

El conflicto de las universidades desde una perspectiva jurídica: lo público y lo privado en el debate sobre la autonomía universitaria

José Julio León
Universidad Diego Portales

Introducción: el noble sueño de la autonomía

Existe una abundante literatura sobre el tema de la autonomía universitaria, la que –si bien no siempre logra definir con precisión de qué estamos hablando– tiende a concebirla como una esfera libre de la intervención estatal que asegura la libertad de investigación científica y docente.

El concepto que suele darse de autonomía parece estar construido sobre la idea de esa libertad que –según Kant (2003: 76-77)– posee únicamente la facultad “inferior”, la filosófica: esa “modesta pretensión de ser libre, pero también dejar en libertad a los demás, tan solo para descubrir la verdad en provecho de cada ciencia”. De allí surge el concepto moderno de la autonomía universitaria, que en general se predica por igual de universidades públicas y privadas. En efecto, en la introducción de *El conflicto de las facultades* –junto con celebrar la ocurrencia de “tratar fabrilmente todo el conjunto del saber”, mediante la división del trabajo entre docentes y profesores (agrupados en facultades)–, Lar (2003: 61) dice que el conjunto de dichos profesores constituye “una suerte de comunidad científica, llamada *universidad* (o escuela superior), con cierta autonomía (dado que sobre los doctos en cuanto tales no pueden juzgar sino ellos mismos)”.

La función central de la universidad –esta “fábrica del saber”– se define, por tanto, en otorgar certificados y grados académicos, en las

distintas ramas del saber, y formar profesionales y técnicos. Y lo que sostiene la mayoría de los autores que tratan la autonomía universitaria es que esa función solo puede cumplirse cabalmente, o al menos de la mejor manera, en ausencia de interdicción de parte del gobierno, la que sigue innegablemente la definición kantiana de la facultad filosófica concebida como "sujeta tan solo a la legislación de la razón y no a la del gobierno" (Kant 2003: 76).

Así, García de Enterría (1988: 12-19) define la autonomía como "libertad de la ciencia e incorporación de esa libertad en el proceso formativo". Y agrega que la autonomía universitaria hace referencia inicial a la autonomía crítica y enseñante del docente, proveendo el respaldo institucional concreto que hace posible esa libertad crítica y excluyendo, por tanto, la posibilidad de control ideológico (estatal o religioso) sobre el profesorado. A su vez, el pleno despliegue de este "contenido nuclear" de la autonomía se facilita (va de la mano) con ciertas condiciones estructurales u organizativas:

a) La consideración de la universidad como una organización independiente y autogobernada, con personalidad jurídica propia (no como parte de una estructura estatal).

b) Esta independencia no debe ser solo un dato formal, sino que debe ir acompañada con capacidad real de autodecisión y autogestión (potestad normativa).

c) La autonomía también implica que la selección del personal docente debe hacerla, directa o indirectamente, la propia comunidad científica, pues es en su seno donde la ciencia se produce, se desarrolla y cambia.

d) Finalmente, en virtud de la autonomía, ha de ser la propia universidad la que defina los criterios de selección, evaluación y certificación de sus alumnos.

De modo similar, Felt (2002: 13) señala que la autonomía de la universidad, en un sentido amplio, significa la capacidad de tomar decisiones independientes acerca del compromiso y valores institucionales, el patrimonio, los criterios de acceso a la entidad (de académicos y estudiantes), los objetivos institucionales y estrategias y los vínculos con la sociedad, y asumir responsabilidad por las decisiones adoptadas. Para

este autor, la noción de autonomía (central en todos los debates sobre autonomía universitaria) es un "valor básico" (aunque sea discutible si alguna vez ha existido en la forma en que ella es concebida y usada en los diversos discursos).

Este es el que yo denominaría el noble sueño de la autonomía; el que, en el lenguaje del derecho (a la hora de encuadrar esta noción en una determinada categoría jurídica), se traduce en definir la autonomía como una especie de derecho subjetivo público, que asegura a las universidades una esfera de libertad e inmunidad, que el Estado está obligado a respetar¹. La universidad —como asociación de maestros y estudiantes— tendría un derecho a la no interferencia estatal, una libertad para definir el contenido de los actos propios (de docencia e investigación, de administración y organización), una potestad normativa y una inmunidad correlativa es la incompetencia de los poderes del Estado para dictar normas que afecten esa libertad².

Lo cierto es que la autonomía de las universidades es siempre una cuestión de grado: nunca es absoluta³. De partida, en nuestro derecho, es definida por la ley (no por la Constitución, como ocurre con los derechos fundamentales), lo mismo que los procedimientos y mecanismos que permiten su adecuado ejercicio, en las distintas dimensiones que

¹ Guastini (2001: 231-233) señala que se denomina derecho subjetivo a una posición de ventaja que es conferida a un sujeto por una norma jurídica y que se entiende referida a otro sujeto al que se le impone el deber (obligación) correlativo. Los derechos subjetivos son públicos según si se tienen frente al Estado, y el deber del Estado es un deber de omisión o de abstención de interferir en el ejercicio del derecho. En tal sentido, son también —según Guastini— "derechos de libertad". Se denomina derecho subjetivo constitucional cuando la fuente es un precepto de la carta fundamental. En sistemas de constitución rígida —como el chileno—, un derecho subjetivo constitucional (en su núcleo esencial) no puede ser limitado, modificado o suprimido por la ley.

² Habbeid (1913) en un análisis muy útil para explicar el concepto de derechos se sostiene vigente, ofrece un conjunto de conceptos básicos, un set de derechos y obligaciones correlacionadas y sus opuestos, con los cuales puede expresarse toda relación jurídica. Hay cuatro títulos básicos para exigir una conducta de otro: pretensión (derecho en sentido estricto), privilegio (libertad), potestad e inmunidad. De otro lado hay cuatro posiciones correlativas en las que puede(n) encontrarse el (los) otro(s) sujeto(s) de la relación jurídica: deber, no derecho, sujeción e incompetencia.

³ Por ejemplo, Felt (2002: 14) dice que hablar de autonomía significa hablar acerca de grados de autonomía y la relación entre diferentes formas de intereses que coexisten.

ella con el Estado. Lo que se establece por ley también se puede modificar por esta. Por otro lado, una cosa es lo que dice la ley y otra cosa es cómo operan las decisiones en la práctica (la ley podría asegurar la autonomía económica, pero si los presupuestos universitarios se deciden en el parlamento o en las oficinas ministeriales, esa autonomía estatal—sin duda—fuertemente limitada). Asimismo, para la propia existencia jurídica de las universidades se requiere la intervención de los poderes públicos (el reconocimiento oficial), y queda entregada a esa voluntad política la decisión sobre su cierre. En el caso especial de las universidades estatales, sus estatutos se aprueban por ley; el ejecutivo nombra a los rectores y también a los representantes en los órganos directivos, están sujetas al control de la Contraloría General de la República y están regidas por leyes (como la ley 19.886 de compras públicas⁴, o la ley 20.285 de transparencia y acceso a la información pública⁵) que no se les aplican a las universidades privadas. Pero también es cierto que la labor de las universidades nunca podría quedar reducida a la de un departamento del Ministerio de Educación, como un conjunto de funcionarios públicos que ejecutan políticas oficiales. Entonces, a mi parecer, la teoría correcta sobre la autonomía universitaria—o, en trazos elementales trataré de dibujar aquí—debe situarse entre ese noble sueño de la libertad/inmunidad y la pesadilla de la intervención/dependencia estatal⁶.

Como digo, suele definirse la autonomía como una inmunidad/libertad frente al poder estatal, cuyo correlato en la doctrina jurídica es considerarla un derecho fundamental, aunque no siempre se precisa bien qué es lo que comprende. Además, especialmente en el ámbito comparado, la autonomía se concibe como una misma para entidades estatales y privadas. En este trabajo voy a controvertir estas dos tesis dominantes. Lo que me propongo es trazar el estatuto jurídico de la autonomía universitaria, en el derecho chileno. Sostengo, en primer término, que la autonomía de las universidades no es un derecho fun-

⁴ Diario Oficial, 30 de julio de 2003.

⁵ Diario Oficial, 20 de agosto de 2008.

⁶ Obviamente, he parafraseado el título de un conocido artículo de R. L. Hart.

damental, sino que se trata de una garantía institucional, cuyo contenido específico se obtiene de la ponderación y delimitación recíproca entre el derecho fundamental a la educación y la libertad de enseñanza (I). Enseguida, examino el contenido (el estatuto legal) de la autonomía institucional de las universidades, con sus tres dimensiones (la académica, la administrativa y la económica), y procuro establecer el conjunto de facultades que comprende, así como sus límites (II). Finalmente, desarrollo la tesis de que las universidades estatales, en tanto entes públicos, tienen un compromiso fuerte con el derecho a la educación y, por tanto, su ámbito de autonomía es menor que el de las universidades privadas, que disfrutan de una protección más intensa hacia las posiciones subjetivas de sus organizadores, en virtud del derecho a la libertad de enseñanza y otros derechos fundamentales de carácter liberal (III).

1. La autonomía como garantía institucional

La Constitución chilena no garantiza explícitamente la autonomía universitaria (salvo la referencia en su art. 1° a la autonomía de los cuerpos intermedios, que es una cosa algo distinta, como veremos⁷). Sin embargo, algunos autores han sostenido que la autonomía es un derecho de carácter fundamental, esto es, consagrado en la Constitución.

Soto (2000: 142) basa su argumentación en el reconocimiento de que el art. 1°, inciso 3°, de la Constitución hace de los "grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad", garantizándoles "la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos". Es claro —a mi juicio— que de aquí se siguen únicamente deberes generales para el legislador, en relación con todo tipo de agru-

⁷ La garantía constitucional de la autonomía universitaria tuvo una fugaz vigencia en nuestro derecho, a partir de la ley 17.398 —el llamado "estatuto de garantías"— (fecha de publicación: 9 de enero de 1971), que reformó, entre otros, el art. 10, n° 7, de la Constitución de 1925, estableciendo: "Las universidades estatales y las particulares reconocidas por el Estado son personas jurídicas dotadas de autonomía administrativa, económica y académica". Esta garantía perdió eficacia a partir de la dictación del decreto ley (DL) 51 de la Junta Militar (fecha de publicación: 2 de octubre de 1973), que autorizó la designación de rectores delegados en todas las universidades del país, y fue formalmente derogada por el octa constitucional n° 3 (DL 1.552; fecha de publicación: 13 de septiembre de 1976).

tales está limitada a lo que determine la ley (es de configuración legal). Núñez percibe esto último, pero restringe la autonomía de las universidades estatales más allá de lo que ha establecido el TC, cuya sentencia (STC) de fecha 19 de junio de 2007 (rol 523) reconoce su condición de cuerpos intermedios y titulares de la libertad de enseñanza.

Entonces, es pertinente volver aquí sobre el tema de la autonomía universitaria para construir un concepto operativo de la misma, que guarde alguna relación con lo que ella significa en la literatura académica y que, a la vez, sea consistente con el sentido que le atribuye la práctica jurídica. Ese sentido no es el de un derecho fundamental¹². De ser así, le sería aplicable todo el conjunto de mecanismos de garantía de esos derechos establecidos en la Constitución (contenido esencial, reserva "absoluta" de ley, recursos de inaplicabilidad/inconstitucionalidad respecto de la legislación que regula la materia, etc.).

En España —dado que la Constitución (art. 27-10) establece explícitamente: "Se reconoce la autonomía de las universidades, en los términos que la ley establezca"— se ha desarrollado la concepción de la autonomía como derecho fundamental en parte de la doctrina española¹³. Con todo, lo que no es disputado ni siquiera por esta corriente es que "se trata de un derecho de estricta configuración legal", o sea, que "remite al legislador ordinario la disponibilidad normativa para configurar el marco o modelo de ejercicio de este derecho fundamental" (Díez

¹² Como apunta Schmitt (1982: 169): "No toda protección contra la reforma por ley ordinaria significa ya un derecho fundamental". Según este autor, son derechos fundamentales solo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado; aquellos que el Estado no es que otorgue "con arreglo a las leyes", sino que reconoce y protege, y que solo puede regular de modo mensurable y controlado.

¹³ Por ejemplo, Díez (1990), Oliver (1991) y Plana (1999). Para esta doctrina, la autonomía es un derecho fundamental de la universidad como persona jurídica, que implica la reserva de ley orgánica, la protección reforzada —vía amparo ordinario y constitucional— y la garantía del contenido esencial. Esta doctrina se funda en el fallo del TC español (STCE) 26/1987, de fecha 27 de febrero, cuyo fundamento jurídico (F) 4° señala: "La protección de estas libertades [de enseñanza, estudio e investigación] frente a injerencias externas constituye la razón de ser de la autonomía universitaria, la cual requiere, cualquiera que sea el modelo organizativo que se adopte, que la libertad de ciencia sea garantizada tanto en su vertiente individual cuanto en la colectiva de la institución, entendida esta como la correspondiente a cada universidad en particular y su al conjunto de las mismas, según resulta del tenor literal del art. 27.10°".

1990: 660, nota 5). Ahora bien, a pesar del reconocimiento constitucional explícito en el capítulo y sección de derechos fundamentales, este no es un tema pacífico y existe otra corriente doctrinal que concibe la autonomía de las universidades como una "garantía institucional"¹⁴. Esto quiere decir que lo que protege la Constitución es la institución en su sentido objetivo, no estando permitido al legislador regular el reconocimiento oficial o el funcionamiento de las universidades sin atender a este concepto, pero sin que la Constitución asegure un contenido determinado (salvo la aplicación de ciertos principios organizativos)¹⁵. Según un representante de esta doctrina (Alegre 1986: 370), "la autonomía de las universidades no puede ser construida como un derecho fundamental, categoría contradictoria con la remisión que el texto constitucional efectúa a la ley para que precise los términos en que aquella queda reconocida".

Seguendo a Schmitt (1982: 175), la Constitución puede garantizar "una especial protección a ciertas instituciones", con la finalidad de "hacer imposible la supresión en vía legislativa ordinaria", pero "la estructura de dichas garantías es por completo distinta, lógica y jurídicamente, de un derecho de libertad [...]. La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe solo dentro del Estado", y "afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa

¹⁴ Como se sabe, la construcción dogmática inicial de las garantías institucionales se debe a Schmitt (1982: 175-179). Gallego (1994) intenta aplicar la doctrina alemana de la garantía institucional al caso español.

¹⁵ Por ejemplo, Fernández, T. R. (1982: 46 y ss.). Según este autor, el fundamento de la garantía no es otro que la índole de la enseñanza superior y la investigación, a las cuales es inherente la libertad; la autonomía es el correlato de la libertad científica, y reclama, ante la interdicción de injerencias extrañas al establecimiento, la dotación del ente autónomo de las competencias necesarias para cumplir su fin institucional típico (la libertad científica). Es también la opinión de Luis Díez-Picazo, quien formula un voto particular a la STCE 26/1987, ya citada, señalando: "El art. 27.10 contiene una garantía institucional que es una regla organizativa o una directriz del funcionamiento de las universidades y que, por consiguiente, la libertad de configuración del legislador es en este punto mayor que la que puede tener cuando regula el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas". La STCE 86/1985, FJ 3°, se había referido a la relación que media entre los distintos preceptos incluidos en el art. 27 de la Constitución española, señalando que, mientras algunos de ellos consagran derechos de libertad (por ejemplo, los apartados 1, 3 y 6), otros garantizan instituciones (como el apartado 10, de la autonomía universitaria).

inscripta y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines.¹⁶ La categoría jurídica adecuada para servir como marco del concepto de autonomía universitaria es, entonces, la de garantía institucional.¹⁷ Los autores, como advierte Alegre (1986: 371), dicha garantía no puede limitarse a vincular al legislador con un cierto modelo institucional –tratarlo en un plano organizativo y competencial las exigencias de la libertad académica–, pues eso ya está cubierto por el derecho fundamental correspondiente (en nuestra carta fundamental, por el art. 19, n° 11), sino que debe inscribirse en un fenómeno más amplio, que –según este autor– es el de la descentralización y, en nuestro ámbito, es el principio de subsidiariedad.

En efecto, la STC de fecha 15 de julio de 2002 (rol 352) señala que el principio de subsidiariedad –consagrado en el art. 1°, inciso 3°, de la Constitución– es “uno de los principios rectores del orden social” (considerando 3°). Dicho principio implica que “las sociedades mayores surgen para realizar aquello que las menores, y en último término el hombre, no pueden hacer por sí solos” (considerando 5°) de lo cual se desprende que “el campo de acción de una sociedad mayor comienza donde termina el de una menor y que la primera no puede asumir aquello que es propio de la segunda” (considerando 6°). De acuerdo con este principio, “al Estado no le corresponde, entonces, abarcar aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios”; ello, se entiende, sin perjuicio de aquellas actividades que, por su carácter, ha de asumir el Estado (considerando 7°).

De esta manera, el principio de subsidiariedad garantiza la autonomía de todos los cuerpos intermedios en que se estructura nuestra sociedad para el cumplimiento de sus fines específicos. Dicha autonomía, genéricamente considerada, es la potestad o capacidad de autogobernarse.

¹⁶ Parece ser esta la opinión de Ferrada (2002: 82), quien dice que del art. 1°, inciso 3°, de la Constitución –“autonomía de los grupos intermedios”– se podría sostener una “certa garantía institucional” de la autonomía universitaria, aunque limitada –“en principio”– solo a las universidades privadas.

¹⁷ El TC se basa en el informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC), de fecha 16 de agosto de 1976: 42.

no, mediante autoridades y normas propias, e incumbe a cada grupo intermedio (Cea 2008: 178). Asegura la libre asociación o afiliación a la comunidad, la libertad para organizarse, decidir sus propios actos y la forma de administrarla, y para fijarse los objetivos o fines que desean alcanzar, sin injerencia de personas o autoridades externas a la misma¹⁸.

Es por ello que el ejemplo paradigmático de garantía institucional, establecida expresamente en la Constitución, es la autonomía de los entes públicos, que son entes estatales. Lo mismo ocurre con la libertad de enseñanza y de investigación científica para el caso de las universidades estatales. No es que estos entes tengan “derechos fundamentales”, sino que están constitucionalmente protegidos como instituciones de derecho público (no como sujetos de derecho subjetivos). El marco de su actuación, en todo caso, lo fija la ley; ya que esta garantía no es distinta allí donde la Constitución opera en virtud de la cláusula genérica (art. 1°, inciso 3°). Y, obviamente, la ley puede hacer las necesarias distinciones o regulaciones específicas en atención a los principios que regulan la actividad que estos cuerpos intermedios quieren realizar; en este caso, el derecho a la educación y libertad de enseñanza; principios que –al igual que la libertad de pensamiento y expresión y la libertad religiosa– aseguran un ámbito libre de interferencias del poder público a la comunidad respectiva. En el plano educacional, según nuestro Tribunal Constitucional (STC rol 352-2002, considerando 9°), el principio de subsidiariedad se expresa en los siguientes preceptos de la carta fundamental:

1. Art. 19, n° 10, que dispone: “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho” (inciso 3°).
2. Art. 19, n° 11, que señala: “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales” (inciso 1°).
3. Art. 19, n° 11, que expresa: “Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos” (inciso 4°).

¹⁸ STC rol 523, 19 de junio de 2007.

La garantía de no interferencia del poder estatal posee a estas alturas un núcleo de certeza:

a) Lo que se enseña (la "sustancia académica") queda cubierto 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".

b) El autogobierno y manejo administrativo de la entidad (que se deriva de la libertad de enseñanza en su dimensión fundacional, es decir, para crear, organizar y mantener establecimientos educacionales). Pero, al mismo tiempo, existen diversas zonas de penumbra: ¿está cubierta por libertad de enseñanza o, en su caso, por la libertad religiosa?; ¿autoriza para seleccionar/discriminar estudiantes?; el del financiamiento (si hay aporte fiscal y en virtud del mismo, ¿puede el Estado establecer condiciones más exigentes de funcionamiento o restringir en algún sentido la autonomía?) y, en fin, aspectos relacionados con la forma de gobierno de la entidad (donde cabe preguntarse si el Estado podría imponer determinados modelos organizativos, especialmente para el caso de las universidades estatales).

Llama la atención que, hasta ahora, ninguno de los teóricos que entusiásticamente proclama el derecho constitucional –al menos de los entes privados– a la autonomía haya reparado en el hecho de que la ley (bien que sea una ley orgánica constitucional) haya podido prohibir el fin de lucro para las instituciones universitarias, obligándolas a organizarse como corporaciones o fundaciones sin fines de lucro. Algo similar ocurrió con la ley 20.370, que prohíbe la transferencia o

²⁹ El artículo 53 de la ley general de educación (ex ley orgánica constitucional de enseñanza, LOCE) dispone: "Las universidades, los institutos profesionales y los centros de formación técnica estatales solo podrán crearse por ley. Las universidades que no tengan tal carácter deberán crearse conforme a los procedimientos establecidos en esta ley, y serán siempre corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro para el efecto de tener reconocimiento oficial". El DFL 2 de 2009, de educación (publicado el 2 de julio de 2010), fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 20.370 y las normas no derogadas del DFL 1 de 2005, de educación. El TC chileno, al pronunciarse la ley 18.962 (LOCE, publicada el 10 de marzo de 1990), aceptó esta norma como plenamente compatible con la libertad de enseñanza (STC de fecha 27 de febrero de 1990, rol 100).

transferencia del establecimiento educacional²⁹. Esto solo es posible en el marco de la teoría de la garantía institucional que vengo enunciando, y en virtud del inciso final del art. 19, n° 11, de la Constitución, que permite que una ley orgánica constitucional regule los requisitos del reconocimiento oficial³⁰. De este modo, no es cierto –como se ha sostenido– ni siquiera para entidades privadas, que la libertad de enseñanza no admita "otras limitaciones que las que imponen la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional"³¹. La libertad es mayor en la enseñanza no formal y menor cuando se pide el reconocimiento; del mismo modo, es mayor cuando no se requiere el financiamiento estatal y menor cuando se accede a él³². Asimismo,

³⁰ Ley general de educación (LGE); fecha de publicación: 12 de septiembre de 2009. El art. 53 del DFL 2 de educación, de 2009, establece los requisitos para el reconocimiento oficial de establecimientos educacionales (parvularia, básica y media) y en su letra a), relativa al sostenedor, señala: "Serán sostenedores las personas jurídicas de derecho público, tales como municipalidades y otras entidades creadas por ley, y las personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto social único sea la educación [...]. La calidad de sostenedor no podrá transferirse ni transmitirse en caso alguno y bajo ningún título". Aceptada por el TC (STC de fecha 25 de julio de 2009, rol 1363).

³¹ El inciso final del art. 19, n° 11, señala: "Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel". La expresión "del mismo modo" debe entenderse en el sentido que también permite, en este caso, fijar normas objetivas para velar por el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento oficial (Bernasconi 1994: 9).

³² Según el considerando 12° de la STC del 14 de junio de 2004, estas son "las únicas normas restrictivas susceptibles de ser aplicadas [...] solo por la ley ceñida a la Constitución y con el propósito de precaver o sancionar el ejercicio desviado o ilegítimo de un importante derecho esencial". En todo caso, estos son conceptos jurídicos indeterminados (cláusulas abiertas) susceptibles de ser desarrolladas por la doctrina y validadas por la ley o la jurisprudencia. El orden público educacional, entendido como debida concordancia de las conductas particulares con la institucionalidad que regula su convivencia en beneficio del bien común, podría erigirse perfectamente en una vía de regulación de la libertad de enseñanza y, por ende, en una limitación a la autonomía de los establecimientos educacionales, restringiendo o prohibiendo formas abusivas de ejercer la libertad.

³³ Así, la STC rol 410 de 2004, de fecha 14 de junio de 2004, en su considerando 27° apunta: "El Estado, al otorgar subvenciones, tiene el derecho de dictar las normas legales adecuadas para que los establecimientos de enseñanza que las reciban sirvan, con transparencia y eficacia, su misión de contribuir así al bien común".

como veremos, es mayor para entidades privadas y menor para las entidades del Estado.

La libertad de enseñanza, por último, tiene límites internos, establecidos en el propio texto constitucional (es un "derecho con reserva"), pero, además, tiene límites externos: aquellos que resultan de la ponderación con otros bienes o valores constitucionalmente relevantes (vía ponderación)²⁴. El más directamente relacionado con el tema que venimos estudiando, evidentemente, es el derecho a la educación. Ambos derechos se delimitan mutuamente y se articulan entre sí, y deben vincularse con los principios de igualdad de derechos y de distribución equitativa de las oportunidades²⁵. La jurisprudencia constitucional es clara y uniforme cuando señala que las disposiciones no deben interpretarse en forma aislada, sino como formando parte de un todo armónico y coherente. Además, solo un adecuado juicio de ponderación, orientado por los valores superiores del ordenamiento, puede llevarnos a establecer una jerarquía u orden de precedencia entre ambos preceptos, que en este caso juega a favor del derecho a la educación. Esa conclusión –la prioridad del derecho a la educación sobre la libertad de enseñanza– se sustenta tanto en el sentido natural y obvio de las palabras, como en el texto constitucional y su historia fidedigna, así como en los tratados internacionales vigentes sobre la materia²⁶. Así parece entenderlo nuestro

²⁴ Sobre los derechos fundamentales, con y sin reserva, y el juicio de ponderación, véase Alexy (2007).

²⁵ El artículo 1º, incisos 1º, 3º y 4º, de la Constitución señala los principios rectores de la acción pública en todos sus ámbitos: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"; "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"; y "Es deber del Estado [...] promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de todas las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

²⁶ He tratado este tema en otra parte (León 2007: 768). En la misma línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional Español ha dicho: "La estrecha conexión de todos estos preceptos [del art. 27], derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión ornamental la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar"; STCE 86/1985, FJ 3º.

STC en su STC rol 410 de 2004, considerando 7º: "Si bien el derecho a la educación y la libertad de enseñanza son diferentes, también es cierto que existen numerosos e importantes vínculos entre ellos, evidencia de lo cual resulta ser que el objeto de la educación, esto es, el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 1º del n° 10 transcrito, se manifiesta, imparte o lleva a la práctica a través de la enseñanza, sea formal o informal". Dado que corresponde al Estado fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles, y que es deber de la comunidad –incluidos los establecimientos educacionales– contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación, queda justificada una regulación razonable en orden a promover y asegurar la calidad de la enseñanza, entendida como la adecuada concurrencia de esta con los requisitos mínimos que debe cumplir cada nivel de enseñanza, con el avance del conocimiento y con los requerimientos de la sociedad (los valores que la educación debe promover).

En suma, ambos derechos se integran en torno al objetivo de asegurar la efectividad del acceso de todas las personas a la educación, derecho que adquiere así una dimensión prestacional (deber del Estado de proveer, al menos, un sistema gratuito de educación básica y secundaria) y una dimensión de libertad: primero, de los padres para escoger el establecimiento de enseñanza y, luego, de los particulares para crear, organizar y mantener establecimientos, en el marco de las normas mínimas estatales. En este marco se configura el estatuto de la autonomía universitaria, cuyo valor constitucional es –nada más y nada menos– que el de una garantía institucional.

I. B. Estatuto legal de la autonomía

La libertad de enseñanza es un derecho de libertad²⁷. Sin perjuicio de ello, los establecimientos educacionales, públicos y privados, son tam-

²⁷ Evans (1986: 233 y ss.) cataloga la libertad de enseñanza como uno de los "derechos del pensamiento libre". Este derecho comprende el derecho a impartir conocimientos; el de elegir el contenido, sistema y métodos de la enseñanza; y la facultad de acreditar el grado de conocimientos adquiridos por los alumnos. Asimismo, ampara el bien jurídico de libertad de cátedra, entendido como la facultad del profesor para desarrollar las materias de un curso desde su personal enfoque, con prescindencia de criterios heterónomos. Cfr. actas del CENC, sesiones 132-136, 139-144, 146-148, 151-155, 223-227, 245, 280, 282, 399 y 401.

bién titulares del derecho a la libertad de enseñanza, sea que opten o no al reconocimiento oficial²⁸. El núcleo esencial de la libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales²⁹. Sin embargo, el TC chileno señala que esas facultades agotan el contenido de la libertad de enseñanza³⁰. "Quedan comprendidos en ella otros elementos que la integran, como es la autonomía de la cual goza el titular para cumplir sus objetivos, obtener el reconocimiento oficial de la docencia que imparte, de conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva, o impetrar la subvención estatal correspondiente".

La libertad de enseñanza está en estrecha relación con lo establecido en los art. 1°, inciso 3°, y 19, n° 15, de la Constitución. En efecto, la Constitución asegura a todas las personas el "derecho de asociarse sin permiso previo" y, en relación con los cuerpos intermedios, impone al Estado tres deberes: reconocerlos, ampararlos y garantizar su adecuada autonomía. Esta autonomía, como señala Silva (1997: 48 y 50), debe

²⁸ Sostiene el TC, en fallo de fecha 14 de junio de 2004: "El núcleo esencial de tal libertad lo configura el poder constituyente, en primer término, al sostener, en cuanto a los titulares del derecho, que estos son todos los establecimientos de enseñanza, públicos o privados, se hallen reconocidos por el Estado o no lo hayan sido; en fin, tratase o no de establecimientos subvencionados" (rol 410, considerando 10°).

²⁹ Como dice el TC chileno (STC 410/2004, considerando 10°): "En los tres facultades nombradas se condensan, por consiguiente, los elementos, definitorios e inalienables, que tal libertad abarca, de modo que el respeto y protección de ellos es lo que requiere siempre la Constitución".

³⁰ Así y en primer lugar, se reconoce el derecho de abrir, crear o formar establecimientos educacionales de cualquier nivel, de acuerdo con el ideario del proyecto educativo de los fundadores respectivos. Enseguida, queda asegurado el derecho de organizar o determinar, los fundadores o quienes les sigan, las características del establecimiento en nexo con sus finalidades u objetivos y métodos para lograrlos; rangos típicos de la docencia y de los profesionales que la lleven a cabo; régimen de dirección, administración y responsabilidad; reglas pertinentes al orden y disciplina en la convivencia interna; sistema financiero o vínculos con otras instituciones. Por último, la libertad de enseñanza incluye la facultad de mantener, esto es, conservar o sostener el establecimiento en el tiempo, modificando su organización o, en última instancia, cerrarlo o transferirlo a terceros" (STC, rol 410-2004, considerando 10°). Estimo que estas consideraciones, aunque pueden aludir a principios organizativos relacionados con la autonomía, son *obiter dicta* (no son parte de la fundamentación sustancial del fallo). Al menos, la facultad de transferirlos, o de modificar su organización, no forma parte del núcleo esencial de la libertad de enseñanza, como ha quedado claro desde la dictación de la LGE.

³¹ STC, rol 410-2004, considerando 11°.

considerarse "solo al campo propio y específico de la entidad de que se trata, fuera del cual aquella carece de legitimidad". El TC, en STC de fecha 7 de marzo de 1994 (rol 184, considerando 7°, letra d), expresa que la autonomía de los cuerpos asociativos "se configura, entre otros aspectos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismos, esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse y fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar por sí mismos y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata".

La libertad de enseñanza, de este modo, en conjunto con el art. 1°, inciso 3°, de la carta fundamental, garantizan la autonomía académica, administrativa y económica de los establecimientos educacionales, públicos y privados³¹. Pero esta garantía, como ha quedado dicho, se refiere a la institución en sentido objetivo, ya que tanto el contenido de dicha autonomía como los mecanismos que aseguran su ejercicio han quedado, en la práctica, entregados a la ley.

En lo que nos interesa, el art. 104° de la ley general de educación (LGE) entiende por autonomía "el derecho de cada establecimiento de educación superior a regirse por sí mismo, de conformidad con lo establecido en sus estatutos en todo lo concerniente al cumplimiento de sus finalidades". Agrega que comprende la autonomía académica, económica y administrativa. Pero, mientras que la autonomía académica se define de modo amplio como "la potestad de las entidades de educación superior para decidir por sí mismas la forma como se cumplen sus funciones de docencia, investigación y extensión y la fijación de sus planes y programas de estudio", tanto la autonomía económica como la administrativa quedan referidas "a sus estatutos y las leyes"³².

³² Dice el TC, en el considerando 10° del mismo fallo citado en la nota anterior: "La libertad de enseñanza supone el respeto y protección de la plena autonomía, garantizada por la Constitución en favor del fundador o sostenedor del establecimiento respectivo, para la consecución de su proyecto educativo, en los ámbitos docente, administrativo y económico, porque sin gozar de certeza jurídica en el cumplimiento de tales supuestos esenciales tampoco es realmente posible afirmar que existe aquella libertad".

³³ La autonomía económica permite a dichos establecimientos disponer de sus recursos para satisfacer los fines que le son propios de acuerdo con sus estatutos y las leyes. La

De igual modo, la LGE (art. 3°, letra d) reconoce el principio de autonomía de todos los establecimientos educacionales: "El sistema se basa en el respeto y fomento de la autonomía de los establecimientos educativos", señalando que ella "consiste en la definición y desarrollo de sus proyectos educativos, en el marco de las leyes que los rijan". A mayor abundamiento, establece (art. 10, letra f): "Los sostenedores de establecimientos educacionales tendrán derecho a establecer y ejercer un proyecto educativo, con la participación de la comunidad educativa y de acuerdo a la autonomía que le garantice esta ley. También tendrán derecho a establecer planes y programas propios en conformidad a la ley, y a solicitar, cuando corresponda, financiamiento del Estado de conformidad a la legislación vigente".

Es decir, la autonomía se configura, garantiza y ejerce "en conformidad a la ley". En otras palabras, la autonomía universitaria es, según la Constitución chilena, un derecho de contenido estatutario, en cuanto su contenido se determina por el conjunto de regulaciones legales (y también, por qué no, reglamentarias). Jurídicamente, entonces, la autonomía consistiría en la facultad que poseen ciertas corporaciones (o sujetos intermedios) de ser reconocidos por el Estado para perseguir fines lícitos (en este caso, educativos), de generar sus autoridades de forma independiente del proceso político, de administrar sus recursos y de darse -dentro del ámbito académico y organizativo- sus propias normas, en desarrollo de la libertad académica. Todo ello, dentro del marco que fije la ley, la que en ningún caso podrá desconocer la autonomía.

Así, la LGE (DFL 2, de Educación, 2009) regula materias como la competencia de cada uno de los tipos institucionales (establecimientos educacionales de todo nivel) que reconoce; exige la personalidad jurídica con giro único u objeto específico (y en el caso de las universidades prescribe que sean corporaciones o fundaciones sin fines de lucro); define los títulos profesionales y técnicos que las instituciones de educación superior pueden otorgar; determina el concepto de autonomía institucional, y establece el procedimiento que conduce a la

autonomía administrativa faculta a cada establecimiento de educación superior para organizar su funcionamiento de la manera que estime más adecuada de conformidad con sus estatutos y las leyes. Esta norma reproduce el ex art. 75 de la LOCE.

plena autonomía: la supervisión inicial o "licenciamiento", a través del Consejo Nacional de Educación (CNE). Asimismo, faculta al Ministerio de Educación para revocar el reconocimiento oficial de instituciones educacionales, ante determinadas causales. Además, la autonomía universitaria no excluye la posibilidad de control sobre la forma en que las instituciones ejercen sus funciones: el licenciamiento (forzoso) se aplica sobre algunas instituciones -las nuevas entidades privadas- en los momentos iniciales de su funcionamiento, sobre la base de un sistema de autoevaluación y supervisión del proyecto de desarrollo institucional, por una agencia pública (CNE). Una vez cumplida satisfactoriamente esta etapa -a juicio del CNE-, la institución adquiere la "plena" autonomía, que implica la facultad de entregar, en forma independiente, toda clase de títulos y grados académicos (según el respectivo tipo institucional). Y todavía esto es sin perjuicio de la acreditación institucional y por programas (sistema de aseguramiento de la calidad, establecido por la ley 20.129)³⁴.

Es el marco legal, en consecuencia, el que determina cómo y dentro de qué límites se ejercen las facultades que, según la literatura dominante, comprende la autonomía (un traje que puede resultar un tanto estrecho para contener una retórica, a ratos, desbordante). Examinemos, sumariamente, las libertades que la doctrina suele atribuir a las universidades, a la luz del marco normativo que las regula:

a) Determinar cuáles habrán de ser sus estatutos, incluyendo cuáles integran la entidad, qué objetivos esta persigue, cómo se organiza, cuáles son sus órganos de gobierno, la forma de elección o designación y la duración de sus directivos³⁵, su estructura, etc. Esto, que puede ser

³⁴ Fecha de publicación: 17 de noviembre de 2006.

³⁵ La STC de fecha 18 de octubre de 2004, que declaró la inconstitucionalidad de las normas que establecen la acreditación obligatoria para los directores de establecimientos educacionales del sector municipal, manifiesta que tales normas "pugnan sustancialmente con el derecho reconocido a los establecimientos municipales de enseñanza, porque les exigen someterse al proceso de acreditación, imperativo cuyo acatamiento impide, en la forma concebida en el proyecto, elegir y designar a quienes se consideren profesionales idóneos para servir la dirección de esos establecimientos, aunque no se haya sometido al proceso referido" (rol 423, considerando 8°), agregando, eso sí, que "la conclusión anterior debe entenderse sin perjuicio de que la ley pueda establecer requisitos razonables para desempeñar el cargo de director [...] destinados a asegurar

cierto en mayor medida en el caso de las universidades privadas, de todos modos debe ajustarse al marco que fija la ley, la que señala el objeto que deben perseguir, excluye el fin de lucro e indica las mercedes que deben contener los estatutos (LGE, art. 56), so pena de no obtener la personalidad jurídica (que es uno de los requisitos para el reconocimiento oficial). La ley incluso excluye ciertas formas de gobierno y participación (de estudiantes y funcionarios en la dirección de la entidad). En el caso de las universidades estatales, sus estatutos se aprueban por ley (con lo que, derechamente, hay heteronomía).

b) Dictar normas generales y particulares (reglamentos y resoluciones) y definir su régimen interno. Este es un atributo claro de la autonomía, tanto que la jurisprudencia reconoce y aplica estas disposiciones cuando debe resolver controversias entre la universidad y sus académicos, funcionarios o estudiantes, e incluso con terceros. Este es un caso de actos corporativos como fuente formal del derecho, que como tal queda sujeta a los requisitos de validez formal y material. Los dos casos siguientes son formas específicas de ejercer la potestad normativa.

c) Establecer los mecanismos de selección, evaluación y promoción de estudiantes, y establecer normas de convivencia. Dado que el estudiante tiene derecho a la educación, una especie de propiedad sobre los estudios ya realizados y las notas obtenidas, y un derecho a la promoción si se cumplen los requisitos reglamentarios, la jurisprudencia exige a las universidades un trato no discriminatorio en esta materia, así como una actuación proporcional, basada en estándares racionales y procedimientos generales y previamente establecidos³⁴.

d) Fijar las reglas sobre selección y contratación, evaluación y despido de profesores. Como es obvio, los reglamentos de carrera académica

en forma adecuada y pertinente, un eficiente y legítimo ejercicio de la libertad de enseñanza (considerando 9').

³⁴ Hernández (en Bernasconi, ed., 2002: 105-137) ha sostenido que existe un "estatuto jurídico del estudiante de educación superior", existiendo más bien una regulación difusa antes que una ausencia de regulación. Esta tesis se ha visto respaldada con la incorporación de los contratos educativos a la protección de la ley 19.436 sobre derechos del consumidor, mediante la ley 19.955 (fecha de publicación: 14 de julio de 2004). Véase, especialmente, el párrafo 4' de esta ley, que establece "normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión".

deben ser consistentes, según sea el caso, con el código del trabajo o las reglas generales que rigen el estatuto de funcionarios públicos.

e) Determinar los planes y programas de estudio, las metodologías de aprendizaje, las características, organización y duración de los estudios, y otorgar los diplomas y certificados correspondientes. Aunque es el otro atributo clave de la autonomía, conviene observar la influencia (homogeneizadora) de los procesos de integración regional, de la acreditación de carreras y programas (voluntaria en general, pero ya obligatoria para medicina y pedagogía, y condición para acceder a financiamiento estatal) y de las políticas públicas. Incluso, se ha planteado la posibilidad de establecer exámenes o mecanismos de habilitación profesional (v. gr., para el título de abogado, que otorga la Corte Suprema), con lo que podría incrementarse la presión hacia quienes elaboran proyectos educativos en orden a adecuarse a los requerimientos de la sociedad y la definición técnico-legal de la actividad. La jurisprudencia administrativa, de otro lado, advierte que la plena autonomía de las universidades no implica que se dejen de cumplir las normas de orden público que fija la ley, declarando, en consecuencia, que todos aquellos títulos que por su duración, nivel de los estudios y competencias que confiere a los egresados son propiamente académicos, no dejarán de tener aquella calidad aunque la universidad que los imparte los califique de "profesionales"³⁵.

f) Aprobar y manejar su presupuesto, fijar sus aranceles y decidir sobre los programas de desarrollo e inversión. Esta dimensión, expresión de la autonomía económica de las universidades, tiene también algunas limitaciones: por ejemplo, el deber de rendir cuenta pública,

³⁵ Cases (en Bernasconi, ed., 2002: 85-104) ha estudiado "el estándar profesional y algunas vías para su exigibilidad". Conviene recordar que el art. 19, n° 16, de la Constitución, relativo a la libertad de trabajo y su protección, señala: "La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas".

³⁶ Existen numerosos dictámenes atribuyendo a ciertos y determinados diplomas el carácter de título técnico de nivel superior, por la duración y contenido de sus estudios, de modo que, para los efectos de las leyes administrativas, no constituyen títulos profesionales que pueda habilitar al funcionario que los ha obtenido para percibir la asignación profesional. Ver dictámenes de la CGR 20.989 y 18.037 de 1998, entre otros.

cierto en mayor medida en el caso de las universidades privadas, de todos modos debe ajustarse al marco que fija la ley, la que señala el objeto que deben perseguir, excluye el fin de lucro e indica las menciones que deben contener los estatutos (LGE, art. 56), so pena de no obtener la personalidad jurídica (que es uno de los requisitos para el reconocimiento oficial). La ley incluso excluye ciertas formas de gobierno y participación (de estudiantes y funcionarios en la dirección de la entidad). En el caso de las universidades estatales, sus estatutos se aprueban por ley (con lo que, derechamente, hay heteronomía).

b) Dictar normas generales y particulares (reglamentos y resoluciones) y definir su régimen interno. Este es un atributo claro de la autonomía, tanto que la jurisprudencia reconoce y aplica estas disposiciones cuando debe resolver controversias entre la universidad y sus académicos, funcionarios o estudiantes, e incluso con terceros. Este es un caso de actos corporativos como fuente formal del derecho, que como tal queda sujeta a los requisitos de validez formal y material. Los dos casos siguientes son formas específicas de ejercer la potestad normativa.

c) Establecer los mecanismos de selección, evaluación y promoción de estudiantes, y establecer normas de convivencia. Dado que el estudiante tiene derecho a la educación, una especie de propiedad sobre los estudios ya realizados y las notas obtenidas, y un derecho a la promoción si se cumplen los requisitos reglamentarios, la jurisprudencia exige a las universidades un trato no discriminatorio en esta materia, así como una actuación proporcional, basada en estándares racionales y procedimientos generales y previamente establecidos³⁶.

d) Fijar las reglas sobre selección y contratación, evaluación y despido de profesores. Como es obvio, los reglamentos de carrera académica

en forma adecuada y pertinente, un eficiente y legítimo ejercicio de la libertad de enseñanza (considerando 9^o).

³⁶ Hernández (en Bernasconi, ed., 2002: 105-137) ha sostenido que existe un "estatus jurídico del estudiante de educación superior", existiendo más bien una regulación difusa antes que una ausencia de regulación. Esta tesis se ha visto respaldada con la incorporación de los contratos educativos a la protección de la ley 19.496 sobre derechos del consumidor, mediante la ley 19.955 (fecha de publicación: 14 de julio de 2004). Véase, especialmente, el párrafo 4° de esta ley, que establece "normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión".

deben ser consistentes, según sea el caso, con el código del trabajo o las reglas generales que rigen el estatuto de funcionarios públicos.

e) Determinar los planes y programas de estudio, las metodologías de aprendizaje, las características, organización y duración de los estudios, y otorgar los diplomas y certificados correspondientes. Aunque este es el otro atributo clave de la autonomía, conviene observar la posible influencia (homogeneizadora) de los procesos de integración regional, de la acreditación de carreras y programas (voluntaria en general, pero ya obligatoria para medicina y pedagogía, y condición para acceder a financiamiento estatal) y de las políticas públicas. Incluso, se ha planteado la posibilidad de establecer exámenes o mecanismos de habilitación profesional (v. gr., para el título de abogado, que otorga la Corte Suprema), con lo que podría incrementarse la presión hacia quienes elaboran proyectos educativos en orden a adecuarse a los requerimientos de la sociedad y la definición técnico-legal de la actividad³⁷. La jurisprudencia administrativa, de otro lado, advierte que la plena autonomía de las universidades no implica que se dejen de cumplir las normas de orden público que fija la ley, declarando, en consecuencia, que todos aquellos títulos que por su duración, nivel de los estudios y competencias que confiere a los egresados son propiamente técnicos, no dejarán de tener aquella calidad aunque la universidad que los imparte los califique de "profesionales"³⁸.

f) Aprobar y manejar su presupuesto, fijar sus aranceles y decidir sobre los programas de desarrollo e inversión. Esta dimensión, expresión de la autonomía económica de las universidades, tiene también algunas limitaciones: por ejemplo, el deber de rendir cuenta pública,

³⁷ Caso (en Bernasconi, ed., 2002: 85-104) ha estudiado "el estándar profesional y algunas vías para su exigibilidad". Conviene recordar que el art. 19, n° 16, de la Constitución, relativo a la libertad de trabajo y su protección, señala: "La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas".

³⁸ Existen numerosos dictámenes atribuyendo a ciertos y determinados diplomas el carácter de título técnico de nivel superior, por la duración y contenido de sus estudios, de modo que, para los efectos de las leyes administrativas, no constituyen títulos profesionales que pueda habilitar al funcionario que los ha obtenido para percibir la asignación profesional. Ver dictámenes de la CGR 20.989 y 18.037 de 1998, entre otros.

unos de los aportes fiscales recibidos³⁹; la tendencia de la política pública sectorial a establecer fondos atados a desempeño⁴⁰; e, incluso, por la vía de los mecanismos de financiamiento a estudiantes (subsidiados con aval estatal), se han establecido aranceles de referencia para las diferentes carreras y la obligación de avalar a sus estudiantes hasta el momento del egreso⁴¹. Estas limitantes, en materia de rendición de cuentas y acceso al crédito privado, son más severas –como se verá enseguida– en el caso de las universidades estatales.

En síntesis, la libertad de las universidades queda sujeta a restricciones constitucionales y legales. El legislador, al establecer requisitos para el reconocimiento oficial, puede fijar los límites a la autonomía, la que ya no se concibe de manera absoluta y, más aún, carece de otro contenido que el que el legislador le asigna. Los establecimientos educacionales con reconocimiento oficial deben cumplir una función es-

³⁹ LGE, art. 114. Obliga a las universidades (públicas y privadas) que reciben aportes fiscales a enviar, anualmente, una memoria explicativa de sus actividades, balances y a rendir cuenta de los aportes recibidos.

⁴⁰ Cfr. Brunner (2009) respecto a la tendencia de las políticas públicas corporadas, en orden a establecer mecanismos de mercado para la asignación de los recursos e la evaluación de su efectividad. En Bernasconi, ed. (2002: 139-159), he analizado los distintos aportes fiscales desde el punto de vista de los incentivos a la calidad y equidad. El aporte fiscal directo incluye un componente de productividad: el aporte fiscal indirecto considera la matrícula de los mejores estudiantes, según puntaje en la Prueba de Selección Universitaria; el fondo de desarrollo institucional se asigna con base en proyectos, etc. En tanto, los aportes para becas y créditos consideran la condición socioeconómica de los estudiantes.

⁴¹ Ley 20.027 (fecha de publicación: 11 de junio de 2005). El art. 4° establece que el decreto supremo (DS) de Educación y Hacienda anualmente señalará para cada carrera un valor máximo que podrá ser garantizado por el fisco en conformidad con esta ley. Los elementos que se utilizarán para determinar el referido valor se establecerán en el reglamento, el cual deberá considerar entre otras cosas, un "arancel de referencia". El art. 7° establece los requisitos que deben cumplir las instituciones para participar del sistema, en el caso de las universidades incluye: institución autónoma, acreditada, que seleccione alumnos en base a la PSU y que utilice el aporte fiscal indirecto (AFI) para fines de desarrollo institucional, entre otros. El art. 13° ordena a la comisión administradora excluir del mecanismo a las instituciones de educación superior –o sus carreras– cuyos egresados presenten porcentajes de incumplimiento con respecto a las cuotas inicialmente pactadas, significativamente superiores al promedio de incumplimiento del sistema de créditos. El título IV (art. 14 y 15) regula la garantía por deserción académica, por parte de las instituciones. El no pago de esta obligación también da lugar a la exclusión del sistema.

cial que les impone limitaciones y obligaciones (analogía con la propiedad). Siendo así, la autonomía puede ser –y, de hecho, ha venido siendo– limitada por las leyes, por razones de interés general. Y no puede ser de otra manera, pues el reconocimiento oficial exige una labor de control estatal respecto de la creación y entrada en funcionamiento de las instituciones de educación superior, así como respeto del aseguramiento de calidad y la entrega de información veraz (y oportuna), por parte de instituciones "plenamente autónomas", ya que este es el correlato necesario para el ejercicio del derecho a la educación. El Estado puede, además, aplicar sanciones cuando las instituciones se apartan de sus fines, infringen la ley o dejan de cumplir los requisitos de funcionamiento, llegando (en casos extremos) a cancelar su personalidad jurídica y revocar el reconocimiento oficial⁴².

III. La menor autonomía relativa de las universidades estatales

Fue Kant, me parece, quien defendió una perspectiva institucional del principio de autonomía, distinguiendo entre el uso público y privado de la razón. Cualquiera puede hacer un uso público de la razón –dice Kant, en *Qué es la ilustración* (2005: 23)– ante "el gran público del mundo de los lectores", pero solo cabe un uso privado de la razón cuando se ejerce un determinado "puesto civil o función pública". Consecuentemente, Kant sostiene –en *El conflicto de las facultades* (2003: 64)– que las facultades dogmáticas (llamadas "superiores" en el texto del filósofo alemán), que agrupan a eclesiásticos, médicos y juristas, quedan obligadas a un uso privado de la razón, en cuanto son aquellas "cuyas doctrinas le interesa al gobierno determinar cuáles hayan de ser sus contenidos o si deben ser expuestos públicamente". Por el contrario, quienes integran la facultad de filosofía (la facultad "inferior")

⁴² Ya no es sostenible una concepción de la autonomía de cuño liberal genuino, basada en la cooperación meramente voluntaria y en los mecanismos de mercado (el contrato), esto es, una esfera privada inmunizada contra la intervención del Estado, como habría sostenido Spencer (1999). La noción de autonomía se erige, en cambio, desde lo público, donde las libertades cobran sentido en la medida que la ley –igual para todos– establece deberes, es decir, imputa consecuencias jurídicas a nuestras conductas.

denen el privilegio de hacer libremente un uso público de la razón, incluso para examinar y criticar dichas doctrinas, ya que esta "solo sirve de velar por el interés de la ciencia" y "puede tratar sus tesis a su antojo". Un privilegio conlleva una carga, y viceversa.

Lo que parecen sugerir los trabajos de Kant a los que acabo de hacer referencia es que cuando se ejerce una potestad pública (fue las prerrogativas que ello implica), o sea, cuando se celebra "un compromiso contractual con el gobierno", uno queda más fuertemente obligado por los principios y objetivos que orientan ese poder (las "doctrinas" que se les han confiado) y, por tanto, se tiene una autonomía restringida. Por la inversa, cuando se está en el ámbito del subordinado, uno goza de una mayor libertad para revisar críticamente todo cuanto tenga que ver con los intereses científicos (incluidos dichos principios y objetivos), "terreno en el que la razón debe poder expresarse públicamente, ya que sin ello la verdad nunca llegaría a manifestarse (en perjuicio del propio gobierno)"⁴³. Es decir, la ley puede ser más estricta con las entidades estatales.

Hay una serie de objetivos de política pública a los cuales las universidades estatales no pueden sustraerse, precisamente por haber sido creadas en atención a ellos y por su calidad de entes públicos, alertas al principio de juridicidad: la igualdad de oportunidades, la descentralización territorial y desarrollo armónico de las regiones, la profundización de la democracia, entre otros. En particular, las universidades estatales han de acoger y dar expresión a las distintas doctrinas, ideas y concepciones del hombre y la sociedad, sin discriminaciones de ninguna especie, en el marco de pluralismo que garantiza –y, en este caso, exige– la Constitución. Por medio de las universidades estatales, el Estado ha de desarrollar sus tareas de fomento a la educación superior, a la difusión del conocimiento, la ciencia y la cultura en todo el territorio, y promover el acceso a la educación superior⁴⁴.

⁴³ Kant, 2003: 66. No se me escapa que esto que digo solo es aplicable a las instituciones públicas y privadas –al ámbito institucional de la autonomía– y no a los profesores que ejercen en ellas, que están amparados por el principio de libertad de cátedra. Este trabajo versa sobre lo primero y debo, por ahora, dejar de lado lo segundo.

⁴⁴ Para propender a la adecuada coordinación entre las universidades estatales con la

Las universidades privadas, por cierto, han de respetar la Constitución, pero determinados aspectos de su orientación y gestión pueden considerarse amparados por derechos de libertad (como la libertad de enseñanza), relativizando el peso de aquellos principios e, incluso, exonerando, según la doctrina del TC español, la libertad de enseñanza respecto del derecho del titular del centro para "establecer un ideario educativo propio, dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución" (STCE 5/1981, FJ 8°). Esto, sin contar que la libertad de enseñanza "puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones" (STCE 5/81, FJ 7°)⁴⁵. Respecto a las normas internas que dictan los establecimientos educacionales, en virtud de su autonomía académica y administrativa, nuestra Corte Suprema ha señalado que esta garantía "no se refiere solo a determinar los contenidos programáticos de las asignaturas o a los métodos docentes que utiliza, sino también a definir la filosofía educacional, expresada en los principios y valores que la inspiran y en los objetivos que pretende, todo ello sin más limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional". De ahí, sostiene la Corte, la importancia fundamental de la

dentro universidades que reciben aportes del Estado, y para elaborar y proponer políticas que ayuden al logro de estos objetivos, se creó el Consejo de Rectores de Universidades Chilenas, presidido por el ministro de Educación. El DFL 2 de Educación, de 1985 (fecha de publicación: 21 de enero de 1986) contiene el estatuto orgánico del CRUCH.

⁴⁵ En general los tratados internacionales reconocen esta conexión, amparando la enseñanza religiosa o las opciones valóricas dentro de los establecimientos educacionales. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 13, señala: "Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescribe o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". De modo similar, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica): art. 12, n° 4; y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas: art. 18, n° 4. El principio también está recogido en la ley 19.438, sobre constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas (fecha de publicación: 14 de octubre de 1999), en su art. 6°, letra d).

libertad de enseñanza, "que permite que haya establecimientos educacionales con principios diferentes, siempre que no se contravengan las limitaciones ya enunciadas"⁴⁶.

Otra expresión concreta de esta exigencia fuerte de aplicación de los principios constitucionales –a los que no están afectos las universidades privadas– es el deber de igualdad de trato en materia de contratación y el principio de legalidad como regla de actuación. En efecto, el art. 19, n° 17, de la Constitución ordena: "La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes"⁴⁷. De consecuencia, el ingreso a la carrera académica o funcionaria debe hacerse, por regla general, vía concurso y basado exclusivamente en la capacidad y méritos del postulante. A su turno, el art. 19, n° 22, de la carta fundamental prescribe: "La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica". Por aplicación de estos principios –antes que por su eventual condición de *servicios públicos*–, las universidades estatales se encuentran sometidas a las disposiciones de las leyes 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, y 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios⁴⁸.

Lo mismo ocurre en materia de participación, uno de los principios que recoge la LGE⁴⁹. En las universidades estatales, la participación de los académicos, a través de representantes, en los órganos directivos y en la elección de autoridades está prevista en los estatutos y en la ley 19.305 sobre elección de rector. En el caso de las universidades

⁴⁶ SCS de fecha 30 de septiembre de 1998 (rol 2.670), en especial, considerando 6°, 10°, 11° y 12°.

⁴⁷ El art. 38 de la Constitución señala: "Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcional y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes".

⁴⁸ Dictamen de la CGR 47.500, fecha 23 de septiembre de 2004.

⁴⁹ Art. 3, letra g: "Participación. Los miembros de la comunidad educativa tienen derecho a ser informados y a participar en el proceso educativo en conformidad a la normativa vigente".

estatales, esta participación no es obligatoria, por lo que ellas pueden adoptar distintos modelos organizativos.

Los estatutos orgánicos de la mayoría de las 16 universidades estatales datan de la década de los 80^{os}, es decir, fueron dictadas todavía en época de dictadura, con las universidades intervenidas y sin participación del órgano representativo de la voluntad popular (Congreso). Dichos estatutos establecen un modelo de juntas directivas⁵⁰, con la notable excepción de la Universidad de Chile⁵¹, que cuenta con un consejo universitario, y de las universidades de Los Lagos y Tecnológica Metropolitana, que se rigen por un consejo superior⁵².

El art. 113 de la LGE reconoce a las universidades estatales (existentes al 31 de diciembre de 1981 y las instituciones de educación superior derivadas de estas o sus sucesoras), su naturaleza de entidades autónomas con personalidad jurídica y con patrimonio propio. Agrega que "se regirán por las disposiciones del título III de esta ley en lo que les fueran aplicables, por las leyes que hagan referencia a ellas, por sus respectivos estatutos y reglamentos en cuanto no sean contrarias a estas y, supletoriamente, por las normas de derecho privado. En materias académicas, económicas y administrativas estas universidades gozarán de plena autonomía".

No obstante lo anterior, ha prevalecido la "perspectiva administrativa"⁵³ de la Contraloría General de la República, en orden a considerarlas como verdaderos servicios públicos, integrantes de la adminis-

⁵⁰ Fueron dictados en virtud del DL 3.543 de 1980, que permitió la restructuración de las universidades.

⁵¹ En el caso de la Universidad de Talca (DFL 152 de 1981), por ejemplo, la junta está compuesta por a) tres directores designados por el presidente de la República; b) tres directores designados por el consejo académico de entre profesionales universitarios designados que no ejerzan ningún tipo de función en la universidad, y c) tres directores designados por el consejo académico de entre los profesores titulares y profesores asociados, siendo incompatible dicho cargo con cualquier otra función directiva en la universidad.

⁵² DFL 3, del 10 de marzo de 2006, de Educación (fecha de publicación: 2 de octubre de 2007).

⁵³ Los estatutos de estas dos universidades fueron aprobados por los DFL 1 y 2 de 1994, en virtud de las leyes 19.238 y 19.239, respectivamente.

⁵⁴ Versus la "perspectiva académica", que reclamaba una autonomía constitucional (Sepúlveda 1996).

tración del Estado en sentido estricto⁵⁵. Esta es, hasta hoy, una de las principales limitantes de la autonomía de las universidades estatales, con importantes consecuencias prácticas:

1) Sus trabajadores (académicos y funcionarios) tienen la calidad de empleados públicos, dado que desempeñan sus funciones en instituciones integrantes de la administración del Estado⁵⁶. No obstante, las remuneraciones correspondientes a su personal se fijan según las normas orgánicas de cada una de ellas, acorde al art. 1° del DFL 3, de Educación, de 1980. Los estatutos, ordenanzas y reglamentos, decretos y resoluciones de las universidades estatales y reglamentos, decretos y resoluciones de las universidades estatales se consideran estatutos de carácter especial referentes a los académicos establecidos en el art. 45 de la ley 18.575, sobre bases generales de la administración del Estado, y el art. 162, letra a) de la ley 18.834, sobre estatuto administrativo⁵⁷. Esto significa, según la doctrina, sobre todo que une al Estado con el funcionario —a la universidad, que el trabajador— es un vínculo estatutario (a diferencia del vínculo que une al trabajador con el empleador, que es un vínculo contractual); y es de derecho público porque en su establecimiento y regulación predomina el interés legal orientado al bien común (Silva Cimma, 1993: 113).

2) Se les aplica el principio de legalidad (solo están autorizadas a realizar lo que la ley expresamente permite), en virtud de los art. 6

⁵⁵ Esa es la reiterada y uniforme jurisprudencia del organismo de control, contenida, entre otros, en los dictámenes 8.576, de 1989; 20.393, de 1990; 679, de 1992, y 9.889, de 2004.

⁵⁶ Dictamen de la CGR 59.045, de fecha 27 de diciembre de 2007.

⁵⁷ El dictamen de la CGR 22.875, de fecha 12 de agosto de 1992, señala que las universidades gozan de autonomía académica, económica y administrativa, que las autoriza para dictar estatutos especiales, aplicables a su personal académico. En tal virtud, las comisiones de servicio que los rectores de las universidades estatales cumplan fuera del país no requieren ser autorizadas a través de decreto supremo. Cabe agregar que la jurisprudencia de este organismo de control contenida en los dictámenes 22.647, de 1990, y 26.167, de 1991, entre otros, ha precisado que "la facultad de dictar normas sobre personal, contemplada en la generalidad de los estatutos orgánicos de las universidades, se extiende en la actualidad exclusivamente a los funcionarios académicos que laboran en ellas". Así las cosas, la Corte Suprema, en SCS de fecha 21 de noviembre de 2002, rol 4.012, ha resuelto que el personal no académico de la Universidad del Bío-Bío —cuyo es el caso del demandante— se encuentra sometido *in integrum* a las normas del estatuto administrativo, en materia de ingreso, carrera funcionaria, derechos, obligaciones y prohibiciones, responsabilidad y expiración de funciones.

y 7 de la Constitución. Por ello, fue necesario la dictación de una ley (18.681, art. 99) que las facultara para "prestar servicios remunerados, tales como asistencia técnica, investigación y de toda otra clase, a personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, nacionales, extranjeras o internacionales, en las áreas de conocimiento o de competencia de los respectivos organismos", como asimismo para "celebrar actos y celebrar contratos que, estando orientados a mejorar o acrecentar las condiciones de funcionamiento y operatividad de la entidad de educación superior, puedan implicar contribución a su financiamiento o incremento de su patrimonio". De igual modo, la ley 19.168 (17 de septiembre de 1992) las autorizó para constituir, participar, asociarse o incorporarse en asociaciones, sociedades, corporaciones o fundaciones de derecho privado, aportando fondos de su patrimonio (facultad que el DFL 153 de 1981, de Educación, confería a la Universidad de Chile). Evidentemente, las entidades privadas no precisan autorización legal para realizar este tipo de actividades.

3) Requieren de autorización legal para contratar empréstitos y, si estos superan el período presidencial, la ley debe ser de quórum calificado⁵⁸. La ley 20.044, que establece facultades en materias financieras para las universidades estatales, dispone —como contrapartida— que a contar del 1 de enero del año 2006 las universidades estatales deberán publicar sus balances generales y demás estados financieros debidamente auditados. Agrega que, para este solo efecto, "la forma, contenido y oportunidad de publicación de los estados financieros", serán idénticos a los contenidos en el art. 76 de la ley 18.046⁵⁹.

4) Control previo de legalidad ("toma de razón") de sus actos más importantes por medio de la Contraloría General de la República⁶⁰. En

⁵⁸ El art. 83, n° 8, de la Constitución señala que son materias de ley: "Las que autoricen la celebración de cualquier clase de operaciones que puedan comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y de las municipalidades".

⁵⁹ Dictamen de la CGR 44.321, de fecha 4 de octubre de 2007: deberá necesariamente efectuarse dentro del cuatrimestre siguiente a la fecha del balance pertinente.

⁶⁰ Art. 98 de la Constitución.

de los actos, actualmente sometidos, atendida su importancia, a dicho control previo, deben mencionarse por vía de ejemplo:

- a) En materia de personal, los que se refieren a la aplicación de medidas disciplinarias, a la carrera funcionaria, a la aplicación de medidas disciplinarias, y a la fijación y aplicación de sistemas remunerativos.
- b) En materia financiera, los relacionados con la aprobación y ejecución de presupuestos, la contratación de empréstitos y cauciones, la adquisición de bienes y de créditos, instrumentos financieros, valores mobiliarios, acciones y otros títulos de participación en sociedades, los que impliquen aportes o transferencia de recursos, y los que impliquen la contratación de obras públicas.
- c) En materia de contratos, los que inciden en la celebración de convenios de prestación de servicios con entidades públicas o privadas, y con personas naturales, la aprobación de bases generales y especiales de las contrataciones sujetas a toma de razón, y las que aprueben la constitución, modificación y extinción de sociedades y asociaciones.
- d) Los reglamentos universitarios que regulan materias afines a toma de razón⁶¹.

Estos deberes reforzados que deben cumplir las universidades estatales, que las sitúan en el nivel más alto de compromiso con los valores de imparcialidad, equidad y pluralismo que exige el ordenamiento constitucional –tornándolas en verdaderos instrumentos de la política pública en este ámbito–, y la relativa (e inevitable) menor autonomía con que desempeñan sus funciones, son razones que servirían para justificar un “trato diferenciado” hacia las universidades públicas, en el ámbito del financiamiento. Aun más, no es admisible que haya universidades que acceden al mismo financiamiento, con mayores niveles de autonomía y menores deberes de *accountability*. La alternativa es idear un arreglo institucional que permita flexibilizar la gestión de las universidades estatales para ponerlas en un régimen de autonomía equiparable con el de las universidades privadas que acceden a fines

⁶¹ Se tramitan anualmente, en sede central, cerca de 14.000 resoluciones de las universidades estatales, lo que, según la CGR, permite prevenir errores. Por ello, la Contraloría se ha opuesto sistemáticamente a una flexibilización de este régimen de control previo legal. Ver dictamen de la CGR 26.019, de fecha 20 de mayo de 2004.

estamento público. Tal arreglo, que supondría aumentar, por un lado, la autonomía de las universidades estatales y, por otro, los deberes de imparcialidad de cuenta y de imparcialidad de las privadas, es perfectamente compatible con el estatuto de la autonomía universitaria que hemos analizado. Pero todo esto ya es materia de otro trabajo.

Referencias

- Algea, J. (1986). “En torno al concepto de autonomía universitaria (a propósito de algunos caracteres del régimen universitario español. En especial, sus implicaciones funcionales)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 51: 367-396.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernasconi, A. (1994). *Regímenes jurídicos de las instituciones de educación superior*, Santiago: Corporación de Promoción Universitaria (CPU).
- Bernasconi, A., ed. (2002). *La educación superior ante el derecho*, Santiago: Biblioteca Americana.
- Bustos, J. J. (2009). *Educación superior en Chile. Instituciones, mercados y políticas gubernamentales (1967-2007)*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Cox, J. (2008). *Derecho constitucional chileno*, tomo I, Santiago: Editorial Universidad Católica.
- Díaz, J. J. (1990). “La aplicación de la autonomía universitaria para la constitución de departamentos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 66: 639-653.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- Evans, E. (1986). *Los derechos constitucionales*, tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Felt, U. (2002). *University Autonomy in Europe: Changing Paradigms in Higher Education Policy*, Vienna: University of Vienna.
- Ferrada, J. (2002). “La autonomía universitaria y los recintos universitarios: algunas reflexiones críticas acerca del contenido de esta relación jurídica”, *Revista de Derecho*, 209: 77-95.
- Fernández, M. (2005). *La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional*, Santiago: Ediciones Facultad de Derecho Universidad de los Andes.
- Fernández, T. R. (1982). *La autonomía universitaria: ámbito y límites*, Madrid: Civitas.
- Gallego, A. (1994). *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. (1988). “La autonomía universitaria”, *Revista de Administración Pública*, 117: 7-22.