

Ej

Ensayos jurídicos

Miguel Zárata 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 o visite nuestra página web 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

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 edu- cacional.....	168
3.3. El establecimiento educacional como empresa	170
A) Libertades de enseñanza y de empresa y su vínculo constitucional des- de 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 ACTIVI- DAD DE FOMENTO. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS GENE- RALES	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
PARTE III: ORGANISMOS REGULADORES EN EL ÁMBITO EDUCACIONAL	453
PREÁMBULO DE LA PARTE III	455
CAPÍTULO I: ORGANISMOS REGULADORES COMO TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN ESTATAL EN ÁREAS ECONÓMICAS RELEVANTES	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
CAPÍTULO II: LA SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN Y LA AGENCIA DE CALIDAD COMO ELEMENTO CORRECTOR DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA INSERTA EN EDUCACIÓN.....	
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
 CAPÍTULO III: REFLEXIONES SOBRE LA EXPANSIÓN DE LA REGULACIÓN DE CARÁCTER ECONÓMICA A OTROS ÁMBI- TOS DEL QUEHACER ESCOLAR.....	
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

ABREVIATURAS

AAI	: Autoridades Administrativas Independientes
ADP	: Alta Dirección Pública
AEP	: Asignación de Excelencia Educativa
AF	: Autorización de Funcionamiento
AP	: Administrador Provisional
AR	: Agencias Reguladoras Independientes
ARI	: Agencias Reguladoras Independientes
art.	: artículo
ATE	: Asistencia Técnica Educativa
AVDI	: Asignación variable de desempeño individual
B.O.E.	: Boletín Oficial del Estado
CDE	: Consejo de Defensa de Estado
CDESC	: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas
CDN	: Convención sobre los Derechos del Niño
CdT	: Código del Trabajo
CENC	: Comisión de Estudios de la Nueva Constitución
CGR	: Contraloría General de la República
CLADE	: Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación
coord.	: coordinador
CORFO	: Corporación de Fomento de la Producción
CPEIP	: Centro de Perfeccionamiento, Experimentación e Investigaciones Pedagógicas

CPR	: Constitución Política de la República de Chile de 1980
D.O.	: <i>Diario Oficial</i>
DAEM	: Departamento de Administración de Educación Municipal
DD FF	: Derechos Fundamentales
DE	: Decreto Exento
DEM	: Departamentos de Educación Municipal
DEP	: Dirección de Educación Pública
DFL	: Decreto con Fuerza de Ley
DL	: Decreto Ley
DS	: Decreto Supremo
DT	: Dirección del Trabajo
DUDH	: Declaración Universal de Derechos Humanos
ED	: Estatuto Docente / Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Educación, de 1996, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.070 que aprobó el estatuto de los profesionales de la educación, y de las leyes que la complementan y modifican, D.O. 10.09.1997.
ed. / eds.	: editor / editores
ENU	: Escuela Nacional Unificada
<i>et ál.</i>	: y otros
FAEP	: Fondo de Apoyo a la Educación Pública
FC	: Financiamiento Compartido
FNE	: Fiscalía Nacional Económica
FONDECYT	: Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
FONDEF	: Fondo de Fomento al Desarrollo Científico y Tecnológico
H.	: honorable
ICHDE	: Instituto Chileno de Derecho Educacional
JEC	: Jornada Escolar Completa
JUNJI	: Junta Nacional de Jardines Infantiles
LBPA	: Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, D.O. 29.05.2003
LGE	: Ley General de Educación / Decreto con Fuerza de Ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 2009, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 20.370 con las normas no derogadas del DFL N° 1, de 2005, D.O. 02.07.2010

LGS	: Ley N° 38/2003, General de Subvenciones, Boletín Oficial del Estado B.O.E. N° 276, de 18.11.2003
LIE	: Ley de Inclusión Escolar / Ley N° 20.845, que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, D.O. 08.06.2015
LJEC	: Ley N° 19.532, que crea el régimen de jornada escolar completa diurna y dicta normas para su aplicación, D.O. 17.11.1997.
LNEP	: Ley N° 21.040, que crea el sistema de educación pública, D.O. 24.11.2017
LOC	: Ley Orgánica Constitucional
LOCBGAE	: Decreto con Fuerza de Ley N° 1; DFL N° 1-19653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2000, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, D.O. 17.11.2001
LOCE	: Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Educación, de 2005, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, D.O. 21.02.2006.
LS	: Ley de Subvenciones / Decreto con Fuerza de Ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 2, de 1996, sobre Subvenciones del Estado a Establecimientos Educacionales, D.O. 28.11.1998.
LSAC	: Ley N° 20.529, que crea el sistema de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización, D.O. 27.08.2011
LSEP	: Ley N° 20.248, que establece la Ley de Subvención Escolar Preferencial, D.O. 01.02.2008
MINEDUC	: Ministerio de Educación
NGP	: Nueva Gestión Pública
OCDE	: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OG	: Observación General
OMC	: Organización Mundial de Comercio
OPECH	: Observatorio Chileno de Políticas Educativas
PADEM	: Plan Anual de Desarrollo Educativo Municipal
PEI	: Proyecto Educativo Institucional
PIDESC	: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PIE	: Programa de Integración Escolar
PME	: Plan de Mejoramiento Educativo
PUCV	: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
RAE	: Real Academia Española
RBD	: Rol Base de Datos
RBMN	: Remuneración Básica Mínima Nacional
RC	: Rendición de Cuentas
RI	: Reglamentos Internos
RJAPPA	: Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
RO	: Reconocimiento Oficial
SAC	: Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación
SAE	: Subvención Adicional Especial
SBIF	: Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras
SEP	: Subvención Escolar Preferencial
SIE	: Superintendencia de Educación
SIGE	: Sistema de Información General de Estudiantes
SII	: Servicio de Impuestos Internos
SIMCE	: Sistema de Medición de la Calidad de la Educación
SL	: Servicios Locales
SNED	: Sistema Nacional de Evaluación del Desempeño
ss.	: siguientes
TC	: Tribunal Constitucional de Chile
TIPS	: Trabajos de Investigación en Políticas Públicas
TUE	: Tratado de la Unión Europea
UE	: Unión Europea
UNICEF	: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UNS	: Unidad Nacional de Subvenciones
USE	: Unidad de Subvención Educacional
UTM	: Unidades Tributarias Mensuales
VTF	: Vía Transferencias de Fondos
VV. AA.	: varios autores

PRÓLOGO

La educación tiene una importancia fundamental para la vida de las personas y probablemente, por lo mismo, genera tantos debates que, normalmente, condensan la visión personal y los valores de quienes opinan sobre ella. Habitualmente, el análisis del fenómeno educativo comprende un sinnúmero de perspectivas, lo que demuestra la importancia que tiene y tendrá este proceso en el desarrollo de la humanidad. En nuestro país ha sido uno de los temas que ha marcado la discusión política y social, de manera muy especial, al menos en los últimos quince años.

En esta publicación, su autor indaga únicamente la perspectiva jurídica, y desde allí intenta probar su hipótesis de trabajo “que, desde la vigencia de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 y bajo su posterior configuración legislativa, el sistema educacional chileno en el ámbito escolar puede ser concebido principalmente como una actividad económica”. El solo planteamiento de la tesis puede generar una especie de desconcierto en el lector, ya que normalmente entendemos la educación como un derecho, como una herramienta para progresar material y espiritualmente, pero no hemos enfrentado su análisis como una actividad económica, cosa que al menos debe despertar la curiosidad por esta obra.

Plantearse una investigación de esta envergadura, a mi juicio, tiene una carga esencialmente política, incluso filosófica. Que la educación sea considerada como un bien de consumo –así la caracterizó un presidente de la República– o que, transformada en mercancía, se le apliquen las mismas reglas que están presentes en la comercialización de cualquier producto, es, por supuesto, algo que cuesta entender sobre todo cuando en cada momento se le asigna el estatus, no de bien, sino de derecho fundamental.

La tesis aquí planteada asume esa carga y procura llevarla al plano normativo, con la intención de restarle subjetividad. Mediante la investigación, el autor pretende darle sustento desde el derecho, engarzando dicha afirmación con las instituciones jurídicas presentes en el sistema escolar o al menos, a su juicio, las más relevantes. Lo logra con creces. En resumen, realizando una necesaria contextualización en la materia, debido a la ausencia de estudios nacionales al respecto, consigue constatar las principales vinculaciones jurídicas entre las normas que regulan el proceso educativo y aquellas que ordenan el sistema económico en nuestro país.

El trabajo se divide en tres partes, además de la introducción y las conclusiones, las que brevemente sintetizo a continuación.

Como cuestión general, es importante resaltar que el texto posee un alto grado de rigurosidad en el tratamiento de la materia y, utilizando no solo fundamentos normativos y doctrinales relevantes, sino que además apoyándose en otras áreas, va profundizando con acierto en cada una de las instituciones presentes en el sistema escolar. Considerando el devenir histórico, económico, pero esencialmente el contexto social y político de los últimos años, va posicionando cada institución jurídica, analizada ya desde el plano nacional, con la finalidad de probar su hipótesis.

En la primera parte, se establece el marco teórico sobre el que se desarrolla la investigación, y se determina la vinculación constitucional entre educación y mercado. En el aspecto económico, se analiza el derecho a desarrollar cualquier actividad de este ámbito como elemento ancla del sistema económico y su relación con la subsidiariedad. Luego, se revisan nociones referidas a la actividad educativa para, posteriormente, exponer aspectos históricos de la educación chilena. Se aborda el derecho a la educación como cuestión cardinal de todo sistema escolar, dando contenido a cada uno de los aspectos que lo componen, incluidos aquellos que la Constitución no abordó. Por último, se analiza la libertad de enseñanza, por un lado, dando cuenta de sus atributos esenciales y, por otro, vinculando constitucionalmente la actividad educativa y la económica, mediante expresiones concretas de esta garantía.

En la segunda parte, se estudia en profundidad el diseño del financiamiento del sistema educativo, como fórmula para activar la competencia entre escuelas. Primero, se ubica a la subvención escolar como parte de la actividad de fomento, abordando su definición, elementos y efectos que

comúnmente le asigna la doctrina esencialmente extranjera. Enseguida, se analiza el régimen jurídico de la subvención escolar, como forma de costear regularmente el sistema educacional chileno. Se enfatiza que su diseño ha tenido como finalidad situar a los establecimientos educacionales como agentes empresariales mediante incentivos económicos y la competencia. Se concluye exponiendo variados y extendidos casos en que el legislador ha expandido esta política de financiamiento, confiando en las mencionadas características y sus variables de mercado.

En la tercera parte, se examina a la Superintendencia de Educación y a la Agencia de Calidad como organismos a través de los cuales el Estado fiscaliza el funcionamiento del sistema educativo, entendido como una actividad económica. Partiendo de la actividad de policía hasta la regulación económica, se expone la reconfiguración de las clásicas herramientas policiales, actualmente tributarias del mercado, con énfasis en las superintendencias como modelo institucional adoptado por Chile. Seguidamente, se da cuenta de las falencias del sistema educativo, las que, comprendidas como fallas de mercado, se intervienen con medidas económicas para superarlas. Se examinan las atribuciones de este tipo en los mencionados organismos y la actual posición del Ministerio de Educación en este escenario. Para terminar, se reflexiona sobre la expansión de la regulación mercantil a otros ámbitos del quehacer escolar, especialmente en la educación parvularia y en la llamada nueva educación pública.

Finalmente, el autor formula conclusiones específicas que posicionan, configuran y definen a la educación como una actividad económica, y otras de carácter general que, en su conjunto, sin duda aportan al debate y al desarrollo de esta materia en nuestro derecho.

Debido a lo expuesto, en mi opinión, esta investigación, que tiene como antecedente directo la tesis doctoral de Miguel Zárate Carrazana, pone de manifiesto la verdadera calidad del grado de doctor alcanzada por el autor en la medida que trata un tema relevante, contingente y prácticamente inexplorado del derecho administrativo y, de alguna manera, también en el constitucional. Con una acertada extensión, supera dicha falencia en la literatura nacional y logra una fundamentación teórica suficiente, que da cuenta de la basta normativa educacional chilena, de tratados internacionales sobre la materia, de la doctrina general (nacional y extranjera) y de cierta jurisprudencia administrativa y constitucional de importancia para el sector.

Así, un primer aporte de este trabajo, además de demostrar convincentemente su tesis, es constatar desde el derecho algo que se venía diciendo desde otras disciplinas, mediante un análisis jurídico de las principales instituciones del sistema educativo. No cabe duda que el aporte al análisis de la normativa educacional es novedoso, en tanto no existe hasta el momento una perspectiva jurídica como la dispuesta en esta investigación.

Desde la normativa educacional, se tocan, a nivel escolar, gran parte de sus dimensiones: los derechos fundamentales, su financiamiento, su regulación y ciertos aspectos históricos y de política educativa.

También es un aporte a la discusión educacional, ubicar instituciones poco estudiadas por la doctrina nacional, como la actividad de fomento, específicamente la subvención y la actividad de policía, hoy devenida en regulación económica. Si bien aquí no hay un desarrollo de cada materia, se vierte un enfoque diferente, se expone algo de historia sobre su devenir jurídico y se conecta con la etapa que está viviendo Chile. A mi juicio, se hará relevante el conocimiento de estas materias para cualquiera que quiera estudiar el sistema escolar chileno y la extensa legislación que lo regula.

Finalmente, quisiera plantear mi aprehensión sobre el futuro de la educación.

Hoy día es posible que las tasas de alfabetización, de escolaridad o titulación en carreras técnicas y profesionales sean las mejores de nuestra historia como país. Sin embargo, precisamente a propósito del impacto presente y futuro de la pandemia de COVID-19 en el mundo del trabajo, tengo serias dudas de si muchos de los titulados podrán efectivamente ejercer su labor y, sobre todo, si podrán proyectar una vida a partir de él.

Me preocupa profundamente el hecho de que si antes de la pandemia existía una desalineación entre el mundo del trabajo y el mundo de la educación, hoy día, derechamente, esa desalineación sea total.

Otro tanto ocurre con la educación escolar. La brecha digital en el mundo escolar no es sino una forma eufemística de referirse a la desigualdad en las familias chilenas. Esta brecha ha ocasionado que tengamos niños y jóvenes que derechamente “hoy día” no están recibiendo educación.

El aún vigente texto fundamental establece expresamente que “[l]a educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado

financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población” (artículo 19, N° 10, inciso 5°).

Sin pretender una defensa de la Constitución, con esta cita simplemente quiero decir que se trata de un deber del Estado el garantizar que todos los escolares del país estén recibiendo educación en estos momentos, cosa que, en la práctica, por la brecha digital y por muchas otras razones, no es así. Lo anterior no debe ser entendido como que en mi opinión, a la fecha en que escribo estas líneas, se deba retornar a las clases presenciales –no me corresponde a mí decirlo–; solo me interesa enfatizar la desigualdad que ha mostrado crudamente esta crisis y las débiles herramientas con que cuenta el poder público para superarla, a pesar del mencionado mandato constitucional.

Por eso es tan relevante el trabajo de Miguel Zárata, porque de manera seria y profunda se aboca a una temática esencial para el futuro de nuestra convivencia social y democrática. Estoy cierto de que esta investigación se constituirá en un punto de partida necesario y pertinente para dos propósitos esenciales. Por una parte, para estudios educativos, sociológicos o de cualquier otra índole que deseen aventurarse en diagnósticos del sistema escolar. Para esos efectos, los investigadores deberán tener presente que la variable jurídica, desde ahora en adelante, deberá ser necesariamente observada como el lugar donde plasmar en forma concreta y concluyente cualquier camino que se desee explorar.

Y, en segundo lugar, al mismo tiempo, este trabajo deberá ser considerado como un texto inicial y base al abordar el estudio de la educación en perspectiva jurídica, sobre todo en las próximas reflexiones constitucionales que se avecinan. He aquí el mayor aporte de esta tesis en la actualidad.

Diciembre 2020

DR. JORGE BERMÚDEZ SOTO
Profesor de Derecho Administrativo