

# Ej

Ensayos jurídicos

Miguel Zárate Carrazana

## La educación como actividad económica

Bases para una crítica  
al sistema educacional  
escolar chileno

ediciones  
**DER**



INSTITUTO CHILENO DE  
DERECHO EDUCACIONAL

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a [info@derediciones.com](mailto:info@derediciones.com) o visite nuestra página web [www.derediciones.com](http://www.derediciones.com)

LA EDUCACIÓN COMO ACTIVIDAD ECONÓMICA.

BASES PARA UNA CRÍTICA AL SISTEMA EDUCACIONAL ESCOLAR CHILENO

© Miguel Zárate Carrazana

2021 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

[info@derediciones.com](mailto:info@derediciones.com)

[www.derediciones.com](http://www.derediciones.com)

Registro de Propiedad Intelectual N° 2020-A-10549

ISBN 978-956-9959-90-5

Primera edición, enero de 2021 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

*A Camilo, mi Salvador*



## AGRADECIMIENTOS

A mi esposa Romina, por su infinito aliento y paciencia en los momentos difíciles de este proceso;

A mis padres Kathy y Miguel, y a mis suegros Cristina y Carlos, por apoyarnos en las labores de cuidado de nuestro hijo Camilo y otorgarme espacios de trabajo cruciales para terminar de escribir;

A mi hermana y cuñado, Kathy y Calel, por comprender mi ausencia hasta casi el final de este proceso y por darme el último respiro antes de su término;

A mi profesor guía, Dr. Jorge Bermúdez Soto, por su visión y apoyo a pesar de sus importantes labores en la República;

A la Universidad de Barcelona, por abrirme sus puertas, facilitarme sus instalaciones libremente y tratarme como un estudiante más, especialmente al profesor Dr. José Esteve Pardo, por recibirme y mostrarme con mucha amabilidad todo lo que debía observar en el tiempo de mi estancia doctoral;

A los académicos expertos en diversas áreas tratadas en este trabajo, que accedieron a ser entrevistados (Cristián Bellei, José Francisco García, Marco Kremerman, Ignacio Covarrubias, Fernando Atria, Víctor Orellana y Gonzalo Muñoz);

A mis amigos, que siempre estuvieron pendientes de mis tareas, alentándome, revisando mis escritos, alegrándose con mis avances, pero también, en su estilo, festinando con mis desavenencias y complicaciones;

A las autoridades de la Superintendencia de Educación, por esperarme todo lo necesario y confiar en mis capacidades como profesional en el servicio;

Al programa de doctorado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso por aceptarme, creer en mis capacidades como investigador y otorgarme el tiempo requerido para terminar esta tesis;

Al Instituto Chileno de Derecho Educacional (ICHDE), por no claudicar en el cultivo de esta maravillosa rama del derecho;

A DER Ediciones, por interesarse en publicar este trabajo que trata, a mi modo de ver, esencialmente sobre derecho educacional como una nueva rama del derecho, abriendo un camino hacia su análisis, debate y comprensión;

A todos a aquellos que, por esta labor, perdonaron mis ausencias, escucharon mis quejas, calmaron mis ansias y me acompañaron en este largo camino que culmina con este texto.

*“Libres son quienes crean, no quienes copian,  
y libres son quienes piensan, no quienes obedecen.  
Enseñar es enseñar a dudar”.*

EDUARDO GALEANO





## ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	XI
PRÓLOGO.....	XV
INTRODUCCIÓN.....	1
PARTE I: CORRELACIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	11
PREÁMBULO DE LA PARTE I.....	13
CAPÍTULO I: ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN LAS ACTIVIDADES ECONÓMICA Y EDUCATIVA, CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1980.....	15
1. INTRODUCCIÓN.....	17
2. LA ACTIVIDAD ECONÓMICA.....	18
2.1. Cuestiones generales sobre economía.....	18
A) Sistemas económicos.....	18
B) Modelo neoliberal.....	23
2.2. Libertad de empresa constitucional.....	30
A) Inclinación económica de la Constitución chilena.....	30
B) Derecho a desarrollar cualquier actividad económica.....	35
C) Principio de subsidiariedad.....	42
3. LA ACTIVIDAD EDUCATIVA.....	48
3.1. Cuestiones generales sobre educación.....	48
A) Concepto y finalidades.....	48
B) Estructura del sistema educacional chileno.....	55

a. Tipos de enseñanza y su ordenamiento legal.....	55
b. Concepto y clasificación de establecimientos educacionales.....	61
c. Participación de la Administración.....	65
3.2. Desarrollo constitucional chileno en el aspecto educativo.....	66
A) Textos constitucionales.....	66
B) Breve referencia al Estado docente.....	77
C) Derechos educacionales constitucionales.....	81
4. DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	85
4.1. Lo que la Constitución no expresa.....	85
A) Contenido esencial.....	85
B) Titularidad.....	91
4.2. Lo relevante para el constituyente autoritario.....	92
A) El objeto de la educación.....	92
B) Derecho de los padres.....	93
C) Deber del Estado.....	96
D) Fomento a la educación y deber de la comunidad en este ámbito.....	102
5. CONCLUSIÓN.....	105

## CAPÍTULO II: VÍNCULOS ENTRE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA CON EL DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA..... 107

1. INTRODUCCIÓN.....	109
2. LIBERTAD DE ENSEÑANZA.....	110
2.1. Libertad de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales... 111	
A) Atributos.....	112
a. Abrir.....	113
b. Organizar.....	117
c. Mantener.....	121
B) Límites.....	124
C) Titularidad.....	127
2.2. Libertad de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.....	131
2.3. La libertad de enseñanza como fórmula de satisfacer el derecho a la educación.....	136
A) Ubicación de la educación como un bien en el mercado.....	136
B) Justiciabilidad.....	139
3. SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	144
3.1. Opinión general de la doctrina.....	144

3.2. La subsidiariedad en el sistema escolar chileno .....	148
A) La subsidiariedad educacional en la literatura jurídica a partir de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución .....	149
B) El proceso de municipalización de la educación pública .....	155
C) Una expresión significativa de la subsidiariedad en la normativa educacional.....	168
3.3. El establecimiento educacional como empresa .....	170
A) Libertades de enseñanza y de empresa y su vínculo constitucional desde el derecho del trabajo.....	171
B) Sostenedor: el empleador en la normativa educacional .....	173
C) Potestades del dueño en la empresa educativa .....	176
D) Tratamiento desde el derecho colectivo del trabajo .....	179
4. CONCLUSIÓN .....	182
IDEAS FINALES DE LA PARTE I .....	185
PARTE II: FINANCIAMIENTO ESTATAL AL SISTEMA ESCOLAR.....	187
PREÁMBULO DE LA PARTE II.....	189
CAPÍTULO I: LA SUBVENCIÓN COMO PARTE DE LA ACTIVIDAD DE FOMENTO. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS GENERALES .....	191
1. INTRODUCCIÓN.....	193
2. LA ACTIVIDAD DE FOMENTO.....	194
2.1. Distinción previa. La actividad material de la Administración .....	194
2.2. Concepto y elementos de la actividad de fomento .....	201
2.3. Clasificación de los medios de fomento .....	209
3. LA SUBVENCIÓN.....	215
3.1. Definición.....	216
3.2. Elementos de la definición.....	223
A) Elemento objetivo.....	223
B) Elemento subjetivo .....	226
a. La Administración concedente .....	226
b. Los beneficiarios.....	228
i. Particulares.....	228
ii. Órganos de la Administración del Estado .....	229
C) Elemento teleológico.....	234
3.3. Breve referencia a su naturaleza jurídica.....	236
3.4. Efectos de la subvención.....	239

A) Posición del beneficiario.....	240
a. Derecho a recibir la subvención .....	240
b. Deber de realizar la actividad subvencionada .....	241
B) Potestades de la Administración.....	243
a. Discrecionalidad en el establecimiento de la subvención .....	243
b. Poder de fiscalización.....	244
3.5. La subvención en el marco del sistema de libre mercado.....	246
4. CONCLUSIÓN .....	252

## CAPÍTULO II: DISEÑO DE LA SUBVENCIÓN EDUCACIONAL COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN EDUCACIÓN .....

255

1. INTRODUCCIÓN.....	257
2. REFERENCIA A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA ACTIVIDAD SUBVENCIONAL EN CHILE .....	258
2.1. Principio de legalidad .....	258
2.2. Principio de igualdad .....	261
2.3. Principios de transparencia y publicidad .....	265
2.4. Principios de eficiencia y eficacia.....	268
2.5. Principio de subsidiariedad.....	270
3. ELEMENTOS DE LA SUBVENCIÓN ESCOLAR QUE LA UBICAN COMO MECANISMO CONFIGURADOR DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EDUCATIVA .....	271
3.1. Elemento objetivo de la subvención escolar: las reglas de mercado en la obligación de financiamiento estatal de la educación.....	271
A) Elección de la subvención como mecanismo de financiamiento.....	271
B) Su intersección con el principio de subsidiariedad.....	274
C) Naturaleza de los dineros destinados a la subvención.....	277
a. La subvención escolar. El dilema de una actividad afecta a un fin público, financiada con fondos que se consideran privados.....	277
b. Referencia a la doctrina.....	280
c. Entre la subvención escolar como patrimonio privado y su estabilidad. Una contradicción de la escuela como empresa .....	283
3.2. Características de los sujetos en la relación subvencional educativa .....	287
A) La Administración concedente: Ministerio de Educación.....	287
B) Beneficiarios: personas jurídicas de derecho público o privado con giro único educacional y sin fines de lucro .....	288
a. Particulares: corporaciones y fundaciones .....	289
b. Públicos: municipalidades y servicios locales.....	292

- 3.3. La competencia como elemento teleológico de la subvención escolar ..... 295
  - A) Consideraciones previas ..... 295
  - B) La competencia en educación. La disputa virtuosa por la subvención 296
    - a. Ideas centrales del financiamiento vía subvención escolar según la fórmula chilena ..... 296
    - b. Determinación y asignación legal de la subvención ..... 299
    - c. La opción del Estado. La competencia como un fin en sí mismo ..... 301
  - C) El lucro como incentivo ..... 303
    - a. El motor de la competencia ..... 303
    - b. El lucro antes de la Ley de Inclusión Escolar ..... 307
    - c. Panorama actual de los incentivos económicos: la sofisticación del lucro ..... 316
      - i. Fines educativos ..... 320
      - ii. Sueldos directivos y del personal de la unidad educativa ..... 340
      - iii. Asistencia técnica educativa ..... 350
      - iv. Compra de inmuebles ..... 356
      - v. Rentas de arrendamiento ..... 367
      - vi. Mejoras útiles ..... 379
- 4. CONCLUSIÓN ..... 382

**CAPÍTULO III: LA SUBVENCIÓN EDUCACIONAL COMO MECANISMO DE FINANCIAMIENTO ESCOLAR ESPECIAL Y LABORAL DE LOS PROFESIONALES DE LA EDUCACIÓN..... 385**

- 1. INTRODUCCIÓN..... 387
- 2. SUBVENCIÓNES ESPECIALES ..... 388
  - 2.1. Subvención escolar preferencial ..... 389
    - A) Detrás de los buenos propósitos ..... 389
    - B) Contenido de la ley ..... 391
      - a. Descripción general ..... 391
      - b. El *voucher* como dogma ..... 393
      - c. Nuevas herramientas de mercado ..... 397
        - i. Rendición de cuentas ..... 397
        - ii. Clasificación de establecimientos ..... 403
        - iii. Reemplazo de funciones del Ministerio de Educación por agentes privados ..... 408
    - C) Reflexiones acerca de la SEP ..... 413
  - 2.2. Financiamiento compartido y subvención de gratuidad ..... 415
    - A) Término del FC ..... 415
      - a. Concepto y referencia a su desarrollo legislativo ..... 415

b. Razones de su establecimiento y críticas a la modalidad de financiamiento compartido .....	417
B) Fórmula legal de reemplazo .....	422
a. Subvención de gratuidad. Profundización del <i>voucher</i> y de otros mecanismos de mercado .....	422
b. Lucro con el aporte de los padres .....	426
2.3. Otras subvenciones especiales .....	427
A) Subvención anual de apoyo al mantenimiento .....	427
B) Subvención por proyectos de integración escolar .....	429
C) Subvención por servicio de internado .....	431
3. INFLUENCIA DE LA NATURALEZA DE LA SUBVENCIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL DOCENTE .....	432
3.1. Cuestiones de contexto .....	432
3.2. La relación laboral influenciada por la competencia .....	435
3.3. Asignaciones remuneracionales docentes que responden al diseño de la subvención .....	441
A) Sistema Nacional de Evaluación del Desempeño .....	443
B) Asignaciones de responsabilidad directiva y de responsabilidad técnico-pedagógica .....	446
C) Asignación de desempeño colectivo .....	447
4. CONCLUSIÓN .....	449
IDEAS FINALES DE LA PARTE II .....	451
<b>PARTE III: ORGANISMOS REGULADORES EN EL ÁMBITO EDUCACIONAL</b> .....	453
PREÁMBULO DE LA PARTE III .....	455
<b>CAPÍTULO I: ORGANISMOS REGULADORES COMO TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN ESTATAL EN ÁREAS ECONÓMICAS RELEVANTES</b> .....	457
1. INTRODUCCIÓN .....	459
2. EN PRINCIPIO, LA ACTIVIDAD DE POLICÍA .....	460
2.1. Referencia a su evolución histórica .....	460
2.2. Técnicas generales de policía .....	472
A) Autorizaciones .....	473
a. Concepto de autorización .....	473
b. Clases de autorización .....	477
i. Autorizaciones regladas y discrecionales .....	478

ii. Autorizaciones reales y personales .....	479
iii. Autorizaciones de (o por) operación y funcionamiento.....	479
B) Inspecciones .....	481
a. Conceptualización y contenido.....	481
b. Características.....	483
c. Finalidades.....	487
i. Preventiva.....	487
ii. Instructiva.....	488
iii. Recaudatoria.....	489
iv. Función de control sobre los fondos públicos.....	489
C) Sanciones .....	490
a. Noción .....	491
b. Breve recorrido por el estado de la materia a nivel nacional .....	491
c. Principios.....	495
i. Principio de legalidad.....	495
ii. Principios de reserva legal y de tipicidad.....	496
iii. Principio de culpabilidad.....	497
iv. Principio <i>non bis in idem</i> .....	498
v. Principio de proporcionalidad .....	499
vi. Principio del debido proceso.....	500
D) Prohibiciones y obligaciones.....	501
a. Prohibiciones .....	502
b. Obligaciones.....	503
E) Certificaciones y homologaciones.....	504
a. Certificaciones .....	504
b. Homologaciones.....	505
2.3. Discusión acerca de la vigencia del concepto de policía .....	505
3. REGULACIÓN DEL MERCADO COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA .....	512
3.1. Cuestiones generales en la intervención pública en la económica del mercado.....	512
A) Administración regulatoria neutral o de amparo al mercado .....	514
B) Administración regulatoria intrusiva o de amparo al interés público...	517
3.2. De la regulación económica del mercado .....	520
A) Concepto de regulación económica.....	520
B) Fallas de mercado e intervención económica.....	525
C) Técnicas de intervención relacionadas con la economía de mercado ....	528
a. Comunicaciones previas.....	529
b. Declaración responsable.....	530
c. Entrega de información .....	531
d. Registros públicos .....	532

e. Arbitraje y mediación.....	533
f. Evaluación y auditoría.....	534
g. Rendición de cuentas.....	534
h. Reemplazo de funciones públicas por privadas.....	536
i. Notas a la autorregulación.....	537
j. Creación de organismos reguladores de la economía.....	540
3.3. Las Superintendencias como organismos de regulación económica.....	540
A) Instancias protectoras del mercado.....	540
a. Cuestiones generales.....	540
b. De las agencias reguladoras en general.....	541
i. Justificación política: la independencia como regla del mercado.....	541
ii. Justificación económica: protección del sistema económico....	543
iii. Características o requisitos esenciales de las agencias.....	544
B) El caso de Chile.....	549
a. Contexto para su establecimiento.....	549
b. Descripción crítica de sus reglas esenciales de funcionamiento, que las diferencian de las agencias.....	553
i. Aspecto estructural: su débil autonomía.....	553
ii. Aspecto funcional: alcance de sus facultades.....	557
4. CONCLUSIÓN.....	560
<b>CAPÍTULO II: LA SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN Y LA AGENCIA DE CALIDAD COMO ELEMENTO CORRECTOR DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA INSERTA EN EDUCACIÓN.....</b>	
1. INTRODUCCIÓN.....	565
2. PROBLEMAS DE MERCADO EN EL SISTEMA ESCOLAR.....	566
3. ROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN Y DE LA AGENCIA DE CALIDAD EN LA CORRECCIÓN DE FALLAS DE MERCADO EN EL SISTEMA ESCOLAR.....	576
3.1. Marco general: el sistema de aseguramiento de la calidad de la educación escolar.....	576
3.2. Superintendencia de Educación.....	579
A) Alcance a su historia y su rol en el Estado docente.....	579
B) Objetivo y competencia.....	589
C) Facultades generales.....	594
a. Inspección o fiscalización.....	595
i. Modelo de fiscalización.....	595
ii. Régimen jurídico.....	601
b. Procedimiento sancionatorio.....	606
i. Breve evolución (jurídica) del sistema sancionador en materia educacional.....	607



ii. Descripción del actual procedimiento.....	610
c. Un diagnóstico común y una reflexión del progreso de estas potes- tades hacia la protección del mercado.....	622
D) Facultades económicas o de mercado en educación.....	623
a. Rendición de cuentas.....	623
i. Reseña legal de su establecimiento e implementación.....	626
ii. Actual régimen jurídico.....	629
b. Auditorías.....	636
c. Entrega de información.....	638
d. Registros públicos.....	641
e. Declaración anual del sostenedor.....	643
f. Mediación escolar.....	644
g. Reglamentos internos como expresión de autorregulación en el sis- tema escolar.....	647
h. Administrador provisional.....	651
3.3. Agencia de Calidad.....	658
A) Regulación en base a estándares.....	658
B) Estructura orgánica, competencia y funciones.....	662
C) Principales facultades económicas de la Agencia.....	664
a. Evaluación de establecimientos.....	664
i. Evaluación que da origen a la ordenación de establecimientos educacionales.....	664
ii. Evaluación con el propósito de orientar a los establecimientos educacionales.....	666
b. Clasificación de establecimientos.....	670
i. Facultades y procedimiento de ordenación.....	670
ii. En cuanto a los efectos de la clasificación.....	672
c. Clasificación de profesores.....	673
d. Entrega de información.....	676
3.4. Nota al Ministerio de Educación.....	679
A) Una historia (reciente) de desarticulación y participación marginal....	680
B) Reemplazo de funciones públicas por privadas. El caso de la supervi- sión pedagógica.....	683
4. CONCLUSIÓN.....	686
 <b>CAPÍTULO III: REFLEXIONES SOBRE LA EXPANSIÓN DE LA REGULACIÓN DE CARÁCTER ECONÓMICA A OTROS ÁMBI- TOS DEL QUEHACER ESCOLAR.....</b>	
1. INTRODUCCIÓN.....	691
2. EL CASO DE LA EDUCACIÓN PARVULARIA.....	692

2.1. Panorama general.....	692
2.2. La inserción de la educación parvularia al Sistema de Aseguramiento de la Calidad.....	697
A) Autorizaciones de funcionamiento. Elementos base para la aplicación de la regulación económica educacional en el sector parvulario.....	698
B) Sobre la Intendencia de Educación Parvularia y la JUNJI.....	704
C) Cierre del círculo: subvenciones para el sector parvulario.....	707
3. EL CASO DE LOS SERVICIOS LOCALES DE EDUCACIÓN.....	709
3.1. Cuestiones previas.....	709
3.2. Servicios locales: el nuevo sostenedor de la educación pública.....	714
A) Descripción: definición y estructura.....	714
B) Mantenimiento de los elementos estructurales del mercado: subvención y regulación económica.....	717
a. Financiamiento del sistema escolar público.....	718
b. Regulación y mecanismos de mercado en el sistema escolar público.....	719
C) Comentario crítico a ciertas ventajas respecto de la administración municipal.....	725
4. REFLEXIÓN.....	726
IDEAS FINALES DE LA PARTE III.....	729
CONCLUSIÓN.....	731
BIBLIOGRAFÍA.....	743
1. LITERATURA.....	743
1.1. Libros.....	743
1.2. Artículos de revistas y de obras colectivas.....	755
2. FUENTES.....	782
2.1. Tratados Internacionales.....	782
2.2. Leyes.....	782
2.3. Decretos Supremos.....	788
2.4. Jurisprudencia constitucional, judicial y administrativa.....	792
2.5. Documentos y actos administrativos.....	796
2.6. Prensa.....	804