

NOTICIAS DE LIBROS (*)

ATRIA, Fernando: *Mercado y ciudadanía en la educación*, Santiago de Chile, Flandes Indiano, 2007, 126 págs.

1. En nuestro tiempo el carácter fundamental del derecho a la educación parece fuera de toda duda, tanto en el ámbito de la filosofía política como en el del Derecho constitucional. Nos sorprendería, y mucho, que alguien pusiese en duda el derecho fundamental de todos los niños a ser educados, y dudamos de la legitimidad de una comunidad política que no lo garantice de manera adecuada. Así es, en efecto, en nuestro tiempo, pero así ha sido desde la primera hora del constitucionalismo europeo. Es cierto que el derecho a la educación no aparecía listado en la Declaración francesa de 1789, pero también lo es que aparecía ya en lugar destacado en la inmediata Constitución de 1791 y que los revolucionarios del país vecino pronto se aplicaron a poner en práctica un sistema de educación pública que diese contenido al derecho, al que incluyeron muy poco después, ahora sí, en la Declaración de 1793. No se trataba, sólo, de un derecho más entre otros, sino que se tenía plena conciencia de que la educación era un elemento esencial para la configuración de una comunidad política justa o, lo que es lo mismo, para la vigencia de los derechos fundamentales en su conjunto. Basta leer las brillantes páginas que le dedicó Condorcet en su *Informe y proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública* o las que contenía el *Plan de educación nacional* de Lepeletier para darse cuenta de ello.

Por eso, resulta extraño que algunos sigan concibiendo la educación como un derecho «de segunda generación», si con tal expresión se designan derechos aparecidos en un momento significativamente posterior a los que, correlativamente, se califican como de primera generación. Qué duda cabe que el derecho a la educación hubo de sufrir avatares diversos antes de anclarse sólidamente en las constituciones, pero no muy distintos de los que también hubieron de soportar otros derechos y libertades. También por eso resulta extraño que la categoría de los derechos sociales, a la que podemos adscribir el

(*) Sección coordinada por Francisco Javier Matia Portilla.

derecho a la educación, no se considere una categoría primaria, histórica y conceptualmente, de los derechos fundamentales. Puesto que, si admitimos este carácter social (y baste ahora aceptar que un derecho social es un derecho prestacional) del derecho a la educación, y si admitimos igualmente su aparición temprana, no parece razonable excluir la categoría de los derechos sociales o prestacionales de la concepción liberal inicial de los derechos fundamentales.

Podría pensarse, pues, que el problema que plantea el derecho a la educación a la filosofía, la política y la dogmática constitucionales no radica en su carácter fundamental, que se asume, sino en el alcance que debe atribuírsele, una cuestión importante, pero teóricamente menor, una cuestión no central para una teoría de los derechos fundamentales. Sin embargo, también cabe la posibilidad de que, aun aceptando el carácter iusfundamental de la educación, quede aún por determinar su sentido, y sólo una vez que este sentido quede determinado podríamos, por vía deductiva, determinar su alcance o, si se quiere, las condiciones de su ejercicio.

2. La configuración constitucional del derecho a la educación responde a fecha de hoy al que podemos llamar modelo del «mínimo subsidiario», de acuerdo con el cual también se configuran los demás derechos sociales fundamentales, o una buena parte de ellos, típicamente el derecho a la salud, y al que aspiran, en el mejor de los casos, otros posibles derechos, como el derecho a la vivienda. El modelo está muy bien explicado en la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy y, en líneas muy generales, consiste en esto: ciertos bienes y servicios disponibles socialmente lo están a través del mecanismo del mercado, al que pueden concurrir los ciudadanos en función de sus recursos financieros, para adquirir determinadas cantidades o cuotas de los mismos. Estas cantidades son lógicamente variables, como variable es la calidad de lo que cada uno puede adquirir, y el resultado necesario es que no todos los miembros de la comunidad pueden disfrutar de esos bienes en iguales cantidad y calidad, como correlato de los distintos niveles de recursos disponibles.

Ahora bien, algunos de esos bienes se consideran de especial importancia, de manera que se calificaría como injusto (o indigno) que algunos ciudadanos no pudiesen disfrutarlos en alguna medida al disponer de recursos insuficientes para adquirirlos en el mercado. En estos casos, el Estado se encarga de proveer el mínimo considerado indispensable para la justicia (o la dignidad), y éste es el mínimo subsidiario. Subsidiario porque la provisión pública complementa la provisión privada o mercantil, considerada primaria u ordinaria; y provisión mínima, o básica, porque es siempre menor que la que puede obtenerse en el mercado si se tienen los recursos necesarios.

Éste es el caso de la educación cuando conviven la enseñanza privada y la enseñanza pública. Uno puede obtener educación para sus hijos en el mercado, si dispone de los recursos necesarios, o bien obtenerla del Estado si no dispone de ellos o si, por alguna otra razón, la considera preferible a la privada. Por supuesto, las instancias concretas de esta convivencia pueden ser muy diversas, hasta el punto de que los ciudadanos puedan llegar a considerar la educación pública no como subsidiaria, sino como primaria (quizá debido a su tradición, extensión y calidad); podrían, también, dejar de verla como mínima en cualquier sentido de la palabra, si la educación pública llegase a tener la calidad y extensión de la privada; pero, en este caso, la educación privada perdería su relevan-

cia social, sería algo así como un lujo absurdo, que tendería a desaparecer. Escribía Marshall, en *Ciudadanía y clase social*, y refiriéndose al sistema sanitario británico, que «el mínimo garantizado ha ascendido tanto que decir “mínimo” ya no resulta adecuado», cuando se aproxima tanto al máximo razonable que «los elementos extraordinarios que los ricos pueden costearse son poco más que ornamentos y lujos». Por eso, este supuesto no debe preocuparnos, porque, sea en la sanidad o en la educación, no responde ya al modelo del mínimo subsidiario.

En el modelo del mínimo subsidiario conviven dos lógicas contrapuestas de asignación de bienes. Una es la del mercado, que, si es pura, asigna los bienes en función de la capacidad económica de cada uno. La otra es la de la ciudadanía, según la cual la asignación de bienes es independiente de la variable de la capacidad económica, pues depende sólo del estatuto de ciudadano. La lógica pura del mercado es, típicamente, la de los bienes de lujo, aunque en ciertas sociedades alcanza también bienes básicos; la lógica pura de la ciudadanía es la de los derechos fundamentales no sociales, a través de los cuales se asignan ciertos *bienes* a todos los ciudadanos, de forma universal y *ex lege* o *ex constitutione*, sea la personalidad jurídica, la libertad de expresión, el derecho al sufragio, etc. (aquí la distinción entre hombre y ciudadano no es demasiado importante: ciertos derechos se asignan también a los sujetos no ciudadanos, pero, por tanto, estos sujetos son también ciudadanos en un sentido amplio de la palabra). La idea rectora del mecanismo de la ciudadanía es que hay bienes que son demasiado importantes como para permitir que sean comprados o vendidos: una idea por cierto poco novedosa, porque ya la conocieron los antiguos romanos, con independencia de que la titularidad de la ciudadanía fuese, para ellos, objeto de restricciones mucho mayores.

Los derechos fundamentales sociales, en cambio, están sujetos a una lógica intermedia o mixta, cuando son articulados de acuerdo con el modelo del mínimo subsidiario. En tanto que ciudadano, cada uno tiene derecho a una mínima provisión pública del bien correspondiente; en tanto que propietario, cada uno tiene derecho a la mayor provisión privada que sea capaz de adquirir en el mercado.

3. El libro de Fernando Atria que aquí se reseña parte de esta configuración mixta de la provisión social de la educación, y de ahí su título. Pues su objetivo es preguntarse si esa configuración es consistente con el sentido e importancia que atribuimos a la educación de los niños o, con otras palabras, determinar si la educación es una cuestión de mercado o de ciudadanía. Su tesis es que la educación de los niños, si la consideramos un derecho fundamental, es uno de esos bienes sociales cuya mercantilización es indebida, de manera que el modelo del mínimo subsidiario, vigente tanto en su país como en el nuestro, es inapropiado, porque permite dicha mercantilización. La alternativa, obvia, es configurar la educación como una cuestión de pura ciudadanía en la que el mercado, y por tanto los recursos de cada cual, no desempeñen rol alguno.

El interés del libro no radica tanto, o no sólo, en esta conclusión, sino en el modo de alcanzarla y en la propuesta concreta en que se traduce. Empecemos por el modo, o método, para después ir conociendo la propuesta. Su interés por cierto va más allá de la cuestión de la educación, porque sirve para el análisis de los derechos fundamentales en general. Se trata de enfocar la cuestión del sentido de un derecho mediante la doble aproximación de la interpretación constitucional y de la justicia política, esto es, en

este caso mediante el análisis del significado de las cláusulas constitucionales sobre educación y mediante el análisis de la educación como asunto que debe ser regido por la filosofía política. Uno podría pensar que el segundo análisis no es propia o estrictamente constitucional, pero el autor descarta esta posibilidad, porque, a su juicio:

«No tiene sentido interpretar la constitución buscando su tenor literal o la intención del constituyente; la interpretación correcta de la constitución es la que la muestra en su mejor luz, y no veo qué podría arrojar luz sobre la constitución además de la justicia política» (pág. 41).

Por esta razón, el libro no contiene dos argumentos diferentes a favor de la desmercantilización de la educación, sino sólo uno, si bien presentado, digámoslo así, a través de dos lenguajes. El autor no insiste mucho en este aspecto, metodológicamente crucial, seguramente porque ya lo ha hecho en otros trabajos en los que aboga por una politización de la Constitución (por ejemplo, en «El derecho y la contingencia de lo político», en *Doxa*, núm. 26, 2004), en términos sin duda muy distintos de los que propone, por ejemplo, Zagrebelsky en su *Derecho dúctil*, pero con resultados similares: la determinación del sentido de la Constitución es, más que una cuestión de dogmática constitucional, una cuestión típicamente política. Y, entonces, la pregunta que asalta de manera inmediata al lector es ésta: ¿es acaso irrelevante el tenor literal de las cláusulas constitucionales sobre derechos? Desde luego, la convergencia constitucional contemporánea en materia de derechos es evidente, como lo es la vaguedad de tales cláusulas, y una y otra circunstancia abonan una respuesta que tiende al sí: en efecto, el tenor literal, en esta materia, es mucho menos relevante que en otros sectores del Derecho. Decir más sería negar el valor de la palabra constitucional, y no creo que sea esa la intención del autor.

En todo caso, de aquí deriva otra pregunta: ¿hasta qué punto un argumento basado en el derecho constitucional chileno es válido para otros ordenamientos constitucionales, como el español? Yo diría que, según lo que acabo de escribir, hasta un punto bastante avanzado, aunque no me propongo determinarlo con más precisión. Me parece que, en cualquier caso, el argumento de Atria es sumamente interesante también para constitucionalistas españoles, aunque su exportación pueda requerir ajustes que dejo a los expertos.

4. La primera versión del argumento se basa en el sentido que debe atribuirse al artículo 19, número 10, de la Constitución chilena, que reconoce el derecho a la educación. Atria se centra en su inciso tercero, que establece que: «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»; y en el número 11, inciso cuarto, que concreta que: «Los padres tienen el derecho a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos». Mediante una distinción cuidadosa de las posiciones jurídicas envueltas en el texto de los números 10 y 11 de dicho artículo 19, y de acuerdo con las categorías propuestas en su día por W. H. Hohfeld (libertad, derecho, potestad, inmunidad...), Atria concluye que los padres tienen la potestad de elegir el centro docente de su preferencia, una potestad que les permite ejercer el deber de educar a sus hijos de la mejor manera posible y que encuentra la protección del Estado. El correlato de una potestad es una

posición de sujeción, en la que, en este caso, se encuentran, lógicamente, todos aquellos que ofrecen servicios educacionales, es decir, todos los centros docentes, públicos o privados. El mismo número 11 del artículo 19 establece la libertad de enseñanza, que permite «abrir, organizar y mantener centros educacionales», pero esta libertad no permite establecer condiciones de ingreso a los alumnos, porque, si así fuera, los alumnos o sus familias que no pudieran satisfacer dichas condiciones (por ejemplo, financieras) no podrían ejercer su potestad de elegir el centro docente de su preferencia, o mejor, carecerían de dicha potestad, contradiciendo el mandato constitucional. Por tanto, el mercado queda excluido de la educación no porque no se permita participar a sujetos privados en la provisión de servicios educacionales, sino porque no se permite someter estos servicios a la compra y la venta.

La propuesta interpretativa que supone la conclusión del argumento sorprende por contraria al entendimiento habitual, de acuerdo con el cual el derecho de los padres a elegir establecimiento de enseñanza para sus hijos no es tanto una potestad sino una libertad desnuda, esto es, la ausencia de una prohibición, equivalente por ejemplo a la libertad de contratación mercantil, de acuerdo con la cual nadie puede impedir que el sujeto titular contrate servicios con otro, pero que no garantiza que ese sujeto pueda efectivamente contratar servicio alguno. En el caso de la educación, nadie podría impedir que los padres llevaran a sus hijos a un colegio privado si el colegio y los padres se ponen de acuerdo, pero no podría garantizarse a los padres el acceso de sus hijos a dicho colegio si el colegio se niega a admitir a los niños, por ejemplo porque los padres no estén en condiciones de satisfacer el precio que el colegio exige (un caso desde luego muy común). Sin embargo, este entendimiento habitual se contradice, según el autor, con el deber que la Constitución impone al Estado de proteger el derecho de los padres de educar a sus hijos, porque una libertad desnuda no requiere protección especial alguna, dado que no impone deberes que alguien haya de cumplir (es sólo, recuérdese, la ausencia de una prohibición). Y si el Estado está sometido constitucionalmente a este deber, ha de ser porque no se trata de una libertad desnuda, sino protegida. Pero, además, el deber del Estado, continua el argumento, es el de proteger el ejercicio de esa libertad frente a terceros, como se deriva del dictum constitucional: no es el Estado el que debe proveer la educación, sino que debe garantizar que los padres puedan elegir la que crean más conveniente. Luego de lo que gozan los padres es de la potestad de elegir establecimiento educacional para sus hijos, una potestad a la que están sujetos todos los establecimientos educacionales, potestad y sujeción cuya eficacia ha de ser velada por el Estado mediante el dictado de las normas correspondientes.

Es muy posible que el constituyente chileno no leyese a Hohfeld, aunque esto no debe importarnos mucho. Lo que parece querer mostrar el autor es que una interpretación rigurosa de las cláusulas constitucionales sobre educación es perfectamente compatible con la debida configuración del derecho a la educación, debida desde el punto de vista de la justicia política. Por eso, diría que la segunda versión del argumento, a la que me refiero a continuación, es la más fuerte, y que la primera sirve sobre todo para evitar las críticas hipotéticas que el argumento pudiera recibir con base en las supuestas exigencias de la letra constitucional.

5. Desde el punto de vista de la justicia política, la cuestión es de qué manera debemos distribuir socialmente ese bien al que llamamos educación para que el resultado de la distribución pueda ser calificado como justo. De acuerdo con el lenguaje del libro, sin duda apropiado, las distribuciones posibles son tres: a través del mercado, o en función de los recursos privados de cada uno, con resultado necesariamente desigual; a través de la ciudadanía, con resultado necesariamente igual; o a través de un mecanismo mixto entre mercado y ciudadanía, con resultado necesariamente desigual, aunque no tanto como según el mecanismo puro del mercado. El hecho de que la educación constituya un derecho fundamental implica descartar el mecanismo puro del mercado, porque podría impedir que algunos miembros de la comunidad accediesen a cuota alguna de educación. Por supuesto, desde el punto de vista de la justicia, uno podría argumentar en contra de esta consideración iusfundamental de la educación, pero dejaremos este supuesto de lado, del mismo modo en que lo hace el libro. Por tanto, las alternativas son dos: la distribución mixta mercado-ciudadanía y la distribución de acuerdo exclusivamente con la ciudadanía.

El argumento en contra de la distribución mixta es, sencillamente, que es discriminatoria porque distribuye la educación en cuotas de calidad desigual, beneficiando a unos niños más que a otros. El hecho de que no se trate de una distribución puramente mercantil garantiza que todos los niños puedan gozar de su cuota educativa, pero el hecho de que no se trate de una distribución puramente ciudadana garantiza que esas cuotas serán desiguales. Ahora bien, el trato desigual sólo puede ser justo si responde a alguna desigualdad relevante, y no acaba de apreciarse en qué pueden ser relevantemente desiguales los niños a estos efectos. Precisamente, la infancia, argumenta el autor, se caracteriza por la ausencia de responsabilidad, y la educación es el proceso mediante el cual uno se convierte en un sujeto responsable. De manera que la desigualdad en el reparto de la educación es discriminatoria o injusta.

Este sencillo pero contundente razonamiento sólo podría desvirtuarse por tres caminos, y ninguno de los tres parece transitable: o bien argumentando que unos niños merecen más o mejor educación que otros, cosa que no cabe admitir si asumimos que los niños aún no son sujetos responsables; o bien descartando que la educación sea un bien fundamental, lo cual es contradictorio con su configuración como derecho fundamental; o bien negando la premisa, a saber, que la asignación mixta mercado-ciudadanía no genera desigualdad en el reparto de la educación si la educación pública es lo bastante buena, una negación que también cabe rechazar porque, como ya se indicó, admitirla supondría despojar de sentido a la posibilidad de comprar educación en el mercado.

6. Si esto es así, como creo que es, entonces el sistema adecuado para la distribución social de la educación es el de asignación de cuotas iguales para todos los niños, esto es, el mecanismo de la ciudadanía, por ende el propio de los derechos fundamentales en general. Sólo quedaría una última posibilidad, a saber, la de hacer aparecer algún otro derecho que colisione con el derecho a la educación, de manera que la ponderación de uno con otro lleve a reducir el alcance del derecho a la educación garantizado a todos los ciudadanos hasta un mínimo. Ahora bien, ¿qué derecho podría ser éste?; ¿en nombre de qué derecho podríamos justificar que unos niños reciban mejor educación que otros? Tradicionalmente, el candidato ha sido la libertad de enseñanza, tanto si es vista como

el derecho a crear y mantener centros docentes como si lo es como el derecho de los padres a elegir la educación que quieren para sus hijos. Pero precisamente el peculiar (por poco común) modo en que Atria define su propuesta de educación ciudadana evita ese conflicto, por cierto una instancia más de la supuesta contraposición entre libertad e igualdad.

El conflicto se podría definir en estos términos: si el derecho a la educación requiere la igual educación para todos, entonces, el sistema educativo ha de ser íntegramente público; pero, en este caso, se cercena la libertad de enseñanza, porque nadie puede crear centros docentes y nadie puede realmente elegir la educación que quiere para sus hijos. Por tanto, como uno y otro son derechos fundamentales, hemos de ponderarlos con el derecho a la educación, que habrá de ser rebajado en alguna medida, típicamente mediante el establecimiento de un sistema mixto público y privado que garantice tanto un estándar mínimo de educación para todos cuanto la libertad de enseñanza en alguna medida adecuada y que ahora no hace falta precisar. Sin embargo, la primera deducción no es aceptada por el autor: de la igual educación para todos no se sigue que el sistema educativo haya de ser íntegramente público. En realidad, lo que se sigue es que todos los niños han de tener las mismas posibilidades de acceder a cualquier centro educativo y que, por tanto, ningún criterio de admisión puede ser válido, ni el basado en el mérito o la capacidad (pues se trata de niños, esto es, de sujetos que aún no reúnen méritos y cuyas capacidades aún están por desarrollar) ni el basado en el origen social o en la capacidad económica de los padres (pues se trata de un derecho de ciudadanía, cuya titularidad no puede depender de otros factores ajenos a la ciudadanía misma). Siendo así, el derecho a la educación igual no menoscaba la libertad de enseñanza en ninguna de sus dos vertientes. Cualquiera puede decidir abrir y mantener una escuela, si reúne los requisitos exigidos para ello, y los padres pueden elegir cualquier escuela para sus hijos. Eso sí, la financiación de las escuelas de titularidad privada no podría depender de los recursos de los padres. De este modo, la transmisión del privilegio, que ha sido función tradicional de la educación privada, se limitaría todo lo posible, porque las escuelas no podrían segregar a los niños con base en sus orígenes o condiciones familiares.

Un sistema educativo como éste, sostiene el autor, garantiza todos los derechos en juego de la mejor manera posible. Lo interesante de la propuesta es que el argumento que suele usarse en contra de la igualación de condiciones educativas queda sin fuerza alguna, al respetarse los derechos en cuya defensa se sostiene. Sin duda, uno puede cuestionar que la libertad de enseñanza haya de ser realmente un derecho fundamental, pero lo relevante ahora es tomar conciencia de que ésa es una cuestión plenamente separada de la cuestión de la igualdad educativa.

7. El libro rescata, en fin, la idea liberal del orden espontáneo, tan cara a Adam Smith y Friedrich Hayek, para aplicarla al progreso homogéneo del sistema educativo, de manera que se unifiquen el interés privado con el público bajo la sabia orientación legislativa. De lo que se trata es de dejar que los padres elijan libremente la escuela que quieran para sus hijos, cuidando, como es lógico, de sus intereses privados (en este caso, de los intereses de sus propios hijos), pero de manera que esa cura sea compatible con el interés público, o mejor, como digo, unificando uno con otro. En sociedades donde la oferta educativa es ciertamente desigual y sometida en todo o en parte a las reglas del

mercado (pensemos sin ir más lejos en la española), cada uno ha de velar por que sus hijos vayan a la mejor escuela posible, pero la mejor escuela posible depende, desafortunadamente, de los recursos privados de cada familia. Los niños ya favorecidos por la suerte familiar seguirán siéndolo por asistir a una escuela mejor, donde estarán rodeados de otros como ellos, muy lejos de los niños menos afortunados familiar y escolarmente. Así se perpetúa el privilegio social, un efecto gravemente nocivo para el interés público, pero que los padres no pueden evitar si no es al precio de sacrificar en alguna medida la educación de sus propios hijos. Es, desde luego, una de las decisiones más odiosas que alguien preocupado por la justicia debe tomar, y es políticamente muy censurable que a ese alguien se le ponga en el brete de tener que optar por el interés particular en detrimento del general. Sin embargo, si la oferta educativa está abierta a todos al sus- traerse por completo del mecanismo mercantil, todos tratarán de llevar a sus hijos a las mejores escuelas, pero como nadie tendrá la garantía de que sus hijos tengan preferencia alguna sobre los hijos de otros, se generará una igualación hacia arriba de la calidad de las escuelas, porque sólo así podremos estar seguros de que nuestros hijos recibirán la mejor educación. El argumento necesitaría mayores precisiones y suscita, sin duda, in- terrogantes diversos que no cabe plantear aquí, pero no puede negarse que habría de ser convincente para los que creen en la idea liberal del orden espontáneo. Puesto que si la puesta en práctica de esta idea sirve para el progreso económico, no ha de verse por qué no ha de servir de la misma manera para el progreso educativo.

8. En el ámbito de la cultura jurídica no es fácil toparse con propuestas originales a la vez que sólidas. La que contiene el libro de Fernando Atria reúne ambas cualida- des, realizadas por la precisión y la brevedad con que se expone. Nos obliga a repensar algo tan delicado como es el hacer compatible la mejor educación para nuestros hijos con la mejor educación para todos los niños, y nos recuerda que una sociedad que no garantiza la igualdad educativa no es una sociedad decente. Podríamos decir, parafraseando a Dworkin, que el libro obliga a tomarse el derecho la educación en serio, sea en Chile o sea en España. Por esta razón, aparte de por la más que posible dificultad con la que el libro llegará a las librerías españolas, me parece que esta reseña era necesaria en una revista de Derecho constitucional. Adicionalmente, en el caso español un libro como éste puede ayudarnos a repensar el mecanismo de la concertación educativa, un mecanismo que va en la dirección que propone el autor, pero que no acaba de cumplir todas las exigencias del modelo, por dos razones: porque no abarca toda la educación privada disponible y porque no impide la selección de los niños tampoco en las escuelas concertadas, bien sea por la imposición de cuotas extraordinarias por parte de éstas, bien sea por otros mecanismos sociales y culturales más sutiles pero igualmente inaceptables. El resultado es la muy distinta calidad educativa que ofrecen las escuelas españolas y la correlativa segregación de los niños en función del nivel social y económico de los padres. Y debemos preguntarnos si este resultado es acorde con los valores y derechos de nuestra Constitución.—*Ricardo García Manrique.*