



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Derecho y política de la educación Superior Chilena: evolución, Crisis y reforma

Leon Reyes, J.J.

Citation

Leon Reyes, J. J. (2018, October 11). *Derecho y política de la educación Superior Chilena: evolución, Crisis y reforma*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/66123>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/66123>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/66123> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Leon, Reyes J.J.

Title: Derecho y política de la educación Superior Chilena: evolución, Crisis y reforma

Issue Date: 2018-10-11

CONCLUSIONES

Después de una larga y accidentada tramitación, el Congreso Nacional de Chile aprobó, en enero de 2018, el proyecto de reforma a la educación superior de la Presidenta Bachelet. Aunque el proyecto contiene 124 artículos permanentes y 46 transitorios, y recibió casi 700 indicaciones en el segundo trámite, el Senado y la Cámara de Diputados lo despacharon, en segundo y tercer trámite, en cuestión de horas. La “ventana de oportunidad” para aprobar la reforma se produjo porque eso convenía tanto al gobierno entrante –se zanjaba una discusión de décadas y quitaba a los estudiantes un pretexto para protestar– como al que culminaba su gestión, que cumplía así con uno de sus principales objetivos programáticos. Con la misma celeridad se aprobaron también los proyectos de ley de universidades estatales y la derogación del AFI.

La denominada “gran” reforma del sector vino a modificar sustancialmente la ley orgánica vigente en educación superior en lo relativo a la institucionalidad pública y sancionar de modo permanente el nuevo mecanismo de financiamiento de gratuidad. En la actualidad este beneficia a los estudiantes pertenecientes a 60% de hogares de menores ingresos de la población matriculados en 46 IES (cerca de 342 mil beneficiarios en 2018). Se crean la subsecretaría y la superintendencia de Educación Superior, se modifica la composición de la Comisión Nacional de Acreditación y se hace obligatoria la acreditación institucional, derogando el mecanismo de acreditación voluntaria de carreras a través de agencias privadas con fines de lucro. Se regula de modo muy estricto el carácter sin fines de lucro de las universidades y otras IES, especialmente las adscritas a la gratuidad. Las IES que accedan a la gratuidad también quedarán sujetas a la regulación de sus vacantes y aranceles por parte de la Subsecretaría. De otro lado, la ley deja vigente la estructura del sistema en 4 tipos de IES (universidades, IP, CFT e IES de las Fuerzas Armadas y de Orden); la arquitectura de títulos y grados; el financiamiento vía créditos y becas para los estudiantes no incorporados a la gratuidad (hoy, un 75% de la matrícula total); el carácter mixto del sistema, con libre iniciativa privada y libre elección de los estudiantes; la forma de gobiernos de las instituciones, públicas y privadas, y los mecanismos de financiamiento institucional (aportes basales y concursables).

Tras revisar el proyecto de Ley de Reforma a la Educación Superior, el Tribunal Constitucional, declaró conformes a la Constitución la generalidad de sus disposiciones, en especial lo relativo al régimen de gratuidad y a su financiamiento, pero consideró inconstitucional su artículo 63, referido al estatuto jurídico de las IES organizadas como entidades sin fines de lucro, permitiendo en definitiva que éstas tengan controladores con fines de lucro. La decisión, adoptada por seis votos contra cuatro, corresponde al control preventivo obligatorio de las leyes orgánicas constitucionales, aunque este artículo no fue considerado como tal por las cámaras legislativas ni hubo requerimiento de parlamentarios acerca de su inconstitucionalidad.¹

¹ El TC argumentó que la materia complementa las normas sobre reconocimiento oficial, en tanto agrega un requisito –la naturaleza de los controladores en caso de haberlos– que incide en la

El TC no se limitó en este caso a sobrepasar las atribuciones conferidas por el artículo 93 N° 1 de la Constitución Política, para declarar inconstitucional el art. 63 del proyecto, sino que, además, sin dar mayores razones para ello, otorgó la calidad de leyes orgánicas constitucionales a una serie de normas que *prima facie* carecen de esa calidad, sin que su revisión hubiera sido requerida por el Congreso y dificultando su reforma posterior.

La “gran reforma” presenta, curiosamente, alguna similitud con la LOCE sancionada por el régimen militar el 10 de marzo de 1990: la nueva ley terminó de aprobarse, esta vez en el Congreso Nacional, pocos días antes del cambio de mando, y el nuevo gobierno –como antes sucedió con el de Patricio Aylwin– deberá interpretar e implementar el texto de una ley en cuyo diseño no tuvo participación, procurando en lo posible encontrarle un sentido coherente con su propia visión del sistema de educación superior.

El texto de la reforma aprobada en 2018 fue escrito bajo la inspiración de la idea de la educación (superior) como derecho social, pero probablemente va a ser interpretado y aplicado desde una concepción de la educación como un bien, a la vez, individual y social, de consumo y de inversión, que se desenvuelve en un contexto de sistema mixto y libertad de enseñanza. Paradojalmente, el nuevo gobierno, de Sebastián Piñera, tendrá la posibilidad de leer la ley diseñada por el gobierno anterior, de Michelle Bachelet, basándose en las mismas ideas que inspiraron el texto que se quiso derogar (el de la LOCE original). De seguro habrá un cambio de énfasis en el discurso, desde la prioridad de fortalecer el sistema educacional público hacia la igualdad de trato a todas las instituciones de enseñanza y desde una mirada crítica hacia una valoración positiva de la autonomía y la diversidad institucional, cuidando, en todo caso, de proteger los derechos (individuales) de los estudiantes.

El caso de la reforma a la educación superior chilena (Ley N° 21.091) servirá para verificar que el texto legal admite siempre más de una lectura e, incluso, interpretaciones contrapuestas. Será la Política –no ya la del proceso legislativo, sino el debate, el choque de distintas concepciones, la interacción de múltiples actores y argumentos modelada por un conjunto de decisiones institucionales e individuales– la que dotará de contenido y de significado al texto.

El Derecho, como hemos visto en esta tesis, es un fenómeno social y político. El Derecho de un Estado es el conjunto de normas que los miembros de esa comunidad y, en especial, los jueces y funcionarios viven como socialmente obligatorias. Las autoridades competentes según la Constitución, producen textos que imponen deberes y confieren potestades (las fuentes formales); el cuerpo social, por su parte, reproduce ciertas regularidades de conducta. Las “fuentes” del Derecho requieren ser interpretadas para “descubrir” en ellas o producir las normas jurídicas. La vigencia de un orden

administración de la entidad, la cual debe ser regulada por sus estatutos, cuya reforma está regulada por una LOC (¡así de largo es el rodeo para llegar a una norma que exige ese quórum!), y se basa en la STC Rol N° 1363, considerandos 13° y 14°.

jurídico depende de un conjunto complejo de convenciones o prácticas sociales de reconocimiento, creación y aplicación de las normas jurídicas.

El gobierno de la Nueva Mayoría hizo un gran esfuerzo legislativo y financiero para cambiar la fisonomía del sistema de educación superior chileno, pero no pudo generar un cambio sustantivo y su tiempo se acabó. Ahora, el “instrumento” –la ley de reforma– queda en manos de un intérprete distinto, que intentará leer los textos y dotarlos de significado desde su propio “marco” (Lakoff, 2017). Los actores que conforman el cuerpo social –las instituciones de enseñanza, el movimiento estudiantil, los académicos, etc. – junto con las agencias estatales autónomas buscarán contener y delimitar las posibilidades de interpretación de la autoridad de turno y, para ello, recurrirán también al lenguaje del Derecho.

El fenómeno jurídico no es solo un conjunto de normas e instituciones, sino también de discursos y argumentos. El Derecho, en ocasiones, está indeterminado; su contenido está en discusión. Allí diversas interpretaciones compiten por el título de “Derecho vigente”. El Derecho es entonces la continuación de la política por medios argumentativos. El estudio de cualquier área del Derecho estatal desde una perspectiva dinámica (diacrónica) y no estática debe incorporar este doble carácter, institucional y argumentativo del Derecho. El análisis de la evolución histórica de las instituciones, normas y discursos es una herramienta indispensable, en este caso, para entender el Derecho chileno de la educación superior.

En esta tesis he sostenido que existe una relación fuerte entre la Constitución del Estado y el diseño institucional de su sistema educativo. En cada época o ciclo constitucional se da una cierta fisonomía del sistema jurídico y un determinado diseño institucional del sistema educativo que resulta de la articulación de los principios (valores) en “competencia”, del contexto social y del consenso que se logra en torno a unos específicos objetivos sociales. El cambio de la norma suprema produce también un cambio en la estructura, lo cual redundará a su vez en un cambio de trayectoria de la práctica. El diseño institucional, una vez instaurado, se aplica, moldea el desarrollo del sistema, presenta –tarde o temprano– problemas en su ejecución y genera a su vez un conjunto de interpretaciones que intentan orientar su aplicación, en línea o no con los propósitos originales. Agentes públicos y privados producen tales discursos.

En 2018, año que coincide con el bicentenario de la formación de la República, el gobierno de la Nueva Mayoría quiso, mediante ley, establecer la educación superior como un derecho social y erradicar el mercado –la competencia, la educación vista como un bien de consumo– del sistema educativo. Sin embargo, los principios de iniciativa y participación privada, autonomía y libre elección en educación, tienen una larga historia en Chile, son parte de la tradición republicana y no resultado de una específica “agenda neoliberal” iniciada en 1980.

Cada marco constitucional impone o excluye ciertos elementos y énfasis de la política pública; permite y hace posible la creación y desarrollo de nuevas entidades, agencias, etc. Otras características del sistema, a su turno, son más bien dependientes de la trayectoria o se desarrollan al margen de la decisión estatal. Así, el mercado de la

educación en Chile, en el sentido de participación privada en la provisión y financiamiento de la educación (no solo la superior), se remonta, al menos, al siglo XIX.

Toda política educativa y norma jurídica en el mundo moderno (sea liberal o conservadora, neoliberal o intervencionista, etc.), se da en el contexto de, o en referencia a un Estado. Los sistemas jurídicos *pretenden autoridad para regular* toda clase de comportamiento, en alguna forma, “pero no necesariamente en todas las formas” (Raz, 2011). Así, hay sistemas jurídicos que contienen libertades otorgadas por la Constitución, las que no pueden ser cambiadas por medio de una ley.

A partir de 2014, incitados por el libro de Sandel (2013), los partidarios de la Nueva Mayoría se propusieron excluir ciertos bienes, como la educación y la salud, de la influencia corruptora y generadora de injusticias del mercado –“El mercado es cruel”, había dicho Patricio Aylwin a comienzos de los noventa–. Querían decretar por ley el “derrumbe del modelo” en educación. Pero el Derecho es siempre resultado de algún compromiso o acuerdo entre las partes en pugna y (también) tiene sus límites. Por otro lado, todos los sistemas educativos se ubican en algún punto entre los extremos del sistema estatal y de mercado, con diferencias de grado en función del *nomos* que caracteriza a cada comunidad. Y el chileno está todavía muy lejos de llegar a ser un sistema coordinado por el Estado.

I El mercado tiene una historia (larga) en el sistema de educación superior chileno

Desde el inicio de la República la educación se entendió como un derecho social, esto es, como una primerísima condición del pacto social. Así, los diferentes documentos constitucionales y legales de la etapa fundacional destacaron el rol del Estado, de la educación pública, en la formación de ciudadanos y en la (creciente, gradual) igualación de las oportunidades educativas.

Incluso la Constitución conservadora de 1833 puso a la educación pública como atención preferente del Gobierno (Estado) y mandató al Congreso para aprobar un plan nacional de educación. Una superintendencia de educación pública estaría a cargo de la inspección y dirección de la educación nacional, bajo la autoridad del Gobierno.

El “republicanismo conservador” logró imponer su hegemonía por las primeras tres décadas de vigencia de la Constitución y se mostró satisfecho con ese modelo, mientras el Estado fue confesional y el Gobierno se mostraba capaz de mantener el orden. Con su impulso, se creó la Universidad de Chile y se dictó la primera Ley de Instrucción Primaria. En ese período, la élite conservadora controlaba los puestos en el Gobierno, el Congreso y la Universidad. Las tensiones entre liberales y conservadores, positivistas y confesionales, partidarios de universalizar la educación básica y quienes preferían reforzar la formación superior, centralistas y defensores de la libertad de enseñanza, sin embargo, comenzaron a aflorar junto con el avance del laicismo y el surgimiento de una nueva élite que quiso disputar a la anterior el control del escenario político. La educación pasó a ser también un campo en la batalla por el poder político, y

la libertad de enseñanza tuvo su primera aparición en 1865 con la ley interpretativa constitucional que autorizó la libertad de cultos y las escuelas para disidentes.

Con todo, cuando los liberales lograron hacerse del poder –y disponían de todas las herramientas legales para haber impulsado un “Estado docente”– se introdujo, en 1874, la cláusula de libertad de enseñanza en la Constitución. Justo cuando se conquistaban las libertades de culto, de reunión, de asociación, etc., los liberales cedían el control del sistema educativo a los “cuerpos intermedios” de la sociedad. ¿Por qué ocurrió esto?

Una primera explicación, obvia, tiene que ver con la lógica del “compromiso político” que ha dominado la política chilena en (casi) toda su historia. La mayor parte de las veces los políticos son conscientes que no se pueden ganar todas las batallas –que el “todo o nada” es una quimera o un recurso retórico– y que es necesario ceder algo al adversario; algo que tenga suficiente valor para él como para que consienta en otros cambios que se están impulsando. Ese algo, en ese trance, fue la libertad de enseñanza. Pero, ¿por qué los gobiernos liberales cedieron en esto, si precisamente uno de sus motivos y banderas para hacerse del poder era la reforma del sistema educacional?

La respuesta, en segunda instancia, incluye otra dosis de realismo, pues mientras los textos consagraban y enfatizaban el rol del Estado en la educación, la praxis política había delegado esa tarea en las iglesias, conventos y monasterios; a lo sumo, la iniciativa pública había sido ejercida principalmente por los cabildos y municipios. Entonces, hacia el último cuarto del siglo XIX, nuestro sistema educativo ya era mixto y el Gobierno carecía de los recursos (humanos, físicos y financieros) para asumir la tarea que le demandaba el discurso. Aparte de eso, se puede conjeturar que el político en el poder suele creer que sus ideas seguirán gobernando el aparato estatal y, a la larga, lograrán modelar la realidad acorde a los principios que las inspiran. Los liberales pudieron ser víctimas de esta ilusión. De otro lado, la libertad de enseñanza también podía operar como un seguro en caso que la corriente política cambiara de signo.

Con el aval de la reforma constitucional (y de la Ley de Instrucción Secundaria y Superior de 1879) en 1888 –hace 130 años– se creó la Universidad Católica, una de las primeras universidades privadas del continente. El modelo de sistema mixto se trasladó al nivel terciario de educación y desde entonces, el componente privado no ha hecho más que avanzar, expandirse, hasta llegar a reducir al subsector estatal a un escuálido 15% de matrícula total del sistema de educación superior en la actualidad.

Es que en un contexto de libertad, es decir, de competencia entre diversos proyectos y de libertad de elección de los estudiantes –algo que comienza a parecerse a un mercado– el Estado suele moverse con mayor lentitud y dificultad que los entes privados, independiente de los fines que estos persigan y de los motivos que impulsen su incursión en la agencia educacional. El Estado y el mercado pueden crecer juntos, pero cuando se trata de “crecer” el mercado suele ser más eficiente.

Ante la pasividad estatal, en el Chile de la primera mitad del siglo XX continuaron surgiendo universidades privadas, ya no solo por la iniciativa eclesial sino también gracias a la de los vecinos de dos importantes ciudades del Sur del país (Concepción y Valdivia) o a la filantropía de hombres y mujeres de fortuna (Federico

Santa María y las herederas de Isabel Caces de Brown). Era la época del surgimiento y auge del Estado benefactor y de la idea de derechos sociales; pero en el Chile de los años 20 fue pacífico que la tarea educacional era compartida por el Estado y un conjunto de instituciones privadas que cooperaban con esta función pública. Tanto es así que ya en esa década (la de 1920) el congreso nacional aprobó partidas en la ley de presupuestos destinadas a financiar universidades privadas, lo que fue apoyado transversalmente.

La Constitución de 1925 consagró conjuntamente el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, como las dos caras de una misma moneda. La configuración de un sistema mixto con libertad de enseñanza derivó casi naturalmente a mediados del siglo XX al reconocimiento de la autonomía de las universidades privadas (resignando la Universidad de Chile los resabios de su función de superintendencia, a saber, la tarea de examinar a los alumnos de las otras universidades), a la dictación de una ley de financiamiento permanente para todas las universidades existentes y a la creación de un organismo público, autónomo del ministerio de Educación, para coordinar sus actividades y desarrollo (el CRUCh). La creación de una segunda universidad estatal (la UTE) no fue suficiente para revertir una tendencia que ya era claramente favorable a la expansión del subsector privado.

Tardíamente –ya que en Uruguay y Córdoba los estudiantes se habían hecho sentir a comienzos de siglo– en la década de 1960 el movimiento estudiantil emerge en Chile como un actor relevante capaz de modelar el desarrollo del sistema. Pero sus demandas no apuntaron a aumentar las potestades del Estado para controlar o dirigir el sistema, sino a reforzar la autonomía de las universidades (en el sentido de autogobierno), el desarrollo de la investigación y la carrera académica, y su vinculación con la sociedad. Un dato que puede explicar lo anterior es que la “reforma universitaria” fue un movimiento que surgió y tuvo su mayor intensidad en las universidades católicas (de Santiago y Valparaíso). Y es sintomático que, a 50 años de la toma de la casa central de la UC –el clímax de ese movimiento social– el actual Rector de esa casa de estudios (que lideró la crítica y oposición académica a la reforma impulsada por el Gobierno de Bachelet) quisiera recordar el hecho señalando que todos los aspectos que abarcó la reforma “continuaron potenciándose”. La historia, dijo el Rector Ignacio Sánchez en una columna en el diario El Mercurio de 2017, “nos enseña y nos proyecta”.²

El Gobierno de la Unidad Popular liderado por Salvador Allende tampoco apostó por el dirigismo estatal en la ES; quizás confiando en que el cogobierno universitario y el compromiso político de profesores y estudiantes garantizarían la convergencia de objetivos al interior del sistema. Entre 1967 y 1973 la matrícula y el financiamiento público a la ES crecieron a la par: La matrícula aumentó de 55.653 a 145.663 estudiantes y el gasto público en educación superior llegó a un 2,11% del PGB en 1973.

La reforma constitucional de 1971 reconoció la autonomía de las universidades estatales y privadas, así como su derecho a recibir un “adecuado financiamiento”. La

² <http://www.elmercurio.com/blogs/2017/08/11/53290/A-50-anos-de-la-reforma-universitaria.aspx>

libertad de enseñanza, para entonces, era un principio fundamental que excluía el monopolio y el control estatal, resultando inconcuso que el “sistema nacional de educación” debía tener un carácter mixto. Todas las instituciones, estatales y privadas, eran consideradas públicas ya que colaboraban con la educación, entendida como “función primordial del Estado” (un derecho social en cuanto es condición básica del pacto político).

Esa es nuestra tradición republicana en educación superior.

La dictadura militar rompió con principios fundamentales de la República: mató e hizo desaparecer personas, torturó, exilió, encarceló, relegó, reprimió la disidencia, silenció, suspendió las libertades e intervino las universidades; pero, a la hora de diseñar la reforma a la ES, en rigor no instauró un nuevo orden, solo reformuló el existente bajo el prisma de los principios del mercado y la competencia. Ciñéndose en esta parte estrictamente al realismo político de Diego Portales, lo que hizo la dictadura militar para asegurar la eficacia de su reforma fue conservar o restaurar, seleccionar y profundizar los elementos de la realidad que resultaban más afines a su proyecto; abrir nuevos espacios a la acción privada, para, de este modo, atraer el apoyo de la élite.

La “tercera ola” de creación de IES privadas que se inició en 1981 –la de las entidades de absorción de demanda, que obedecían a las leyes del mercado– sumado al control político, administrativo y económico de las tradicionales, marcó el fin de la “época de oro” de la universidad de élite y el inicio de la “era de la masificación” (Brunner, 2015). Un fenómeno, después de todo, que coincidía con las preferencias del régimen pero que también tenía un alcance global.

Como se dijo en la Introducción, este análisis histórico de la ES chilena muestra que no se puede interpretar el Derecho, sin una mirada de los factores sociales y la dinámica de los acontecimientos históricos que explican el surgimiento y el cambio de una determinada práctica y su entorno normativo. El Derecho va cambiando por vías formales, pero también por vías informales en virtud de esos fenómenos sociales. En la primera mitad del siglo XX la idea de “Estado docente”, predominante en los discursos jurídico e historiográfico que se refieren al sistema educativo del siglo XIX, prontamente se esfumó. El modelo de mercado en la educación, es cierto, fue impuesto legalmente por una dictadura, pero no habría sido posible en Chile sin un sector privado activo y con fuerte presencia –y legitimidad– en el sistema educacional del país.

II El retorno de la política (democrática) y la resistencia del mercado

Según Brunner (2009, 2015) nuestra educación superior tendió, a partir de marzo de 1990, hacia un mayor equilibrio en el triángulo de Clark, mediante una “estrategia incremental” de los gobiernos de la Concertación que devolvió gradualmente poder a las IES y al Estado, poniendo un mayor énfasis en la regulación y buscando un equilibrio entre autonomía, asignación competitiva de recursos y *accountability*.

Salazar y Leihy (2013) critican la “tesis de la trayectoria incremental” (la de Brunner) y sustentan, en cambio, la tesis del “manual invisible”; intentan ordenar las sucesivas orientaciones, no siempre concordantes, que surgen de la interpretación de

las declaraciones de política –y sus silencios– para describir la evolución del sector “a través del irregular ciclo político”. La tesis incremental fallaría al no dar cuenta de las variaciones en los objetivos y líneas de acción de la política que se inspiran en diferentes narrativas o ideologías.³ Así, Brunner no advertiría, por ejemplo, que en los ochenta el objetivo de política fue ampliar el número de oportunidades formativas especialmente a través de la formación técnico-profesional superior (IP y CFT), en tanto que la universidad debía seguir siendo elitista y selectiva. Las políticas implementadas a partir de 1990, a su turno, proyectaban una expansión moderada y cualitativa de la matrícula, guiada por los nuevos mecanismos de financiamiento (constituyendo nada más que una transición entre dos etapas). Sería solo a contar de 1997, cuando se adopta la agenda para la reforma de la educación superior promovida por el Banco Mundial,⁴ que la expansión de la matrícula en todos los niveles sería valorada de forma positiva. Salazar y Leihy llegan a decir que la agenda de 1997 “produjo cambios significativos respecto de la situación previa, cuyos efectos son, quizás, equivalentes a la reconfiguración estructural” efectuada por la reforma de 1980.

Creo que ambas tesis, aunque están bien documentadas, no resultan del todo satisfactorias.

Respecto de la tesis de la “estrategia incremental”, es cierto que en los dos primeros gobiernos de la Concertación hubo un cambio de énfasis en las políticas educacionales, aunque apenas se introdujeron (leves) ajustes al modelo. Por distintas razones, primero no se pudo y, luego, ya no se quiso transformar las bases del sistema. En Educación vale la observación general, en orden a que “las reformas estructurales” de signo neoliberal introducidas por la dictadura entre 1975-1990 “se mantuvieron casi inalteradas” bajo los nuevos gobiernos democráticos (Silva 2010: 175-176).⁵ Nada parece indicar que la injerencia estatal en la dirección del sistema haya sido menor antes de los 90 y es claro que el carácter “privatizado” del sistema, especialmente a partir del 2000, ha ido en constante aumento.

Del otro lado, las trayectorias políticas iniciadas en 1980 fueron alteradas desde marzo de 1990, en cuanto se inició un nuevo ciclo constitucional, lo que tuvo un efecto relevante en el discurso jurídico y en las prácticas del sistema. Además, efectivamente hubo continuidad entre las políticas de los gobiernos de la Concertación. Nada indica que la agenda “neoliberal” en la ES superior chilena haya iniciado solo en 1997, ni que a partir de ese año se haya reconfigurado nuestro sistema. Es cierto que las políticas implementadas durante la administración de Eduardo Frei fueron más neoliberales que

³ Salazar y Leihy advierten tres ciclos, cada uno con una clara inspiración ideológica: la agenda conservadora (1980), la agenda neoliberal (1997) y una nueva agenda, crítica de la de 1997, que habría eclosionado con las movilizaciones de 2011.

⁴ Para la influencia de esta agenda en la región, su hegemonía en la economía política de la ES y el abandono del “modelo Latinoamericano” de universidad, véase Bernasconi 2008 (en especial, pp. 38-41).

⁵ Las nuevas normativas introducidas en el sector desde 1990 solo pudieron “perfeccionar” el ordenamiento diseñado en dictadura, preservando “la arquitectura gruesa de la institucionalidad educativa descentralizada, basada en el principio de subsidiariedad” (Hax y Ugarte, 2014: 141-142).

las reformas implementadas durante el mandato de Aylwin, pero lo son (bastante) menos que la “gran” reforma de 1980. La tesis del “manual invisible”, entonces, tampoco explica adecuadamente los hechos.⁶

En este trabajo hemos intentado situar la trayectoria de nuestro sistema de ES y la orientación de las políticas educacionales –con sus continuidades y cambios– en una perspectiva de largo plazo, interpretándolas en el contexto de los ciclos constitucionales.

Ello nos ha permitido observar que existió una tensión permanente entre elementos conservadores, estatistas y neoliberales incluso al interior del régimen militar, que la Constitución y las leyes no alcanzaron a resolver –porque el Derecho no puede suprimir la política– y, a partir de 1990, esas fuerzas entraron en tensión también con los elementos progresistas (socialdemócratas e igualitaristas).

A contar de 1990 es claro que la política priorizó el sector universitario (el Estado cedió el desarrollo del sector técnico-profesional superior a los privados). Desde 1997, a su turno, se expandieron los mecanismos de aseguramiento de la calidad (debido al surgimiento de IES privadas autónomas). El financiamiento, en tanto, se ha modulado principalmente vía Ley de Presupuestos y promovió inicialmente la modernización de las IES y la focalización de las ayudas estudiantiles en el marco del CRUCh. La proliferación posterior de instrumentos de índole diversa (becas y CAE, especialmente) comenzó a generar disfunciones e incentivos contradictorios, que no fueron advertidos a tiempo ni por las autoridades, o por los analistas y asesores de la política pública.

Así, el CAE fue diseñado explícitamente para responder a las necesidades de la masificación, en todo el sistema, por lo que se constituyó en un eficaz incentivo para aumentar la matrícula, especialmente en IES de absorción de demanda (IP y CFT). La competencia por alumnos se hizo sobre bases económicas –la capacidad de pago del estudiante o su familia y el aporte fiscal– sin poner foco en objetivos de calidad. El resultado, como predijo Marginson (2004), fue una estratificación y correlación estrecha entre la jerarquía (selectividad) educacional y social de las IES. El SINAC, en este contexto, operó a favor de esa expansión y competencia, y no como un dique que ayudara a contenerla; la clasificación de IES según los años de acreditación y la composición de la CNA –con representantes del Gobierno y de las IES evaluadas– se combinaron para desplazar el objetivo de aseguramiento de calidad por el de mayor acceso a la ES (Barroilhet, 2014).

El rótulo de “agenda neoliberal” no es el que mejor describe estos cambios en la ES, toda vez que muchas iniciativas responden a una concepción distinta. Si fuera solo por los resultados, la “agenda” de la Nueva Mayoría también debería ser catalogada como “neoliberal” y, entonces, la etiqueta ya no distingue nada.

⁶ Salazar y Leihy exageran la influencia de las ideas de Guzmán y Larraín (1981), que comentamos en el Capítulo 4. Nuestro análisis, basado en la historia de la LOCE, muestra que en dictadura hubo una tensión constante entre un sector más estatista (nacionalistas y militares) y un sector neoliberal (especialmente los civiles); Guzmán siempre navegó entre ambos y, además, no tuvo una injerencia tan decisiva en la legislación educacional. Exageran también la influencia en 1997 del ministro de Educación, José Pablo Arellano. Pero, en especial, Salazar y Leihy olvidan que el Derecho suele ser una síntesis entre razones de distinto tipo, un compromiso entre partes que discuten y argumentan.

III El “marco” jurídico y los desafíos que la reforma no termina de resolver

La “segunda reforma” (en Chile, la de 1981) promovió la creación y expansión de IES privadas para absorber la demanda que no podía ser cubierta por universidades públicas, tanto por problemas de financiamiento como por el surgimiento de una nueva demanda, que buscaba calidad y estabilidad (Rama, 2006: 46-47). La relación costo-calidad-cobertura (en la medida que se acerca a escalas de eficiencia óptima), dice Rama, es una ecuación de tipo “suma cero”; así, “el incremento de la cobertura educativa, únicamente es factible, sin afectar la calidad, con una ampliación del financiamiento” e, inversamente, solo se puede aumentar la calidad incrementando los recursos o disminuyendo cobertura. Por eso, no se puede afirmar que la selección contribuya a asegurar calidad ni que el acceso libre y gratuito produce mayor equidad; ésta es una falsa bifurcación o, como dice Rama (2006: 51), “una discusión maniquea”, ya que nuestra educación superior integra una estructura educativa inserta en sociedades muy desiguales y heterogéneas. En Chile el problema se agrava porque la educación media privada es más eficaz que la pública en términos de los resultados de las pruebas de admisión del subsistema del CRUCh (que pasará a ser sistema único para las universidades). Cuando los recursos públicos favorecen a los sectores de altos ingresos se reproducen “los ciclos de exclusión”, lo que requiere establecer políticas compensatorias (Rama, 2006: 52).

Los gobiernos de la Concertación, en la primera década, hicieron ingentes esfuerzos por aumentar el financiamiento a la ES; pero, en términos absolutos, este fue apenas a la par con el crecimiento de la matrícula. En la década siguiente, el financiamiento no pudo seguir aumentando al mismo ritmo que la cobertura, lo que condujo inevitablemente a regular los cupos del subsistema con financiamiento público e incrementar el aporte a la demanda, favoreciendo la expansión del sector privado. La alta rentabilidad de la ES, además, justificó que se privilegiara la inversión en los niveles preescolar, básico y medio y que se promovieran los mecanismos de crédito para solventar el acceso a la educación superior. Los efectos no son tan negativos como se suele alegar en nuestro medio.

Chile ocupa hoy uno de los primeros lugares en cobertura y acceso (68% de los jóvenes menores de 25 años acceden a la ES) e inversión pública y privada (2,5% del PIB) en educación superior entre los países de la OCDE. Estos avances impulsan una transformación social mayor, no solo del sistema de ES sino del país en su conjunto. Chile, también, es uno de los países de Latinoamérica que más ha avanzado en términos de equidad. La proporción de los jóvenes pertenecientes al quintil más pobre que accede a la ES en Chile es mayor que la del resto de los países de la región, incluso, comparado con países que tienen universidades o IES gratuitas. Chile es, además, un país líder en la región si se considera el número de universidades que logran ubicarse entre las mejores en los rankings internacionales.

Hasta hoy, en cambio, no es claro que la política de gratuidad haya contribuido ni al aumento de la cobertura ni al mayor acceso a educación superior de los grupos más desventajados; tampoco en calidad. La gratuidad se instaló sin un objetivo o estrategia

de desarrollo de la ES chilena que la justificara; contó, acaso, con el impulso de las movilizaciones estudiantiles del año 2011 y la retórica del derecho social como justificación. Por otra parte, el alto compromiso financiero que conlleva, posiblemente impida al país hacer el salto en inversión pública en ciencia y tecnología (hoy equivalente a menos del 0,4% del PIB) o fortalecer otros aportes institucionales, para compensar el menor ingreso por docencia que afectará a las IES adscritas a la gratuidad.

Serán los futuros intérpretes de la ley quienes procurarán establecer la finalidad de esta política pública (la “intención” del legislador) y compatibilizar la lógica del derecho social en educación con la realidad de un sistema educacional mixto, con libertad de enseñanza e incluso con mecanismos de mercado (por ejemplo, para distribuir recursos públicos). La autonomía de las IES y una mayor regulación no se oponen, pues ambas son condiciones necesarias para el mejoramiento continuo de la calidad.

Los principios constitucionales tienen aplicabilidad directa y la Constitución debe interpretarse como un todo, de modo que exista entre sus disposiciones la necesaria correspondencia y armonía. El contenido de los derechos fundamentales a la educación y libertad de enseñanza en un momento determinado se obtiene de relacionar principios explícitos del ordenamiento constitucional, principios implícitos en la práctica social, derivados de normas legales y administrativas, criterios jurisprudenciales, actos y reglamentos de las IES, etc. El sentido de una norma no surge de su consideración aislada, sino del conjunto de prescripciones que se refieren a la respectiva institución.

Derecho a la educación y libertad de enseñanza se perfilan así como derechos limitados, tanto desde el punto de vista interno como externo. Los límites internos están dados por los fines que el Estado debe perseguir y el reconocimiento oficial de las IES, que forman parte de su definición constitucional y autorizan al legislador para delimitar su contenido fijando restricciones y obligaciones (son “derecho con reserva”, como dice Alexy); y los límites externos son todos aquellos que resultan de la ponderación con otros bienes o valores constitucionalmente relevantes.

El derecho a la educación implica obligaciones positivas para el Estado, como las de crear, mantener o financiar establecimientos, o reconocer establecimientos privados y dar becas o créditos a los alumnos, regular las relaciones entre unos y otros, favorecer la igualdad de oportunidades y la libertad de elección de los alumnos (o sus familias), controlar la calidad y entregar información relevante; lo mismo que obligaciones negativas, tales como no estropear la calidad del servicio que se ofrece, no discriminar en el acceso o impedir la elección de los alumnos o sus padres, no expulsar ni amparar expulsiones arbitrarias de los alumnos, no cobrar (ni permitir el cobro de) cuotas cuando la educación debe ser gratuita, etc.

La garantía de no interferencia del poder estatal, inmuniza y protege: i) lo que se enseña (la “sustancia académica”), que queda cubierta por la libertad de cátedra, que se deriva del derecho a la educación y la libertad de enseñanza, en conexión con los demás “derechos del pensamiento libre” (Evans, 1986); ii) el autogobierno y manejo administrativo de la entidad (que se deriva de la libertad de enseñanza en su dimensión

fundacional, esto es, para crear, organizar y mantener establecimientos educacionales), y iii) la libertad de elección de los alumnos (sujeta al cumplimiento de los requisitos objetivos y públicos que fije la Universidad o un sistema coordinado de admisión). La libertad es mayor en la enseñanza no formal y menor cuando se pide el reconocimiento oficial; mayor cuando no se requiere financiamiento fiscal y menor cuando se accede a él; mayor para entidades privadas y menor para las entidades del Estado.

Mientras la actividad educativa era regulada desde la óptica del derecho privado, los conflictos de intereses solo podían resolverse por la vía de los tribunales de justicia. A partir de la concepción del derecho social, la educación se concibe como una parte central del espacio público –una condición del pacto social– cuya configuración corresponde a los poderes socialmente legitimados. Es así como se produce la disociación entre el mercado y la educación, ya que ésta pasa a ser resultado de decisiones públicas, obra del *imperium* y no del *dominium*.

Pero la intervención pública no puede, en el marco del derecho vigente, llegar a anular la utilidad individual de la ES, ni afectar el contenido esencial del principio de libertad de enseñanza, de modo que este pueda seguir siendo reconocido como tal y pueda ejercitarse efectivamente, sin que las limitaciones y deberes excedan de lo razonable (en términos de proporcionalidad).

El estatuto constitucional del derecho a la educación y libertad de enseñanza debe, entonces, resolver una doble tensión: por un lado, la relación de sujeción, que pone al súbdito a merced del poder; versus los límites de la potestad, en que se reconoce al ciudadano esferas de libertad e inmunidad (los derechos fundamentales). Por el otro, la estabilidad de las posiciones jurídico-privadas (certeza jurídica) versus la competencia de las autoridades legitimadas democráticamente de reconfigurar el sistema educativo, permitiendo el cambio institucional y social. Solo en el cruce de estas parejas de opuestos es posible conciliar adecuadamente la autonomía pública y la privada; los derechos de las personas en cuanto ciudadanos y sujetos autónomos; la necesaria intervención estatal con miras al bien común, con el respeto a las libertades fundamentales.

En la búsqueda de la “voluntad” del legislador, por fin, el intérprete deberá lidiar con dos problemas.

Primero el de la circularidad, de modo que mecanismos ideados para restringir (regular) el funcionamiento del mercado y fortalecer la esfera pública, no terminen reforzando el mercado y sus disfunciones. Habrá que cuidar que la gratuidad no termine siendo –como el financiamiento compartido lo fue en la educación escolar– un mecanismo que aumente, en vez de frenar, la privatización y la segregación del sistema.

El segundo, que se relaciona más directamente con los objetivos de este trabajo, es el que llamo “la paradoja del derecho social”. Si la educación es un derecho social, e incluimos la gratuidad en el núcleo del concepto de derecho social, entonces el beneficio debe ser igual para todos los estudiantes, con lo que no se podrían establecer requisitos independientes de su vulnerabilidad y esfuerzo personal, esto es, condiciones que dependen de las instituciones que los albergan.

El único modo de avanzar en la gratuidad estableciendo requisitos y diferenciando entre IES es cambiar el orden del discurso, haciendo la noción de derecho social más compleja; por ejemplo, incluyendo el derecho a una educación de calidad, el necesario fortalecimiento institucional tanto de las agencias del Estado encargadas de regular y supervigilar adecuadamente el funcionamiento del sistema, como de la autonomía de las IES, y la opción a una gama de instrumentos para favorecer el acceso de jóvenes vulnerables.

Por eso considero que la gratuidad (universal) de la educación superior no es condición necesaria ni suficiente para desarrollar una política pública centrada en los derechos de los estudiantes o en la lógica de “derecho social”. Pero lo avanzado hasta aquí en materia de ayudas estudiantiles queda protegido por el principio de “progresividad” de los derechos sociales.

Solo aceptando que la política pública debe ponderar distintos valores en juego se hacen compatibles las finalidades legítimas de asegurar calidad así como una efectiva igualdad en el acceso a la educación superior

IV Realismo (sin renuncia)

Con el título “La tentación de lo imposible”, Vargas Llosa (2004) se refirió a la relación entre ficción y realidad, en un excelente ensayo sobre *Los Miserables*, de Víctor Hugo. Refutaba allí la crítica de Lamartine, que acusó al libro de peligroso, por su “exceso de ideal” y por sembrar en las masas “la pasión de lo imposible”, lo que llevaría en sí el furor de la decepción. Ciertamente, la literatura busca expandir el horizonte de lo real y hacer verosímil un mundo imaginario. Pero resulta muy dudoso que ese deba ser el objeto de un proyecto de ley.

La reforma de la educación superior recién aprobada en Chile plantea el compromiso de alcanzar la gratuidad universal para cuando los ingresos fiscales estructurales alcancen un 29,5% del PIB tendencial del país. Un cálculo moderadamente optimista estima que, dada esa condición, la gratuidad universal de la educación superior podría arribar –todas la demás políticas sociales constantes– en el año 2084. El proyecto original exigía que en un par de décadas, sin más aportes basales que los que hoy existen, todas nuestras universidades realizaran actividades relevantes de investigación e innovación, y se acreditaran en esa área. Todo eso debía lograrse sin permitir la participación de empresas –que persiguen fines de lucro– en las IES adscritas a la gratuidad (como dijimos, el TC se interpuso en la promulgación de esta última regulación).

La igualdad y la calidad educativa, ciertamente, no dependen solo de enunciados constitucionales o de textos legales articulados racionalmente. Será la política pública (las decisiones políticas y administrativas, el presupuesto, los mecanismos de fomento y fiscalización, los planes de desarrollo para el sistema educativo, las decisiones que en ese marco adopten las IES, las relaciones entre los distintos actores, etc.) la encargada de llevar a la práctica esos derechos. La “sensibilidad” democrática y el carácter

participativo de dicha política serán claves para asegurar su coherencia con los principios constitucionales.

La política educativa se construye a partir de una determinada teoría del Estado, de los derechos fundamentales y de la interpretación constitucional. En los capítulos precedentes vimos cómo la fisonomía y evolución del sistema de educación superior son dependientes de su trayectoria y de los valores que, en un cierto contexto histórico, político y cultural se le atribuyen. La historia del sistema chileno de educación superior nos ayuda a entender por qué los procesos de reforma deben ser sensibles a (y administrar) los fines, intereses y fuerzas en disputa.

Sobre todo, esta tesis ha intentado poner de manifiesto que, antes que pensar las leyes desde un ideal (desde “el cielo de los conceptos” que criticaba Ihering), lo que cabe hacer es diagnosticar la realidad, conocer la historia, los valores y propósitos de la práctica social que se quiere regular, diseñar desde ese conocimiento una reforma e instrumentos de política idóneos y proporcionales a los fines que se persiguen y modelar la transición, asegurando los derechos de los estudiantes.

Después de todo, la sociedad de la abundancia, si llega, marcará el fin de la historia y hará innecesario el Derecho.