

## Cuotas obligatorias de alumnos “vulnerables” en la educación subvencionada: Defectos constitucionales

LUCAS SIERRA

- Este texto analiza la cuota de un 15% de “vulnerabilidad” que se busca introducir en la educación particular desde el punto de vista de los derechos constitucionales.
- Dicha cuota se sostiene, no maximiza ningún derecho constitucional. Por el contrario, amenaza los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza.
- Los objetivos que parecen perseguirse con la cuota aún no han sido clarificados por sus defensores. Con todo, algunos de los objetivos que cabe imaginar son socialmente deseables, si bien no materializan ningún derecho constitucional.
- Es razonable pensar que en nuestro esquema constitucional los legisladores se encuentran bajo un *mandato de ponderación*: deben elegir la regla que maximiza un derecho constitucional, dejando incólumes otros derechos constitucionales o lesionándolos lo menos posible. Sin maximizar ningún derecho constitucional, la cuota del 15% sólo lesiona derechos.
- Para alcanzar los objetivos sociales que la cuota parece buscar, una alternativa constitucional es establecer una subvención diferenciada, esto es, mayores recursos para los alumnos “vulnerables”. Así, se podrían perseguir esos objetivos sociales maximizando los derechos constitucionales a la educación y a la libertad de enseñanza.
- Lo anterior significaría que los legisladores obedecen el mandato de ponderación a que deben sujetarse en una democracia constitucional y liberal. Significaría, también, que los legisladores saben distinguir entre argumentos *de política* y argumentos *de principio*.

---

**Lucas Sierra.** Abogado, Universidad de Chile. Master en Derecho (LL.M.), Universidad de Yale. Doctor (Ph.D.) en Ciencias Sociales y Políticas, Universidad de Cambridge. Profesor de Derecho en la Universidad de Chile. Investigador del CEP.

### Introducción

En lo que sigue analizo la regla que pretende imponer una cuota de 15% de “alumnos vulnerables” en la educación subvencionada, a la luz de los derechos constitucionales. Dicha cuota se originó en una indicación parlamentaria, respaldada por el Gobierno, a objeto de reformar el D.F.L. 2 de 1998, sobre subvenciones escolares. Si se aprueba esta reforma, un colegio subvencionado deberá abrir todos los años una “cuota” en su matrícula, de tal manera que si en un año, por ejemplo, abre 100 matrículas, recibe 150 postulaciones y entre ellas hay 15 postulantes “vulnerables”, debe aceptarlos, sin posibilidad de seleccionar. Si no los acepta, pierde la subvención fiscal que sostiene al colegio. La indicación presentada no define qué se debe entender por “vulnerabilidad”, simplemente agrega que ésta debe ser “socioeconómica y familiar”. Si esta indicación se aprueba, será tarea del Gobierno precisar esta amplitud mediante una norma administrativa.

### Dos derechos constitucionales amenazados

Dos son los derechos constitucionales que afecta esta propuesta: el *derecho a la educación* y el *derecho a la libertad de enseñanza*.

El primero, *a la educación* (Art. 19 n. 10 de la Constitución) dice:

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. La educación básica es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población. Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles;

estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.

El segundo, *a la libertad de enseñanza* (Art. 19 n. 11) dice:

La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna. Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos...

De acuerdo a estos dos artículos, la imposición de esta cuota de “vulnerabilidad” es inconstitucional. Afecta la libertad que deben tener los colegios para enseñar y el derecho “preferente” que tienen los padres en la educación de sus hijos. Y los afecta sin dar pruebas que la puesta en práctica de esta cuota “fomente el desarrollo de la educación”, según le exige al Estado la Constitución.<sup>1</sup> La inconstitucionalidad de esta cuota radica en que disminuye la capacidad de los colegios, y de los padres, para seleccionar.

La posibilidad de seleccionar (tanto alumnos como profesores) parece estar en el núcleo de la libertad de enseñanza. Así, por ejemplo, un colegio de religión evangélica no debería, como cuestión de principio, estar obligado a matricular estudiantes católicos. En el caso de una educación costeadada privadamente, este es un principio

<sup>1</sup> Sobre los problemas conceptuales que desde el punto de vista de la teoría de la educación presenta esta cuota, véase Fontaine (2003). Para los problemas prácticos y económicos que la cuota exhibe en el escenario de la educación chilena, véase Le Foulon (2003).

que tiende al absoluto. Si hay recursos fiscales involucrados, la fuerza de este principio disminuye: cuando sólo hay recursos fiscales involucrados (los padres no pagan nada), la capacidad de seleccionar tiende a desaparecer. Así, como cuestión de principio también, un colegio municipalizado debería aceptar tanto evangélicos como católicos.

En Chile, sin embargo, entre la educación particular pagada y la municipal existe la educación particular subvencionada. Esta tiene algo de las dos anteriores: es fiscal por el origen de sus fondos, y privada por su propiedad y administración. Los colegios particulares subvencionados que tienen financiamiento compartido (que son la mayoría de los particulares subvencionados) son privados, además, en la proporción de recursos que aportan los padres. La cuota del 15% los afecta de un modo que es inconstitucional.

Los siguientes casos ejemplifican esta inconstitucionalidad: un determinado colegio subvencionado evangélico se ve obligado a recibir un 15% de postulantes “vulnerables” católicos. O bien, un colegio subvencionado que quiere entregar una educación basada en la música, debe aceptar un 15% de postulantes “vulnerables”, aun cuando no tengan el menor oído. O, en fin, un colegio que quiere enfatizar los deportes en el proceso educativo, debe aceptar un 15% de postulantes “vulnerables”, aun cuando no tengan ninguna aptitud o interés en el deporte.

### **¿Qué derechos maximiza la cuota?**

#### **El mandato de ponderación sobre los legisladores**

Conforme al constitucionalismo liberal, los legisladores están bajo un mandato de ponderación: a la hora de adoptar decisiones, los legisladores deben decidir la regla que maximiza un derecho constitucional, dejando incólumes otros derechos constitucionales o lesionándolos lo

menos posible.<sup>2</sup> La cuota del 15% afecta gravemente la libertad de enseñanza, sin maximizar otros derechos.

No está claro, sin embargo, qué derechos se busca maximizar con la imposición de la cuota. Parecería que con ella se quiere maximizar el derecho a la educación de los más pobres (los “vulnerables”) y, también, su derecho constitucional a la igualdad, en el sentido de que la segregación escolar por nivel socioeconómico que hoy existe pugnaría con la igualdad ante la ley que el texto constitucional garantiza. Si bien ambos propósitos son loables, ellos no se sustentan, ni menos maximizan, derechos constitucionales. No tienen que ver ni con el derecho a la educación, ni con el derecho a la igualdad. Parto por el primero.

#### **El derecho a la educación como cobertura y no como calidad**

El derecho a la educación busca asegurar a todas las personas la posibilidad de acceder a la educación, en su nivel básico al menos.<sup>3</sup> Lo que la Constitución asegura aquí es cobertura, es decir, asegurar a todos la posibilidad de ser expuestos a un nivel mínimo de educación. No asegura, por tanto, una cierta calidad de educación básica; sólo asegura la posibilidad de tenerla. La Constitución asegura como derecho sólo cobertura por la misma razón por la que garantiza el derecho a una cobertura básica de salud, pero no a una determinada calidad de atención médica; o garantiza el derecho a la libertad de trabajo, pero no a tener un trabajo; o, finalmente,

<sup>2</sup> Esta idea está asociada a Robert Alexy. Al respecto, puede verse Fuenzalida (2003: 86-8). Para una aplicación de esta idea a propósito del debate sobre el financiamiento de la política en Chile, véase Peña (2002: 167-172).

<sup>3</sup> En estos días se acaba de ampliar esta garantía al nivel de la enseñanza media.

a la propiedad, pero no a una cierta riqueza. Pensar otra cosa es suponer que la Constitución es demagógica: promete lo que no puede estar segura de poder cumplir.

El derecho a la educación, por tanto, se refiere a la cobertura. En Chile la cobertura está provista por la educación municipalizada. Es el último bastión: aquellos alumnos excluidos de todas partes son, siempre, admitidos por el Estado. En su forma elemental, por tanto, este derecho está servido por la educación municipalizada y, también, por los fondos fiscales que se dedican a la particular subvencionada. Al propio tiempo, este esquema actualiza elementalmente la igualdad que la Constitución asegura a los chilenos: todos, incluso los más pobres, pueden acceder a la educación.

Podrá decirse, con todo, que se trata de derechos *insuficientemente* servidos ya que hay entre nosotros significativas diferencias de calidad. Como se sabe, los establecimientos con una matrícula mayoritariamente baja en términos socioeconómicos (mayoritariamente “vulnerable”) exhiben, en promedio, rendimientos académicos bajos. Esta realidad, sin embargo, no envuelve un problema constitucional, al menos no uno de derechos constitucionales. Como ya se insinuó más arriba, pensar esto como un problema de derechos constitucionales implicaría abrir las compuertas a una imparable avalancha argumentativa pues la calidad es un criterio que tiende al infinito. ¿Qué grado de calidad debe asegurar el Estado? ¿Qué grado de calidad puede asegurar el Estado? Estas son preguntas retóricas, que en el debate político sólo pueden arriesgar el peligro de la demagogia. Por esto, hay que dejar a la calidad de la educación fuera de esta discusión sobre derechos constitucionales, y considerar que el derecho a la igualdad y el derecho a la educación se refieren sólo a cobertura. Esto no significa, obviamente, que el Estado debe abandonar el esfuerzo por mejorar la

calidad de la educación. Este es un objetivo social valioso, reforzado por el deber que el Estado tiene en perseguirlo. Pero, insisto, no puede ser considerada una cuestión de derechos constitucionales sin arriesgar demagogia.

### **La educación como un fenómeno de desigualdad**

Asimismo, existiendo cobertura, la idea misma de “igualdad” se desdibuja. Desde el piso mínimo de la cobertura, y pensadas las cosas dos veces, es la idea de “desigualdad” la que está al centro del proceso educativo: la evaluación de un alumno no es otra cosa que el registro de la desigualdad. La educación es, o debería ser, un proceso meritocrático: se evalúa desigualmente el mérito desigual. Puede ocurrir que el 15% “vulnerable” como único criterio sea poco meritorio. Su imposición mediante una cuota pareja, ciega a la desigualdad de mérito, quiebra este esquema basado en el mérito.

El respeto de la meritocracia por parte de un colegio puede ser un criterio básico de los padres a la hora de elegir la educación de sus hijos. Otros criterios también pueden serlo, como la religión, la música, los deportes o cualquier otro que refleje el interés de los padres y de las autoridades del colegio. Como se apuntó más arriba, esta posibilidad está garantizada constitucionalmente, tanto por el derecho a la educación como por el que protege *la libertad* de enseñanza. La imposición de una cuota –con la ceguera propia que tienen todas las cuotas– vulnera no sólo la libertad de enseñanza –pues plantea la obligación de matricular a alumnos distintos o, incluso, refractarios al pensamiento de una comunidad educativa–, sino que también el derecho preferente de los padres a definir la comunidad en que se educan sus hijos. Las autoridades y padres de los colegios particulares pagados pueden gozar al máximo de estos de-

rechos. ¿Por qué no tratar que también lo hagan quienes tienen menos recursos?

### **El financiamiento compartido y las comunidades escolares**

Durante el gobierno de la Concertación se incorporó a la educación subvencionada la modalidad del financiamiento compartido. De acuerdo a ella, los padres aportan una cantidad que ayuda a engrosar los fondos que el sostenedor recibe del fisco. Esto no sólo ha permitido contar con más fondos para una actividad siempre necesitada de ellos, sino que también es una forma de incentivar un mayor compromiso y participación de los padres en la educación de sus hijos. Como el sentido común y la experiencia lo sugieren, es más fácil comprometerse con una actividad colectiva a la que se han contribuido esfuerzos o recursos. El financiamiento compartido facilita que esto ocurra, ayudando a generar un sentido de pertenencia que, como lo han demostrado diversos estudios, sirve para impulsar una educación de mejor calidad.<sup>4</sup>

Mecanismos como el financiamiento compartido, entonces, facilitan la formación de comunidades educativas que, actualizando los derechos constitucionales de las autoridades, padres y también alumnos, permite ir mejorando al mismo tiempo la calidad de la educación que imparten. Sin duda, ésta es una forma de hacer rendir los recursos fiscales que la sociedad les entrega.<sup>5</sup> En este esquema, la cuota del 15% resulta una imposición autoritaria y arbitraria, que llenará de tensión a los colegios afectados, vulnerando dos derechos constitucionales, sin maximizar ningún otro derecho constitucional.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, Lehmann (1994).

<sup>5</sup> Por esto mismo, cabe exigir a estos colegios transparencia y rigurosidad en su inversión; como también en la forma en que llevan adelante sus procesos de matrícula. La reforma legal en estudio contempla medidas para garantizar que esto ocurra, lo que, a diferencia de la incorrecta cuota, parece razonable.

### **Argumentos de principio y de política: La subvención diferenciada como alternativa constitucional**

Podrá argumentarse contra lo anterior esgrimiendo las eventuales consecuencias benéficas del denominado *peer-effect*. Como lo apunta Fontaine (2003), la literatura al respecto no es concluyente. Supongamos, con todo, que pueda tener efectos benéficos. En el terreno de la Constitución, sin embargo, hay que andarse aquí con cuidado. Me parece que una interpretación moralmente correcta de nuestra estructura constitucional debe subrayar esa vieja idea kantiana de que las personas, como agentes morales, son fines en sí mismos y no pueden mirarse como instrumentos para lograr fines externos a ellas. Pues bien, la lógica del *peer-effect* arriesga el peligro de instrumentalizar a determinados alumnos para beneficiar a los que no lo son (en este caso, a los que la autoridad administrativa califique como “vulnerables”). Este peligro se materializa si, como en el caso de la reforma legal en curso, el *peer-effect* es buscado coactivamente, es decir, si se impone desde arriba a las comunidades educativas.

No se materializa, en cambio, si es un objetivo buscado por la propia comunidad educativa, de manera espontánea o inducida: el Estado, por ejemplo, ofrece una mayor subvención a los alumnos “vulnerables” a fin de que resulte atractivo para las comunidades incorporarlos. En lugar de la cuota, entonces, nuestros legisladores deberían pensar en una subvención diferenciada: mayor subvención para los “vulnerables”. Esta es la alternativa que no contradice la Constitución, sino que es perfectamente compatible con ella al obedecer el mandato de ponderación.

Siendo la regla de defecto del sistema educativo la educación municipal –que recoge todos los alumnos que las dos otras formas de educación rechaza– la posibilidad de seleccionar (tanto alumnos como profesores) debería ser

una opción fuerte de los colegios. La “integración” social –esto es, lo que Fontaine (2003) llama objetivos de “educación cívica”– y el *peer-effect*, podrán ser objetivos sociales deseables, pero no corresponden a derechos constitucionales.

Este punto resulta más claro a la luz de una distinción introducida por Ronald Dworkin (1984: 72-83) que es ya un lugar común en la argumentación constitucional: hay argumentos de *política* y argumentos de *principio*. Los primeros se refieren a un objetivo socialmente deseado, pero no arrancan de las exigencias de justicia que provienen de un derecho constitucional. No se corresponden con un derecho constitucional. Tampoco pueden perseguirse dichos objetivos si al hacerlo se vulnera algún derecho constitucional. Los segundos, los argumentos de principio, pueden o no coincidir con un objetivo socialmente deseado, pero sí arrancan del contenido de justicia encapsulado por uno o más derechos constitucionales. En este esquema, los objetivos de “integración” y *peer-effect* que se buscaría con la cuota del 15%, corresponden a argumentos de política, no de principio.

Para alcanzar tales objetivos, los legisladores deben buscar alternativas que no vulneren derechos constitucionales y no contradigan los argumentos de principio que de ellos se derivan. Los legisladores, sabemos, se encuentran bajo un mandato de ponderación. En este caso, la alternativa es la subvención diferenciada: más recursos para los alumnos “vulnerables”, a fin de hacerlos atractivos al sistema subvencionado.

Esto permitiría que opere la voluntad de todos los involucrados y no una autoritaria imposición vertical con forma de anacrónica ingeniería social. Una subvención diferenciada permitiría, en definitiva, lograr esos objetivos potenciando los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza.

### Referencias

- Dworkin, Ronald (1984) *Los Derechos en Serio*, Barcelona: Ariel.
- Fontaine, Loreto (2003) “Cuotas obligatorias de alumnos “vulnerables” en la educación subvencionada: Antecedentes para la Discusión”, en *Puntos de Referencia*, 267 Junio, Santiago: CEP.
- Fuenzalida, Pablo (2003) “Justificación de la Constitución Política como premisa normativa”, en *Derecho y Humanidades*, 9, 2002-2003, Santiago: Derecho, U. de Chile, pp. 69-96.
- Le Foulon, Carmen (2003) “Cuotas obligatorias de alumnos “vulnerables” en la educación subvencionada: Un Diagnóstico”, en *Puntos de Referencia*, 268 Junio, Santiago: CEP.
- Lehmann, Carla (1994) “El sentido de pertenencia como catalizador de una educación de calidad”, en *Estudios Públicos*, 56 Primavera, Santiago: CEP, pp. 141-162.
- Peña, Carlos (2002) “El sonido del dinero: el gasto electoral y la libertad de expresión”, en *Estudios Públicos*, 87 Invierno, Santiago: CEP, pp. 131-174.



# Sumario

Nº 90 Otoño 2003

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS  
Monseñor Sótero Sanz 175,  
Fono 231 5324

# ESTUDIOS PÚBLICOS

[www.cepchile.cl](http://www.cepchile.cl)

*El "seguro" para los subcampeones  
electorales y la sobrevivencia de la Concertación* **John M. Carey y Peter Siavelis**

*Barras bravas: Teoría económica y fútbol* **Enrique Gherzi**

*Exigencias para la construcción de una prueba  
de selección a la universidad* **Bárbara Eyzaguirre**

*Técnicas de medición en pruebas de admisión  
a las universidades* **Francisca Dussailant**

*La necesaria complementariedad entre teoría clásica de la  
medición (TCM) y teoría de respuesta al ítem (IRT)* **Jorge Manzi y Ernesto San Martín**

*Teoría clásica de medición o teoría de respuesta al ítem:  
La experiencia sueca* **Christina Stage**

*Tomás de Aquino: Libertad, razón y bienes humanos* **John Finnis**

*La transformación de la visibilidad* **John B. Thompson**

*Del humor, del dolor, y de la risa:  
Crónica de una depresión* **Alfredo Bryce Echenique**

*El feminismo en retirada: A propósito del libro Right-Wing  
Women in Chile: Femenine Power and the Struggle  
against Allende 1964-1973, de Margaret Power* **Ana María Stuvén**

## Documentos

*Antología del Defensor de la Paz, de Marsilio de Padua* **Óscar Godoy Arcaya**

*Regulación del financiamiento de la actividad política* **Comisión Asesora Presidencial**

**SUSCRIPCIONES: Anual \$ 9.000 • Bianual \$ 13.500 • Estudiantes \$ 5.000**