

PLURALISMO EDUCATIVO: UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES/DIGNIDAD HUMANA

[Educational Pluralism: A Constitutional Perspective from Fundamental
Rights/Human Dignity]

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ¹

Abstract

This text is based on Chilean constitutional regulation, addressing the evolution of educational pluralism. It highlights two recent publications: an article in the book "Transitional Constitutionalism" on the right to education and freedom of teaching, and a document for the Faculty Constitutional Forum in 2021, examining freedom of teaching and the right to education. It focuses on the "complex content" of freedom of teaching and parents' choice of schools, with an interdisciplinary emphasis.

Keywords: Chilean Constitution, educational pluralism, freedom of teaching, right to education, parental choice.

Resumen

Este texto se basa en la regulación constitucional chilena, abordando la evolución del pluralismo educativo. Se destacan dos publicaciones recientes: un artículo en el libro "Tránsito Constitucional" sobre el derecho a la educación y libertad de enseñanza, y un documento para el Foro Constitucional de la Facultad en 2021, que examina la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. Se enfoca en el "contenido complejo" de la libertad de enseñanza y la elección de establecimientos por parte de los padres, con un énfasis interdisciplinario.

Palabras clave: Constitución chilena, pluralismo educativo, libertad de enseñanza, derecho a la educación, elección de padres.

DOI 10.7764/RLDR.17.170

¹ Miguel Ángel Fernández González, Profesor de Derecho Constitucional, Ministro del Tribunal Constitucional, mafernag@uc.cl

I. INTRODUCCIÓN

Naturalmente, abordaré el tema a partir de la regulación contenida en la Constitución chilena y empleando como base dos publicaciones previas en que me correspondió participar, con motivo del proceso constituyente que se ha venido desarrollando en nuestro país, en los últimos años. La primera, es el artículo que publicamos con Jorge Barrera Ramírez, en el libro editado por Tirant lo Blanche y coordinado por la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, en 2021, *Tránsito Constitucional. Camino hacia una Nueva Constitución*, donde escribimos acerca de *Derecho a la Educación y Libertad de Enseñanza: Evolución Histórica y Debates Actuales en vistas a un Eventual Cambio Constitucional*. El segundo, fue un documento preparado para el *Foro Constitucional* de nuestra Facultad, ese mismo año 2021, dirigido por el Centro de Políticas Públicas UC, titulado *Contribuciones a la Discusión Constitucional: Libertad de Enseñanza y Derecho a la Educación* que fue el resultado de un trabajo interdisciplinario preparado por los profesores de la Facultad de Educación, Andrés Bernasconi, Pilar Cox y Guillermo Marini, de la Escuela de Gobierno, Susana Claro, de la Facultad de Derecho, Alberto Vergara y quien les habla y el Director del Centro de Políticas Públicas, Ignacio Irarrázaval, coordinado por Elisa Piña y Consuelo Fernández, integrantes de dicho Centro.

Repararé algunas nociones acerca de la evolución, en nuestro constitucionalismo, del pluralismo educativo para luego revisar lo que denomino un “contenido complejo”, la titularidad respecto de la libertad de enseñanza y el derecho de los padres a elegir el establecimiento para sus hijos, incluyendo unas notas finales.

II. EVOLUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL CHILENO: DE LA PROVISIÓN ESTATAL AL PLURALISMO EDUCATIVO

El debate constitucional en torno a los derechos educativos en Chile surge coetáneamente con el proceso de independencia, pues la educación comenzó a ser percibida, desde 1810, *como un elemento crucial para el desarrollo de las políticas de emancipación y desarrollo*².

Ya en 1813, se dictó la primera Ley de Instrucción Primaria que hacía obligatorio, para todo pueblo de cincuenta vecinos o más, mantener una escuela de primeras letras costeadas con recursos municipales. Unos meses antes, se había dispuesto, por José Miguel Carrera, la fusión de varios establecimientos educacionales para dar origen al Instituto Nacional.

En 1818, la Constitución estableció que los Cabildos debían fomentar el adelantamiento de la población, industria, *educación de la juventud*, hospicios, hospitales y cuanto sea interesante al beneficio público. Sería la Carta de 1823, en su artículo 257, la que dispondría que la instrucción pública, industrial y científica, es uno de los *deberes* del Estado y el artículo 153 de la Constitución de 1833 declaró que la educación pública era una *atención preferente* del Gobierno, encargando al Congreso formar un plan general de educación nacional.

En 1842, se crea la Universidad de Chile y, en 1860, se dicta una nueva Ley de Instrucción Primaria, precedida por la creación de la *Sociedad de Instrucción Primaria*, en 1856, entidad sin fines de lucro para mejorar la educación escolar en contextos de pobreza. Conforme al artículo 1° de aquella ley, la instrucción primaria se daría bajo la *dirección* del Estado. No obstante, lo cual, casi un 50% de las escuelas existentes en 1853 eran privadas o de órdenes religiosas, cuyo financiamiento ya provenía, al menos en parte, del Estado.

En 1879, la Ley General de Instrucción Secundaria y Superior dispuso que toda persona natural o jurídica, a quien la ley no lo prohibiera, podía fundar establecimientos de ese nivel educativo y enseñar, pública o privadamente, cualquier ciencia o arte, sin sujeción a ninguna medida preventiva ni a métodos o textos especiales.

² Juan Andrés González Tugay: “Breve Análisis sobre la Evolución Jurídico-Constitucional del Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza en Chile”, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 1, 2012, p. 90.

Dos años antes, en 1877, se había dictado el *Decreto Amunátegui* que habilitaba a las mujeres para realizar estudios universitarios y, en 1895, la Ley N° 272 autorizó al Presidente de la República para comprar un inmueble para la instalación de un Liceo de Niñas.

Sin embargo, es importante recordar que una reforma constitucional de 1874 había incorporado a la Carta de 1833, la *libertad de enseñanza* como derecho fundamental³.

El 21 de junio de 1888, el Arzobispo de Santiago, Mariano Casanova, publica el decreto de inauguración de la Pontificia Universidad Católica de Chile que comienza sus clases con los primeros cursos de la Facultad de Derecho y el Bachillerato en Matemáticas en 1889.

La Constitución de 1925 garantizaría la libertad de enseñanza en su artículo 10 N° 7°, estableciendo el deber *preferente* del Estado de educar, además del carácter obligatorio de la instrucción primaria para todos. Con la reforma de 1971, contenida en la Ley N° 17.398, pasó a ser *primordial*.

Finalmente, la actual Constitución de 1980 asegura a todas las personas, en su artículo 19 N° 10°, el derecho a la educación, la que tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Agrega que los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos y que corresponderá al Estado otorgar *especial protección* al ejercicio de este derecho.

Para el Estado, señala el inciso cuarto, 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

³ José Francisco García: *La Tradición Constitucional de la P. Universidad Católica de Chile*, Vol. I (Santiago, Ediciones UC, 2021) pp. 118 ss.

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.

En fin, el último inciso dispone que es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación;

A su turno, en el numeral 11°, se asegura la libertad de enseñanza que 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;

En suma y desde el punto de vista de la provisión educacional, el centro del debate, hasta inicios de los años setenta, fue, precisamente, la provisión estatal y sus contrapesos, hasta que, en 1980, se reconoció como derecho subjetivo, el de educación⁴.

Asimismo, desde el ángulo de la libertad de enseñanza, surgió como mecanismo de cautela, protección y respeto, frente a una versión monopólica de aquella provisión estatal

⁴ Ya se había reconocido en el Acta Constitucional N° 3, de 1976, contenida en el Decreto Ley N° 1.552.

en materia educativa previo a 1874, iniciándose un proceso de ampliación, como derecho fundamental, dando paso a la diversidad académica a través de la examinación, así como con la entrega de títulos y grados, por parte de instituciones privadas⁵.

Sin embargo, cualquiera fuera la regulación constitucional o legal en estas materias, lo cierto es que, desde los albores de la República, ha existido provisión privada en educación y, por ende, ejercicio de la libertad de enseñanza. Inicialmente, esa provisión se concentró, ciertamente, en órdenes religiosas y fue orientada a los sectores más desposeídos.

En Chile, en otras palabras, lo que podríamos llamar “la provisión mixta”, en consecuencia, ha sido la regla de configuración del sistema educativo, casi desde el comienzo. Así también ocurre, desde mediados del siglo XIX, con el aporte estatal a escuelas privadas.

III. CONTENIDO COMPLEJO PARA GARANTIZAR EL PLURALISMO EDUCATIVO

Avanzo al contenido del derecho a la educación, a partir del artículo 13 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* que da cuenta de un detalle acabado de las obligaciones de los Estados en materia educativa, reflejando la importancia que se concede al derecho a la educación en el Derecho y la Política Internacional⁶.

En su párrafo primero se establece que “[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad

⁵ Juan Andrés González Tugas, citado en *supra* nota 1, p. 98.

⁶ Ben Saul et al.: *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Commentary, Cases, and Materials* (Oxford University Press, 2016) p. 1.160.

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”⁷.

En el constitucionalismo comparado, con motivo del Documento que elaboramos en el Centro de Políticas Públicas, seleccionamos catorce países cuyo modelo educativo resultaba más relevante para el caso chileno, observando que, en general, son los órganos centrales los responsables de regular la uniformidad del sistema educacional, condiciones de cobertura y requisitos mínimos curriculares, mientras que las atribuciones de los gobiernos subnacionales suelen enfocarse en la operación y financiamiento de los establecimientos (incluyendo reglas de participación), además de facultades específicas para garantizar la pertinencia lingüística y cultural de la educación al contexto local⁸.

La mayoría de las Constituciones examinadas reconocen el derecho a la educación, mencionando sus fines y principios e incluyendo, además, ciertas garantías mínimas, como la obligatoriedad o gratuidad de algunos niveles educativos. Complementariamente, cinco países reconocen el aprendizaje como una libertad o derecho de las personas.

Por otra parte, la mayoría de los casos analizados consagran la libertad de enseñanza a través de un reconocimiento general, aunque en algunos se explicita además el derecho a crear o mantener establecimientos educacionales. Habitualmente se incluye un mandato de educación pluralista, una prohibición de educación partidista y un resguardo de la libertad religiosa o de culto.

Además, se regulan, con mayor o menor detalle, materias relacionadas con el ejercicio de la libertad de enseñanza, tales como condiciones de reconocimiento, calidad o financiamiento de los establecimientos educativos. Asimismo, algunas Constituciones incluyen la libertad de cátedra y la autonomía universitaria.

⁷ Asimismo, deben revisarse los artículos 18 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁸ Carlos Ornelas: “Las Bases del Federalismo y la Descentralización en Educación”, *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, Vol. 5, N° 1, 2003, pp. 1-18.

Finalmente, es común el reconocimiento de la libertad de los padres de escoger el tipo de educación para sus hijos. En el caso de Uruguay, esta libertad se extiende incluso a la elección del establecimiento educacional y de los profesores.

Ahora bien y siguiendo la Constitución chilena quisiera detenerme en dos aspectos antes de plantear algunas notas finales.

IV. SOBRE LA TITULARIDAD DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

La primera de ellas dice relación con que, a diferencia de la Constitución de 1925, que, en su artículo 10, aseguraba los derechos allí contemplados solamente a los “*habitantes*”, la actual Carta Fundamental estableció que éstos eran garantizados a las “*personas*”, con lo cual “*(...) queda claro, por ende, que el Capítulo III se refiere a todas las personas naturales, pero también y en lo que sea lógicamente pertinente a la manifestación de la voluntad de ellas, a las personas jurídicas y a los entes morales o sociedades de hecho, ampliándose así el ámbito de su aplicación*”⁹, por lo que, en palabras del Tribunal Constitucional, “*(...) la Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales (...)*”¹⁰.

Tratándose de la libertad de enseñanza, entonces, la Constitución, en su artículo 19 N° 11°, la asegura también a todas las personas, sean naturales o jurídicas, de Derecho Público o Privado, sin importar la naturaleza o forma jurídica que esa persona pueda elegir para concretarla, garantizándoles los derechos de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

Por lo tanto, no es completamente preciso argumentar que “*(...) los titulares del derecho, son todos los establecimientos de enseñanza, públicos o privados; se hallen*

⁹ José Luis Cea Egaña: *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones UC, 2012) p. 50.

¹⁰ C. 10°, Rol N° 7.068.

*reconocidos por el Estado o no lo hayan sido; en fin, trátense o no de establecimientos subvencionados”*¹¹ ya que, en realidad, no son aquellas entidades las titulares de la libertad asegurada en el numeral 11°, sino que son las personas, naturales o jurídicas, quienes los abren, organizan y mantienen¹².

Cuestión distinta es que pueda resultar constitucionalmente admisible que el legislador exija, para ejercer los derechos que incluye la libertad de enseñanza, que esas personas deban adoptar determinada forma jurídica, como lo establecen, por ejemplo, el artículo 15 de la Ley que fija normas sobre Universidades¹³, en relación con el artículo 53 inciso 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 2¹⁴, de 2009, o su artículo 53 inciso 2°, respecto de los Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica.

Asimismo, aunque en este caso fue controvertido, el artículo 46 letra a) de aquel DFL. N° 2 dispone que solo serán reconocidos oficialmente por el Ministerio de Educación los establecimientos educacionales que tengan como sostenedor a una persona jurídica de derecho público o privado cuyo objeto social único sea la educación.

El Tribunal Constitucional, al examinar preventivamente el proyecto en que se contenía esta norma, sostuvo su constitucionalidad, reiterando el criterio ya expuesto en el sentido que la libertad de enseñanza opera respecto de *“establecimientos educacionales”*, según el artículo 19 N° 11° inciso 1° de la Carta Fundamental. De esta premisa, la Magistratura aludida concluyó que *“[l]a Constitución (...) exige una determinada organización para ejercer este derecho. El establecimiento educacional es un conjunto, una complejidad de personas, recursos humanos, financieros, materiales, y fines. Dicha complejidad es definida por el legislador. De este modo, la Constitución implica la posibilidad*

¹¹ C. 10°, Rol N° 410.

¹² Sebastián Salazar: *Jurisprudencia Constitucional sobre los Derechos Educacionales: Requisitos Mínimos, Límites y Regulación* (Santiago, Tirant lo Blanch, 2020): *“[l]a Constitución reconoce a cualquier persona el derecho de abrir, organizar y mantener cualquier tipo de establecimiento educacional (...) [Considerando el carácter mixto de la provisión educacional en nuestro país, son titulares de esta libertad los individuos particulares (...)”* (p. 24).

¹³ Contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1981, publicado en el Diario Oficial el 3 de enero de 1981.

¹⁴ Que contiene 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, publicado en el Diario Oficial el 2 de julio de 2010.

de un ente distinto a una persona natural para el ejercicio de este derecho. La noción de “establecimiento educacional” requiere la colaboración del legislador para definir sus contornos (...)”¹⁵.

Adicionalmente y presentando un nuevo argumento, esta vez en el ámbito práctico, el Tribunal expresó que exigir personalidad jurídica al sostenedor *“(...) otorga un grado de permanencia, transparencia y estabilidad a los establecimientos educacionales que no es posible alcanzar por las personas naturales. Además, la exigencia de personalidad jurídica evita la confusión de patrimonios entre el sostenedor y la o las personas naturales que lo componen (...)”¹⁶*, lo cual es central para materializar los principios que, en ese sentido consagra la Ley General de Educación y para cumplir de mejor manera la obligación de garantizar una educación de calidad.

Obviamente, la duda de constitucionalidad se torna más fuerte respecto de las personas naturales que eran sostenedores con anterioridad a la nueva norma legal y que se vieron compelidas a constituirse en personas jurídicas para continuar ejerciendo su libertad de enseñanza, sin perjuicio del período de adecuación contemplado en la ley¹⁷.

Dicho esto, no cabe duda que la discusión sobre la titularidad de la libertad de enseñanza, no resulta inocua, pues si erróneamente entendemos que son los establecimientos los titulares de esta garantía, se puede llegar al extremo de que por vía meramente legal, se pretenda privar a las personas naturales de su derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. Cabe recordar que esta libertad excede la apertura, organización y mantención de establecimientos con reconocimiento oficial, por lo cual pueden existir iniciativas individuales y lideradas por personas naturales, que evidentemente cumplan con el estándar constitucional, sin tener que constituirse para ello en personas jurídicas.

¹⁵ C. 18°, Rol N° 1.363.

¹⁶ Id.

¹⁷ Artículo 1° transitorio tanto de la ley N° 20.370 como del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 2009, ya citado, modificado por las Leyes N° 20.483 y N° 20.668.

V. EL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR EL ESTABLECIMIENTO DE SUS HIJOS

El segundo aspecto se vincula con el derecho de los padres para escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, estrechamente vinculado con el que protege, en el inciso tercero del numeral 10°, a educarlos (derecho preferente y deber, al mismo tiempo), de tal manera que *“(...) la libertad de enseñanza resulta ser completa o plena, ya que abarca tanto a los fundadores o sostenedores de aquellos establecimientos en la prosecución de sus proyectos educativos, como a los padres en la elección de aquellos que juzguen coherentes con el ideario formativo de sus hijos”*¹⁸.

Desde esta misma perspectiva, la Magistratura Constitucional ha sostenido *“en cuanto derecho de los padres, 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”*¹⁹.

Consistente con ello, la Carta Fundamental añade en el mismo inciso tercero aludido, que *“[C]orresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”* de que son titulares los padres, lo cual solo puede garantizarse, en definitiva, facilitando y promoviendo la existencia de proyectos educativos diversos o, en los términos en que se plantea en el inciso sexto, *fomentando* el desarrollo de la educación en todos sus niveles, es

¹⁸ C. 15°, Rol N° 410.

¹⁹ C. 15°, Rol N° 740.

decir, promoviendo e impulsando el ejercicio de la libertad de enseñanza, por cuanto “[u]n sistema educativo a la altura de las nuevas circunstancias no se construye sin un sistema de financiamiento adecuado”²⁰.

Por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que la contribución económica que aporta el Estado implica el cumplimiento de una obligación estatal y no una decisión discrecionalmente adoptada por éste, ya que “(...) otorgar la subvención no es una decisión de cumplimiento discrecional ni entregada a la magnanimidad del Estado. Por el contrario, tratase de una obligación ineludible, cuya justificación radica en la importancia excepcional que tienen la educación y la enseñanza en el desarrollo libre de la personalidad y de la sociedad en general. Colígrese de lo expuesto que pagar la subvención no es únicamente satisfacer una obligación primordial, sino que, ante la imposibilidad del Estado de cumplirla por sí solo, requiere compartirla con los establecimientos de enseñanza privados que acceden al beneficio referido”²¹.

Siendo así, el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, para cuya realización se garantiza también que pueden elegir el establecimiento de enseñanza para ellos, requiere del fomento estatal a la libertad de enseñanza que permita múltiples alternativas para ejercer, genuinamente, esos derechos de que son titulares los padres.

A este respecto, cabe señalar que el debate en torno a los contornos constitucionales de la subvención escolar aún no se encuentra agotado. Como es sabido, su último episodio, en nuestro país, se dio luego del control de constitucionalidad de la *Ley de Inclusión Escolar* a finales de 2015²². Así y aunque en dicha oportunidad el Tribunal Constitucional validó una intromisión que puede considerarse excesiva, aún se mantiene incólume y vigente el antiguo precedente contenido en el Rol N° 410, el cual sostuvo que el aporte regular del Estado a nivel escolar no constituye *una concesión o contribución graciosa* que se dispensa al arbitrio de la autoridad pública o por disponerlo así la ley, sino que se trata de una *contribución*

²⁰ Álvaro Silva y Sergio Urzúa: “El Financiamiento Escolar en Chile”, en Ignacio Sánchez (editor): *Ideas en Educación II. Definiciones en Tiempos de Cambio* (Santiago, Ediciones UC, 2018) p. 201.

²¹ C. 19°, Rol N° 410.

²² Rol N° 2.787.

obligatoria para el Estado, con el objeto de financiar la educación básica y media gratuita, es decir, para satisfacer el derecho a la educación de las personas, pero además, para asegurar el derecho de los padres de elegir el establecimiento para sus hijos, de acuerdo a lo señalado en los numerales 10° y 11° del artículo 19 de nuestra Constitución.

En este orden de ideas, el aporte económico estatal constituye un elemento fundamental no sólo para la tutela del derecho a la educación en sí mismo, sino que, además, para garantizar el derecho de los padres a elegir el establecimiento de enseñanza para sus hijos, a fin de que no se le impida a las personas que no cuentan con los recursos necesarios, acceder y satisfacer su derecho a la educación, en cuanto derecho social que requiere, necesariamente, de la prestación otorgada por terceros, ejerciendo la libertad para elegir el proyecto educativo que mejor refleje o represente sus valores y aspiraciones.

Así las cosas, este aporte estatal permite a las personas y familias que no puedan cubrir el costo del servicio educacional por sí mismas, no sólo satisfacer o realizar el derecho a la educación de sus hijos, sino también el derecho de elegir establecimiento para ellos, tal cual garantiza el artículo 19 N° 11° de nuestra Carta Fundamental.

Para ello es que se ha diseñado una estructura constitucional a fin de que, en el sistema educativo, cualquier persona pueda abrir, organizar y mantener establecimientos de enseñanza, sin perjuicio del rol del Estado ejercido a través de la provisión de educación pública; y, por lo tanto, este rol del Estado, a través de su obligación de financiar un sistema gratuito de educación básica y media, tiene por objeto satisfacer tanto el derecho a la educación de todos, como además garantizar el derecho que tienen los padres de elegir, optando -entre múltiples y variadas alternativas- por aquella que consideren, libremente, más adecuada.

En consecuencia y por lo mismo, la finalidad de la libertad de enseñanza no es simplemente garantizar el derecho de todos a abrir, organizar y mantener establecimientos de enseñanza, sino que, especialmente, asegurar el derecho a la educación, en cuanto a que los niños puedan acceder, aun sin contar con los recursos suficientes, a la satisfacción de ese derecho y garantizar también que los padres puedan elegir el establecimiento para sus hijos,

lo cual sólo es posible con un amplio y variado espectro de instituciones, es decir, de proyectos educativos diversos y múltiples, permitiéndoles cumplir con el deber correlativo que igualmente establece la Carta Fundamental, respecto del cual -por lo demás- el Estado tiene la obligación constitucional de *otorgarle especial protección*.

Resulta interesante destacar, en este sentido, que las libertades en general son garantizadas por el Estado a través del respeto, protección y promoción, mientras que los derechos, se encuentran, además, amparados por la obligación estatal de provisión. Por tanto, cuando hablamos de un “*derecho*” a elegir el establecimiento de enseñanza de los hijos, tal cual lo dispone específicamente el texto del artículo 19 N° 11° en su inciso 4°, ciertamente estamos frente a una obligación estatal de provisión y no sólo de respeto, protección y promoción.

La Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su numeral 47, señala en lo pertinente que,“(…) *Como norma general, los Estados Partes están obligados a dar cumplimiento a (proveer)²³ un derecho concreto del Pacto cada vez que un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo con los recursos a su disposición (…)*”.

Así, el Comité recoge exactamente esta línea interpretativa, esto es, la existencia de una obligación estatal de proveer a los padres los recursos necesarios para garantizar el derecho a elegir el establecimiento de sus hijos, en caso que, por razones ajenas a su voluntad, no puedan poner en práctica este derecho por sí mismos con los recursos a su disposición, lo cual, en el caso chileno, se concretiza a través de la subvención escolar.

Sin embargo, *la subvención no tiene porqué ser el único medio para lograr tal objetivo*, pues el Estado puede buscar otras formas o vías de financiamiento, siempre que dichas alternativas se enmarquen en el respeto irrestricto a los derechos garantizados por la propia

²³ Por alguna razón, la versión en español utiliza la palabra “facilitar” nuevamente, en vez de proveer”, pero esto es un error corregido en la versión en inglés, donde señala “(…) *As a general rule, States parties are obliged to fulfil (provide) a specific right in the Covenant when an individual or group is unable, for reasons beyond their control, to realize the right themselves by the means at their disposal (…)*” (énfasis añadido)

Constitución, si bien, hoy en Chile, la subvención es la única forma en que el legislador garantiza la provisión del derecho a la educación y el de los padres a la elección del establecimiento de enseñanza para sus hijos.

En efecto, la libertad de elección no puede depender de la capacidad de pago del estudiante o sus padres, lo que explica que existan alternativas gratuitas, tanto públicas como privadas, entre las que se pueda hacer efectivo el derecho a escoger. En este sentido, el financiamiento opera como garantía de disponibilidad, esto es, que la oferta de establecimientos sea suficiente para dar cumplimiento a los derechos fundamentales reconocidos en materia educativa²⁴.

Como indiqué, desde mediados del siglo XIX, el Estado ya comenzó a entregar aportes a distintos proyectos educativos, los cuales se uniformaron y sistematizaron, para el nivel básico, en 1929 con la Ley de Instrucción Primaria Obligatoria y, para los demás niveles, en 1951, a través de la Ley N° 9.864. El financiamiento público de proyectos privados se ha hecho aún más importante tras la promulgación de la Ley N° 20.845 de Inclusión Escolar, que elimina progresivamente el copago (o financiamiento compartido) en colegios particulares subvencionados.

VI. NOTAS FINALES

El Documento que preparamos, en 2021, en el Centro de Políticas Públicas, comienza señalando que “[l]a educación es el vehículo fundamental a través del cual se garantiza a las personas la posibilidad de desarrollarse de manera integral, independiente del contexto en el que se encuentre. Desde la perspectiva de los derechos humanos, la educación opera como un “multiplicador” que permite el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades fundamentales. Por ello, y ante el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales en la segunda mitad del siglo XX, la educación y la enseñanza -como forma de darle

24 Katarina Tomaševski: “Human Rights Obligations: Making Education Available, Accessible, Acceptable and Adaptable”, *Right to Education Primers* N° 3, 2001.

cumplimiento a la primera- han adquirido especial importancia en materia de derechos fundamentales”²⁵.

En efecto, la educación es esencial hoy para el progreso en dignidad de los seres humanos y, si bien, constituye un derecho fundamental, en sí misma, está a la base de los demás derechos, facilitando su desarrollo. Forma parte de su contenido, asimismo, el derecho/deber preferente de los padres de educar a sus hijos y se vincula estrechamente con la libertad de enseñanza que, por una parte, asegura el derecho a crear, organizar y mantener establecimientos educativos y, de otra, asegura que los padres puedan elegir libremente el que quieren para sus hijos.

Desde esta perspectiva, la libertad de enseñanza opera como una *“proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones”²⁶*, por lo que *“encuentra base además en la salvaguarda del pluralismo religioso y cultural”²⁷.*

Así y en una aproximación complementaria, la libertad de enseñanza se sitúa también en la base del régimen político, puesto que *“se erige como una protección frente al poder de la autoridad en esta actividad propia del ser humano: la transmisión de ideas -conocimientos y habilidades- de un individuo a otro, la indicación de la ruta a seguir -de acuerdo a la raíz etimológica de enseñanza- de los padres a sus hijos, del maestro a sus discípulos”²⁸.*

Siendo así, es preciso concebir, entonces, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza en clave de *garantía institucional*, recordando la *“(…) categoría acuñada en los años veinte por la doctrina alemana, con la que se persigue la protección frente al legislador de determinadas instituciones que se recogen in nuce en la Constitución. La garantía*

25 *Contribuciones a la Discusión Constitucional: Libertad de Enseñanza y Derecho a la Educación* (Centro de Políticas Públicas UC, 2021) p. 2.

26 Antonio Embid: “La Jurisprudencia de Tribunal Constitucional sobre la Enseñanza”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5, N° 15, 1985, p. 190.

27 Hugo Tagle Martínez: “El Estado y la Educación”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 15, 1988 y Angela Vivanco: “Derecho a la Educación y Libertad de Enseñanza: Un Aparente Conflicto y sus Efectos sobre una Proposición Normativa en Chile”, *Temas de la Agenda Pública*, Año 2, N° 8, 2007, p. 7.

28 María Trinidad Schleyer G.: “La Libertad de Enseñanza”, *Libertad y Desarrollo: Serie Informe Legislativo*, N° 60, 2020, p. 8.

*institucional vendría a ser aquella protección constitucional que preserva a una institución no sólo de su destrucción, sino de su desnaturalización, al prohibir vulnerar su imagen maestra (...)*²⁹.

De ahí la relevancia que el sistema educativo (si se puede hablar así) dé cuenta de la mayor variedad posible de proyectos educativos no sólo desde la pedagogía, la metodología o las variantes curriculares, sino también y más importante, desde la perspectiva de los proyectos educativos con idearios diversos y plurales. Es obligación de todos y, por ende, primeramente de la autoridad legislativa, contribuir a que así ocurra.

Por eso, el aporte económico estatal es decisivo y no constituye una gracia o mera liberalidad, sino un deber.

En esta perspectiva, es interesante examinar la más reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos en la materia, por ejemplo, a propósito del caso *Espinoza vs. Montana Department of Revenue* o en *Carson vs. Makin*³⁰, con motivo del financiamiento público de escuelas con orientación religiosa, donde se opta por el derecho de los padres a elegir para sus hijos un establecimiento educacional, aunque sea privado, conforme a la orientación religiosa que sustente.

Si ello es así, por cierto, la obligación estatal de contribuir económicamente no puede usarse como argumento para disminuir o afectar la autonomía de las instituciones de enseñanza, aunque no ha sido ésta la línea de decisión que ha seguido el Tribunal Constitucional de Chile. Si es un deber, entonces, no habilita para sostener una mayor intervención legislativa o administrativa en su desenvolvimiento, pues ello, afectando la autonomía institucional, mellaría su ideario y volvería ilusorio o meramente formal el derecho de los padres de optar por esa institución para sus hijos.

²⁹ Antonio Cidoncha Martín: "Garantía Institucional, Dimensión Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial", *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 23, 2009, p. 150. Más detalles sobre su origen histórico, Eduardo Cordero Quinzacara: "Las Garantías Institucionales en el Derecho Alemán y su Proyección en el Derecho de Propiedad", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 14, No 2, 2007, pp. 81-99.

³⁰ María Soledad Riccardi: "Acerca de Carson v. Makin: Los Contornos Jurídicos del Libre Ejercicio de la Religión en el Ámbito Educativo Estadounidense", *Forum* N° 14, 2022, pp. 117-148.