

LA IMPRESCINDIBLE E INALIENABLE LIBERTAD DE ENSEÑANZA

THE ESSENTIAL AND INALIENABLE FREEDOM OF EDUCATION

*Alberto Vergara Arteaga**

RESUMEN: La libertad de enseñanza no se reduce solo a la libertad de abrir o cerrar establecimientos educacionales; no es tampoco una mera libertad de empresa en materia educacional. Su contenido esencial va mucho más allá de eso, y está íntimamente relacionada, también, con otros dos elementos fundamentales de una educación libre y plural: la autonomía universitaria y la libertad de cátedra.

PALABRAS CLAVES: Libertad de enseñanza, educación libre, pluralismo, autonomía universitaria, libertad de cátedra.

ABSTRACT: The freedom of education is not only the chance to open or close educational establishments; Nor is it a mere freedom of enterprise in educational matters. Its essential content goes far beyond that, and is also closely related to two other fundamental elements of a free and plural education: university autonomy and academic freedom.

KEYWORDS: Freedom of teaching, freedom of education, pluralism, university autonomy, academic freedom.

INTRODUCCIÓN

Corren tiempos difíciles para las libertades en todos los rincones del planeta, amenazadas por diversas fuerzas autoritarias convergentes, algunas de ellas

* Master of Law, Northwestern University, Estados Unidos. Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor asistente adjunto, Departamento de Derecho Público. Correo electrónico: avergarz@uc.cl

aceleradas, sin duda, por la pandemia causada por el COVID-19. La invasión a Ucrania agrega también un escenario incierto para los derechos fundamentales y para los sistemas democráticos. En nuestro país, los riesgos para las libertades se han visto exacerbados por la crisis de octubre de 2019, y el proceso constituyente en que se encuentra actualmente inmerso Chile, propuesto en su momento como discutible intento de salida a dicha crisis social e institucional.

Sin lugar a duda son varias las libertades fundamentales amenazadas, tanto en Chile como en el mundo, en el actual momento sociopolítico, y entre ellas se encuentra especialmente en riesgo la libertad de enseñanza, que será objeto del presente ensayo.

Entender de manera adecuada la libertad de enseñanza, sobre todo como garantía fundamental para hacer efectiva la existencia del derecho de educación y evitar que este último sea cooptado o minimizado por los gobiernos de turno como herramienta de adoctrinamiento o reducido a un mero encadenamiento productivo, resulta fundamental para su adecuada defensa en estos tiempos de graves amenazas a las libertades.

Pero también es crucial entender la importancia que la libertad de enseñanza tiene, para una sana defensa y existencia de otros derechos fundamentales tales como la libertad de elección en materia educacional, la libertad de expresión y la libertad de conciencia, entre otras. Hay una simbiosis fundamental entre todas esas libertades, todas ellas derechos humanos claves para evitar la tiranía y lograr una sociedad democrática, pluralista y próspera. Lamentablemente esta interdependencia pocas veces es entendida de forma adecuada e, incluso, en ocasiones es arteramente desconocida o atacada.

Es también fundamental este análisis para descartar algunos malentendidos o derechamente interpretaciones de mala fe que existen sobre la libertad de enseñanza, especialmente en Chile, prejuicios que con preocupación vemos que han permeado en una parte importante de nuestra sociedad.

En efecto, como se explicará en este ensayo, la libertad de enseñanza no se reduce solamente, como caricaturescamente han hecho creer algunos, a la libertad de abrir o cerrar establecimientos educacionales, no es tampoco una mera libertad de empresa en materia educacional, su contenido esencial va mucho más allá de eso, y está íntimamente relacionada con otros dos elementos fundamentales de una educación libre y plural: la autonomía universitaria y la libertad de cátedra.

Allí donde no hay verdadera libertad de enseñanza, tampoco hay libertad de elección en materia educacional, se afecta también el derecho a la educación y lo que es más grave, se ven mermadas muchas libertades y derechos, lo que impide encontrar sociedades verdaderamente pluralistas y democráticas. Es, pues, tarea de todos, si queremos que nuestro país, y el resto del mundo sigan avanzando hacia mayores grados de pluralismo, profundidad demo-

crática, prosperidad y respeto por los derechos de todas las personas, especialmente de las minorías, que la libertad de enseñanza sea adecuadamente consagrada en los textos constitucionales, efectivamente promovida y protegida por la institucionalidad, justiciable y defendida por la ciudadanía.

¿QUÉ ES LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA?

Lo primero que debemos decir, aunque parezca obvio, es que se trata, sin duda alguna, de un derecho fundamental, es decir, forma parte de los derechos humanos inalienables que emanan de la naturaleza humana, de su dignidad y, como tal, debe estar consagrada expresamente en los catálogos de derechos fundamentales, como efectivamente ocurre en la inmensa mayoría de los textos constitucionales en todo el mundo, así como en los tratados internacionales de derechos humanos.

Nuestra actual Constitución, siguiendo la tradición constitucional chilena, no es la excepción, y el nuevo texto constitucional que eventualmente se apruebe como fruto del actual proceso constituyente tampoco debería serlo, debiendo consagrar expresamente la libertad de enseñanza en el catálogo de derechos fundamentales. Sin embargo, las señales que hemos visto hasta el momento en la Convención Constituyente resultan inquietantes, como se explicará más adelante.

Pero ¿qué significa que una libertad sea un derecho fundamental? ¿Acaso las libertades fundamentales no son también derechos humanos? Aunque estas preguntas parecieran absurdas, lamentablemente fruto en parte de la influencia de ciertas corrientes neomarxistas¹, por una parte, y de la exacerbación del lenguaje de los derechos sociales, por la otra, actualmente algunas personas hacen una artificial, dañina e innecesaria diferencia entre libertades y derechos fundamentales, pretendiendo, incluso, que existe un antagonismo o conflicto que, a su juicio, supuestamente debiera ser resuelto en favor de los derechos sociales, por sobre las libertades.

Sin embargo, esa dicotomía es artificial y errada, especialmente en relación con la libertad de enseñanza, la cual no solo es compatible, sino que, además, deviene en complemento necesario e indispensable al derecho a la educación, como correctamente concluyen numerosos autores tanto chilenos como de derecho comparado, sea que sostengan como lo hacen algunos que debe existir un solo derecho fundamental de educación con diversos derechos como elementos esenciales del mismo, o como sostenemos otros, dis-

¹ Véase ARON (2007), pp. 34-37.

tintos derechos fundamentales en materia educacional, íntimamente relacionados entre sí².

En uno u otro caso, es evidente que, tanto en el constitucionalismo chileno y comparado como en los sistemas internacionales de derechos humanos, existe consenso en que el derecho a la educación y la libertad de enseñanza son derechos distintos, aunque íntimamente relacionados e interdependientes entre sí.

De cierta forma, se pueden entender estos dos derechos fundamentales, más la libertad de elección en materia educacional, como los tres ángulos del triángulo de oro que sostiene el estatuto constitucional en materia educacional o, si se quiere, la libertad de elección y la libertad de enseñanza son las bases fundamentales de una pirámide cuyo pináculo es el derecho a la educación.

Por una parte, la educación como garantía fundamental implica el derecho a recibir educación, es decir, a ser sujeto del proceso formativo que implica ser educado en un sentido amplio, mucho más allá del mero sistema educativo formal. Por otra, el derecho a la libertad de enseñanza implica, en primer lugar, la posibilidad de participar en el proceso formativo de terceros, como sujeto activo, es decir, ser el educador, el formador o el que enseña y no el que recibe educación.

Como la define José Luis Cea, la libertad de enseñanza es:

“[...] la facultad de participar en la transmisión metódica de información y conocimiento de manera gratuita o remunerada, a alumnos o estudiantes del sector público o privado en cualquiera de sus niveles. En su acepción informal, tal enseñanza sigue siendo el proceso de transmisión sistemática de información y conocimiento, en la familia, los medios de comunicación y otras instancias”³.

La libertad de enseñanza también es definida por algunos autores, entre ellos Luis Fernando Castillo Córdova, como la dimensión subjetiva o de libertad del derecho a la educación⁴. Fernando Atria, en una línea similar, define tanto la libertad de enseñanza como la libertad de elección en materia educacional, como derechos sociales de elección⁵.

En cualquier caso, los titulares de la libertad de enseñanza son, en primer lugar, los padres y las familias, quienes también además tienen el deber de educar a sus hijos, pero son también titulares de la libertad de enseñanza

² Véase en este sentido el desarrollo que hacen ROMERO y ZÁRATE (2013), pp. 82-86.

³ CEA (2004), p. 339.

⁴ CASTILLO (2004), pp. 551-576.

⁵ Fernando Atria, citado por ROMERO y ZÁRATE (2013), p. 86.

todas aquellas personas, grupo de personas o instituciones que quieran participar en el proceso de educar a otros, y no se circunscribe solo a los profesores o instituciones que quieran ser educadores en el sistema educativo formal.

Es, por tanto, la libertad de enseñanza un derecho que asiste tanto a quien quiere fundar un colegio como a quien quiere ser profesor de planta en él, como al que solo quiere ir a dar una charla puntual sobre cualquier tema, por ejemplo, sobre técnicas de origami. Actualmente, además, con el alcance de las nuevas tecnologías y los nuevos medios de comunicación, las formas y los lugares en que se puede enseñar han crecido exponencialmente, ampliando, por tanto, en forma exponencial el campo de aplicación de la libertad de enseñanza.

Por otra parte, el desarrollo de las nuevas tecnologías hace aún más nítida la íntima relación que existe entre la libertad de enseñanza y otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, puesto que, por ejemplo, una charla de un profesor de Física en la popular plataforma TED Talks, es un claro ejercicio de la libertad de enseñanza en lo que José Luis Cea llama su acepción informal⁶ y, al mismo tiempo, de la libertad de expresión.

Más importante aún, el que los individuos puedan enseñar a otros, y que esa enseñanza pueda ser llevada a cabo por distintas personas, con diversos enfoques, ideas y metodologías, es la única garantía real de que pueda existir efectivamente derecho a la educación, ya que, por una parte, sin personas que enseñen, ¿cómo se puede recibir educación? y, por la otra, si no hay posibilidad de pluralismo entre los que enseñan, ¿cómo evitamos el monopolio de la educación por parte de una ideología, una religión o un grupo político?

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sido muy enfática en señalar que la educación, especialmente la estatal, debe ser pluralista y respetuosa de la diversidad, pero ello no es realmente posible si no hay verdadera libertad de enseñanza. En efecto dicha Corte, al fallar el caso conocido como Folgero y otros contra Noruega, en su sentencia de 29 de junio de 2007 (TEDH 2007\53) ha señalado que ni siquiera la educación estatal puede rehuir el deber de buscar el pluralismo, debiendo evitar el adoctrinamiento, aun cuando exista como alternativa una buena educación particular fuertemente subsidiada por el Estado.

Es claro, además, que para que la libertad de elección en materia educacional sea real, las familias, las personas, deben poder elegir entre distintos proyectos educativos, y para eso es clave la libertad de enseñanza, sin ella, el riesgo de que exista un solo tipo de modelo o proyecto educativo es altísimo, y cuando ello ocurre, ¿sobre qué pueden elegir las personas y las familias?

⁶ CEA (2004), p. 339.

Que las personas, las familias y las instituciones puedan tener, por una parte, libertad para enseñar y, por la otra, libertad para elegir en materia educativa, es, además, fundamental para que el sistema educativo evolucione, se desarrolle y vaya incorporando nuevas miradas, nuevas ideas y tecnologías, a la mayor velocidad posible, sin esperar la reacción de las burocracias estatales, religiosas o privadas de turno.

Es claro, entonces, que la libertad de enseñanza es una garantía esencial para que la educación no se transforme en un monopolio adoctrinador o anacrónico, pero ello es clave mucho más allá del mero campo educativo. En efecto, sin un sistema educativo diverso, pluralista, receptivo de nuevas ideas y en permanente evolución, existe el riesgo de que se terminen afectando, también, otras libertades fundamentales de las personas, tales como la libertad de expresión, la libertad de conciencia, la libertad económica, entre otras.

En efecto, en su gran mayoría, las personas aprenden a desarrollar sus capacidades de expresión, a tener opinión propia y a formar su conciencia e ir generando sus creencias a través de los procesos de formación o enseñanza y en la medida que esos procesos son diversos y pluralistas, se evita el riesgo de que se pretenda imponer un pensamiento único en la sociedad. No es casualidad, entonces, que los regímenes totalitarios busquen no solo censurar la libertad de prensa, sino que, también, generar un único sistema educativo que les sirva de plataforma de adoctrinamiento.

Por lo tanto, la libertad de enseñanza es también fundamental para una adecuada y vigorosa defensa de la democracia y el pluralismo⁷.

LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL CHILENA

Es derechamente una falacia, lamentablemente muy repetida, el que la libertad de enseñanza en nuestra tradición constitucional haya empezado con la vilipendiada Constitución de 1980, o que a partir de este texto constitucional se haya transformado esta libertad en una mera libertad de emprendimiento educativo. Si queremos hablar seriamente de los derechos fundamentales, en especial en materia educativa es necesario tener un debate de buena fe, con altura de miras y no anclado en mitos o falsedades.

En efecto, lo primero que debemos decir es que la libertad de enseñanza ha existido en nuestro sistema constitucional desde los albores de la República, existiendo una provisión mixta pública y privada en materia de edu-

⁷ Véase al efecto FERNÁNDEZ (2016).

cación. Y, si bien los primeros textos constitucionales de nuestro país no hacen expresa mención a la libertad de enseñanza, se puede señalar que la Constitución de 1833 al señalar que la educación pública es tarea primordial del Estado, *de facto* está aceptando la existencia de la educación privada y con ella la libertad de enseñanza, que ya existía en nuestro país desde antes de la independencia.

En todo caso, la libertad de enseñanza recibe una consagración expresamente reforzada en la Constitución de 1925. En efecto, su artículo 10 n.º 7 garantizaba expresamente en su encabezado la libertad de enseñanza, y en sus diversos incisos dejaba claro la importancia de la educación privada como parte del sistema educativo de nuestro país⁸. En consecuencia, la libertad de enseñanza en ningún caso es un producto de la Constitución de 1980.

Más aún, es importante recordar la gran oposición que generó transversalmente en toda la sociedad chilena el intento del gobierno de la Unidad Popular, de crear la llamada ENU (Escuela Nacional Unificada), que implicaba eliminar o restringir gravemente la libertad de enseñanza en Chile.

Ello por cuanto la libertad de enseñanza no solo ha estado consagrada en los textos constitucionales chilenos, tácita o expresamente, sino, más importante aún, porque está profundamente arraigada en el alma de nuestra sociedad. Por eso, debilitar este derecho fundamental o derechamente omitir su consagración en el nuevo texto que la actual convención constituyente debe proponer a la ciudadanía, sería un gravísimo error y, sin duda, un retroceso.

En el texto constitucional aún vigente en Chile, la libertad de enseñanza y la libertad de elección en materia educacional, como derechos humanos fundamentales, las encontramos en el artículo 19 n.º 11 de nuestra Constitución y conforman junto al derecho a la educación consagrado en el numeral 10 del mismo artículo lo que algunos denominan las bases estructurales del derecho educacional chileno⁹.

En el inciso primero de dicho artículo se establece: “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”. La Constitución, entonces, garantiza a cualquier persona, la posibilidad, bajo ciertos requisitos, por cierto, para crear diversos proyectos educativos, manteniendo una cierta libertad o autonomía en la forma de llevarlos adelante.

⁸ La Constitución chilena de 1925 en el primer inciso de su artículo 10 señalaba en su texto original: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 7.º 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”.

⁹ ROMERO y ZÁRATE (2013), p. 72.

Sin embargo, es evidente que el constituyente chileno tanto en 1980 como antes, ha querido darle un sentido mucho más amplio a la libertad de enseñanza, ella es mucho más que abrir, mantener y organizar establecimientos educacionales, estos tres derechos forman parte del núcleo esencial de esta libertad fundamental, pero no la agotan¹⁰.

De alguna forma, la mejor y más simple definición de lo que debe entenderse por libertad de enseñanza para la Constitución de 1980, la dio en el seno de la Comisión Ortúzar, el comisionado Ovalle al señalar:

“La libertad de enseñanza obliga esencialmente a la comunidad, y preferentemente al Estado, a no intervenir, a dejar que cada uno enseñe lo que pueda enseñar, con la condición esencial de que no altere, de que no viole ni las buenas costumbres, ni la moral, ni el orden público [...] El Estado verá o no si a esos títulos les otorga reconocimiento”¹¹.

Por lo tanto, en un sentido amplio, la libertad de enseñar, en cuanto a transmitir conocimientos o habilidades, la tenemos todas las personas, independientemente de si esa enseñanza se da en el contexto del proceso educativo formal y también con prescindencia de si esa enseñanza tiene o no algún tipo de reconocimiento oficial o es conducente o no a algún título o grado.

Ahora bien, la Constitución chilena se encarga de poner límites a la libertad de enseñanza en cualquier ámbito, recurriendo, en primer lugar, a tres cláusulas generales de derecho clásicas: la moral, el orden público y las buenas costumbres. Por lo tanto, sin perjuicio de las críticas que suelen hacerse a ese tipo de prohibiciones generales e indeterminadas, ya la existencia de ellas desmitifica que nuestra Constitución establezca una especie de *laissez faire* absoluto en materia educacional.

Adicionalmente, nuestra Constitución agrega otro límite expreso a la libertad de enseñanza, cuando ella quiere ser ejercida en el contexto del sistema educativo con reconocimiento oficial, señalando que ella no puede orientarse a propagar tendencias político-partidistas.

Pero los límites no terminan ahí, ya que el inciso final del artículo 19 n.º 11 establece que una ley orgánica, en este caso la Ley General de Educación (LGE) establecerá, por una parte, los requisitos mínimos que se exigirán para cada uno de los niveles de enseñanza básica y media (que forman parte de la educación obligatoria conforme al numeral 10 del artículo 19) y, por la otra, establecerá los requisitos que deben cumplir los establecimientos educacionales de todo nivel que quieren tener reconocimiento oficial.

¹⁰ ROMERO y ZÁRATE (2013), p. 87.

¹¹ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 141, p. 2.

Teniendo en cuenta dichos límites, si se hace una revisión objetiva de la LGE, así como de la numerosa legislación que se ha dictado en materia educacional, y de los decretos supremos que regulan el reconocimiento oficial en materia educacional, queda claro que la libertad de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales dista mucho de esa supuesta libertad absoluta de empresa en materia educacional, con que algunos autores han tratado de caricaturizar nuestra regulación constitucional en la materia.

Con respecto a la libertad de elección en materia educacional, el hecho de que el artículo 19 n.º 11 consagre dicho derecho junto con la libertad de enseñanza, lleva a muchos autores a plantear que ambas libertades forman parte del mismo derecho fundamental e, incluso, algunos postulan que el núcleo esencial del mismo es la libertad de enseñanza y que la libertad de elección es un derecho accesorio o accidental¹².

En nuestra opinión, si bien existe un indudable ligamen entre la libertad de enseñanza y la libertad de elección en materia educacional, ambos deben ser considerados como derechos distintos, claramente identificables unos de otros.

En efecto la libertad de enseñanza implica la posibilidad de impartir educación, esto es, de transmitir conocimientos, habilidades, formación a terceros, de enseñar o instruir; en cambio, la libertad de elección da la posibilidad a las personas de elegir quién y cómo les va a enseñar a ellas o a sus hijos.

Más aún, la libertad de elección en materia educacional debemos relacionarla, en primer lugar, con el derecho-deber preferente de los padres de educar a sus hijos y con la obligación que nos impone el Estado de cursar un cierto número mínimo de años en el sistema educativo. Ambas obligaciones están contempladas en el artículo 19 n.º 10 de nuestra Constitución. Por lo tanto, si bien el Estado impone dichas cargas en materia educativa a los padres y las personas, por otro lado, la Constitución les da el derecho de elegir, con ciertos límites, por supuesto, quién y cómo les impartirán la enseñanza que les permitirá cumplir con dichas obligaciones. Es, entonces, la libertad de elección un derecho que permite la existencia de la libertad de enseñanza, y viceversa, pero también que nos permite cumplir con el gravamen educativo que nos impone la Constitución.

LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN EL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

Habiendo repasado brevemente cómo la tradición constitucional chilena ha entendido la libertad de enseñanza, es importante revisar el tratamiento que a

¹² ROMERO y ZÁRATE (2013), p. 90.

la misma se le da en el derecho constitucional comparado. Lo anterior para descartar la falsa noción de que la libertad de enseñanza sería algo propio del constitucionalismo chileno, pues su consagración sería casi una rareza en las Constituciones de los diversos países, o que es fruto del neoliberalismo. Muy por el contrario, con diversas fórmulas y matices, la libertad de enseñanza aparece expresamente consagrada en la mayoría de los textos constitucionales de los países democráticos.

Solo a modo de ejemplo, podemos citar en Sudamérica la Constitución colombiana de 1991, la cual consagra en su artículo 27 lo siguiente: "El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra". Como si lo anterior no fuese suficiente, la Carta Fundamental de Colombia agrega en su artículo 68 una expresa autorización a los particulares para fundar establecimientos educativos.

Similares normas, consagrando la libertad de enseñanza, encontramos en los textos constitucionales de Argentina y Brasil, por citar solo algunos países sudamericanos¹³. En todos ellos encontramos, además, sistemas de provisión mixta con una importante y vibrante comunidad educativa privada, diversa y pluralista.

En Europa, también encontramos expresa mención a la libertad de enseñanza en las Constituciones de: Bélgica, Holanda, Portugal, España y Alemania, solo por citar algunos ejemplos europeos¹⁴. Más aún, tanto en Dinamarca como en los Países Bajos, Bélgica y España, los establecimientos educacionales privados con financiamiento cien por ciento estatal, así como privados sin financiamiento del Estado, representan un papel importantísimo en el sistema educativo de dichos países.

En ese sentido, resulta interesante recordar la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos dictada en el llamado caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, de diciembre de 1976, la cual rechazó la alegación de que el Estado danés coartaba, entre otras, la libertad de los padres de elegir el tipo de educación moral o religiosa de sus hijos en razón de los nuevos planes de educación sexual de los establecimientos públicos, al constatar que el sistema danés contempla un sistema de escuelas públicas fuertemente descentralizadas, dependientes de los respectivos consejos municipales, así como escuelas privadas fuertemente subsidiadas por el Estado y el sistema de *home schooling*. Es decir, la libertad de enseñanza y la provisión mixta de la misma son de la esencia de un país como Dinamarca.

¹³ Véase al efecto CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC (2021).

¹⁴ *Ibid.*

LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE DDHH

Pero la libertad de enseñanza no solo se encuentra consagrada actualmente en numerosas Constituciones a lo largo de todos los continentes, sino que, también, forma parte del catálogo de derechos fundamentales consagrados en los sistemas y subsistemas internacionales de derechos humanos.

Encontramos, en primer lugar, la libertad de enseñanza consagrada y protegida por el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, desde sus comienzos en 1948.

Dentro del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, su Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala expresamente en su artículo 13 n.º 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”.

La Convención de los Derechos del Niño consagra una norma muy similar en su artículo 29.

Por otra parte, la libertad de enseñanza se encuentra también garantizada en el artículo 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convención Europea de Derechos Humanos, así como en el artículo 10 del Tratado de Roma.

En el sistema interamericano, la libertad de enseñanza está expresamente protegida en términos muy similares en el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocida como Protocolo de San Salvador.

En consecuencia, la libertad de enseñanza se encuentra expresamente consagrada por el sistema internacional de derechos humanos, y no es legítimo pretender su desconocimiento o vulneración, por parte ni del ordenamiento constitucional ni legal, de ninguno de los países miembros de las Naciones Unidas¹⁵.

¹⁵ CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC (2021).

ELEMENTOS REGULATORIOS NECESARIOS PARA UNA EFECTIVA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

¿Es suficiente la consagración de la libertad de enseñanza en los textos de las Constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos? La respuesta, lamentable, pero evidentemente, es negativa. Sin duda, es indispensable que esta libertad tenga una expresa mención en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, pero para que la libertad sea efectiva, es muy importante que la arquitectura regulatoria en materia educacional implemente una serie de medidas indispensables para que exista realmente libertad de enseñanza en el día a día.

¿Cuáles son esos elementos que debemos observar en la legislación y regulación para saber si existe realmente libertad de enseñanza? Para estos efectos seguiremos el análisis propuesto por la ONG Oidel, que sistematiza los siguientes seis criterios:

- 1) Libertad para crear y administrar establecimientos educacionales privados;
- 2) Obligación del Estado de financiar establecimientos educacionales privados;
- 3) Monto del financiamiento estatal en favor de los establecimientos privados;
- 4) Existencia de libertad de elección;
- 5) Aceptación del sistema de *Home Schooling* y
- 6) Autonomía de los establecimientos educacionales¹⁶.

En efecto, por mucho que un texto constitucional consagre en teoría la libertad de enseñanza, ella no existe realmente si la regulación, en la práctica, no permite crear nuevos establecimientos educacionales no estatales, no les entrega financiamiento estatal o el mismo es insuficiente; si los padres o los estudiantes no pueden realmente elegir el establecimiento educacional que ellos quieren, si la posibilidad de hacer *home schooling* está prohibida como ocurre, por ejemplo, en Alemania, o los establecimientos educacionales ven coartada su autonomía de diversas maneras.

Son, en relación con estos aspectos regulatorios, donde actualmente vemos, tanto en Chile como en el mundo, las principales amenazas a la libertad de enseñanza, en efecto constantemente somos testigos de iniciativas legislativas o reglamentarias que directa o indirectamente buscan restringir o derechamente eliminar algunos de los elementos ya señalados que forman parte de los elementos de una real libertad de enseñanza.

¹⁶ *Report 2007/2008 On Freedom of education in the world*, volume 1.

LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA PROPUESTA DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE CHILENA

A pocas semanas de que termine la votación por parte del pleno de la Convención de las propuestas de las diversas comisiones para completar el texto que será sometido a plebiscito el próximo 4 de septiembre, el panorama respecto de la libertad de enseñanza no es para nada alentador.

En efecto, hasta el momento, en materia educacional lo único que ya ha sido aprobado por el pleno, para formar parte de la propuesta de la nueva Constitución, es la consagración del derecho a la educación. El resto de las materias en materia educacional, incluida la libertad de enseñanza, fueron rechazadas en la votación que tuvo lugar el pasado 19 de abril, y han vuelto a la Comisión de Derechos Humanos a fin de discutir una nueva propuesta para ser presentada ante el pleno dentro de los próximos días.

Sin perjuicio de las adecuaciones y mejoras que esperamos haga la citada comisión, para su aprobación definitiva, la propuesta rechazada hasta el momento por el pleno, si bien considera expresamente la libertad de enseñanza y la libertad de elección en materia educacional, implica un retroceso respecto del estándar que actualmente establece la Constitución de 1980, por diversas razones que explicaremos brevemente a continuación, lo que a todas luces atenta contra el principio de no regresividad en materia de derechos fundamentales.

La primera crítica que puede hacerse a la propuesta rechazada el pasado 19 de abril¹⁷ es más bien de técnica constitucional, puesto que la misma pareciera supeditar, tanto la libertad de enseñanza como la libertad de elección en materia educacional, a meros elementos accidentales del derecho a la educación. Si bien no compartimos esa opción, pues nos parece que debilita los tres derechos fundamentales en materia educativa, en la medida que ellos estén expresamente consagrados en el texto de una eventual nueva Constitución, se puede construir una regulación robusta que efectivamente haga efectivos esos tres derechos, con una adecuada tutela jurisdiccional.

Sin embargo, hay otras críticas a la propuesta rechazada por el pleno que son más relevantes y que esperamos sean corregidas, entre ellas la aparente primacía que se le entrega a la educación estatal por sobre la privada, la ausencia de referencia tanto a la importancia de la diversidad o pluralismo del sistema educativo, así como la aparente ausencia de la posibilidad de entregar financiamiento estatal a proyectos educativos privados.

Por otra parte, la propuesta al recoger expresamente la libertad de cátedra de los educadores, lo que en principio es un avance en la línea correcta,

¹⁷ Véase al efecto el COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2022), pp. 164-167.

acto seguido falla en reconocer dicha libertad también en favor de los sostenedores, lo que podría generar una serie de conflictos entre los profesores y los sostenedores, cuando los primeros, en uso de su libertad de cátedra no estén dispuestos a respetar el proyecto educativo del establecimiento. Este posible conflicto se soluciona fácilmente consagrando la libertad de cátedra también en favor del sostenedor y estableciendo una cláusula de armonización.

Algo similar ocurre en la propuesta rechazada, en relación con la participación de la comunidad educativa, la cual no puede ser vinculante en todos los aspectos del proyecto educativo. Dicha participación debe tener límites acotados y darse también en armonía con el proyecto educativo del sostenedor.

Otras interrogantes que plantea la propuesta de la Comisión rechazada por el pleno es la eliminación del kinder obligatorio, y la expresa eliminación del lucro en todo el sistema educativo.

Esperamos que la nueva propuesta que haga la Comisión de Derechos Fundamentales despeje algunas de estas interrogantes y no implique un retroceso en la protección de la libertad de enseñanza lo que implicaría una vulneración del principio de no regresión que la nueva Constitución quiere incluir expresamente dentro de su texto. Las próximas semanas serán clave para ello, independientemente de lo que termine ocurriendo en el plebiscito de salida el próximo 4 de septiembre.

PERSPECTIVAS ACTUALES PARA LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Pese a su consagración expresa en los textos constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos, actualmente la libertad de enseñanza está en peligro, y eso debe ser, sin duda, un motivo de alerta, tanto en nuestro país como en el resto de los estados democráticos de derecho.

Los regímenes autoritarios de todas las latitudes y de todos los signos políticos, que lamentablemente han tenido una suerte de renacimiento en las últimas décadas, tienen en la mira el coartar varias libertades y entre ellas la libertad de enseñanza, así, por ejemplo, recientemente el gobierno chino ha decidido prohibir las clases particulares o tutorías fuera del horario escolar.

El régimen de Daniel Ortega, en Nicaragua, a través de la Asamblea Nacional, el pasado mes de febrero, acaba de revocar el reconocimiento oficial a seis universidades privadas, y ha ordenado que pasen a ser propiedad del Consejo Nacional de Universidades, un órgano estatal. Coincidencia o no, la mayoría de los estudiantes que el año 2018 encabezaron las protestas contra

el gobierno de Daniel Ortega, eran estudiantes de estas instituciones ahora ilegalizadas¹⁸.

Incluso, en países con democracias plenas, y sociedades pluralistas, existen sutiles intentos de algunos gobiernos o grupos políticos por reducir el financiamiento estatal a los establecimientos privados, o por aumentar las regulaciones y controles sobre los mismos.

Pareciera haber un retroceso sobre la valoración social respecto de la libertad de enseñanza, y en parte también sobre la libertad de elección en materia educativa, que afecta la confianza sobre la importancia de la diversidad de proyectos educativos, el pluralismo y la libertad.

Estas inquietantes perspectivas deben ser un llamado de atención para profundizar en la naturaleza, importancia y características de la libertad de enseñanza como derecho humano fundamental, sí como en la búsqueda de adecuados medios de defensa de la misma, tanto en el ámbito de textos constitucionales y tratados internacionales, como se acciones tutelares de la misma, a fin de evitar que a través de excesivas regulaciones se termine asfixiando en la práctica la libertad de enseñanza con las nefastas consecuencias que ello implica para la libertad de elección y para un adecuado y sano derecho a la educación.

CONCLUSIÓN

En conclusión, la libertad de enseñanza como derecho humano fundamental, no solo la encontramos expresamente consagrada en diversos textos constitucionales, tanto en Chile como en: Colombia, Argentina, Brasil, Bélgica, Holanda, España o Alemania, entre otros países, sino que se encuentra, además, establecida como un derecho fundamental en diversos tratados internacional de derechos humanos, tanto en el sistema de las Naciones Unidas como en los diversos subsistemas, entre ellos el europeo y el americano.

Pero la libertad de enseñanza no solo es importante en sí misma como derecho humano, sino que, además, es indispensable para asegurar la posibilidad de ejercer realmente el derecho a la libre elección de los padres en materia educacional, así como para garantizar que exista realmente el derecho a la educación, y que el sistema educativo pueda evolucionar y mejorar continuamente.

Además, la libertad de enseñanza se transforma, también, en el necesario freno y contrapeso para que la educación en general y en especial la estatal, sea efectivamente pluralista y no adoctrinadora, como nos recuerda la Corte Europea de Derecho Humanos, al fallar en el caso Folgero y otros contra Noruega.

¹⁸ Véase al efecto el artículo publicado en el diario *ABC* de España en la edición web del 15 de febrero de 2022. Disponible en www.abc.es

A mayor abundamiento, la existencia de la libertad de enseñanza, junto con la libertad de elección, permiten a las sociedades que protegen adecuadamente estos derechos fundamentales y los armonizan junto con el derecho a la educación, resguardar y fomentar otros derechos humanos tales como: la libertad de conciencia, la libertad de culto, la libertad de expresión, entre otras, generando sociedades libres, plurales y verdaderamente democráticas.

En consecuencia, es importante que no existan retrocesos, ni en Chile ni en el resto de los países democráticos a una real y adecuada protección a la libertad de enseñanza. Nuestro futuro depende de ello.

BIBLIOGRAFÍA

- ARON, Raymond (2007): "Ensayo sobre las libertades". *Primera edición en Área de Conocimiento: Ciencias Sociales 2007* (Madrid, España).
- ATRIA, Fernando (2013): *Introducción al derecho educacional chileno* (Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters).
- CASTILLO, Luis Fernando (2004): "La dimensión subjetiva o de libertad del derecho a la educación". *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos*, n.º 50, pp. 221-576.
- CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho constitucional chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- FERNÁNDEZ, Alfred (2016): "El blindaje de la democracia. Las Libertades en la educación". *Working Paper 20*, Oidel, 2016. Disponible en www.oidel.org
- ROMERO, Alfredo y Miguel ZÁRATE (2013): *Introducción al derecho educacional chileno*, (Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters).

Otros documentos

- Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 141, en José Luis CEA EGAÑA (2004). *Derecho constitucional chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC (2021): "Contribuciones a la discusión constitucional: libertad de enseñanza y derecho a la educación". Disponible en www.politicaspublicas.uc.cl/area-de-trabajo/aportes-constituyentes/
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2022): Primer Informe Bloques Temáticos n.º 3 (ex B2), 4 y ODF (Derechos económicos, sociales, culturales y Otros Derechos Fundamentales) de fecha 8 de abril. Disponible en www.chileconvencion.cl
- Report 2007/2008 On Freedom of education in the world*, volume I. Disponible en www.oidel.org