

OBJECIONES DE CONSTITUCIONALIDAD AL PROYECTO QUE IMPONE A LOS ESTABLECIMIENTOS MOGENÉRICOS LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR UN PROCESO PARTICIPATIVO PARA DETERMINAR SI HAN DE MANTENER ESA CONDICIÓN (BOL. 11.850-04)

Fernando Atria\*

Este informe discute las objeciones de constitucionalidad que se han formulado en contra del proyecto en referencia. Dichas objeciones pueden diferenciarse en cuestiones de forma y de fondo.

En cuanto a las cuestiones de forma, se discutió en la comisión de Educación, según da cuenta el informe respectivo, la calificación del proyecto de ley en cuestión. Algunos senadores afirmaron que se trata de normas que conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N°11 del texto constitucional serían de naturaleza orgánica constitucional, y debería en consecuencia ser tramitado como tal. El mismo informe da cuenta de algunas opiniones conforme a las cuales el proyecto, iniciado en moción, sería inconstitucional porque se refiere a materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la república. En cuanto a las cuestiones de fondo, se sugirió ante la Comisión de Educación que el proyecto era inconstitucional por afectar indebidamente la libertad de enseñanza.

Se discutió, adicionalmente, sobre la eventual calificación de "discriminación arbitraria" de la distinción por género que realizan los establecimientos monogenéricos; por razones que se explicarán al final de este informe, esta discusión es irrelevante para la calificación de este proyecto.

OBJECIONES DE FORMA

1. SE TRATA DE UN PROYECTO QUE POR SU CONTENIDO DEBE SER TRAMITADO COMO LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

La regla constitucional relevante

El artículo 19 N°11 inciso final dispone que

Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y

\* Profesor de derecho, Universidad de Chile. Presidente de la Fundación La Casa Común.

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.

No ha habido alegación de que el presente sería un proyecto de ley orgánica constitucional en virtud de la primera disposición (requisitos mínimos etc). La cuestión es si este proyecto crea un nuevo requisito para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales a los que se refiere.

#### Tipos de reglas que fijan el régimen de los establecimientos educacionales

Los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales están contenidos en el artículo 46 de la ley 20370, general de educación. El proyecto en cuestión no modifica el referido artículo 46 ni crea nuevos requisitos para el reconocimiento. Para apreciar esto es posible distinguir tres categorías de reglas en lo que se refiere a los establecimientos educacionales.

La primera categoría está compuesta por disposiciones jurídicas que establecen las condiciones bajo las cuales "el Ministerio de Educación reconocerá oficialmente a los establecimientos educacionales que impartan enseñanza en los niveles de educación parvularia, básica y media". Estas disposiciones están contenidas en el artículo 46 de la ley 20370, general de educación. Lo que distingue a estas exigencias es que se trata de condiciones legalmente exigidas para que un proyecto que no ha sido aún reconocido oficialmente por el Estado pase a serlo.

La segunda categoría la conforman disposiciones que imponen a los establecimientos educacionales obligaciones cuya infracción puede eventualmente ser sancionada con la pérdida del reconocimiento oficial. Dicha pérdida aparece en el catálogo de sanciones que, conforme al artículo 5 de la misma ley, la Superintendencia de Educación puede aplicar a los establecimientos educacionales respecto de ciertas infracciones.

La tercera categoría la componen disposiciones jurídicas que imponen obligaciones a los establecimientos educacionales cuya

infracción tiene, conforme a la ley, sanciones que no incluyen la pérdida del reconocimiento oficial.

Estas tres categorías no son solo construcciones interpretativas. La propia ley hace referencia a las dos primeras, y contiene disposiciones que por descarte deben corresponder a la tercera. En efecto, el artículo 50 dispone que

En caso de pérdida de alguno de los requisitos para ser reconocido oficialmente; de incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 32 y 34 y en las normas señaladas en el artículo 16, o en el caso de obtención de resultados educativos reiteradamente deficientes respecto de los estándares nacionales, de conformidad a lo que la ley establezca para tales efectos, y oído previamente el sostenedor o representante legal, el establecimiento educacional podrá ser sancionado de conformidad a lo establecido en el inciso séptimo de este artículo.

Como puede observarse, la ley dispone que la pérdida de alguno de los requisitos para obtener el reconocimiento oficial es solo uno de los casos en los que los establecimientos educacionales pueden ser sancionados, pese a que entre las sanciones contenidas en el inciso 7° referido está la pérdida del reconocimiento oficial. Esto muestra que en el sistema de la propia ley es correcto decir que hay obligaciones que no deben ser entendidas como parte de los requisitos para obtener el reconocimiento oficial pese a que, en su caso, pueden ser sancionadas con la pérdida de dicho reconocimiento.

A mi juicio, sólo de la primera de las tres categorías anteriores puede en rigor decirse que son disposiciones que establecen requisitos para obtener el reconocimiento oficial y son por consiguiente, atendido lo dispuesto en el artículo 19 N°11 del texto constitucional, materia de ley orgánica constitucional. Aunque las reglas de la segunda categoría puede implicar, cuando son infringida en circunstancias especialmente calificadas, la pérdida del reconocimiento aplicado como sanción, sería un error entender que ellas son parte de los requisitos legales para obtener el reconocimiento. Eso sería análogo a afirmar que las reglas del código penal, cuya infracción puede implicar la sanción de presidio, son requisitos legales para obtener la libertad, lo que sería una descripción manifiestamente absurda.

Ahora bien, como de la infracción de estas reglas de la segunda categoría es en principio posible, en casos especialmente calificados (porque es la sanción más grave y el art. 50 dispone que la sanción debe corresponder a "la naturaleza, gravedad y reiteración de la infracción"), la pérdida del reconocimiento, pese a las consideraciones anteriores hay quienes dirán que todas estas reglas son reglas que fijan requisitos para el reconocimiento oficial. A mi juicio, esta interpretación es incorrecta, pero puede apuntar a una dimensión que le da sustento.

La tercera categoría no establece requisitos ni para acceder al reconocimiento ni para mantenerlo. Por consiguiente, es a mi juicio claro que las disposiciones jurídicas que corresponden a ella no son materia de ley orgánica constitucional.

¿A qué categoría corresponde la regla que el proyecto pretende crear?

Habiendo especificado las tres categorías posibles y la calificación constitucional de las reglas de cada una de ellas, corresponde atender al contenido del proyecto en cuestión.

El proyecto dispone, en lo relevante, que

Los establecimientos educacionales de carácter monogénico realizarán, al interior de su comunidad educativa, un proceso informado, participativo y vinculante, debiendo el respectivo Consejo Escolar decidir si mantienen su condición o se transforman a establecimientos educacionales mixtos.

Tratándose de aquellos establecimientos que no se encuentran legalmente obligados a constituir dicho organismo, deberán encomendar a una entidad de similares características la realización del proceso señalado en el inciso anterior

Es decir, el proyecto impone a todos los establecimientos educacionales monogénicos la obligación de realizar, al interior de la comunidad educativa, un proceso informado, participativo y vinculante para decidir si el establecimiento en cuestión continuará siendo monogénico o se transformará en mixto. Tratándose de establecimientos municipales y particular subvencionados que conforme al artículo 15 de la ley 20370, general de educación, tienen el deber de crear un Consejo Escolar, dicho proceso llevar a una decisión por ese consejo sobre la mantención o no del carácter monogénico del

establecimiento. En el caso de los establecimientos particulares no subvencionados, el proyecto reconoce un margen de decisión al imponerles la obligación de que esa decisión sea tomada por "una entidad de similares características".

¿A cuál de las tres categorías ya identificadas corresponde la obligación que el proyecto pretende crear? Es claro que no corresponde a la primera, porque no modifica el artículo 46 ni crea una condición exigible a los proyectos educacionales que recaban por primera vez el reconocimiento oficial. Para determinar si corresponde a la segunda o a la tercera categoría, es necesario identificar la sanción que, en caso de ser aprobado el proyecto, correspondería aplicar al establecimiento que no cumple con la obligación contenida en él.

Como esa obligación se cumple por un proceso informado, participativo y vinculante realizado por el Consejo Escolar, su cumplimiento será parte del desempeño de las funciones que corresponden conforme a la ley al Consejo Escolar. En efecto, el artículo 15 de la misma ley dispone que ese Consejo tiene "como objetivo estimular y canalizar la participación de la comunidad educativa en el proyecto educativo y en las demás áreas que estén dentro de la esfera de sus competencias". El incumplimiento de la obligación que el proyecto crea podría constituir, a mi juicio, una infracción al artículo 15, en tanto el proceso que el proyecto pretende hacer obligatorio constituiría una especificación legislativa del modo en que el Consejo Escolar desempeña adecuadamente su función de canalizar la participación de la comunidad educativa en el proyecto educativo. Esto permite identificar la sanción a su incumplimiento. Porque el artículo 16 dispone que la infracción a una serie especificada de disposiciones legales (entre las cuales está el artículo 15 ya referido) será sancionada con multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales, la que podrá duplicarse en caso de reincidencia.

La indicación especial de la sanción en el artículo 16 y la referencia al procedimiento del artículo 50 permiten concluir que la referencia que a su vez hace el artículo 50 al artículo 16 comprende el procedimiento establecido en el artículo 50, no a las sanciones de

su inciso 7°. Por consiguiente, el incumplimiento de la obligación que el proyecto crea no trae aparejada como sanción posible la pérdida del reconocimiento oficial. Es decir, la obligación que el proyecto busca crear pertenece claramente a la tercera de las categorías ya indicadas.

Por las razones ya indicadas, es indudable que esa tercera categoría no puede entenderse que fije condiciones para el reconocimiento oficial. Es manifiesto, entonces, que el contenido del proyecto no crea un nuevo requisito para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales ni en la interpretación (correcta) del artículo 19 N°11 (solo la primera categoría), ni en la interpretación laxa identificada más arriba (incluyendo también la segunda categoría). Por consiguiente el proyecto no es materia de ley orgánica constitucional.

## 2. ES UN PROYECTO INICIADO EN MOCIÓN SOBRE MATERIAS DE INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

El proyecto en discusión sería, según sostuvo en la comisión el abogado sr. Jorge Barrera, de iniciativa exclusiva por dos razones: porque al regular "requisitos para percibir aportes públicos" sería un proyecto relativo a la "administración financiera o presupuestaria del Estado", y porque se trataría de un proyecto que pretende "determinar las funciones o atribuciones de los servicios públicos".

No es necesario detenerse en detalle sobre estos argumentos, porque ellos son manifiestamente incorrectos. En efecto, no puede entenderse que el proyecto establece requisitos para recibir aportes públicos ni que se refiere a la administración financiera o presupuestaria del Estado, en la medida en que pretende crear una obligación aplicable a todos los establecimientos educacionales en tanto establecimientos educacionales. Lo contrario sería dar a las reglas del texto constitucional una interpretación desmesurada, que implicaría que los parlamentarios carecen de iniciativa cuando se trate de cualquier regla que, directa o indirectamente, imponga obligaciones a entidades estatales. Un recorte tan extraordinariamente significativo a las potestades de los parlamentarios es totalmente

injustificado en términos constitucionales, y descansa, como la objeción anterior, en una interpretación especialmente laxa del texto constitucional.

### OBJECIONES DE FONDO

#### 3. EL PROYECTO NO AFECTA LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

La segunda razón por la que podría alegarse la inconstitucionalidad del proyecto es que él atentaría contra la libertad de enseñanza. Como se sabe, ésta está caracterizada y protegida por el artículo 19 N° 11 del texto constitucional, que la define como "la libertad de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales".

Aunque eso va evidentemente mucho más allá de lo que efectivamente la disposición constitucional protege, tradicionalmente se ha entendido la libertad de enseñanza como no solo la libertad de "abrir, organizar y mantener" establecimientos educacionales, sino de fijar unilateralmente su proyecto educativo. Hasta la ley 20845, de inclusión, el reconocimiento legal de dicho proyecto educativo alcanzaba un grado tan desmesurado que permitía a los establecimientos apelar a ese proyecto para rechazar postulaciones de estudiantes que habían libremente elegido ese establecimiento, incluso cuando el establecimiento tenía cupos disponibles para ellos.

Estas consecuencias extremas de la libertad de enseñanza han sido, afortunadamente, legalmente corregidas. Pero esa misma tradición desmesurada de comprensión de la libertad de enseñanza nos ha heredado la idea referida, de que la protección que el texto constitución concede a la libertad de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales alcanza, y tiene igual protección, que la de fijar unilateralmente su proyecto educativo.

Es esta dimensión de la libertad de enseñanza la que se invoca para acusar la inconstitucionalidad del proyecto. Esta comprensión desmesurada de la libertad de enseñanza asume que ella implica que los proyectos educativos no pueden ser regulados por el legislador, y que la ley no tiene competencia para establecer las condiciones de dichos proyectos. En el caso particular, la obligación que se pretende

imponer es una obligación que, desde el punto de vista del contenido, es claramente limitada. El proyecto respeta la autonomía de los establecimientos para determinar si mantener o no su carácter monogénico, aunque dispone que ellos debe ser el resultado de un proceso informado, participativo y vinculante. Es importante destacar que el proceso al que el proyecto llama a los establecimiento es uno que ha de involucrar a los miembros de la comunidad escolar, quienes han manifestado su adhesión, precisamente en la medida en que tienen esa calidad, con el proyecto educativo del establecimiento. Es decir, el proyecto pretende que la cuestión del carácter del establecimiento sea consecuencia de un proceso de discusión y decisión que involucre a todos los actores de la comunidad educativa, de modo que el proyecto respectivo sea desarrollado por todos, como en una genuina comunidad, y no impuesto desde arriba.

Por cierto, la prudencia u oportunidad de crear esta obligación puede ser materia de discusión. Es decir, habrá quien opine que es preferible mantener una comprensión jerárquica, ordenada por la propiedad, de las comunidades educativas, en la que el sostenedor decide y el resto simplemente acata; otros dirán que la comunidad educativa debe dar progresivamente participación a sus miembros en tanto ciudadanos, y que ella debe hacer propio el proyecto educativo desarrollándolo ente todos sus integrantes. Lo que a mi juicio es absurdo es sostener que el legislador no tiene competencia para especificar, del modo en que lo hace el proyecto de ley, qué carácter han de tener las comunidades educativas. Si a esta interpretación desmesurada de la libertad de enseñanza se suma la objeción anterior conforme a la cual el legislador carece de iniciativa respecto de la creación de cualquier obligación que pueda afectar a entidades públicas o incluso a entidades privadas subvencionadas por el estado, el resultado es la reducción del Congreso Nacional a una figura donde sólo se pueden discutir irrelevancias o las cuestiones que el Presidente de la república proponga.

¿ES LA DISTINCIÓN POR GÉNERO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA?

Ante la comisión se ha discutido si la distinción por género, tratándose de establecimientos monogénicos, es discriminación arbitraria. A mi juicio esta discusión es irrelevante, porque el legislador tiene evidentemente un espacio para decidir si distinciones tradicionales y habituales son, incluso sin calificar como constitucionalmente "arbitrarias" en el sentido del artículo 19 N°2, socialmente nocivas al menos en el sentido de que deben ser combatidas, desincentivadas o al menos tematizadas.

En el caso del proyecto en discusión, nótese que se opta por la versión más débil. El proyecto no prohíbe los establecimientos monogénicos y no los desincentiva, sino solamente busca que las comunidades escolares puedan tematizarlas, lo que implica que si esos proyectos han de continuar ello sea consecuencia de una decisión participativa en tal sentido y no del solo peso de una tradición que se mantiene incuestionada.

El proyecto, entonces, no necesita, como parte de su justificación, afirmar que la existencia misma de estos proyectos es discriminatoria (en realidad, el hecho de que no los prohíba implica que acepta que no se trata de una discriminación arbitraria). Lo que el proyecto supone es que puede haber diversas razones por las cuales esos proyectos se mantienen en su carácter de monogénico. En algunos casos, ese carácter responderá a características del proyecto educativo que podrán ratificarse después del proceso participativo que conforme al proyecto las comunidades educativas deberán realizar; en otros, se han mantenido por la sola inercia de la tradición y las comunidades educativas, al discutir al respecto, podrán reconocer esto y adoptar las medidas para actualizarlo.

El proyecto de ley supone un juicio, entonces, sobre la conveniencia de que la cuestión sea discutida. Es correcto decir que la necesidad de esa discusión, con independencia de su resultado, es consecuencia de nuestra actual especial sensibilidad al contenido discriminatorio de formas tradicionales de conducta, desde la distribución de las tareas productivas y reproductivas a los comentarios que los hombres se sienten legitimados para hacer en la

calle al ver pasar una mujer. En este contexto de prácticas tradicionales que se develan como discriminatorias ahora, pero que hasta hace poco eran vista como "naturales", el proyecto puede presentarse como lo que el legislador le debe a las mujeres: si en muchos ámbitos hemos descubierto que prácticas tradicionales son discriminatorias, no puede excluirse de entrada que la distinción entre hombres y mujeres tratándose de establecimientos monogénicos sea una de ellas. Si esta posibilidad existe, la solución del proyecto parece la mínima aceptable; algo menos que eso sería no tomar en serio la demanda de igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Porque el proyecto permite la mantención del carácter monogénico de esos establecimientos, si eso es consecuencia de un proceso participativo al respecto. Es decir, el proyecto implica una exigencia, para quienes quieran continuar con proyectos educativos monogénicos, de someterlas a un proceso en el que su posible contenido discriminatorio sea discutido y seriamente considerado.

El proyecto, entonces, no necesita descansar en la afirmación de que la existencia de escuelas monogénicas es per se discriminatoria; descansa más bien en la idea de que la mantención irreflexiva de distinciones de género hace demasiado probable la perpetuación de discriminaciones, por lo que debe evitarse.

Y si el legislador no puede hacer siquiera esto, uno se pregunta qué sentido tiene que exista.