

Comentario a los proyectos de reforma constitucional que inciden en el derecho a la libertad de enseñanza

Ignacio Covarrubias Cuevas¹

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente trabajo no persigue sino efectuar algunas observaciones preliminares y de orden general, fundamentalmente desde la perspectiva constitucional, respecto de aquellas iniciativas legislativas –consistentes mayoritariamente en Proyectos de Reforma Constitucional– emprendidas tanto por el Presidente de la República como por algunos parlamentarios, sobre materias que dicen relación con el derecho fundamental a la libertad de enseñanza, reconocido por el artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental.

1. Objeto y estructura del trabajo

En primer lugar, se hará una síntesis de las iniciativas concretas que estimamos más relevantes, según las diversas materias de interés constitucional que abordan, para finalmente llevar a cabo una serie de comentarios críticos a los presupuestos o aspectos medulares que inspiran algunas de las propuestas previamente esbozadas en la parte descriptiva del trabajo.

A las iniciativas de origen parlamentario que pretenden cambios constitucionales nos referiremos como “mociones de reforma”, mientras que a aquellas que desean incorporar modificaciones meramente legales las identificaremos simplemente como “mociones legales”. Del mismo modo, a las propuestas del Presidente de la República las denominaremos “mensaje de reforma” o meramente “mensaje”, según se refieran a materias de ley o de reforma constitucional.

Debe dejarse constancia que si bien muchas de las iniciativas impulsadas por el Ejecutivo como por parlamentarios involucran, asimismo, el derecho a la

¹ Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Director del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

educación, no nos referiremos directamente a aquéllas, porque serán objeto del análisis llevado a cabo por otro autor en la presente publicación.

2. Cuadro comparativo de las iniciativas de reforma constitucional actualmente en trámite en el Congreso

Para tener un panorama general que permita identificar el tema, la autoría, entre otras informaciones de interés sobre las distintas iniciativas de reforma constitucional hoy existentes, es que se adjunta el siguiente cuadro comparativo. De las allí mencionadas sólo algunos Proyectos de Reforma Constitucional inciden directamente en materias del derecho a la libertad de enseñanza, por lo que no nos referiremos en nuestro comentario a todos y cada uno de ellos.

| BOLETÍN | FECHA | MOCIÓN O MENSAJE | TEMA | REFUNDIDO |
|----------|---------|--|--|---|
| 7.748-04 | 22/6/11 | ALLENDE, ESCALONA, LETELIER, MUÑOZ, ROSSI. | Proyecto de Reforma Constitucional sobre Educación Pública | (7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04) |
| 7.788-04 | 13/7/11 | LAGOS WEBER, NAVARRO, QUINTANA, ROSSI. | Proyecto de reforma constitucional en materia de derecho a la educación y libertad de enseñanza | (7748-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04) |
| 7.851-04 | 9/8/11 | GÓMEZ, LAGOS WEBER, NAVARRO, QUINTANA, RUIZ-ESQUIDE. | Proyecto de reforma constitucional sobre tutela del derecho a la educación pública, gratuita y de calidad. | (7748-04 / 7788-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04) |
| 7.867-04 | 16/8/11 | CANTERO, ESPINA, LARRAÍN, QUINTANA, ZALDÍVAR. | Proyecto de reforma constitucional para asegurar la calidad de la educación | (7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / |

| BOLETÍN | FECHA | MOCIÓN O MENSAJE | TEMA | REFUNDIDO |
|----------|---------|--|---|---|
| | | | | 7883-04 / 7907-04 / 7961-04) |
| 7883-04 | 30/8/11 | CHAHUÁN | Cautela el derecho a la educación mediante el recurso de protección | (7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04) |
| 7.907-04 | 6/9/11 | GIRARDI, LETELIER | Garantiza el derecho a la educación | (7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7867-04 / 7961-04) |
| 7.959-04 | 28/9/11 | RUIZ-ESQUIDE, SABAG, IGNACIO, WALKER, , PATRICIO WALKER, ZALDÍVAR. | Sobre derecho a la educación y libertad de enseñanza | (7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04 / 7961-04) |
| 7.961-04 | 28/9/11 | PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA SEBASTIÁN PIÑERA | Sobre calidad y financiamiento de la educación | (7748-04 / 7788-04 / 7851-04 / 7959-04 / 7883-04 / 7907-04 / 7867-04) |

3. Iniciativas de modificación legal en materia de aportes del Estado al funcionamiento de universidades no estatales.

| BOLETÍN | FECHA | MOCIÓN O MENSAJE | TEMA |
|----------|---------|------------------|-------------------------------|
| 7.760-04 | 5/7/11. | ESCALONA, FREI, | Sobre requisitos de funciona- |

| BOLETÍN | FECHA | MOCIÓN O MENSAJE | TEMA |
|----------|---------|--|--|
| | | GÓMEZ, NAVARRO y ROSSI. | miento de universidades no estatales, en relación con el lucro. |
| 7.856-04 | 10/8/11 | LETELIER, BIANCHI, CANTERO, ESCALONA y QUINTANA. | Prohíbe aportes estatales a entidades que persigan fines de lucro en la educación. |

4. Síntesis de las iniciativas contenidas en algunos Proyectos de Ley o de Reforma Constitucional sobre Libertad de Enseñanza.

Atendida la variedad de materias abordadas por las iniciativas arriba individualizadas y que inciden en materias de libertad de enseñanza, es que las identificaremos de conformidad con aquellos aspectos del aludido derecho fundamental en que se desea innovar. Asimismo, nos referiremos numéricamente a cada una de las referidas iniciativas, según el orden cronológico con que se inició su tramitación ante el Congreso Nacional.

4.1. En cuanto al contenido de la libertad de enseñanza

La moción de reforma (6)² propone adicionar un deber al lado de aquellos derechos que configuran el contenido de la libertad de enseñanza. Así, al derecho de “abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”, hoy reconocido por la Constitución Política, la referida iniciativa pretende establecer “el deber de prestar, en igualdad de condiciones, una educación de calidad”.

4.2. En relación a las limitaciones a la libertad de enseñanza

La moción de reforma (2)³ propone añadir a las limitaciones ya establecidas por la Carta Fundamental –esto es, “la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”– las siguientes: “las derivadas de su función social y el bien común”.

Por su parte, la moción de reforma (6) propone derechamente eliminar de la actual disposición aquella parte en que se establecen las restricciones a la libertad de enseñanza, delegando en una ley orgánica constitucional “las limitaciones a que se sujetará el ejercicio de este derecho” y...

² Moción de los honorables senadores señores Girardi y Letelier, que garantiza el derecho a la educación. Boletín N° 7.907-04, de fecha 6/09/2011.

³ Proyecto de reforma constitucional en materia de derecho a la educación y libertad de enseñanza, iniciado por moción de los senadores señores Navarro, Lagos, Quintana y Rossi. Boletín N° 7.788-04, de fecha 13/7/11.

Finalmente, la moción de reforma (7)⁴ sugiere mantener la redacción actual del inciso primero del artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental, reconociendo el derecho a la libertad de enseñanza en los establecimientos educacionales, aunque explicitando la siguiente limitación: “respetando las normas legales que la regulen”.

4.3 En cuanto a las materias entregadas a una ley orgánica constitucional

La moción (6) incorpora a la educación “superior” dentro de los niveles de enseñanza en los cuales deben establecerse “los requisitos mínimos que deberán exigirse” por la referida ley orgánica. Hoy el texto constitucional dispone que dichos requisitos mínimos sean exigibles sólo para los niveles de enseñanza básica y media.

La moción (7) dispone dos cambios: (a) sustituir la jerarquía de ley orgánica por una ley simple, y (b) incorporar como materia de dicha ley simple el establecimiento de “(...) los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación”.

4.4. Innovaciones en relación a la finalidad lucrativa en ciertos establecimientos educacionales

La moción de reforma (2) propone establecer que “los establecimientos de enseñanza prebásica, básica y media y de educación superior que reciban aporte del Estado no podrán tener fines de lucro directa o indirectamente a través de entidades relacionadas”.

A su vez, la moción simplemente legal (1)⁵ pretende prohibir a las corporaciones sin fines de lucro establecidas conforme a la Ley 20.370, Ley General de Educación, “sostener vínculos contractuales financieros o comerciales con entidades que involucren a quienes integren los órganos de dirección, administración, ejecución y control de la corporación, y/o terceros relacionados. Esta incompatibilidad será absoluta y su violación será causa suficiente para poner término al reconocimiento oficial otorgado por el Estado”.

Similar propuesta contempla, asimismo, la moción (2)⁶.

⁴ Proyecto de reforma constitucional, iniciado por moción de los honorables senadores señores Walker, don Ignacio, Ruiz-Esquide, Sabag, Walker, don Patricio, y Zaldívar, sobre derecho a la educación y libertad de enseñanza. Boletín N° 7.959-04, de fecha 28/9/11.

⁵ Proyecto de ley iniciado en moción de los honorables senadores señores Escalona, Frei, Gómez, Navarro y Rossi, sobre requisitos de funcionamiento de universidades no estatales, en relación al lucro. Boletín N° 7.760-04, de fecha 05/07/2011.

⁶ Proyecto de ley iniciado en moción de los honorables senadores señores Letelier, Bianchi, Cantero, Escalona y Quintana, que prohíbe aportes estatales a entidades que persigan fines de lucro en la educación. Boletín N° 7.856-04, de fecha 10/08/2011.

4.5. En relación al aseguramiento de la calidad de la enseñanza

La moción (2) propone establecer lo siguiente: “La ley determinará los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación”.

5. Comentarios sobre algunos de los aspectos contenidos en las iniciativas precedentemente expuestas

5.1. ¿Estado subsidiario versus Estado solidario?

Uno de los fundamentos que apoyan la moción (1)⁷ sostiene que la libertad de enseñanza como el derecho a la educación “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 siente las bases de un país más humano”.

Si bien es efectivo que la subsidiariedad es uno de los principios fundantes de la Carta Fundamental, lo cual se encuentra acreditado en el texto constitucional e inequívocamente en su historia fidedigna⁸, de ello no se sigue, como lo señala la exposición de motivos citada, que el Estado solidario constituya una noción “antagónica” a la del Estado subsidiario. Nada más alejado del orden conceptual y práctico del referido principio rector en materia económico-social, pues la solidaridad constituye uno de los activos operativos de la subsidiariedad estatal en su faz activa, esto es, en la obligación de la autoridad de intervenir ante las carencias de la actividad privada, sean dichas carencias por causa de omisiones en la iniciativa particular o defectos en su prestación⁹. Desde esta perspectiva, la solidaridad es un resultado virtuoso de la correcta comprensión y aplicación de la subsidiariedad o también como un incentivo que potencia el carácter social del rol del Estado en la sociedad.

¿Cómo no va a ser solidario que el Estado vaya en sostén de dar educación a aquellos que no pueden proveérsela por sus propios medios como también de garantizar que quienes sean destinatarios de ella reciban una educación con estándares mínimos de calidad? Se advierte así que la faz activa del rol subsidiario del Estado, antes que antagónica con la solidaridad, es en sí misma solidaria, por ir en procura de ayuda o incentivo (*subsidium*) de quienes no pueden darse un bien público tan relevante como salud, educación, acceso a la justicia, entre otras prestaciones de similar envergadura.

⁷ Moción de Reforma Constitucional de los senadores Navarro, Lagos, Quintana y Rossi. Boletín 7788-04, de fecha 13/07/2011.

⁸ COVARRUBIAS CUEVAS (2003) y, SAN FRANCISCO (1997).

⁹ COVARRUBIAS CUEVAS (2001), pp. 82-86.

5.2. Subsidiariedad-solidaridad: ¿llenar el espacio dejado por los particulares o corregir las falencias del ocupado por ellos?

Conforme a lo expuesto, es efectivo que la subsidiariedad supone que el Estado ha de secundar la actividad privada, pero si ésta acomete su tarea defectuosamente, ¿el Estado ha de suplantarla? La respuesta es negativa en principio, atendido que lo relevante es que la sociedad reciba diversos bienes públicos, independientemente de quién los provea (con la salvedad de ciertos bienes respecto de los cuales el Estado debe ocuparse de modo exclusivo y excluyente, tales como defensa nacional, aspectos de la administración de justicia, la función normativa, entre otras).

Precisamente porque lo relevante es la satisfacción del bien común, es que en el evento en que los particulares que proveen de bienes públicos fallen en dicha labor o la lleven a cabo defectuosamente, el ordenamiento jurídico debe contemplar incentivos para que el rumbo sea enmendado (multas) y en caso de perseverarse en las falencias disponer su cancelación (revocación del permiso o licencia) –como el derecho lo prevé en materia sanitaria, ambiental, entre otros ámbitos– debiendo adoptar en todo caso las providencias para que el espacio dejado por la iniciativa privada sea llenado por otro particular, y en caso de no ser esto posible, asumir la suplencia.

Lo señalado es clave, ya que la subsidiariedad, bien entendida y aplicada, no sólo consiste en que el espacio dejado por los particulares sea llenado por otro particular y, en último caso, por el Estado mismo (función de suplencia), sino que primariamente consiste en corregir y subsanar las falencias del espacio efectivamente ocupado por aquellos (función normativa).

Lo primero, como se señaló, atendido que es importante que los bienes públicos lleguen a todos, quien quiera que sea el que los brinde, sector público o particulares, pero recayendo siempre la preferencia en éstos. Luego, la función normativa hace posible que satisfecho lo anterior –el acceso y/o cobertura a dicho bienes, la provisión de ellos no sólo sea efectiva, sino de utilidad conforme a la naturaleza de la prestación. No es lo mismo velar por la calidad de las vacunas (prestadas por el sector público y privado) que fiscalizar la calidad de la enseñanza.

De este modo, la tarea impostergable del Estado subsidiario de ir en ayuda de todos quienes no poseen acceso a la educación significa que este deber ha de ser igualmente satisfecho con parámetros de calidad por quienes lo proveen. Esto, toda vez que asegurar la cobertura de una prestación sin garantizar la calidad de la misma no cumple con uno de los presupuestos centrales de la subsidiariedad –suplir las falencias de los particulares en materias de bien común–. Por otra parte, admitir que un bien público sea entregado defectuosa-

mente impide, a la postre, que se cumpla la finalidad por la cual fue entregado y frustra la promesa de igualdad de oportunidades para todos, promovida por el artículo 1° de la Carta Fundamental.

Llevado lo anterior al tema que nos ocupa, pareciera que lo relevante es que el bien público educación superior llegue a la mayor cantidad de destinatarios con aptitudes suficientes para aprovecharlo y conforme a estándares mínimos de calidad, sea prestado por establecimientos públicos o privados. Veremos enseguida si este objetivo es compatible con el ejercicio de la libertad de enseñanza.

5.3. No importa quien provea el bien público educacional: lo relevante es que dicha provisión se haga y sea de calidad.

Despejado, en abstracto, el punto de que corresponde a una función del Estado subsidiario no sólo crear las condiciones para que la actividad educacional se realice efectivamente, sino también corregir o subsanar las deficiencias en que incurra la iniciativa privada que lleva a cabo la prestación del aludido bien público, cabe preguntarse cómo dicho proceso debe hacerse sin que el resguardo de los parámetros de calidad educacional, en el ámbito universitario, pongan en entredicho la libertad de enseñanza de que constitucionalmente gozan los mismos establecimientos para “abrir, organizarse y mantenerse” como tales.

La respuesta no puede ser contestada adecuadamente sin un par de consideraciones preliminares. Lo primero es que difícilmente un gobierno puede abocarse a la tarea de garantizar estándares mínimos de calidad en la enseñanza universitaria si previamente no ha satisfecho en buena medida el acceso a la educación –vía ampliación de la cobertura entre otros aspectos de orden cuantitativo– sean éstos de mayor o menor calidad. Obrar de otro modo importaría una injusticia mucho mayor que aquella consistente en omitir efectuar mejoras a una prestación ya existente, como quiera que posterga aspiraciones más básicas

La segunda observación pasa por clarificar que la calidad, como un estándar de exigencia en abstracto, no es posible que sea garantizada por el derecho, simplemente porque ello no está dentro de las aptitudes de la disciplina jurídica. Así, no presta utilidad alguna que una norma jurídica –y menos una norma de derecho fundamental– garantice el “acceso a una educación de calidad” sin saber lo que se entiende por ésta. Lo que la ciencia jurídica sí puede hacer es promover, incentivar o exigir, en la legislación subordinada, estándares concretos conforme a reglas claras que digan relación con parámetros objetivables que inciden en aspectos determinados de la calidad en la enseñanza.

Por lo señalado, es que la moción (2) que propone establecer que “[l]a ley determinará los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación” va en la

línea correcta, como quiera que se aleja de la utópica ilusión de hacer justiciable –como un derecho directamente exigible para todos– más bien una legítima aspiración social¹⁰ y, por otra parte, porque permite al legislador sentar las bases para dictar una normativa que asegure estándares de calidad, así como la fiscalización del cumplimiento de los mismos por parte de los agentes regulados.

El punto en que se precisa de especial cuidado en el diseño de la normativa que se dicte para introducir estándares de calidad en la enseñanza superior es que se contemplen los indispensables resguardos para que la necesaria discrecionalidad administrativa no contribuya, en un escenario de débil revisión judicial, a un resultado en que so pretexto de regular la actividad educacional termine afectándose el contenido esencial del derecho a la libertad de enseñanza.

Lo anterior supone que la apertura, organización y mantención de un establecimiento de educación superior no podrá depender del criterio discrecional de la futura Agencia Reguladora de la Calidad, sino que dicho juicio habrá de adecuarse a parámetros objetivos –número de libros, de profesores con postgrado, de infraestructura, por alumno– que deben ser satisfechos mínimamente en un período razonable.

En efecto, la “apertura” de un establecimiento universitario no podría quedar condicionado al cumplimiento actualizado de una serie de estándares que, aunque deseables para establecimientos en desarrollo, probablemente ninguna de las universidades privadas hoy existentes –y tampoco muchas públicas– habrían sido capaces de satisfacer de haberles sido exigidos *ab initio*. No entender que tales parámetros deben ser cumplidos en un período razonable de tiempo supondría exigir barreras de entrada tan altas que equivaldrían, en el hecho, a “imponer condiciones (...) o requisitos que impidan” el libre ejercicio del derecho a la libertad de enseñanza, vulnerándose de paso el artículo 19 N° 26 de la Constitución.

5.4. Bien público educacional: ¿privativo de las universidades estatales?

La moción de reforma (2) “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”. Como consecuencia de lo señalado, propone derechamente que “los establecimientos de enseñanza

¹⁰ ¿No es un contrasentido proclamar como derecho una pretensión que no es justo que todos reciban por igual? Si se está de acuerdo en que el acceso a la enseñanza de calidad es un estándar no reclamable por todos (de partida por quienes pueden proveérselo por sus propios medios), no puede asumirse dicha aspiración como un derecho constitucionalmente exigible. Ello simplemente porque los derechos en serio son reclamables (directamente exigibles) y lo son para todos (universales), cualidades que evidentemente no son cumplidas por una prestación exigible por unos pero no por otros (aunque estos sean una minoría). Lo anterior, sin perjuicio de la injusticia que importaría consagrar como derecho una prestación social de tal naturaleza. ¿Cómo va a constituir una exigencia de justicia que el Estado garantice –de modo universal– un bien que algunos (aunque sea una minoría) podrán siempre proveerse por sí mismos?

prebásica, básica y media y de educación superior que reciban aporte del Estado, no podrán tener fines de lucro directa o indirectamente a través de entidades relacionadas". De manera similar lo proponen las mociones (1) y (2).

La iniciativa expuesta se funda en la premisa implícita, aunque no por ello menos inconcesada, de estimar lo "público" como lo "estatal" o de suponer que el interés invocado por el Estado siempre se identifica con un interés público real o efectivo.

En lo concreto, tras la pretensión de excluir de financiamiento estatal a las universidades particulares se devela el interés soterrado de restringir el ejercicio de la libertad de enseñanza, bajo premisas erróneas: que la educación pública sería más democrática, de calidad y encarnaría mejor los valores de la igualdad. Los referidos propósitos no son más que una expresión de un reduccionismo que no se condice con los presupuestos de la solidaridad y justicia en los que dichas propuestas dicen fundarse.

Si hay acuerdo en que la sociedad debe proveer bienes públicos, entre los cuales indudablemente se encuentra la educación, con independencia de que dichas prestaciones sean llevadas a cabo por establecimientos universitarios públicos o privados, no se divisa razón poderosa para eliminar las ayudas públicas (subsidios, aportes fiscales de incentivo, fondos de investigación) a aquellos que persigan una legítima ganancia y brinden igualmente una educación de estándares de calidad, reconocidos según parámetros precisos y objetivables.

Admitido lo expuesto, sostendremos enseguida que el vilipendiado tema sobre el "lucro" –del modo en que se indicará– no constituye un escollo, sino, por el contrario, un incentivo legítimo, justo y eficiente para que los particulares puedan abocarse a ejercer en plenitud su derecho a la libertad de enseñanza, particularmente a nivel universitario.

5.5. El problema no es el lucro, sino lo que se hace con él: las ayudas públicas sujetas a la calidad

Me parece que hemos llegado a un punto en que hay acuerdo en que todos deben tener acceso –sea con fondos propios, regalados (becas reales) o prestados (créditos no abusivos)– a un sistema universitario de estándares mínimos de calidad, sea que quien provea la educación lo haga bajo la iniciativa pública o particular. Si lo anterior es efectivo, esto es, que lo importante es la difusión del bien público educacional a la mayor cantidad de personas, es indispensable que las fundaciones educacionales (que no poseen fines de lucro) tengan alternativas para que, sin vulnerar la ley ni su espíritu, puedan tener alternativas jurídicas para impulsar el proyecto educativo que pretende llevar adelante en virtud de la libertad de enseñanza que reconoce la Carta Fundamental.

El desarrollo de cualquier proyecto universitario de mínima calidad supone una inversión inicial de tal envergadura –particularmente en áreas de infraestructura e investigación– que difícilmente podría llevarse a cabo sin un flujo considerable y estable de donaciones o de créditos bancarios. Si la vía escogida para el referido impulso es la segunda, difícilmente dichos préstamos serían otorgados sin la creación de sociedades inmobiliarias que puedan responder por las obligaciones contraídas.

Ahora bien, a la luz de la discusión planteada, lo relevante no es que dichas sociedades comerciales posean fines de lucro (que lo tienen), sino en cómo se gestionan y distribuyen los excedentes generados en dichas sociedades, de modo que pueda afirmarse que tales personas jurídicas contribuyen a dar sustento al proyecto universitario y no importan un desvío de recursos destinados única o mayoritariamente a beneficiar a los dueños de las sociedades vinculadas a los proyectos de inversión emprendidos por el establecimiento universitario.

El modelo de negocios (la gestión) previsto es clave para enjuiciar acerca de si la utilidad que dichas sociedades prestan tiene por finalidad contribuir al proyecto institucional-universitario o más bien al desafío meramente empresarial. A modo meramente ilustrativo: si las rentas de arriendo (por infraestructura) que paga la universidad a las empresas inmobiliarias son por debajo del precio de mercado, esto es a un costo alternativo mayor que el promedio, es evidente que el beneficio está recayendo en la primera más que en la segunda.

Tratándose de la distribución de excedentes, si ésta tiene lugar sólo para recuperar la inversión, devolviendo las ganancias de las referidas sociedades en el desarrollo institucional, no hay duda que también se está promoviendo este criterio por sobre el de mera utilidad. En estos casos, podría ser una buena alternativa que la ley contemplara un plazo máximo de años para que las sociedades inmobiliarias recuperasen la inversión y alguna utilidad a condición que la infraestructura pase a consolidarse definitivamente en el patrimonio de la universidad.

Ahora bien, en caso que la universidad tuviere varias sociedades comerciales relacionadas que cobran por sus servicios a la sociedad, ellas pueden generar ingresos adicionales que, de ser distribuidos en el proyecto institucional, implicaría que los particulares –más allá de su iniciativa inicial– pasan a convertirse en un habitual coadyuvante de la autoridad, en la tarea conjunta de promover al bien común, proveyendo el bien público educacional.

Se advierte, así, que el problema no está en la naturaleza lucrativa de las sociedades relacionadas con la institución universitaria. Estas pueden contribuir o no al bien público en cuestión. Aquello de lo cual debería depender el aporte estatal es de los estándares de calidad entregados por el establecimiento de

educación superior, sea público o particular, por lo que las ayudas públicas deberían ser determinadas por dicho factor.

Esto, además de ser legítimo (en virtud del ejercicio del derecho a la libertad de enseñanza) es justo y eficiente. Justo, porque pone los incentivos en la calidad de la educación, quien quiera que la provea, y es eficiente toda vez que permite allegar más recursos disponibles para que una mayor cantidad de educandos puedan acceder al referido bien público.

5.6. Libertad de enseñanza y derecho a la educación.

¿Antinomia o complementariedad?

La moción de reforma (1) señala que “se requiere transformaciones profundas en la Constitución Política de la República que hagan primar el derecho a la educación por sobre la libertad de enseñanza, el derecho de propiedad y a la libre empresa educativa”.

Ya se ha advertido de algún modo, en las páginas precedentes, el absurdo que subyace a la premisa formulada en la exposición de motivos de la referida reforma constitucional. Si algo hay de efectivo en dicho planteamiento es que efectivamente se precisaría de profundas transformaciones—bastante más intensas todavía que las aquí propuestas— para terminar favoreciendo el derecho a la educación a costa de la libertad de enseñanza, entre otros derechos fundamentales como los allí mencionados. Si se entiende que el derecho a la educación es aquel que garantiza el acceso gratuito a una educación exclusiva o preferentemente pública, ciertamente dicha garantía se contraponen con la libertad de enseñanza.

Desde nuestra perspectiva, en cambio, ha quedado claro que el grado de satisfacción de que gozan las personas en su derecho a la educación es resultado consecuencial, a su vez, del grado de desarrollo de la libertad de enseñanza de los establecimientos educacionales: mientras más oferta educativa exista, mayor posibilidad de acceso a ella habrá por parte de sectores crecientes de la población, de modo que las iniciativas parlamentarias que pretenden eliminar los aportes estatales producirán un daño directo en términos de cobertura, afectando el mismo derecho a la educación en cuyo beneficio dicho cambio pretende introducirse.

Al ocasionarse una merma en la magnitud de la cobertura (por disminución de la oferta educativa) no sólo se afecta la libertad de enseñanza de los establecimientos y el derecho de opción de los padres, sino que paradójicamente termina por vulnerarse el mismo derecho a la educación, pero ya no sólo en cuanto al acceso, sino que en la misma calidad de la provisión para algunos, ya que al retrocederse en lo que se había avanzado en términos de cobertura, quienes antes recibían educación universitaria tendrían similar acceso al que habrían dispuesto regularmente. Para suplir esta carencia, el Estado tendría que desviar recursos

—que habitualmente destinaba a aportes directos en factores de calidad— para poner remedio un problema que ya estaba en buena medida resuelto.

5.7. ¿Libertad de enseñanza supeditada al bien común o ahogada por éste?

A las limitaciones ya reconocidas por la Carta Fundamental a la libertad de enseñanza (moral, buenas costumbres y orden público), la moción de reforma propone añadir aquellas “derivadas de su función social y el bien común”.

Es indudable que los derechos fundamentales se encuentran sujetos en su ejercicio a las exigencias impuestas por la autoridad con miras satisfacer el interés público. Así lo reconoce por lo demás la Constitución Política, al proclamar que el bien común lo ha de promover el Estado “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (art. 1º, inc. 4º). Desde esta perspectiva, la moción indicada es redundante y perjudicial. Redundante, debido a que todos los derechos ya se encuentran limitados en su ejercicio por motivos de interés público. Lo dice el ya citado artículo 1º y lo confirma el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, que autoriza sujetar los derechos a que dicha intervención regulatoria no impida su libre ejercicio ni afecte su contenido esencial.

Asimismo, la propia libertad de enseñanza se encuentra sujeta especialmente a las limitaciones “impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”, exigencias estas que no constituyen sino manifestaciones particulares de aspectos del bien común, el que se encuentra reconocido como límite general a los derechos por los ya aludidos artículos 1º y 19 N° 26 de la Carta Política.

La moción es también perjudicial en la perspectiva de la técnica legislativa, toda vez que la inclusión de dicha propuesta en un derecho en particular, como en la libertad de enseñanza, podría dar pie para sostener que en aquellos casos en que la referida sujeción al bien común o a la función social no se encuentra expresamente establecida, los derechos no se encontrarían sometidos a la limitación reconocida por el artículo 1º de la Carta Fundamental por no haberse previsto en particular para el derecho de que se trate.

5.8. La libertad de enseñanza es una especie de actividad económica lícita.

Vimos que una de las limitaciones que la moción de reforma (4)¹¹ quiere añadir al inciso primero del artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental es que la libertad

¹¹ Moción de reforma constitucional, iniciada por los Senadores Cantero, Larraín, Espina, Quintana y Zaldívar, para asegurar la calidad de la educación. Boletín N° 7.867-04, de fecha 16/8/2011.

de enseñanza se lleve a cabo “respetando las normas legales que la regulen”, aparte de las limitaciones ya reconocidas en el texto constitucional.

El aludido propósito es redundante y por ello innecesario. Lo es dado que la actividad emprendida en virtud de la libertad de enseñanza es también una actividad económica lícita, por lo que también se encuentra protegida por el “derecho a desarrollar cualquiera actividad económica”, reconocida por el artículo 19 N° 21 de la Constitución, derecho que se encuentra actualmente sometido a idéntica limitación que aquella que los legisladores pretenden incorporar ahora al artículo 19 N° 11 del Texto Fundamental.

En efecto, la Constitución Política asegura la libertad de emprender respecto de “cualquier” “actividad económica”, concepto éste que también comprende a las actividades económicas empresariales (lucrativas). Pero dicho derecho no queda circunscrito sólo a estas, como quiera que la libre iniciativa en materia económica supone llevar a cabo una actividad que importa satisfacer diversas necesidades múltiples mediante la asignación de bienes escasos¹², y qué duda cabe que la actividad educacional es una de aquellas que satisface una necesidad material como espiritual del hombre¹³, aunque no persiga una finalidad de carácter comercial o empresarial con un legítimo afán lucrativo.

De este modo, al encontrarse la actividad educacional sometida a las “normas legales que regulan” las actividades económicas, sean o no de carácter lucrativo, resulta una duplicidad innecesaria replicar la referida limitación para el caso de la libertad de enseñanza.

5.9. ¿Es posible asegurar la calidad mediante normas de derecho fundamental?

Como vimos, se propone mediante la moción de reforma (1) incorporar al artículo 19 N° 11 de la Constitución un inciso final que señale lo siguiente: “La ley determinará los mecanismos básicos para asegurar la calidad de la educación”. Por su parte la iniciativa de reforma (4) sugiere incluir “el establecimiento de estándares de calidad”.

Constituye indudablemente un avance pretender situar la discusión sobre la “calidad de la educación” en sede legal antes que como contenido del derecho a la libertad de enseñanza. Además, parece sensato discurrir sobre los “estánda-

¹² NAVARRO BELTRÁN (1999), p. 28.

¹³ EYZAGUIRRE y CLARO (1966), p. 12, quienes han dicho que “[l]a actividad económica tiene como fin la satisfacción de las necesidades de orden material del hombre”. El carácter ilimitado de las necesidades y la escasez de los recursos para hacerles frente es advertido, asimismo, por la ciencia económica. A modo ilustrativo, véase SAMUELSON y NORDHAUS (1993), p. 13.

res de calidad” antes que asegurar la calidad en abstracto, lo que ciertamente no es jurídicamente posible.

Como ya lo señaláramos, difícilmente un avance atribuido a un aspecto cualitativo de una actividad humana puede ser resorte de una norma de carácter fundamental. En segundo término, no se divisa de qué manera una norma que asegure la calidad de la educación pudiera ser directamente aplicable si no se sabe cuál sería el contenido de la referida “prestación”. Si ya carece de realismo jurídico la misión de atribuir a los jueces la justiciabilidad de prestaciones sociales, más surrealista resulta hacerlo cuando dicha prestación es en sí misma carente de autosustento conceptual.

Finalmente, una cuestión de técnica jurídica. Lo que se pretende asegurar ciertamente no es la “calidad” de la actividad educacional –simplemente ello no es posible garantizarlo por el legislador–. Lo que éste sí puede hacer es establecer los “parámetros” o “estándares” conforme a los cuales debe medirse.

Bibliografía

CORREA GONZÁLEZ, Rodrigo (2004): “Derechos Constitucionales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2001): “El principio de subsidiariedad”, en Navarro Beltrán, Enrique (editor), *Veinte años de la Constitución Chilena: 1981-2001*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2003): “Vigencia de la Libertad de Enseñanza (Una perspectiva jurídica a propósito de los Contenidos Mínimos Obligatorios de Enseñanza)”, en *Revista de Derecho, Universidad Finis Terrae*, N° 6.

EYZAGUIRRE G., Jaime, y CLARO V., Ricardo (1966): *Elementos de la Ciencia Económica*, Editorial del Pacífico, 4ª ed. Santiago.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2005): “La libertad de Enseñanza ante el Tribunal Constitucional”, en *Estudios de Derecho Actual*, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (1999): “Notas sobre el contenido esencial del derecho a emprender cualquiera actividad económica”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 3.

ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (1986): “El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución de 1980 desde una perspectiva filosófico-jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13.

SAN FRANCISCO REYES, Alejandro (1992): “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, N° 3.

SAMUELSON, Paul A., y NORDHAUS, William D. (1993): *Economía*, McGraw-Hill, 4ª ed.

SOTO VELASCO, Sebastián (2009) "Subsidios, permisos y condiciones: la doctrina de las condiciones inconstitucionales en Estados Unidos y su aplicación en Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 1.

VARGAS, Juan Enrique; PEÑA, Carlos, y CORREA, Jorge (2001): "El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 42, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.