

¿Qué Educación es "Pública"?

Fernando Atria*

RESUMEN

La educación pública es la educación provista por órganos del Estado. Esta definición de lo público en educación, hasta hace un tiempo evidente, ha sido impugnada por quienes alegan que ella es "formalista", porque mira a la forma jurídica del que provee educación y no a la educación que provee. Lo que substantivamente debe considerarse educación pública, sigue el argumento, incluiría a los establecimientos estatales tanto como a los subvencionados. Por consiguiente no habría justificación para que el Estado hiciera diferencias de trato entre estos dos tipos de establecimientos. Este artículo discute este argumento y alega: (1) que es incoherente en sí mismo, porque usa un criterio de definición de lo "público" en educación que si fuera aplicado consistentemente llevaría a la misma conclusión que rechaza; y (2) que la educación es "pública" en sentido substantivo cuando el que desea ser admitido en un establecimiento tiene **derecho** a ello. En las condiciones actuales del derecho chileno, nadie puede decir que tiene, ante un establecimiento subvencionado, un derecho a ser admitido. La relación aquí entre el postulante y el sostenedor tiene la simetría propia de los individuos en el mercado, y no la asimetría característica de la relación entre el ciudadano (titular de derechos) y el Estado (que no los tiene, porque esta "al servicio de la persona humana"). Luego, el artículo muestra (3) que en un sistema mixto como el chileno, compuesto por establecimientos que no están legalmente habilitados para seleccionar a sus estudiantes (porque estos tienen derecho a ser admitidos: educación pública) y otros que si lo están (educación privada), hay una tendencia inmanente al deterioro de los primeros, que los llevan a transformarse en **ghettos** de marginación social y económica.

ABSTRACT

Public education is education provided by State-owned organizations. This definition of what is public in education, evident until recently, has been contested by those who accuse it of being "formalistic", in that it considers the judicial form of the education provider and not the education it provides. What will essentially be considered as public education, the argument continues, would include state-owned and subsidized establishments. Thus, for the State to treat both kinds of establishments differently is unjustified. This paper discusses this argument and claims: (1) that it is incoherent in itself, because the criteria utilized to define what is "public" in education, if applied consistently, would lead to the same conclusion it rejects; and (2) that education is "public" in an essential sense, whenever who wishes to be admitted has a **right** to do so. In the current conditions of Chilean Law, no one can say that they have a right to be admitted into a subsidized establishment. Here, the relationship between the applicant and the provider possesses the symmetry of individuals within the market and lacks the characteristic asymmetry between the citizen (bearer of rights) and State (which bears none, because it is "at the human person's service"). Then, the paper shows (3) that in a mixed system such as the Chilean's, comprised by establishments that are not legally authorized to select their students (because they have the right to be admitted: public education) and those that are (private education), there is an inherent tendency towards the deterioration of the first, which causes these establishments to become **ghettos** of social and economical marginalization. This tendency justifies that the State express a greater concern for public education than what it does for private establishments (subsidized or paid).

* Profesor de derecho, Universidad de Chile, Universidad Adolfo Ibáñez.
(Fernando.atria@uai.cl).

Introducción: No hay "Mito" totalmente ilusorio

En la discusión sobre el proyecto de ley general de educación que actualmente avanza en su tramitación en el Congreso Nacional se ha suscitado cierto debate respecto de la necesidad (o conveniencia) de que el Estado tenga una política especial de promoción de la educación pública, es decir, la provista por establecimientos de propiedad del Estado. Esta idea había aparecido antes, en el protocolo firmado por el gobierno y los partidos que lo apoyan en noviembre de 2007 (que en lo sucesivo será denominado "primer protocolo"), y adquirió, con la firma del ("segundo") protocolo de junio de 2008, la forma de un compromiso del ejecutivo de enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley sobre fortalecimiento de la educación pública.

Esta promesa de la Presidente de la República y los partidos de la Concertación ha dado actualidad al problema de la educación pública. Pero lo que ha estado en cuestión ha sido no sólo si es conveniente (o necesario) mostrar por esa educación lo que el primer protocolo llama una "especial preocupación". En adición a eso, se ha objetado que los protocolos entiendan por educación pública sólo la provista por establecimientos estatales, ignorando que otros establecimientos (los que conforman la llamada "educación particular subvencionada") son también parte de lo que debe denominarse "educación pública". Estas líneas tienen por finalidad contribuir a este debate, en estos dos aspectos. Aunque ellos son diferenciables (es en principio posible discutir qué cuenta, en el sentido relevante, como educación pública sin preguntarse si eso que cuenta como educación pública debe ser objeto de una "especial preocupación" por el Estado, y viceversa), en lo que sigue se pretenderá mostrar que están conectados: se justifica una preocupación especial del Estado por la educación estatal precisamente por aquello que (en el sentido relevante) la caracteriza como pública.

Pero si ésta ha de ser la conclusión, es evidentemente insuficiente en este punto caracterizar a la educación pública sólo como aquella que es provista por órganos del Estado (es importante recordar que las municipalidades lo son¹). Dicho de otro modo, lo que hace importante a la

1 Especialmente a la vista de decisiones injustificables como las del tribunal constitucional en sus sentencias roles 410 y 423. En la primera sostuvo que la titularidad de la libertad de enseñanza correspondía a "todos los establecimientos de enseñanza,

educación pública no puede ser **sólo** la propiedad de los establecimientos que la imparten (lo que a veces se denomina, de modo ligeramente impropio, la “naturaleza jurídica” del proveedor). Esto podría parecer extraño, porque después de todo “público”, en derecho, suele significar “del Estado”. Pero quizás esto no es sino un anacronismo, la herencia de una época en que sólo el Estado cumplía funciones públicas. Hoy, por el contrario, es cada vez más común que funciones características del Estado (desde el transporte a la construcción y gestión de obras “públicas”, cárceles, etc) estén siendo desempeñadas por individuos privados. Cuando éste es el caso, podría decirse que en el sentido políticamente relevante (a diferencia del sentido técnico-jurídico) lo que hace que algo sea público es la función que cumple (=una función pública) y no la “naturaleza jurídica” del que la realiza.

Ésta es una de las principales objeciones que los protocolos aludidos han enfrentado: que hoy no puede entenderse que la educación pública es sólo la provista por establecimientos del Estado. La objeción, en su forma habitual, no llega a negar la relevancia de la idea de educación pública, sino rechaza el criterio utilizado para identificarla. Usando cualquier criterio que mire por sobre la forma a la función de la educación, se dice, debe concluirse que es pública no sólo la educación estatal, sino también la provista por establecimientos privados subvencionados.

La objeción no niega la importancia de distinguir entre educación pública y educación privada. Tampoco exige extender el concepto de educación pública hasta incluir la educación provista por establecimientos privados pagados. Luego, y de acuerdo a sus propios términos, ella supone una concepción de lo público en educación que satisfaga dos condiciones: la primera es que, cuando sea aplicada al sistema educacional chileno, debe justificar la distinción que el crítico cree que debe hacerse: debe clasificar como “pública” la educación provista por establecimientos estatales y particulares subvencionados y como “privada” la provista por establecimientos particulares pagados; la segunda es que debe estar libre

públicos o privados”; en la segunda invocó esta (evidentemente errónea) doctrina para declarar la inconstitucionalidad de un sistema de acreditación de directores de establecimientos educacionales municipales (!). Veremos más adelante que decir que los órganos del Estado tienen derechos fundamentales es radicalmente inaceptable en el contexto de un sistema político y constitucional no totalitario. Sobre la insostenible jurisprudencia del tribunal constitucional sobre libertad de enseñanza durante el año 2004, véase Correa, R: “Tribunal Constitucional”, en 2 **Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez** (2005), pp. 757-764.

del defecto que el crítico imputa a los protocolos: no debe ser puramente "formalista". Aquí que la concepción del crítico no sea "formalista" significa que no se limite a apuntar a una determinada forma jurídica, sino que explique **por qué** esa forma jurídica es la que debe ser tomada en cuenta por la ley y la administración.

Se trata, entonces, de sujetar la posición del crítico a sus propios estándares de racionalidad. Notar esto es importante porque en general la discusión sobre educación ha estado sobrepoblada de participantes que reclaman no tener intereses ideológicos en la cuestión y representar un punto de vista puramente técnico, especializado. El deporte preferido de estos participantes (el modo en que justifican la autoridad epistémica que reclaman para sus observaciones) es identificar "mitos". Lo que suele denominarse "mitos" en esta materia son creencias que (a) son enteramente falsas, lo que podría apreciarse con sólo mirar la "evidencia empírica" disponible en Chile y en el extranjero, y (b) identifican a quienes no tienen un interés genuino por la educación (están "ideologizados"), que son los que están dispuestos a mantener creencias falsas cuando les resulta políticamente oportuno.

Aquí se esconde un punto metodológico que debe ser explicitado preliminarmente. Es desde luego trivialmente verdadero que una o muchas personas pueden estar equivocadas, es decir, pueden creer en la verdad de proposiciones falsas. Pero la interpretación del interlocutor en una conversación orientada al entendimiento (y no al uso estratégico del otro) sólo es posible en la medida en que el supuesto inicial es que es en general **implausible** que detrás de una posición tan importante para quienes la sostienen sobre un tema que es a su vez tan importante (una posición, adicionalmente, tan extendida) no haya **nada** sino irracionalidad y mitología. El principio metodológico razonable debe ser el contrario (lo que a veces se denomina el "principio de caridad" en la interpretación): que no hay "mito" (= creencia falsa pero extendida) que sea **sólo** un mito, es decir, **enteramente ilusorio**; que detrás de todo mito se esconde siempre al menos una aspiración o reclamo que debe ser rescatado y analizado en sus términos antes de, en su caso, desechar el resto.

Esto es lo que habrá de ocuparnos en este artículo. Se trata de considerar cándidamente el problema de la educación pública, asumiendo que la preocupación que reclaman la Presidente y la Concertación no es enteramente falsa (lo que no necesariamente garantiza, desde luego,

que sea correcta), y asumiendo al mismo tiempo que el solo hecho de que un establecimiento sea de propiedad del Estado no es en sí mismo inmediatamente relevante, que tiene razón el crítico que alega que es a la función, y no al órgano que la provee, donde en definitiva hay que mirar para identificar lo que en el sentido políticamente relevante es “público”.

Sobre Forma y Substancia

Antes de comenzar, es importante explicitar la lógica del argumento a seguir. Las instituciones persiguen ciertas finalidades, para lo cual introducen conceptos y categorías definidos por ellas. Piénsese en el concepto institucional (es decir, definido por reglas, de modo que no puede existir sin esas reglas) de “testamento”. Simplificando las cosas, podemos decir: la finalidad de la institución “testamento” es garantizar que, dentro de ciertos límites, los bienes de una persona al momento de su muerte habrán de ser distribuidos conforme a su voluntad. Precisamente para garantizar la finalidad de la institución la ley exige ciertas condiciones para reconocer a algo como un testamento: debe sujetarse a ciertas formalidades, como darse por escrito o ante un cierto número de testigos, o ante un ministro de fe, etc. Como consecuencia de estas exigencias (que – nótese cuidadosamente – son exigidas por la finalidad de respetar la voluntad del testador, no por una consideración externa a esa finalidad) pueden producirse problemas: puede darse el caso de que en algunos casos la voluntad del testador se frustre, porque omitió algunos de esos requisitos (y en consecuencia el testamento resulta ser nulo); o puede cumplirse con algo que satisface esos requisitos pero que en realidad no era la voluntad del testador (porque cambió posteriormente su voluntad, pero no alcanzó a dar un nuevo testamento, etc). En otras palabras, para reconocer y honrar la voluntad del testador es necesario introducir un concepto “técnico”, “formal”, que haga esa voluntad fácil y seguramente reconocible; que la haga, en otras palabras, **operativa**. Pero la introducción de ese concepto formal puede en ciertos casos traicionar su propia finalidad.

Una vez introducido un concepto institucional (como testamento) para dar cuenta de una finalidad (respetar la última voluntad del causante) la referencia a la finalidad de la institución desaparece y es reemplazada, en el discurso jurídico, por el concepto formal (para el abogado respetar la última voluntad del causante es respetar el testamento). El derecho se

hace, así, (relativamente) ciego a la sustancia (finalidad), y ve sólo la forma (institución). Esto no es (necesariamente) una necesidad específica del abogado, sino un mecanismo necesario para que esas finalidades puedan ser alcanzadas: no se trata de que el abogado ignore que las anomalías indicadas en el párrafo anterior son posibles, sino que desde el punto de vista del derecho lo importante son las instituciones (o reglas) que permiten cumplir ciertas finalidades, no la reacción ante un caso particular. Esto hace que al no-abogado la preocupación del abogado parezca "formalista" (se preocupa por el testamento, no por la "verdadera" última voluntad del causante). Por supuesto, es posible que en muchos casos la práctica jurídica haya devenido patológicamente "formalista", lo que ocurre cuando la forma institucional pierde toda conexión con la finalidad de la institución y es seguida por ella misma (es lo que a veces se denomina "ritualismo"). Pero lo importante es no perder nunca de vista que toda categoría jurídica será, necesariamente, formal hasta cierto punto. Esa formalidad puede degenerar en "formalismo" (en sentido peyorativo), pero para determinar que ése es el caso no basta mostrar que el derecho usa una categoría formal: es necesario además mostrar que esa categoría formal ha perdido la conexión que alguna vez tuvo (si la tuvo) con una finalidad sustantivamente importante.

La distinción entre forma institucional y finalidad será de crucial importancia para entender cuál es la pretensión políticamente significativa que se esconde detrás del "mito" de que la propiedad de un establecimiento educacional justifica preocuparse especialmente de él, porque muestra cómo esa cuestión se desdobra en dos: primero habrá que preguntarse sobre la **finalidad** de la educación pública; luego veremos que la conexión entre esa finalidad y la propiedad ("naturaleza jurídica") de los establecimientos no es enteramente contingente, como no es contingente la relación entre la validez del testamento y el hecho de que él represente efectivamente la última voluntad del causante. La cuestión importante será cuán estrecha es esta vinculación no contingente.

Para apreciar cómo esta cuestión es relevante para nuestro problema, puede ser útil mirar una afirmación como la contenida en el punto I del primer protocolo:

[Es importante que exista] una educación pública de calidad y fuerte, ya que la educación pública es la única que garantiza absolutamente el ingreso sin discriminación a los establecimientos educacionales de los educandos.

Esta afirmación atribuye a la educación provista por órganos del Estado una propiedad, y la cuestión que tendremos que considerar será si esa atribución es correcta o no. Uno podría hacer aquí la misma distinción que antes hacíamos entre voluntad del testador y testamento: el **modo institucional** (“formal”) de perseguir la finalidad que deseamos (antes, cumplir la voluntad del causante; ahora, asegurar el ingreso “sin discriminación”) es mediante la educación provista por órganos del Estado. Como antes, no es obstáculo para sostener esta idea el que en ciertos casos particulares la forma traicione a la sustancia (como tampoco es obstáculo para entender el testamento como la forma institucional de la última voluntad del causante el hecho de que a veces lo que cuenta como “testamento” no sea tal voluntad o que otras veces tal voluntad no califique, jurídicamente hablando, como “testamento”). Lo que buscamos no es **identidad** entre ambas nociones, sino una correlación no contingente y suficientemente estrecha.

Dicho en los términos introducidos anteriormente, necesitamos determinar si la finalidad que la educación pública persigue tiene alguna relación con la forma institucional de educación provista por órganos del Estado, o si la equiparación entre educación pública y educación provista por establecimientos del Estado es en la actualidad un caso de “formalismo” (en sentido peyorativo). Para eso, tenemos que preguntarnos primero por el sentido de una educación que es “pública”.

Dos (no tres) Sentidos de “Educación Pública”

Hay un sentido en que toda educación provista en el contexto de un sistema educacional como el chileno es pública. Éste es el sentido en que la expresión es utilizada en la denominación que reciben ciertas escuelas inglesas: “escuelas públicas” (public schools). Esas escuelas, paradójicamente, son las más exclusivas y selectivas del sistema educacional inglés (están probablemente entre las escuelas más selectivas y exclusivas del mundo), abiertas sólo a los ultra-ricos. La razón por la que se denominan “public schools” es que ellas originalmente surgieron como una alternativa a la educación que recibía el hijo del aristócrata a manos de un instructor o institutriz, en privado, en el palacio familiar (como Aristóteles educaba a Alejandro Magno). En contraposición a esa forma de educación, el hecho de tener que salir del palacio y encontrarse con otros estudiantes era lo que caracterizaba a la educación recibida en una escuela como “pública”.

Si éste es el criterio de lo público, lo que la ley llama "educación" es, **toda ella**, pública por definición². Pero desde luego, este sentido hace que la idea misma de prestar una especial atención a la educación pública carezca de sentido (salvo como una manera particularmente inepta de exigir una atención especial a la educación sobre, por ejemplo, la defensa nacional o la seguridad social etc.).

Los críticos de los protocolos utilizan un criterio algo más restringido de educación pública, porque sostienen que ella incluye a la educación provista por instituciones estatales y a la particular subvencionada, pero excluye a la financiada privadamente. Como la educación pública incluiría tanto a la estatal como a la particular subvencionada no se justificaría que el Estado mostrara una preocupación especial por la primera. Dicho de otro modo, lo que los críticos reclaman no es que excluya de la "educación pública" a los establecimientos particulares pagados, sino que, correctamente entendida, esa categoría debe incluir a los particulares subvencionados.

Ahora bien, la pregunta obvia es qué es lo que es común a los establecimientos estatales y los particulares subvencionados y los distingue a ambos de los particulares pagados; qué es, en otras palabras, lo que definiría la novedosa categoría propuesta por el crítico. Aunque la respuesta es bastante obvia, es importante detenerse en el hecho de que los críticos de los protocolos no son aquí particularmente prolijos. J. J. Brunner, por ejemplo, ha dicho que

En Chile se llama educación pública a aquella ofrecida por los colegios municipales, sin reparar en que también la provista por establecimientos privados subvencionados es pública en todos los aspectos fundamentales (currículo, profesores, jornada escolar, textos, exámenes, medición de resultados, certificados otorgados, financiamiento), con excepción de la propiedad de las escuelas³.

Lo que es claro aquí es que, con la excepción de "financiamiento", los "aspectos fundamentales" a los que se refiere Brunner caracterizan por igual a toda la educación reconocida por el Estado. Si ellos fueran los que definen a la educación pública, deberíamos concluir que su objeción

2 La ley 18962 define incluso a la educación que denomina "informal" como "pública" en este sentido: ella es "todo proceso vinculado con el desarrollo del hombre y la sociedad, facilitado por la interacción de unos con otros" (art. 4° inc. final).

3 J.J. Brunner, en *El Mercurio*, 13 de julio de 2008.

no es a la idea de que el Estado debe mostrar una especial preocupación por la educación estatal, sino una mucho más radical: el Estado no tiene responsabilidad especial por ningún sector del sistema educacional, porque son todos parte de la "educación pública". Aquí Brunner estaría usando el primer concepto que hemos distinguido de educación pública. Para evitar esta conclusión hay que separar, de la lista que ofrece Brunner, el financiamiento, que es el único criterio que permite agrupar a establecimientos estatales junto a particulares subvencionados, excluyendo los particulares pagados. La mención a los otros "aspectos fundamentales" es aquí irrelevante⁴.

4 Puede ser útil considerar uno a uno esos "aspectos fundamentales": "currículo, profesores, jornada escolar, textos, exámenes, medición de resultados, certificados otorgados, financiamiento". En cuanto al currículo, las reglas relevantes son aplicables tanto a la educación particular pagada como a la subvencionada. En efecto, la obligación de "ceñirse a planes y programas de estudio, sean propios del establecimiento o los generales aprobados por el ministerio de educación" (art. 23b L 18962) es una exigencia para el reconocimiento oficial, aplicable por lo tanto a toda la educación privada, subvencionada o no. Para ambos dichos planes y programas deben ser "adecuados para el cumplimiento" de los "objetivos y contenidos mínimos obligatorios" fijados por el Presidente de la República (art. 20 inc. 2° L 18962). En cuanto al **régimen de los profesores**, la L 19079 distingue entre profesores del "sector municipal", que se rigen por lo dispuesto en su título III, y los del "sector particular", a los que se aplica el título IV, con algunas excepciones establecidas en el artículo 3 (estas excepciones son reglas del título IV, en principio aplicables al "sector particular", que no son aplicables a los establecimientos particulares pagados; no son casos en los que las reglas del título III se aplican a los profesores del sector particular subvencionado). En cuanto a **exámenes**, ésta parece ser una cuestión a ser fijada por cada establecimiento. En cuanto a **medición de resultados**, los resultados de todos los establecimientos son medidos por el SIMCE. En efecto, de acuerdo a la información contenida en www.simce.cl, en 2007 el 97% de los alumnos de 4° básico y el 99% de los de 8° básico rindieron fueron evaluados. En cuanto a **certificados**, el art. 29 de la L 18962 es genérico para todos los establecimientos educacionales "oficialmente reconocidos". Los únicos dos casos en los cuales la aplicación de los criterios sugeridos por Brunner agrupa los establecimientos como él quiere (municipales y subvencionados por un lado, particulares pagados por el otro) son **jornada escolar** y **textos**. En cuanto a los textos, el Estado efectivamente los entrega gratuitamente sólo a los establecimientos subvencionados (municipales o particulares). Sin embargo, como aquí lo especial es que es el Estado el que carga con los costos de estos textos, lo razonable parece ser entender que "textos" y "financiamiento" no son dos criterios distintos sino uno, por lo que "textos", como criterio, es absorbido por "financiamiento". Sólo queda el criterio "jornada escolar". Ahora bien, el art. 1° L 19532 impuso efectivamente a todos los establecimientos financiados con fondos del Estado (municipales y particulares subvencionados, salvo en los casos excepcionales especificados por el inc. 4°) la obligación de funcionar, desde el año escolar 2007, conforme al régimen de jornada escolar completa. Pero es obvio que aquí la pregunta tiene que ser por el título en virtud del cual la ley puede justificadamente imponer esa obligación a esos establecimientos, y entendido así, habría también que decir que este criterio es absorbido, en lo relevante, por el que mira al financiamiento.

Ahora, al que sostiene que el criterio debe ser la fuente de financiamiento puede dirigirse la misma objeción que éste dirigía al que alega que el criterio debe ser la propiedad del establecimiento: ¿por qué es relevante la fuente de financiamiento? ¿No es el dinero fungible, de modo que una vez percibido su fuente deviene irrelevante?

¿Por qué es formalista apelar a la naturaleza jurídica del proveedor y no es formalista apelar a la naturaleza jurídica del que paga por la provisión? La respuesta natural parece ser que cuando el que paga por la educación es el Estado, y no el individuo, ella deja de quedar condicionada a la capacidad del individuo de pagar por su educación. Éste sería el criterio relevante para definir lo que cuenta como educación pública; no tiene sentido entender que lo decisivo es el origen mismo del dinero, como si éste cuando proviene del Estado fuera en algún sentido diferente al que proviene de un individuo. Es una cuestión de acceso: educación pública=educación abierta a todos.

Aquí puede ser útil recodar la frase citada del primer protocolo, que sostenía que lo que caracteriza a la educación pública es que ella "garantiza absolutamente el ingreso sin discriminación". Si la idea de discriminación se entiende en el sentido en que la discriminación está prohibida por el artículo 19 N° 2 de la constitución, (es decir, como discriminación arbitraria), el protocolo contiene un error de derecho: la prohibición de discriminación arbitraria alcanza no sólo a la educación pública, sino a todo establecimiento educacional. Dado el régimen legal aplicable a todo establecimiento educacional, no puede decirse que sólo algunos de ellos tengan la obligación de no discriminar⁵.

Pero si entendemos la idea de discriminación, como dice el diccionario, en el sentido (neutro jurídicamente, es decir, no necesariamente ilícito) de "seleccionar excluyendo", la afirmación contenida en el primer protocolo es enteramente correcta: la educación pública es la que está abierta a todos. Y el argumento aquí tendría que ser que la educación, cuando es financiada por el Estado (es decir, tanto la estatal como la particular subvencionada), está abierta a todos, y por eso sería pública.

6 El sentido del art. 11 de la ley 18962 es precisamente excluir la discriminación arbitraria en los procedimientos de selección, exigiendo a los establecimientos que esos procesos respeten "las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados suscritos y ratificados por Chile" y reconociendo a quienes no han sido exitosos en la postulación el derecho a obtener "un informe con los resultados de sus pruebas". Esto implica evidentemente que el establecimiento tiene el deber de no seleccionar arbitrariamente.

Es claramente incorrecto, sin embargo, decir que la educación provista por los establecimientos particulares subvencionados está en principio abierta a todos. Ello por dos razones. La primera es que desde 1993 esos establecimientos están habilitados legalmente para cobrar a sus estudiantes (a sus padres) una cantidad mensual de dinero que la ley denomina “financiamiento compartido”. Conforme al propio criterio utilizado por los críticos, entonces, estos establecimientos no deberían ser entendidos dentro de la categoría “educación pública”⁶

Pero la razón principal no es el financiamiento compartido. En Chile se ha entendido (incorrectamente, a mi juicio, aunque eso es ahora irrelevante⁷) que es parte fundamental de la libertad de enseñanza de la que gozan los sostenedores de estos establecimientos el que ellos puedan no sólo definir su propio proyecto educativo, sino adicionalmente invocarlo como una razón que guía sus criterios de selección o permanencia⁸. Por consiguiente los establecimientos particulares subvencionados no están en principio abiertos a todos, sino abiertos sólo a quienes tienen formas de vida o concepciones de la educación o del mundo (etc.) que de acuerdo a la decisión unilateral del sostenedor son compatibles con su proyecto educativo.

Por estas dos razones no puede decirse que los establecimientos particulares subvencionados estén abiertos a todos. Que un establecimiento

6 El DFL 2/1998/Educación impone a los sostenedores de los establecimientos particulares subvencionados que cobren financiamiento compartido la obligación de establecer un sistema de exenciones (art. 24 inc. 3°), aunque no establece obligaciones al sostenedor acerca de la magnitud de este programa de exenciones, más allá de la exigencia de que a lo menos dos terceras partes de ellas se distribuyan conforme a criterios exclusivamente socioeconómicas (art. 24 inc. 5°). La ley también establece como condición para acceder a la subvención estatal que un 15% de la matrícula esté compuesta por estudiantes en situación “vulnerable” (art. 6 a bis). Estas dos obligaciones de los establecimientos particulares subvencionados disminuyen la fuerza del argumento del texto principal (aunque no demasiado, como es evidente al comparar la situación de los establecimientos privados subvencionados y los municipales que cobran financiamiento compartido, como se muestra más adelante).

7 Véase el exhaustivo análisis interpretativo de los números 10 y 11 del artículo 19 de la constitución (derecho a la educación y libertad de enseñanza) en Atria, **Mercado y Ciudadanía en la Educación** (Santiago: Flandes Indiano, 2007), pp. 41-64.

8 De otra manera, dicen los partidarios de esta comprensión de la libertad de enseñanza, no habría manera de asegurar la “comunidad de valores” que un proyecto educativo puede requerir. Quienes sostienen esta excéntrica idea ignoran sistemáticamente que, como en Chile nadie tiene la obligación legal de asistir a un establecimiento en particular, esa comunidad de valores se puede garantizar sin que el establecimiento pueda seleccionar. En efecto, el hecho de que el establecimiento deba ser elegido por los padres en primer lugar es suficiente para garantizar esa comunidad de valores. Al respecto, véase **ibid**, pp. 14-19.

educacional esté abierto a todos quiere decir que en principio todos tienen el derecho de ser admitidos por ese establecimiento, derecho que sólo cede, como todo derecho, cuando su cumplimiento es físicamente imposible (no implica que un establecimiento no esté abierto a todos el hecho de que ese establecimiento no pueda, por razones fácticas de limitación de recursos, recibir a todo el que postula cuando la demanda excede las plazas disponibles). Por consiguiente, es importante notar que el hecho de que los establecimientos de la educación particular subvencionada no estén en principio abiertos a todos no es una generalización a partir de las políticas efectivamente adoptadas por todos, muchos o la mayoría de los establecimientos educacionales. No es un punto, en otras palabras, que dependa de la evidencia empírica disponible, por lo que no es refutable por referencia a dicha evidencia. Es una observación sobre el **régimen legal** aplicable a esos establecimientos, que entiende la libertad de enseñanza del sostenedor de un modo que es incompatible con entender que quienes postulan a su establecimiento tienen un derecho, fundado en su condición de ciudadanos, a ser admitidos.

En efecto, que alguien tenga un derecho quiere decir que hay otro que tiene un deber⁹. Que el acreedor tenga derecho a que el deudor pague quiere decir que el deudor tiene el deber de pagar. Esta obligación del deudor, una vez surgida, es **independiente de su voluntad**, en el sentido de que ya no puede decirse que el deudor tiene la libertad de decidir si paga o no paga. No puede entenderse que A tiene un derecho en contra de B para que B haga X, si el deber de B de hacer X depende de que B **quiera** hacer X. Como el régimen legal de la educación particular subvencionada permite al sostenedor exigir una cierta cantidad de dinero a cambio de la prestación de servicios educacionales, y le permite además definir un proyecto educativo conforme al cual ciertos ciudadanos no son elegibles o son menos elegibles que otros, no puede decirse que todo ciudadano esté, ante un establecimiento particular subvencionado, en la posición de quien tiene **derecho** a ser admitido.

Nótese que en esto hay una diferencia considerable con la educación estatal: si bien ésta está también autorizada para cobrar como financiamiento compartido un pago en dinero por el servicio provisto, esa autorización tiene una limitación que mantiene esa forma educacional abierta a todos, contenida en el inciso final del artículo 23 del DFL 2 de 1998:

9 Véase al respecto Atria, **op. cit.** en n. 7, pp. 41-45.

En todo caso, los establecimientos de educación básica y media administrados por las municipalidades o por corporaciones que los administren por cuenta de ellas deberán otorgar cupos a todos los alumnos residentes en la comuna que lo requieran, previa declaración escrita del apoderado en que solicite el beneficio de la gratuidad¹⁰.

La razón por la cual la autorización dirigida a establecimientos municipales para exigir el pago del financiamiento compartido **necesita** estar sujeta a esta limitación está contenida en el artículo 19 N° 10 de la constitución: todas las personas tienen un **derecho** a la educación. Por la misma razón, no puede decirse que ellos tengan libertad de enseñanza en el sentido en el que se entiende dicha libertad en Chile, es decir, como justificación de políticas de selección y exclusión. Si los establecimientos municipales tuvieran esa libertad de enseñanza, entonces nadie tendría derecho a ser educado¹¹.

La referencia al derecho a la educación suele utilizarse, por los "expertos en políticas públicas", de modo impropio, como si su relevancia se agotara en el hecho de que debe haber un sistema educacional con cobertura completa. Pero la lógica de los derechos es individualizada,

10 Si el argumento de este artículo es correcto, esta regla permite entender que a pesar de la posibilidad legal de los establecimientos públicos de cobrar financiamiento compartido todavía existe en Chile educación pública. Pero el hecho de que ellos en principio estén autorizados para hacerlo es incoherente con su condición de educación pública.

11 Esto sólo muestra que esta concepción de la libertad de enseñanza es defectuosa, en tanto hace contradictoria a la constitución, que asegura la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. En Chile esta contradicción, en general, se ha solucionado en desmedro del derecho a la educación, es decir, de la educación como un derecho (por la vía de negar la existencia de un derecho **a la educación** y reemplazarlo por un derecho a **no ser arbitrariamente discriminado**, al modo del ya visto art. 11 L 18962: véase *supra*, n. 5). Desde luego, esto nunca es reconocido, y nuestros autores de derecho constitucional y el tribunal constitucional declaran una y otra vez que entre ambas no hay conflicto sino armonía (véase el c.7 de la ya citada sentencia rol 410), pero eso sólo refleja confusión de conceptos: si un sostenedor tiene la libertad de aceptar o no a un postulante, no puede decirse que el postulante tenga un derecho a ser educado. Podrá tener derecho a otras cosas (conforme a los otros números del art. 19: a la vida, a la no discriminación arbitraria, etc), pero no tiene derecho **a la educación**. Pero esto es mala interpretación constitucional (demasiado partisana, y con falsa conciencia, en tanto reclama estentóreamente no serlo). Como nuestro principio metodológico inicial, el supuesto inicial debe ser que si la constitución reconoce el "derecho a la educación" ella reconoce el derecho a la educación, y que no hay contradicción entre sus reglas. La contradicción que la teoría constitucional dominante impone a la constitución, es, por lo demás, totalmente innecesario. Para un intento de interpretación de los NN° 10 y 11 del artículo 19, véase Atria, *op. cit.* en n. 7, cap. 2.

no agregativa. No se trata (sólo) de que sea bueno que se alcance la cobertura completa en educación básica y media, se trata de garantizar que **cada uno** podrá recibir la educación que crea que es mejor. Ésta es la obligación del Estado: garantizar a cada ciudadano, individualmente, la educación que requiere. La existencia de establecimientos particulares subvencionados no es suficiente garantía del derecho a la educación, precisamente porque descansa en la idea de que el sostenedor puede poner condiciones al ingreso. Esta idea, aunque por referencia sólo a la exclusión por capacidad de pago, está explícitamente ordenada en el artículo 19 N° 10 inciso 5° de la constitución:

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 población.

Sólo un sistema educacional cuyo régimen legal obliga a los proveedores a admitir a cualquier individuo que postula garantiza la educación a todos como un derecho. El régimen legal aplicable a la educación particular subvencionada no garantiza la educación **como un derecho**, porque el sostenedor tiene libertad, conforme a la ley, para establecer condiciones de ingreso, y la idea misma de que una exigencia es formulada como un derecho es incompatible con la libertad de aquél a quien se dirige la exigencia para condicionar su cumplimiento.

De modo que, examinada atentamente, la idea de que la categoría (funcional) de educación pública incluye tanto a los establecimientos estatales como a los particulares subvencionados es incoherente. Los sentidos relevantes, en el estado actual del derecho chileno, son dos: en uno, toda educación es pública (es el sentido de las **public schools** inglesas); en el otro, es pública la educación que es ofrecida por establecimientos que tienen el deber (correlativo al derecho a la educación de los individuos) de admitir a todo el que postule a ellos (salvo el caso obvio de imposibilidad material). La tesis de que la educación "pública" incluye a los establecimientos estatales y a los subvencionados usa como criterio de distinción de lo público el hecho de que en ambos casos no es el individuo el que paga sino el Estado. Pero esta característica o es un formalismo sin justificación (tal como los críticos de los protocolos decían que era un formalismo atender a la "naturaleza jurídica" del establecimiento), o es importante porque abre el acceso a esos establecimientos a todos, no sólo a los que pueden pagar. Desde luego esta segunda opción es la que se toma en serio el criterio que los propios críticos han

utilizado para distinguir la educación subvencionada de la pagada. Pero habiendo aceptado este criterio (=es pública la educación que está legalmente abierta a todos), sólo el desconocimiento del régimen legal de la educación particular subvencionada podría llevar a concluir que estos establecimientos están legalmente abiertos a todos y son parte, por lo tanto, de la educación pública.

Antes de cerrar esta sección, es importante hacer una salvedad. Lo que hemos considerado ha sido el sentido de distinguir educación pública de educación privada, y nuestra conclusión ha sido que no hay un concepto coherente de educación pública que incluya a los establecimientos particulares subvencionados y excluya a los particulares pagados. De esto se sigue que la educación pública en el sentido que nos interesa incluye sólo a los establecimientos estatales. Pero lo que no se sigue de esto es que el hecho de que los establecimientos particulares subvencionados reciban financiamiento público es enteramente irrelevante. Hay un obvio interés público en especificar las condiciones bajo las cuales puede accederse a la subvención estatal y el modo en que puede ésta ser utilizada. El Estado tiene innegablemente el deber de velar por la correcta utilización de los fondos públicos, lo que se traduce en su deber de crear mecanismos de fiscalización adecuados al modo en que esos recursos se invierten. Esto desde luego justifica que exista un régimen que permita el control del uso de los fondos estatales en establecimientos privados (del mismo modo en que sería, por ejemplo, enteramente inaceptable que el Estado creara un fondo de financiamiento de la investigación científica y tecnológica pero no creara mecanismos de control del buen uso de esos recursos). El argumento puede incluso llegar más lejos: como los establecimientos privados subvencionados pueden cobrar a los padres una cantidad que complementa la subvención estatal, y que de ese modo se transforma (en esos establecimientos) **en condición para gozar de la subvención**, el régimen al cual están sujetos los recursos estatales utilizados por los establecimientos privados puede también ser legislativamente extendido a los recursos captados por los establecimientos en tanto financiamiento compartido. Es evidente que para justificar esta conclusión no es necesario afirmar que los establecimientos privados subvencionados son parte de la educación pública; basta afirmar que reciben recursos del Estado, y aplicar a esos recursos entonces el régimen general de los recursos estatales. En efecto, parece ser bastante claro, en principio, que una cuestión es la de definir qué cuenta como educación

pública, y otra es especificar las obligaciones que, en general, el que recibe financiamiento público para algo adquiere por ese solo hecho.

Educación Pública y Educación Estatal

En la sección anterior hemos distinguido un concepto ("amplio") de educación pública como el utilizado cuando se habla de las "public schools" inglesas y uno ("estricto") como el que usan los dos protocolos firmados entre el gobierno y la Concertación aludidos al principio. Hemos visto también que el concepto ("intermedio") de educación pública propuesto por los críticos de los protocolos, uno que incluye a todos los establecimientos educacionales que reciben algún financiamiento del Estado, fracasa en sus propios términos y por consiguiente no alcanza a constituir una tercera posibilidad, porque o supone una concepción fetichista del dinero (conforme a la cual el dinero es distinto cuando su fuente es el Estado que cuando es un ciudadano, lo que es excluido por la fungibilidad perfecta del dinero) o se disuelve en el concepto estricto de educación pública, en tanto atiende a la fuente de financiamiento como una manera (inadecuada por "formalista") de identificar la educación en principio abierta a todos. En sentido estricto, la educación pública es la que está sometida a un régimen legal conforme al cual ella está en principio abierta a todos como ciudadanos.

El sentido o finalidad, entonces, de un sistema de educación pública es garantizar a cada ciudadano la educación **como derecho**, es decir como una prestación que no requiere para ser obtenida el consentimiento voluntario de quien la ofrece. De los tres regímenes educacionales que conforman el sistema educacional chileno, sólo el compuesto por establecimientos que pertenecen al Estado satisface esta condición, por lo que sólo la educación provista por establecimientos estatales puede ser denominada, en este sentido, "pública".

Hay entonces una conexión entre educación (funcionalmente) pública (abierta a todos) y educación (formalmente) pública (provista por establecimientos estatales). Ahora bien, esta conexión no es puramente contingente, como si no fuera más que el resultado de una historia que en cualquier punto particular podría haber evolucionado de otro modo. Al contrario, se explica por la diversa posición que el individuo asume frente al Estado y frente a otros individuos. Ante el establecimiento de propiedad del Estado el individuo concurre en términos asimétricos: basta

su voluntad para que el establecimiento tenga la obligación de admitirlo. Esta asimetría entre el individuo y el establecimiento es reflejo de la posición general de asimetría que el ciudadano (como titular de derechos, los más importantes de los cuales son especificados en el artículo 19 de la constitución), tiene frente al Estado (que no tiene derechos frente al ciudadano porque está, como lo dispone el artículo 1° de la constitución, "al servicio de la persona humana"). Pero ante el establecimiento privado (subvencionado o no) el individuo no concurre como ciudadano, sino como parte contratante. Y entre las partes contratantes existe la simetría propia del contrato y del mercado: ninguna de las partes está, como el Estado frente a la persona humana, al servicio del otro. Como la relación entre el individuo y el establecimiento es en este caso simétrica, no basta la voluntad del primero para que el segundo tenga una obligación: la concurrencia de su voluntad, como en todo contrato, es condición necesaria, pero no suficiente, para que haya contrato.

Por consiguiente, la explicación que hemos encontrado del sentido de la educación (estrictamente) pública satisface la condición que fijábamos al principio: hay una conexión entre la forma institucional de ciertos establecimientos (=son propiedad del Estado) y el sentido de la educación pública (=educación abierta a todos, ante la cual el individuo concurre como ciudadano ejerciendo un derecho) que es no contingente. Luego, la categoría de "educación pública" se identifica con la de "educación provista por establecimientos de propiedad del Estado" reteniendo su sentido. Es sencillamente falso decir que la única diferencia entre los establecimientos estatales y los particulares subvencionados es la naturaleza del titular de la propiedad sobre los mismos. Como consecuencia de esa diferencia en titularidad, el régimen legal de ambos es diferente en un punto críticamente importante si de lo que se trata es de garantizar un derecho: sólo ante los establecimientos del Estado el individuo concurre como ciudadano que ejerce su derecho.

Ahora, en el sentido que estoy utilizando la expresión, que la relación entre forma institucional y sentido funcional sea no contingente no implica que sea necesaria¹². El Estado podría (aunque esto exigiría modificar el régimen constitucional vigente) reclamar para sí libertad de

12 Esto puede parecer extraño, porque habitualmente se entiende que el par "contingente/necesario" constituye lo que en sentido técnico se llama una **división**, tal que **tertium non datur**. Pero la tercera categoría de "no contingente pero no necesario" es completamente crucial para analizar problemas de relación entre formas institucionales y funciones políticas. Así, por ejemplo, que un juez sea imparcial

enseñanza (como absurdamente lo declaró al pasar el tribunal constitucional) o ser dueño de establecimientos que discriminaran, casos en los cuales no podría decirse que sus establecimientos fueran "públicos" en sentido substantivo. En Chile ése no es el caso¹³.

La posibilidad contraria tampoco existe en el sistema jurídico chileno, y quizás podría ser deseable que existiera. Como ya ha sido recordado anteriormente, en Chile hemos aceptado que es a través de iniciativas privadas que pueden perseguirse finalidades públicas. Pero la manera en que lo hemos hecho ha desnaturalizado esas finalidades, porque la finalidad, por ejemplo, de un sistema de salud no es sólo proveer de prestaciones de salud, sino garantizar el **derecho** de los individuos a esas prestaciones de salud. Para que las iniciativas privadas reemplacen al Estado en la provisión de prestaciones públicas es necesario que asuman la posición de asimetría que el Estado tiene frente al ciudadano. Por consiguiente, no hay razón para negar la posibilidad de que se cree legalmente una categoría de establecimientos públicos de enseñanza que sean de propiedad privada. Para esto sería necesario configurar el régimen legal aplicable a esos establecimientos educacionales privados (en cuanto a su propiedad y gestión) de modo que ellos asumieran la posición de asimetría, ante el ciudadano, característica del Estado. Si esa categoría legal existiera, **entonces** la homologación entre establecimientos de propiedad del Estado y educación pública sería objetable (esto muestra que dicha homologación no es **conceptual**, es decir, necesariamente correcta e independiente del contenido del régimen legal aplicable). Mientras dicha categoría no exista, la

no hace **necesario** que su decisión será correcta. Pero sería absurdo decir que de eso se sigue que la relación entre corrección de la decisión judicial e imparcialidad del juez es "contingente", como lo es la relación entre sus gustos musicales y la corrección de la decisión. Como en el texto principal, la manera de describirlo es decir que la imparcialidad del juez está relacionada con la corrección de la decisión de modo no contingente, aunque no necesario. Para decirlo de modo más preciso, habría que decir que la forma institucional (la imparcialidad del juez, la propiedad de los establecimientos educacionales) hace probable el desempeño adecuado de la función (la decisión judicial correcta, la educación abierta a todos).

13 No es el caso en los términos en que estamos discutiendo el problema, aunque si uno se tomara en serio la declaración constitucional de que los padres tienen derecho a elegir la educación de sus hijos, tendría que concluir que no es constitucionalmente aceptable que los establecimientos de la educación pública seleccionen a sus estudiantes, como (excepcionalmente) algunos lo hacen, por criterios que no sean estrictamente aleatorios. Pero también debería concluir que **toda la educación reconocida por el Estado** debería ser en el sentido substantivo indicado, pública. Pero eso no es lo que está hoy en discusión, y por eso no perseguiré esta vía aquí. He desarrollado el argumento completo en Atria, **op. cit.** en n. 7, pp. 67-117.

homologación es correcta, y la subsistencia de la educación estatal es la marca de que el Estado chileno está comprometido con la educación como derecho ciudadano.

La “Especial Preocupación” por la Educación Pública

En este punto hemos cumplido la primera parte del programa fijado al principio: hemos encontrado un sentido importante, y constitucionalmente relevante, que permite distinguir razonablemente entre educación pública (provista por el Estado) y educación privada (financiada por el Estado o no). Debemos atender ahora a la segunda parte del programa: dado este concepto de educación pública, y dadas las razones por las que hemos visto que es importante, ¿se justifica que el Estado tenga una preocupación especial por la educación pública?

La cuestión tiene hoy urgencia política porque, como lo afirma el primer protocolo, “se verifica una persistente baja de la matrícula de la educación pública en los últimos años”. ¿Es ésta una razón que justifique la preocupación especial?

Algunos dicen que parte de lo que explica el progresivo descenso de la matrícula de la educación pública es que ella provee de una educación de peor calidad que la privada, y que los individuos han demostrado esto votando, como suele decirse, “con los pies”. Pero esto ignora el hecho de que, en un sistema mixto de educación, como el chileno, que incluye educación pública y educación privada, hay una tendencia interna al deterioro de la educación pública¹⁴. Esta tendencia se relaciona precisamente con lo que hace importante a la educación pública.

El punto de partida es que lo que guía principalmente a los padres en la selección de un establecimiento educacional es obtener la mejor educación para sus hijos. Dicho de otro modo, para los padres la pregunta “¿qué es bueno para mi hijo?” tiene una fuerza motivacional considerablemente superior a la pregunta “¿qué es bueno para todos?” El punto aquí no es uno (moralista) sobre el egoísmo de los padres, sino el reconocimiento de que el rol de padre o madre implica un deber especial de los padres con sus hijos, deber que ellos no tienen respecto de otras personas. Esto, por supuesto, constituye el fundamento del “derecho

14 Como hay una tendencia interna al deterioro de la educación pública en un sistema mixto como el chileno, la hipótesis de que es una diferencia de calidad la que está en el origen del problema es innecesaria: para disponer de ella basta la navaja de Occam.

preferente y el deber" de educar a sus hijos que la constitución reconoce e impone a los padres (art. 19 N° 19 inc. 3°).

Este punto es importante porque fija la perspectiva desde la cual debemos mirar ahora el problema, que no es la del sistema completo, sino la del individuo que se pregunta cuál es la mejor educación disponible para su hijo. Y ante este individuo lo que aparece no es un sistema educacional, sino un conjunto de establecimientos que ofrecen educar a su hijo. Excepto en un sentido jurídico, lo que llamamos "sistema educacional" es el resultado de la suma de las decisiones de este y otros individuos como él, decisiones que están guiadas no por lo que es necesario o conveniente para configurar un sistema que provea de educación de suficiente calidad para todos sino por lo que es bueno para cada individuo (para sus hijos).

Es al legislador, y no al individuo, a quien corresponde la función de mirar al sistema como un todo y preguntarse si el modo en que éste ha evolucionado y evolucionará como consecuencia de las decisiones descentralizadas de individuos va en el interés de todos. Cuando no lo hace, debe intervenir no por (o: no **necesariamente** por) la vía de expropiar a los padres el control sobre la educación de sus hijos (lo que es una solución común en el derecho comparado, aunque en Chile sería contraria a la regla mencionada del art. 19 N° 10 inc. 3°), sino por la vía de modificar las circunstancias en las que el individuo debe decidir de modo de alinear el interés del individuo (=mejor educación para su hijo) con el de todos (=un sistema educacional que provea de educación adecuada para todos)¹⁵. Mostrar una "especial preocupación" por la educación pública es precisamente una de estas intervenciones necesarias.

La segregación del sistema (es decir, el hecho de que cada uno se eduque con otros **como él**) es una de esas características que no necesita ser deliberadamente querida por nadie, pero emerge como consecuencia de la suma de decisiones individuales. Aquí es necesario dar el segundo paso en el argumento. Los efectos de la segregación del sistema escolar son asimétricos: hay individuos a quienes la segregación beneficia e individuos a quienes la segregación perjudica (dicho tosca pero gráficamente, habría que decir: perjudica al pobre y beneficia al rico, entendiendo que "pobre" y "rico" son dos extremos entre los cuales hay una infinidad de estados intermedios y adicionalmente que son categorías que se definen por la posesión de recursos sólo uno de los cuales es

15 Para el desarrollo de este argumento, véase Atria, **op. cit.** en n. 7, cap. 5.

dinero). Ahora, bien, la segregación emerge como la consecuencia no deliberadamente querida por nadie porque ella no opera **directa**, sino **mediatamente**. Esto quiere decir que no es necesario suponer que un individuo busca deliberadamente educación segregada para su hijo. Todo lo que es necesario es asumir que quiere la mejor educación disponible para su hijo. Se sigue de lo anterior que sólo aquél a quien beneficie la segregación tendrá una razón para buscar un establecimiento que establezca condiciones de ingreso. El resultado es perfectamente anticipable: el sistema de los establecimientos que pueden establecer condiciones de ingreso se segregará, adaptándose todo lo precisamente que sea necesario (con la precisión, de hecho, característica del mercado) a **cada clase** de individuos para la que la segregación resulta beneficiosa, de modo que en definitiva sólo aquellos para quienes la segregación no es beneficiosa (es decir, aquellos a quienes la posibilidad de optar a un establecimiento que establezca condiciones de ingreso no implica optar a mejor educación) se mantendrán en establecimientos que no pueden establecer condiciones de ingreso. Ahora bien, esta distinción (puede/no puede establecer condiciones de ingreso) es precisamente la distinción entre la educación pública y la privada. El hecho, entonces, de que el chileno sea un sistema **mixto**, significa aquí, en lo relevante, que es un sistema que incentiva a todo el que se beneficia de la selección a abandonarlo. Si el sistema chileno ha de evolucionar espontáneamente, parece claro hacia dónde es razonable anticipar que lo hará: hacia concentrar en la educación pública a todo el que no puede satisfacer las condiciones de ingreso de los establecimientos de la educación privada, lo que es lo mismo que decir: a los que no se benefician de la selección, lo que a su vez es lo mismo que decir: a los pobres.

El hecho de que estas tres descripciones sean extensionalmente equivalentes muestra que no se trata aquí de una falla del mercado que pudiera ser corregida con mecanismos artificiales de estímulo al emprendimiento privado. En efecto, no se trata de que haya una demanda no satisfecha, sino de que no hay demanda. La asimetría de la segregación es lo que explica esto: si uno mira a los que son perjudicados por la segregación, es forzoso concluir que un establecimiento no ofrece, para ellos, mejor educación por la vía de establecer condiciones de ingreso que ellos puedan satisfacer. Como el supuesto no es que los individuos buscan segregarse **per se**, sino que lo hacen porque (o: en la medida en que) la segregación les resulta beneficiosa, aquél a quien no

le beneficia sino perjudica la segregación no tiene una preferencia por educación segregada. Luego, no es que haya demanda pero por fallos del mercado no haya oferta: no hay demanda. Ésta es la razón por la cual las tres descripciones contenidas al final del párrafo anterior son co-extensivas: el hecho de que se mantengan en la educación pública quienes no pueden satisfacer las condiciones de ingreso establecidas por la educación privada es equivalente al hecho de que se mantengan en la educación pública quienes no tienen nada que ganar (y sí mucho que perder) por educarse junto solamente a otros como ellos¹⁶.

Todo el que asiste a un establecimiento que establece condiciones de ingreso asegura por ese solo hecho que estudiará junto a otros individuos que satisfacen esos criterios de ingreso. Un sistema mixto como el chileno, entonces, tenderá a producir en el fondo del mismo un subsistema de estudiantes socioeconómicamente deprivados y socialmente marginados. La idea, expresada en los protocolos mencionados al principio, de que el Estado debe mostrar una "especial preocupación" por la educación pública, tiene por finalidad evitar este resultado. Ella está, entonces, plenamente justificada: el Estado necesita mostrar esa especial preocupación para neutralizar la tendencia que en un sistema mixto como el chileno afecta por definición a la educación pública, y que tiende a convertirla en **ghettos** de privación social y económica. No se trata de que los establecimientos públicos sean de mejor o menor calidad que los privados, la tendencia se sostiene en cualquiera de los dos casos (es más lenta, uno esperaría, en el primer caso¹⁷).

16 Desde luego, la segregación en la práctica no opera por quintiles, porque los criterios conforme a los cuales cada uno define quiénes son "como uno" varían de persona en persona y pueden fácilmente cruzarse entre ellos. Pero esto no es una objeción al argumento de esta sección, porque todo el punto de un sistema "mixto" es que esa segregación no ocurre porque corresponda al diseño de una mente que necesita entonces manejar todas esas variables e introducirlas en una matriz para tomar las decisiones que segreguen al sistema; al contrario, la segregación se produce, por las razones explicadas, espontáneamente, a través del mercado: donde haya demanda por educación segregada surgirá oferta de educación segregada (para hacer coincidir de este modo oferta y demanda, lo sabemos, el mercado es inigualablemente apto). Las matizaciones y cruces de criterios necesarios para dar cuenta de la enorme complejidad del mundo y de las diferencias en las preferencias de los individuos no necesitan ser pensadas por nadie: diferenciar la oferta para que calce todo lo exactamente que sea necesario la demanda es lo que en el mercado se produce espontáneamente.

17 Y esta mayor lentitud en el primer caso explica por qué, por ejemplo, la tendencia ha sido más lenta en el caso de ciertos establecimientos públicos (que la prensa denomina "emblemáticos"), o en el caso de la educación superior, al menos respecto de las universidades "tradicionales" del Estado (no, en general, las llamadas

No es objeto de este artículo proponer las medidas que el Estado necesita llevar adelante para compensar la tendencia interna de un sistema mixto como el chileno a la segregación en perjuicio de la educación pública¹⁸. Lo que el argumento aquí desarrollado pretendía mostrar eran sólo dos cosas: en primer lugar, que la categoría "educación pública" tiene sentido y debe ser mantenida e incluye (en el estado actual del derecho chileno) sólo a los establecimientos de propiedad del Estado. Rechazar esta conclusión implica negar que las personas en Chile tengan derecho a la educación, lo que parece incompatible con lo dispuesto por el artículo 19 N° 10 de la constitución. En segundo lugar, que precisamente porque la educación pública tiene las características que la hacen importante ella debe ser objeto de especial preocupación por el Estado. El argumento no ha hecho referencia a otras cuestiones que pueden ser importantes, como la contribución que la educación pública (abierta a todos) puede hacer a la creación de un **ethos** republicano que compense el hecho de que hoy "Chile" es un nombre para al menos dos países: uno (habitado por lo que la prensa llama "vecinos") de clínicas, colegios y consultas y otro (donde viven "pobladores") de hospitales, escuelas y consultorios. Puede por eso ser entendido como un argumento "mínimo". La educación pública provista por el Estado es la educación a la que todo ciudadano tiene derecho. El estándar de la educación pública es, entonces, el estándar del contenido de la ciudadanía.

"derivadas"). En ambos casos la tendencia es también discernible, pese a la mayor lentitud del proceso. Ambos casos se caracterizan porque, por razones históricas, los establecimientos públicos involucrados tienen exceso de demanda y por consiguiente están en condiciones de elegir entre sus postulantes, por lo que neutralizan el efecto de no imponer condiciones de ingreso (o imponer condiciones menos exigentes que sus similares privados). Pero como son del Estado esos mecanismos de selección son menos eficaces, y por eso están también expuestos a la tendencia identificada en el texto principal.

18 El tema es monográficamente discutido en Atria, **op. cit.** en n. 7, **passim**.