RINCON, A. (s.f.). *La crítica de Marx a los derechos humanos: balance y perspectivas*.
- HEGEL, G. W. F. (1811). *Estudios Pedagógicos, Discurso del Gimnasio de Nürember del 2 de septiembre de 1811*. Obtenido de <http://afoiceeomartelo.com.br/posfsa/Autores/Hegel,%20Friedrich/Hegel%20-%20Escritos%20pedag%C3%B3gicos.pdf>
- HEGEL, G. W. F. (1998). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: EDHASA.
- HITTERS, J. C. (2015). *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000100005>
- JANA, A. (s.f.). *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*.
- JELLINECK, G. (2000). *Teoría General del Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Economica.
- JORDAN, T. (2009). *Elementos configuradores de la Tutela Jurisprudencial de los Derechos Educativos en Chile*. Estudios Constitucionales, Año 7 N° 1, Librotecnia.
- KELSEN, H. (s.f.). *Teoría general de las normas*. Editorial Trilla.
- LATAPI, P. (s.f.). *El Derecho a la Educación, su alcance, exigibilidad y relevancia para la política educativa*.
- LEVIN, M. (1985). *Negative Liberty*; en: E.F. Paul, F. Miller y J. Pauls. Liberty and Equality.
- MAGNET, J. (s.f.). *Fetichización Jurídica y Derechos Sociales*. Universidad de Barcelona, Observatorio de Derechos Humanos.
- MARSHALL, P. (2007). *Sobre los derechos fundamentales y su eficiencia*.
- MARX, K., & ENGELS, F. (1973). *La sagrada familia*. Traducción de Carlos Liancho. Buenos Aires: Claridad.
- MASSINI, C. (s.f.). *Los derechos humanos desde la perspectiva marxista: consideraciones críticas*.
- MEDINA, C., & MERA, J. (1996). *Sistema jurídico y derechos humanos, el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Cuadernos de Analisis Juridicos.
- MORRA, G. (1979). *Marxismo y Religión*. Madrid: Rialp.
- MUÑOZ, F. (2014). *De la Escuela Nacional Unificada a la Subsidiariedad del Estado en materia educacional*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- NASH, C. (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- NASH, C. (2013). *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Anuario de derecho constitucional latinoamericano, año XIX.

- NAVARRO, E. (2012). *35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa*. Estudios Constitucionales.
- NIKKEN, P. (1994). *El concepto de derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- NOGUEIRA, H. (1999). *El recurso de protección en Chile*. Santiago: Gaceta Jurídica N° 230.
- NOGUEIRA, H. (2005). *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales*. Ius et Praxis.
- NOGUEIRA, H. (2007). *Los Derechos contenidos en tratados de Derechos Humanos parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional*.
- NOGUEIRA, H. (s.f.). *El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos*. Obtenido de <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art07.pdf>
- OLANO, H. (2016). *Teoría del control de convencionalidad*. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100003>
- OTÁROLA, Y. (2006). *El respeto a los derechos fundamentales en los tratados internacionales. "Los niños de la calle"*. Obtenido de <http://www.scielo.cl>
- PACHECO, M. (s.f.). *La Teoría Marxista del Estado y del Derecho*. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- PAPACCHINI, A. (s.f.). *Filosofía y derechos humanos*.
- PÉREZ LUÑO, A. (2004). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- POULANTZAS, N. (1969). *Hegemonía y Dominación en el Estado Moderno*. Buenos Aires: Cuadernos del Pasado y del Presente.
- PRESSACCO, C. (2010). *Estado de Derecho y Desobediencia civil*. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682010000300023>
- RIOS, L. (s.f.). *El recurso de protección y sus innovaciones procesales*. Obtenido de <https://app.vlex.com/vid/233790929>
- ROBLES, G. (1997). *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Ed. Civitas.
- ROMERO, A., & ZÁRATE, M. (2013). *Introducción al Derecho Educacional Chileno*. Santiago: Legal Publishing.
- RUIZ, C. (s.f.). *Notas sobre la idea de un derecho a la educación: desde la filosofía política al Chile Actual*.
- RUIZ, C. (s.f.). *Notas sobre la idea de un derecho a la educación: desde la filosofía política al Chile actual*.
- RUIZ-TAGLE, P., & CORREA, S. (s.f.). *El derecho a una educación de calidad*. Obtenido de www.anuariocdh.uchile.cl
- SAGÜES, N. (2010). *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100005>
- SCHMITT, C. (1992). *Teoría de la Constitución. Traducción de Francisco Ayala*. Madrid: Alianza Universidad.

- SCHWEMBER, A. (2001). *Derechos de los estudiantes en la jurisprudencia de protección, 1980-1999*. Santiago.
- SILVA, A. (1997). *Tratado de Derecho Constitucional Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA, A. (1997). *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SOLARI, E., & VIERA, C. (2015). *Justiciabilidad de los Derechos Sociales (A propósito de una argumentación de Fernando Atria)*. Valparaíso: Estudios Constitucionales, Año 13, N° 2.
- SOTO KLOSS, E. (1981). *Recurso de Protección y derecho de los estudiantes*. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Vol. LXXVIII, Tomo I.
- SOTO KLOSS, E. (1982). *El Recurso de Protección: Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SZMULEWIC, E. (2012). *Igualdad, Orientación Sexual y Juicio Estricto de Proporcionalidad. Comentario de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.
- Dirección del Trabajo, . (s.f.). Obtenido de <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-65192.html>
- TUGENDHAT, E. (s.f.). *Liberalismo, libertad y el asunto de los derechos humanos económicos*.
- VALLEJO, R. (2016). *La constitución económica chilena: un ensayo en (DE) construcción*.
- VASAK, K. (1984). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona: Serbal-UNESCO.
- VIERA, C. (2014). *Estado Social como Fórmula en la Constitución Chilena*.
- WRÓBLEWSKI. (2001). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Ed. Civitas.
- WRÓBLEWSKI, J. (2001). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas Cuadernos.
- ZUÑIGA. (2007). *Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Apostillas sobre tratados y Constitución. En: Ponencia presentada al XXXVII Jornada Chilenas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Comisión de Derecho Constitu.*

Jurisprudencia Nacional

- **Corte Suprema**; Sentencia ROL 3125.-2004, de 13 de marzo de 2007, considerando trigésimo noveno.
- **Corte Suprema**; Sentencia ROL 5420-2008.
- **Corte Suprema**, 29 de enero de 1991, Gaceta Jurídica N°127, p.23.
- **Corte Suprema**, Rol 6495-07 de 20 de diciembre de 2007.
- **Corte de Apelaciones de Valparaíso**, Rol 383, 30 de Octubre de 2007, [en línea] <<http://www.puntolex.cl>> [consulta: 3 Septiembre 2013]).
- **Corte de Apelaciones de Santiago**, Rol 5589, 19 de enero de 2007, [en línea] <<http://www.puntolex.cl>> [consulta: 3 Septiembre 2013]).

- **Corte de Apelaciones de San Miguel**, Rol 363, 24 de Febrero de 1997, Gaceta Jurídica, N°201, 1997, pp.80-82.
- **Corte de Apelaciones de Santiago**, 29/05/1981, confirmada por la Corte Suprema el 28/07/1981, con el voto en contra del Sr. Ministro Correa.
- **Corte de Apelaciones de Concepción. ROL: 4458-2003** <http://vlex.com/vid/ignacio-campos-rifo-colegio-nolasco-p-516449658>
- **Corte de Apelaciones de Coyhaique ROL: 31-2006** <http://vlex.com/vid/gallardo-liceo-raul-broussain-campino-516421098>
- **Corte de Apelaciones de Santiago. ROL: 25092-2011** <http://vlex.com/vid/guerra-calderon-rogelio-segovia-563519482>
- **Corte de Apelaciones de Rancagua ROL: 6069-2013 Corte Suprema ROL: 3471 – 2014** <http://vlex.com/vid/llanten-mua-oz-ministerial-libertados-488826466>
- **Corte de Apelaciones de San Miguel ROL: 5-2013**
- [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ34701&links=\[BAST,%20ANDR,%20CARD,%20SEPULVED\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ34701&links=[BAST,%20ANDR,%20CARD,%20SEPULVED])
- **Corte de Apelaciones de Temuco ROL: 1719-2013** <http://vlex.com/vid/recurso-proteccion-gallardo-marin-589894202>
- **Corte de Apelaciones de Temuco ROL 16895-2013.** <http://vlex.com/vid/garrido-miranda-marly-universidad-arturo-prat-489045314>
- **Corte de Apelaciones de Temuco ROL: 2230-2014 Corte Suprema ROL: 24920 – 2014** <http://vlex.com/vid/guevara-morales-pamela-universidad-543582466>
- **Juzgado de Letras de Concepción. Rol 8.228-2013. (Confirmada C.A. Rol N° 1.009-2014. Acumulada Rol N° 1238-2014):**
- [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ44296&links=\[LUCI,%20BEL,%20CATAL,%20TOR\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ44296&links=[LUCI,%20BEL,%20CATAL,%20TOR])
- **Corte de Apelaciones de Concepción ROL: 9-2015 Corte Suprema ROL: 5208 – 2015** [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ41419&links=\[FERN,%20VLADIM,%20ROJ,%20ARAUJ\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ41419&links=[FERN,%20VLADIM,%20ROJ,%20ARAUJ])
- **Corte de Apelaciones de Temuco. ROL: 4949-2015.Corte Suprema ROL: 44141-2016** <http://vlex.com/vid/recurso-proteccion-lopez-raio-644752161>
- **Corte de Apelaciones de Copiapó. ROL: 522-2016.**
- [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ48488&links=\[MARC,%20ALVAREC,%20GUGI\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ48488&links=[MARC,%20ALVAREC,%20GUGI])

Tribunal Constitucional

- STC, 1 de julio de 2008, Rol N° 946-07
- STC, 21 de julio de 2009, Rol N° 1332-09
- STC, 1 de febrero de 1995, Rol N° 205
- STC 410/2004, c.6°
- STC, ROL 976-07
- STC N° ROL 2731-14, 26 DE NOVIEMBRE DE 2014.
- STC N° ROL 2787, 1 DE ABRIL DE 2015.
- STC N° ROL 2781, 19 DE MAYO DE 2015
- STC N° ROL 3940-17, 14 DE NOVIEMBRE DE 2017.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresas Ariztía S.A. respecto del artículo 29 del DL N°211, de 1973, en cuanto permite la aplicación del artículo 385 del Código de Procedimiento Civil, en los autos caratulados "Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", de que conoce el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, bajo el Rol C N° 236-11. <<Véase online en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2822>>>.

Jurisprudencia Internacional

- Corte IDH. Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, párr.184.
- Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 239.
- Corte IDH Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie c. N° 147, en www.corteidh.or.cr.
- Corte IDH. Caso Cantos vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, N°97, en www.corteidh.or.cr

Informes Derechos Humanos.

- Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile año 2003.
- Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Hechos 2006.
- Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2001/29 de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/60, 7 de enero de 2002.

- Naciones Unidas (NU), Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/9, 16 de enero de 2003
- Informe presentado por Katarina Tomaševski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004.
- Situación actual y perspectivas De la educación chilena desde el enfoque de derechos humanos. Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe UNESCO. Santiago, 2008
- Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación Vernor Muñoz, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009.
- Naciones Unidas (NU), Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales incluido el Derecho al Desarrollo, El derecho a la educación de las personas privadas de libertad, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación Vernor Muñoz, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009.
- Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh, 2013.
- Derecho a la Educación: Marco Jurídico y Justiciabilidad. Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh. La justiciabilidad del derecho a la educación, 2013
- Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh, 2016.
- Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Koumbou Boly Barry, 2017.
- Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh, 2015,
- Declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París, que recoge los derechos humanos considerados básicos. La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos comprende lo que se ha denominado “Carta Internacional de los Derechos Humanos”.

Constituciones Iberoamérica:

- España.
- Argentina.
- Bolivia.
- Paraguay.
- Venezuela.
- Nicaragua.

- Ecuador.

Proyectos de Ley:

- Boletín N°7867-04 de 7 de agosto de 2011.
- Boletín N°8638-07 de 18 de octubre de 2012.
- Boletín N°8679-07 de 13 de noviembre de 2012.
- Boletín N°8912-07 de 30 de abril de 2013.
- Boletín N°7748-04 de 22 de junio de 2011.
- Boletín N°7788-04 de 13 de julio de 2011.
- Boletín N°7851-04 de 9 de agosto de 2011.
- Boletín N°7907-04 de 6 de septiembre de 2011.
- Boletín N°2320-07 de 13 de abril de 1999
- Boletín N°4219-07 de 6 de junio de 2006.
- Boletín N°6670-07 de 19 de agosto de 2009.
- Boletín N°7883-04 de 30 de agosto de 2011.
- Boletín N°11.257 -04, Proyecto de ley que elimina el aporte fiscal indirecto para las instituciones de educación superior.
- Mensaje de la S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales. Mensaje N°1174-363, Santiago, 2015.

Otros estudios.

- Estudio Mineduc. Contexto y diagnostico esencial.
Fuente:<https://educacionpublica.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/76/2016/08/NEP-1-Diagn%C3%B3stico.pdf>
- Education at a Glance 2015.
- Equidad, calidad y derecho a la educación en Chile: Hacia un nuevo rol del Estado, BCN, Serie Estudio N° 9 / 2007.
- Constituciones base Cámara de Diputados desde 1818 a 1925 en línea: <https://www.camara.cl/>