

TOMA DEL INSTITUTO NACIONAL: UNA MALA LECCIÓN SOBRE EL ESTADO DE DERECHO

ALBERTO VERGARA ARTEAGA

RESUMEN: El autor analiza la sentencia de nuestra Excelentísima Corte Suprema, que revocó parcialmente, aquella por la cual la Corte de Apelaciones de Santiago había acogido dos recursos de protección acumulados, interpuestos por un grupo de alumnos y apoderados en contra de los alumnos instigadores de una serie de tomas en el Instituto Nacional José Miguel Carrera, así como en contra del rector de dicho establecimiento y de su sostenedor, la Municipalidad de Santiago, representada en la persona de su alcaldesa. El análisis examina, especialmente, los argumentos esgrimidos por el voto de mayoría del fallo de la Corte Suprema, para rechazar el recurso interpuesto tanto en relación con las acciones de los alumnos instigadores de las tomas, como con las acciones y omisiones de la Municipalidad de Santiago en la materia, dejando a firme la sentencia de primera instancia y, en consecuencia acogiendo el recurso de protección, solo respecto del rector del establecimiento. A juicio del autor, el análisis y razonamiento consagrados en el voto de mayoría de la Corte Suprema, así como la decisión en sí misma, especialmente a la luz de otros fallos relevantes dictados por la misma Corte Suprema en el último tiempo, constituye una mala lección sobre el Estado de Derecho, pues daría la impresión que para nuestro máximo tribunal, la vulneración de derechos fundamentales, la deferencia debida hacia la administración y el uso o extensión de sus facultades de imperio, dependerían de la visión que la opinión pública y los actores políticos tengan sobre cada caso en particular. Corregir dicha impresión producida por la sentencia en comento, resulta imperativo, pues un Estado de Derecho donde las decisiones de los tribunales dependan excesivamente de factores extrajurídicos, cualquiera que ellos sean, atenta contra el desarrollo de una sociedad verdaderamente libre y justa.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contexto metajurídico del caso. 3. Las sentencias de protección. 3.1. Breve reseña sobre hechos específicos del caso. 3.2. Los recursos de protección interpuestos por alumnos y apoderados. 3.3. El fallo de la Corte de Apelaciones. 3.4. La sentencia de la Corte Suprema. 3.5. Intrigante prevención al voto de mayoría. 3.6. Los votos de minoría. 4. Comentarios.

1. INTRODUCCION

Los profesores Arturo Fermandois y José Francisco García, me han honrado con su invitación a comentar, en esta nueva versión de la ya tradicional publicación *Sentencias Destacadas*, las sentencias pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, en el denominado caso *Toma del Instituto Nacional*, sin duda uno de los casos más polémicos y mediáticos que fueron resueltos por nuestro máximo tribunal el año 2014.

Lamentablemente, *Toma del Instituto Nacional* no constituyó una excepción respecto de la célebre máxima: “Grandes casos, tal como los casos difíciles, producen mal derecho”, acuñada en 1904 por el ministro de la Corte Suprema norteamericana Oliver Wendell Holmes Jr., en su opinión disidente en *Northern Securities Co. v. United States*¹.

En efecto, según se analizará en el presente comentario, especialmente en relación con el voto de mayoría de nuestro máximo tribunal en este fallo, pareciera indicar que para el Poder Judicial chileno, lo que se entiende por vulneración de derechos fundamentales, la deferencia debida por nuestros tribunales de justicia a los órganos administrativos y el uso o extensión de sus facultades de imperio, se encontraría excesivamente condicionado por las circunstancias que cada caso tenga ante la opinión pública y a los actores políticos de turno.

Y ese excesivo condicionamiento del Poder Judicial a los factores exógenos o metajurídicos que *Toma del Instituto Nacional* pareciera mostrar, según se desarrollará en las siguientes secciones, no es sano para el Estado de Derecho, pues aun cuando los razonamientos y decisiones de las dos sentencias en cuestión, según se verá, tienen muchos elementos positivos, el resultado final del caso al que llega el voto de mayoría de nuestro máximo tribunal, y algunas de las razones esgrimidas para llegar al mismo, dejan un mal sabor, como un vino de buen emboque, pero con exceso de borra que termina por estropearlo.

¹ Puede consultarse el voto disidente de Oliver Wendell Holmes Jr., en el siguiente link: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/193/197#writing-USSC_CR_0193_0197_ZD1

Lo anterior se ve agravado, como intentaré explicar en este artículo, si se compara el resultado y el raciocinio de la sentencia de nuestra Corte Suprema en esta materia, con otros casos emblemáticos fallados en años recientes por ese mismo tribunal.

En consecuencia, solo el paso y la perspectiva del tiempo dirán, si realmente el voto de mayoría de nuestro máximo tribunal en este caso, ha sido un avance o un retroceso en materia de Estado de Derecho para una sociedad libre, pero sin duda alguna, conforme a la tesis que desarrollaré a continuación, hoy por hoy, constituye una mala lección que debiese enmendarse prontamente.

2. CONTEXTO META-JURIDICO DEL CASO

Podría señalarse que *Toma del Instituto Nacional*, viene a ser, al menos por el momento, el clímax jurisdiccional de un proceso socio-político que se inicia el año 2006 con la denominada “Revolución Pingüina” y que merece ser repasado brevemente para contextualizar los elementos extrajurídicos que, en mi opinión, han contaminado y afectado en exceso la decisión de nuestra Corte Suprema en este caso.

En efecto, si bien la toma de recintos estudiantiles no es un fenómeno nuevo, ni en Chile ni en el llamado Mundo Occidental, como se encargó el ministro Pierry de reseñar en su prevención a la sentencia de la Corte Suprema objeto del presente análisis, al menos en nuestro país, la toma masiva de escuelas era un fenómeno en desuso desde fines de la década de los ochenta, hasta su reaparición dos décadas después con la “Revolución Pingüina”.

El renacer de la toma como herramienta de protesta social y presión política, fue masiva e intensa durante la Revolución Pingüina, pero acotada en el tiempo, pues las tomas de esa época se concentraron especialmente entre los meses de abril y junio de 2006, sin perjuicio de un rebrote de las tomas, en algunos liceos emblemáticos como el Instituto Nacional, durante algunos días de octubre de ese mismo año.

Durante los siguientes 4 años, si bien el debate educacional fue álgido, intenso y polémico (incluyendo la destitución de la ministra de Educación Yasna Provoste al aprobarse la acusación constitucional en su contra el año 2008), las tomas de establecimientos educacionales prácticamente no existieron.

La toma renace masivamente, y aun con más fuerza con las protestas estudiantiles que se inician en mayo de 2011. En esta ocasión, la cantidad de establecimientos tomados o en paro, aumenta ostensiblemente. Las tomas se hacen también más largas y violentas. Así también, el debate educacional se vuelve cada vez más tenso e intenso, contando nuevamente con la destitución de otro ministro de Educación, al aprobarse el 2013 la acusación constitucional contra el ministro Harald Beyer.

Desde este renacer de las tomas de escuelas a partir del 2011, el uso, o quizás debiésemos decir el abuso de la toma como herramienta de protesta se vuelve recurrente, especialmente en el Instituto Nacional. Es así como los años 2012, 2013 y 2014, pese a que la toma de escuelas bajó ostensiblemente tanto en cantidad de recintos tomados como en duración, en el Instituto Nacional la toma se volvió, por decirlo de alguna forma, pan de cada día durante esos tres años.

Pese a la recurrencia de las tomas de escuelas desde el 2011 hasta la fecha, a partir del año 2013 existe un punto de inflexión que debe tenerse en cuenta para entender los recursos de protección que dan origen a las sentencias objeto del presente comentario. En efecto, a partir de ese año nos encontramos con numerosas comunidades escolares que deciden resistirse a las tomas, ya sea formando grupos de vigilancia voluntarios, votando mayoritariamente en contra de las tomas o presentando acciones de protección.

Por otra parte, las tomas del Instituto Nacional, especialmente durante los años 2013 y 2014, en la práctica, se fueron desligando paulatinamente de las motivaciones y objetivos del mal llamado movimiento estudiantil, para concentrarse casi exclusivamente en herramienta de presión contra las autoridades, por temas atinentes solo al propio Instituto Nacional, en su gran mayoría.

La tradición, historia, prestigio e importancia que tiene en nuestro país el Instituto Nacional, explican, aunque probablemente no justifican, la excesiva atención que han recibido las tomas de este establecimiento, especialmente las del año 2014, quizás las más difíciles de entender y justificar en cuanto a sus motivaciones y oportunidad.

Pues bien, son justamente las tomas del 2014 en el Instituto Nacional, carentes prácticamente de justificación social y política válida,

las que dan origen a las sentencias objeto del presente comentario, y es por ello, que el voto de mayoría de la Corte Suprema, resulta aún más criticable.

3. LAS SENTENCIAS DE PROTECCION

3.1. Breve reseña sobre los hechos específicos del caso

A fines de mayo de 2014, un grupo de alumnos del Instituto Nacional decide, a través de una votación de dudosa representatividad, aprobar la toma y paralización de actividades del establecimiento. Las motivaciones y objetivos de la toma eran algo vagas y difícilmente justificables, sobre todo si se tiene en cuenta que durante el 2014 casi no hubo tomas en otros establecimientos educacionales, y que el año 2013, la alcaldesa de Santiago había cedido a las presiones de, supuestamente la mayoría de los alumnos, aceptando varias de sus peticiones, entre ellas la inexplicable destitución del rector Jorge Toro.

La justificación dada para esta nueva toma en mayo de 2014, no profundizaba mucho más allá de una supuesta muestra de “apego a las justas reivindicaciones del movimiento estudiantil”, según palabras de los promotores de ella.

Pues bien, durante un período de casi seis semanas, hasta principios de julio de 2014, las tomas y paralizaciones del Instituto Nacional continuaron en forma intermitente, aparentemente validadas en forma periódica por votaciones estudiantiles. Durante este lapso de tiempo, además de la invaluable pérdida de clases para miles de alumnos, se produjeron cuantiosos daños materiales al interior del recinto, destrucción de propiedad pública y privada, así como denuncias de agresiones físicas y psicológicas, contra los detractores de la toma.

El sostenedor del Instituto Nacional, la Municipalidad de Santiago, suscribió un Protocolo de Acuerdo con los representantes de los alumnos, fijando de común acuerdo ciertos límites a la toma. Adicionalmente la municipalidad, a través de su Departamento de Educación, adoptó otras medidas con miras a concretar la efectiva recuperación de las clases perdidas por la toma, e intentar asegurar la enseñanza de los contenidos del currículo mínimo obligatorio.

Por su parte, el rector del establecimiento, quien llevaba menos de un año en el cargo, en gran medida limitó su actuar a las directrices del Departamento de Educación Municipal.

3.2. Los recursos de protección interpuestos por alumnos y apoderados

Ante estas nuevas tomas, y obedeciendo a una creciente tendencia, observable al menos desde el 2013, un grupo de alumnos y apoderados del Instituto Nacional, interpuso ante la Corte de Apelaciones de Santiago, un recurso de protección contra los alumnos instigadores de la toma y la Municipalidad de Santiago (Rol N° 39.022-2014), argumentando que las conductas de los recurridos eran arbitrarias e ilegales y que afectaban o al menos amenazaban: a) la libertad de enseñanza de los apoderados (artículo 19 N° 11 de nuestra Constitución, en adelante “CPR”), por cuanto eventualmente los forzaba contra su voluntad a buscar otro establecimiento educacional, para que sus hijos pudieran realmente continuar recibiendo enseñanza; b) el derecho a la integridad física y psíquica tanto de los apoderados como de los alumnos por la violencia física y psicológica que se había desatado a raíz de la toma (artículo 19 N° 1 de la CPR); y c) el derecho de propiedad (19 N° 24 de la CPR), tanto de apoderados y alumnos, en relación con el derecho a la educación (19 N° 10).

Pocos días después, otro grupo de alumnos y apoderados presentó un segundo recurso de protección en base a los mismos hechos, pero esta vez en contra de doña Carolina Tohá en su calidad de alcaldesa de la Municipalidad de Santiago y en contra del rector del Instituto Nacional don Fernando Pérez (Rol N° 39.048-2014). Esta segunda acción de protección, alegaba, al igual que la anterior, la vulneración de las garantías establecidas en el artículos 19 números 1°, 11 y 24 en relación con el 10, pero argumentaba también la vulneración de: a) la igualdad ante la ley (19 N°2) por cuanto se le estaba dando validez jurídica a los actos de menores adultos, quienes para nuestra legislación son incapaces relativos, permitiendo entonces a este grupo de alumnos instigadores de la toma, el privilegio de actuar fuera de la ley; b) el respeto y protección a la vida privada (19 N°4) al coartar por la fuerza la voluntad de asistir a clase de los alumnos contrarios a las tomas y c) el derecho a la educación (19 N° 10) pese a reconocer que dicha garantía constitucional está

expresamente excluida del catálogo de derechos amparados por la acción de protección.

La Corte de Apelaciones de Santiago acumuló ambos recursos de protección y solicitó informe a los recurridos, quienes los evacuaron solicitando todos ellos el rechazo de los recursos, por diversas consideraciones de forma y de fondo.

3.3. El fallo de la Corte de Apelaciones

Con fecha 18 de agosto de 2014, la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo dividido, acogió los recursos de protección, ordenando a los estudiantes recurridos el voto de mayoría, tanto abstenerse en el futuro de organizar votaciones sobre tomas y paralizaciones como de llevar a cabo dichas medidas de fuerza. Asimismo se dejó sin efecto el Protocolo suscrito entre los alumnos recurridos y la Municipalidad, ordenando a esta última, sus autoridades y órganos, abstenerse de firmar cualquier documento que fije requisitos o condiciones para llevar a cabo tomas y paralizaciones. Finalmente el voto de mayoría ordenó a la alcaldesa de Santiago o a quien ejerza sus funciones, en caso de futuras tomas, adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la normal realización y continuidad de las actividades escolares.

Como fundamento de su decisión, el voto de mayoría analizó en primer lugar la regulación sobre Consejos Escolares, y Reglamentos Internos de Convivencia que al efecto establece nuestra Ley General de Educación (en adelante “LGE”), así como el Reglamento Interno del Instituto Nacional, llegando a la conclusión que conforme a dichas regulaciones: “...las tomas como toda otra medida de fuerza no tienen cabida en el Instituto Nacional ni en ningún otro establecimiento educacional”².

Acto seguido, el fallo de mayoría de primera instancia analiza el deber que tiene la Municipalidad de Santiago, conforme a la LGE, en su calidad de sostenedor educacional, de garantizar la continuidad del servicio educacional durante el año escolar, continuidad que ciertamente se ve derechamente vulnerada por una medida de

² Véase el considerando segundo de la sentencia de fecha 18 de agosto de 2015 dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en el Rol Corte N° 39022-2014.

fuerza como las tomas, independientemente de que ellas sean consecuencia de un conflicto de carácter político.

Siendo entonces las tomas actos ilegales, y siendo también ilegal la omisión de la Municipalidad de Santiago en cuanto sostenedor educacional de garantizar la continuidad del servicio educativo, acto seguido el voto de mayoría concluye que la imposibilidad de asistir a clases como consecuencia de las tomas efectivamente conculca las garantías constitucionales de la libertad de enseñanza, la integridad física y psíquica de los estudiantes y el derecho de propiedad en relación con el derecho a la educación.

En apoyo de su decisión, el voto de mayoría cita una serie de sentencias dictadas en el mismo sentido por nuestra Corte Suprema a fines de los años 80, así como una serie de fallos similares dictados en forma muy reciente por la Corte de Apelaciones de Arica y la propia Corte de Apelaciones de Santiago.

Por su parte, el voto de minoría del ministro Escobar, estuvo por rechazar los recursos de protección, argumentando que de los antecedentes que obraban en el recurso, no podía desprenderse la existencia de actos arbitrarios o ilegales y que en todo caso los problemas planteados por los recurrentes debían ser resueltos por otros órganos del Estado, no siendo materia de competencia del Poder Judicial, ni menos de una acción de protección de garantías constitucionales. Sin embargo, el voto de minoría no explica cómo ni por qué ha llegado a dichas conclusiones³.

Contra la sentencia que acogió los recursos de protección, apelaron tanto la Municipalidad de Santiago, como el presidente del Centro de Alumnos del Instituto Nacional.

3.4. La sentencia de la Corte Suprema

Elevados los autos en apelación, nuestra Excelentísima Corte Suprema decidió escuchar alegatos en la causa, pese a que, conforme a lo establece actualmente el Auto Acordado sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, la regla general es que este tipo de apelaciones se vean solo en cuenta, regla que en la práctica acepta contadísimas excepciones.

³ Véase el voto de minoría redactado por el ministro Escobar en la sentencia previamente citada.

Con fecha 4 de noviembre de 2015, la Tercera Sala de la Corte Suprema resuelve los recursos de apelación, adoptando una decidiendo que podría denominarse compuesta, aunque sin llegar al nivel de complejidad de las denominadas "*plurality opinion*"⁴. En efecto la sentencia en cuestión de nuestro máximo tribunal tiene un voto de mayoría, una prevención, dos votos de minoría y más dudas que certezas, lo cual resulta lamentable para la salud de nuestro Estado de Derecho.

A continuación nos concentraremos en el voto de mayoría, el cual en resumidas cuentas, revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, acogiendo única y exclusivamente la acción de protección en contra del rector del Instituto Nacional, curiosamente el único de los recurridos que no dedujo recurso de apelación. ¿Simple coincidencia?

Para llegar a este resultado, el voto de mayoría de la Tercera Sala estimó en primer lugar que el Protocolo suscrito entre la Municipalidad y los líderes de la toma había dejado de existir a los pocos días de su firma, por cuanto ante la ocurrencia de un incendio en el establecimiento tomado el 27 de mayo, la alcaldesa había recurrido al desalojo de los estudiantes por intermedio de la fuerza pública, lo que a juicio de los ministros había implicado en la práctica el desahucio del Protocolo, o al menos que el mismo careciera de vigor, y por lo tanto a ese respecto el objeto de la acción de protección era inexistente. Lamentablemente el voto de mayoría no ahondó en el análisis sobre la legalidad de dicho documento, ni menos en la determinación de la eventual amenaza a derechos fundamentales que ese tipo de documentos pueden implicar en situaciones similares.

Acto seguido, el voto de mayoría, en su considerando 6º, se preocupa de dejar claramente establecido que la toma de una escuela es:

“... un acto de fuerza, que no constituye un medio legítimo de emitir opinión, ni forma parte del contenido del derecho a manifestarse. Es un comportamiento antijurídico que no respeta los derechos de los demás, aun cuando su materialización

⁴ En el derecho norteamericano se denomina *plurality opinion* la decisión adoptada en un tribunal colegiado por un grupo de jueces, sin recibir el voto de la mayoría del tribunal, pero recibiendo mayor votos que las demás opiniones adoptadas en la resolución de un caso.

hubiere sido promovida por una mayoría de los estudiantes. En efecto la plausibilidad de los motivos que se invoquen para explicar o justificar el apoderamiento de un establecimiento educacional no puede tornar en lícitas las vías de hecho a las que se acude con tal propósito”⁵.

Es decir la Corte Suprema se encarga de dejar claramente establecido, tal como lo había hecho invariablemente, que las tomas de escuelas consisten en vías de hecho ilegítimas e intolerables, independientemente de las motivaciones justas que se puedan esgrimir para intentar justificarlas.

Sin embargo, acto seguido el voto de mayoría estima que la adopción de cualquier decisión o medida tendiente a evitar que los estudiantes llamen a la realización de nuevas tomas o paralizaciones, equivaldría a un acto de censura contrario a la libre expresión y por lo tanto, al respecto la acción de protección no puede prosperar.

Con respecto a la Municipalidad de Santiago, el voto de mayoría estima que no es posible, a través de la revisión judicial, sustituir la decisión de la Administración imponiéndole la manera de resolver los conflictos estudiantiles que se susciten en los establecimientos respecto de los cuales una municipalidad es sostenedora, llegando a señalar en el párrafo final del considerando 12º lo siguiente: “... si bien no es posible controlar el mérito o valor de las medidas por las que ha optado la Municipalidad, ello no impide, en las instancias pertinentes, la evaluación de las consecuencias antijurídicas que tales determinaciones pueden acarrear para los particulares”.

Concluye entonces el voto de mayoría que no se observa en el actuar edilicio ningún acto ilegal o arbitrario que afecte los derechos de los padres y alumnos recurrentes y que por lo tanto a su respecto los recursos de protección tampoco pueden prosperar. Sin embargo, valga la redundancia, omite analizar si la Municipalidad puede haber incurrido en omisiones arbitrarias o ilegales.

Curiosamente, con respecto al rector del establecimiento, el señor Fernando Pérez, la Corte si estima que no ha argumentado ni demostrado el haber tomado las medidas suficientes para evitar nuevas

⁵ Véase el considerando Sexto del voto de mayoría de la sentencia de la Corte Suprema en la causa Rol N° 23.540-2014.

tomas, ni para lidiar con las demás conductas estudiantiles reñidas con la legalidad y con la normativa interna del establecimiento.

Por lo tanto, ante la amenaza latente, real y actual de nuevas tomas en el Instituto Nacional, según se consigna en el considerando 17º, el voto de mayoría estima que las omisiones del rector (prácticamente las mismas omisiones que las del sostenedor, esto es la Municipalidad de Santiago) sí son arbitrarias e ilegales y por lo tanto deja a firme la sentencia de primera instancia en su contra ordenándole implementar todas las medidas a su alcance tendientes a impedir nuevas perturbaciones o vulneraciones a las garantías establecidas en los numerales 1º, 2º y 11 de la CPR, que son las que la Corte Suprema considera amenazadas ante posibles nuevas tomas del Instituto Nacional.

3.5. Intrigante prevención al voto de mayoría

Además de emitir uno de los votos de minoría, el cual será analizado brevemente en el apartado siguiente, el ministro Pierry redactó una prevención respecto del voto de mayoría que resulta intrigante o enigmático, sobre todo considerando el vasto conocimiento y la gran trayectoria que él tiene en materia de derecho administrativo y específicamente acerca del contencioso administrativo.

Lo primero que llama la atención de la prevención del ministro Pierry es que pese a considerar que la toma de un establecimiento educacional es ilegal, estima que ello solo ocurre cuando la toma es por la fuerza y que aun en este caso, bajo ciertas circunstancias extraordinarias, puede no ser objeto de reproche. Lamentablemente el ministro no explica cuándo una toma puede no ser por la fuerza, ya que aplicando el sentido común toda toma implica el ejercicio de la fuerza, ya sea con violencia en las cosas o las personas o con la violencia que implica cualquier vía de hecho que vulnere el derecho. Tampoco explica el voto de prevención quién y cómo califica las circunstancias extraordinarias que a su juicio podrían justificar vías de hecho como las tomas.

En su prevención, el ministro recuerda algunos casos históricos de tomas de establecimientos tanto en Chile como en el extranjero, que a su juicio sí resultarían legítimos, omitiendo eso sí por ejemplo, en el caso de las revueltas del Mayo Francés que él cita, el hecho que el gobierno de De Gaulle aplicó las herramientas jurídicas a su alcance para sancionar, incluso penalmente, los comportamien-

tos violentos y antijurídicos, decretándose por ejemplo la expulsión de Francia de Gabriel Cohn-Bendit, uno de los principales dirigentes estudiantiles de la época y la prohibición para que regresara a dicho país, la cual se mantuvo vigente hasta 1978, así como la disolución y proscripción de numerosas agrupaciones y organizaciones.

Termina la prevención del ministro Pierry con un recordatorio acerca de la separación de poderes y enfatizando que el control judicial sobre la Administración solo busca resguardar el principio de legalidad pero en ningún caso sustituir su acción, y que en el caso en cuestión no se observa ninguna actuación u omisión arbitraria o ilegal.

Sin embargo, la prevención del ministro Pierry no permite explicar razonablemente por qué en este caso no se observaría ninguna ilegalidad o arbitrariedad en el actuar de los órganos administrativos, o en sus omisiones, pero sí se observaría en casos mucho más complejos técnicamente, especialmente en materias medioambientales, fallados recientemente por la Corte Suprema en contra de las autorizaciones otorgadas por los órganos técnicos respectivos.

3.6. Los votos de minoría

El primer voto de minoría, redactado por el ministro Pierry, y al que concurre con su voto la ministra Sandoval, estuvo por rechazar los recursos de protección también respecto del rector del Instituto Nacional, por los mismos argumentos vertidos en el voto de mayoría respecto de la autoridad municipal, lo que resulta coherente con lo argumentado en su prevención por el ministro Pierry.

Por otra parte, en el segundo voto de minoría, el ministro Ballesteros y el abogado integrante Piedrabuena, argumentan que la sentencia recurrida también debía confirmarse en relación con la Municipalidad de Santiago, por cuanto la ocupación del Instituto Nacional bajo ninguna circunstancia puede considerarse como el ejercicio legítimo de un derecho y por lo tanto al vulnerar dicha situación derechos fundamentales de otros alumnos y apoderados, corresponde a la municipalidad, en virtud de las obligaciones que como sostenedor le impone la ley, la obligación de garantizar la continuidad del servicio educacional, para lo cual debe ejecutar en conjunto con el director del establecimiento todas las medidas que sean idóneas, eficientes y oportunas al respecto.

4. COMENTARIOS Y CONCLUSIONES

Como ya se ha dicho, los grandes casos, no crean gran derecho, y este no es la excepción, como tampoco lo han sido lo gran mayoría de los casos que ha resuelto en los últimos años nuestra Excelentísima Corte Suprema.

Hay varios aspectos positivos que destacar sin duda, pero los aspectos negativos, especialmente en relación con la sentencia de la Corte Suprema, terminan ensombreciendo más de la cuenta el resultado jurisdiccional de este caso y horadando aún más el estado del arte en relación con nuestro Estado de Derecho.

Entre los puntos positivos, se puede nombrar en primer lugar la decisión y claridad con que los fallos de primera y segunda instancia, y en especial los distintos votos del fallo de la Corte Suprema, condenan las tomas de establecimientos educacionales, calificándolos como actos ilegales carentes de justificación.

Resulta positivo también la importancia que le da nuestra Corte Suprema al rol de los directores de los establecimientos educacionales, reconociéndoles además una serie de deberes y atribuciones que deben ejercer en forma activa y decidida.

Es destacable también la importancia que los fallos le asignan a la libertad de enseñanza, y la preocupación que demuestran por protegerla y garantizar su ejercicio por parte de los padres y apoderados.

Alentadora es también la importancia que el voto de mayoría le asigna a la libertad de expresión y el cuidado que se debe tener para evitar la censura previa, sin embargo, a nuestro juicio resulta un error que el voto de mayoría haya confundido la libertad de expresión con el ejercicio de actos ilegales que atentan contra derechos fundamentales, como son las tomas y paralizaciones. En efecto el voto de mayoría yerra al concluir que cualquier acción que se adopte para evitar que los alumnos se tomen por la fuerza los recintos estudiantiles implica censura, la falta de voluntad de la Corte Suprema por buscar y adoptar soluciones que permitan compatibilizar el ejercicio de la libertad de expresión con la proscripción de actos atentatorios de garantías fundamentales, implica en la práctica una renuncia a la labor de nuestro máximo tribunal por apoyar el fortalecimiento y la evolución de nuestro Estado de Derecho.

Por otra parte si se lleva al extremo el razonamiento del voto de mayoría, en la práctica permitiría argumentar que toda condena por una tentativa de delito, implica un acto de censura. Obviamente una conclusión como esa resulta inaceptable, pero no improbable si aplicamos la falta de lógica con que la Corte Suprema razonó y resolvió el asunto en relación con la actuación de los alumnos instigadores de las tomas.

Sin embargo, el principal defecto en que incurre el voto de mayoría de la Corte Suprema es la excesiva deferencia con que trata los actos y omisiones en que efectivamente incurrió la Municipalidad de Las Condes. Como ya se esbozó, resulta cuestionable que nuestro máximo tribunal tenga por establecidas las omisiones del rector del Instituto Nacional y al mismo tiempo no analice ni reproche las omisiones en que incurrieron las autoridades y órganos edilicios. No olvidemos que al rector se le aplica el Estatuto Docente y que prácticamente es una autoridad que forma parte del organigrama municipal y que debe actuar en forma coordinada con la Dirección de Educación Municipal, por lo tanto resulta levemente esquizofrénico revocar la sentencia condenatoria de primera instancia respecto de la municipalidad y no del rector.

Y en la práctica, el hecho que la Corte Suprema, ante situaciones graves, ilegales e injustificables como los propios ministros se encargan de calificar y explicar en sus diversos votos, condene solo al rector del establecimiento, quien desde el punto de vista político, mediático y de opinión pública pareciera ser el actor más débil y menos relevante, resulta preocupante pues deja la impresión que la Corte Suprema es demasiado deferente ante ciertas autoridades políticas y excesivamente permeable a las presiones de la opinión pública o de ciertos movimientos sociales, impresión que se ve reforzada si se compara este fallo con los dictados, por ejemplo, en el denominado caso Castilla o en El Morro, donde curiosamente, ante la presión ejercida por ciertos sectores de la opinión pública, algunos movimientos sociales y ciertos sectores políticos, la Corte Suprema en la práctica abandonó toda la deferencia hacia las decisiones de la Administración y sustituyó sus decisiones técnicas.

Resulta entonces un retroceso para el Estado de Derecho, el que las decisiones judiciales dependan excesivamente de factores extrajurídicos. Cuando ello ocurre, el Estado de Derecho en lo que algunos llaman su acepción sustantiva, desaparece. En efecto, citando

a Ferrajoli el Estado de Derecho requiere que: “cualquier poder sea limitado por la ley, que condiciona no solo sus formas sino también sus contenidos”⁶. Ergo, el verdadero Estado de Derecho, donde existe un respeto de los derechos fundamentales de todas las personas, es aquel donde los jueces aplican la ley para proteger en igualdad de condiciones los derechos de las personas, ante cualquier poder, sea el poder de las mayorías, el poder de los movimientos sociales, el poder de la opinión pública, de los actores políticos, etc.

Lamentablemente, el caso Toma del Instituto Nacional, a la luz de otros fallos recientes de nuestra Corte Suprema, dan la impresión que el peso que en ciertos casos tengan los movimientos sociales, los actores políticos, la opinión pública, etc., hace variar la mayor o menor deferencia que nuestros jueces demuestran hacia los actos de la administración y la profundidad con que se protegerán ciertas garantías fundamentales.

⁶ FERRAJOLI, Luigi (2005) *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal* (Trotta).