

DERECHO A LA EDUCACIÓN.
SU CONTENIDO ESENCIAL EN EL DERECHO CHILENO*
RIGHT TO EDUCATION. ITS ESSENTIAL CONTENT IN THE CHILEAN LAW

JUAN CARLOS FLORES RIVAS**

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo
Universidad Andres Bello
juan.flores@unab.cl

RESUMEN: El artículo analiza los elementos esenciales del derecho a la educación en el Derecho Chileno, situando al educando en el centro de todo el proceso educacional. De este modo, se estudia el derecho y el deber de los padres a educar a sus hijos, eligiendo el establecimiento educacional que estimen conveniente para el mejor desarrollo de sus habilidades.

Asimismo, se analiza el deber del Estado de diseñar un régimen gratuito para la educación obligatoria, con la finalidad de permitir el acceso a los niveles educativos obligatorios de toda la población.

ABSTRACT: The article discusses the essential elements of the right to education in the Chilean law, placing the learner the center of the whole educational process. Thus, the right and duty of parents to educate their children, choosing the educational institution of their own choosing for the best development of your skills is studied.

Also, the State's duty to design a scheme for compulsory free education, in order to allow access to compulsory education levels of the population is analyzed.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la educación, Estado, Obligatoriedad, Financiamiento.

KEY WORDS: Right to the education, State, Obligation, Funding.

I. INTRODUCCIÓN

Nadie duda que el derecho a la educación, la libertad de enseñanza y el financiamiento estatal, han sido temas centrales en el acontecer político de los últimos años, especialmente, a partir del año 2006 producto de una serie de movilizaciones estudiantiles, las cuales exigían, entre otras materias, el término del lucro con fondos

* Este trabajo corresponde a un apartado de nuestra tesis doctoral inédita, titulada “La estabilidad de las subvenciones escolares en el Derecho Chileno”, defendida el 25 de noviembre de 2013, en la Universidad de los Andes. Trabajo recibido el 21 de marzo de 2014 y aceptado el 1 de octubre de 2014.

** Abogado, Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Andres Bello, Santiago, Chile. Dirección Postal: Av. Bellavista N° 0121, Providencia, Santiago.

públicos en materia educacional, la creación de nueva institucionalidad educativa que tuviera por objeto fiscalizar las prácticas irregulares de los establecimientos educacionales, la correcta utilización de los fondos públicos y el aseguramiento de la calidad de los contenidos educativos.

Como consecuencia de dicho movimiento social se dictó la Ley General de Educación N° 20.370, de 2010, que derogó la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza N° 18.692, de 1990, y adicionalmente, se creó una nueva institucionalidad en materia de educación escolar. En efecto, mediante la Ley N° 20.370, complementada por la Ley N° 20.529, se crearon el Consejo Nacional de Educación, la Agencia de Calidad de la Educación y la Superintendencia de Educación.

Por otra parte, mediante la dictación de la Ley N° 20.501, sobre Calidad y Equidad en la Educación, se incorporaron criterios de calidad en la selección de los entes dirigentes de los establecimientos públicos, seleccionando a los directores de dichos establecimientos mediante el Sistema de Alta Dirección Pública, de conformidad con la Ley N° 19.882, de 2003.

Como se puede apreciar, los avances legislativos en materia de educación escolar, en el último tiempo, han sido significativos, no obstante, el desarrollo dogmático tanto del derecho a la educación como de la libertad de enseñanza no han experimentado el mismo avance, sobre todo, en la explicación del fundamento último de la obligación estatal de financiar la educación obligatoria y de fomentar la educación en todos sus niveles.

Este trabajo pretende explicar el objeto del proceso educacional, destacando al alumno o educando como titular exclusivo del derecho a la educación, sea que ejerza su derecho en forma directa, sea que lo haga en forma indirecta mediante la representación de sus padres o apoderados. Como consecuencia de lo anterior, se analiza el derecho y el deber preferente de los padres de educar a sus hijos, eligiendo libremente el centro educativo que estimen conveniente.

Por otra parte, considerando la obligatoriedad de la educación escolar, que incluye la educación preescolar, básica y media, analizamos el deber del Estado de diseñar un régimen de financiamiento de la educación escolar y el deber de fomentar la educación en todos sus niveles, con la finalidad de garantizar el acceso de toda la población a los niveles educacionales obligatorios.

II. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

1. Generalidades

Dogmáticamente suele señalarse que el derecho a la educación se relaciona con la libertad de enseñanza, sólo en forma complementaria, puesto que ambas

son realidades humanas que jurídicamente son analizadas en forma aislada, con prescindencia una respecto de la otra¹. No obstante, ambas realidades no pueden ser estudiadas sin atender en forma prioritaria a sus protagonistas, esto es, a los educandos, a quienes se dirige la educación, y a los educadores, quienes ejercen la enseñanza precisamente en función de los primeros.

En este sentido, la actividad educativa constituye, por una parte –en su dimensión educativa propiamente dicha– una actividad dirigida a aprender, comprender y perfeccionar en los aspectos valóricos e intelectuales a cada persona. Por otra parte, constituye una actividad dirigida a instruir, transmitir o enseñar valores y conocimientos a aquellas personas hábiles de recibirlas. Se trata de una realidad unitaria y bilateral, que puede ser analizada desde la óptica del sujeto activo o desde la visión del sujeto pasivo.

Al respecto, De Los Mozos señala, que si bien la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana, la enseñanza se dirige precisamente a producir el resultado de la educación. No obstante, cabe distinguir entre enseñanza y educación, en el sentido que la enseñanza puede ser entendida como instrucción y la educación como formación integral, pero sólo se trata de una distinción de aspectos diferentes de la misma realidad única, que se combina de distinta manera y con diferentes intensidades dependiendo de los niveles educativos².

La misma autora, continúa señalando que la distinción entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza es relativa en los primeros niveles educacionales, por cuanto los dos aspectos se entrelazan de tal modo que es prácticamente imposible enseñar sin transmitir una determinada visión del mundo y suscitar hábitos de conducta, actitudes y modos de comportamiento. La instrucción pura y simple –enseñanza– puede darse de una forma más prístina en los niveles educativos superiores³.

En un sentido similar, en nuestro medio Jordán señala que: *“Ambos derechos son analíticamente derechos complejos, es decir, son derechos de contenido múltiple, tanto de libertad como de prestación en un sentido amplio”*⁴.

En este trabajo, como primera idea matriz, comenzaremos señalando que la educación reviste un proceso constante, paulatino y sistemático, formal o informal, que experimenta la persona humana durante las diversas etapas de su vida, y que

¹ Tribunal Constitucional, Rol N° 1363-2009, 28 de julio de 2009.

² DE LOS MOZOS (1995), p. 32.

³ Ídem, p. 32.

⁴ JORDÁN (2012), p. 455; JORDÁN (2009), p. 188.

tiene por objeto infundir conocimientos, valores y habilidades al educando, en forma libre y reflexiva. Este proceso busca modelar la personalidad sobre la base de valores, perfeccionándola desde el ángulo espiritual, moral y también físico⁵.

De este modo, el derecho a la educación es primeramente un derecho a acceder a los medios de educación, instrucción y formación, es decir, a la enseñanza que se traduce en alcanzar los medios intelectuales que permitan la obtención de las mayores y mejores potencialidades de la persona durante su vida⁶. En este sentido, el derecho a la educación comprende el derecho a recibir formación, el acceso al saber científico y profesional, en definitiva, al conocimiento que se considera necesario para el propio desarrollo de la personalidad⁷.

En este sentido, Martínez López-Muñiz señala que el derecho a la educación supone asumir una posición jurídica específica, de quien carece de formación o instrucción en una u otra medida, en cuanto que el ordenamiento jurídico le reconoce la titularidad de facultades de hacer o poder de exigir para lograr obtener ese bien que no posee, constituido por tal o cual grado o nivel de enseñanza⁸.

En el plano normativo, el artículo 2º del D.F.L. N° 2, de 2 de julio de 2010, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Educación N° 20.370, de 2010, ratifica lo antes expuesto al concebir la educación como:

“(...) un proceso de aprendizaje permanente, que abarca las distintas etapas de la vida de una persona, cuya finalidad es alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas”.

El mismo precepto reconoce la estrecha vinculación entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, al establecer que la educación se manifiesta de distintas formas, a través de la enseñanza, formal o regular, no formal, o mediante la educación informal. En este sentido, la enseñanza formal o regular es aquella que se encuentra estructurada y que los educadores imparten de manera sistemática y secuencial, en distintos niveles y modalidades con la finalidad de asegurar la unidad del proceso educativo, y su continuidad en las distintas etapas de la vida de la persona. Por su parte, la enseñanza no formal incluye todo proceso

⁵ CEA (2012), p. 323.

⁶ VIVANCO (2007), p. 3.

⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN (2003), p. 127.

⁸ MARTÍNEZ (1979), p. 234.

formativo, realizado por medio de un programa sistemático, no necesariamente evaluado y que puede ser reconocido y verificado como un aprendizaje de valor, que conduce a una certificación.

Por último, la educación informal incluye todo proceso vinculado con el desarrollo de la persona en la sociedad, sin la tuición de un establecimiento educacional determinado. Por ende, puede ser obtenida en forma no estructurada y asistemática en el núcleo familiar, o a través de los medios de comunicación social, de la experiencia laboral, o recogido del entorno que rodea a la persona.

2. El derecho individual y social a la educación. Implicancias jurídicas

Aclarado lo anterior, conviene señalar que desde la teoría de los derechos fundamentales, se suele señalar que el derecho a la educación tiene una doble dimensión. Por una parte, es un derecho de carácter individual que se orienta al desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Por otra parte, constituye un derecho de carácter social, que incumbe a la comunidad en su conjunto, encabezada por el Estado⁹, quien actúa en forma subsidiaria¹⁰.

a) Derecho individual a la educación

Desde la perspectiva individual, el derecho a la educación busca la perfección y el pleno desarrollo de la persona humana en las distintas etapas de su vida, desde la más tierna infancia hasta la extinción de la vida, por cuanto, la educación es un proceso permanente y constante que no se agota o no se circunscribe a un determinado período de la vida.

Bajo este entendido, el derecho a la educación consiste en la facultad para acceder a un determinado tipo de educación, implica tener acceso al saber, a las distintas manifestaciones o propuestas educativas surgidas bajo el alero del ejercicio de la libertad de enseñanza. Por ende, el derecho a la educación se materializa en la libertad de aprendizaje de aquellos conocimientos y valores libremente transmitidos por terceros¹¹.

En efecto, la libertad de aprendizaje conlleva indisolublemente unida la libertad de elegir la educación que se pretende recibir, los conocimientos y valores que se

⁹ EVANS (1986), p. 175; NOGUEIRA (2008), p. 210; CEA (2012), p. 323; VERDUGO (1997), p. 286.

¹⁰ DÍEZ (1999), p. 108.

¹¹ DÍAZ (1973), pp. 33-36.

buscan internalizar. El ejercicio de dicha libertad le corresponde a los educandos, en calidad de titulares primarios del derecho a la educación, siempre y cuando por razones de edad los autorice el ordenamiento jurídico. Ante la ausencia de la edad permitida por el ordenamiento jurídico, serán los padres o apoderados, quienes podrán ejercer esa libertad, dando cumplimiento –en el caso de los padres– al deber de educar a sus hijos, porque son estos últimos los beneficiarios finales de toda la actividad educativa.

A mayor abundamiento, no es superflua la Carta Fundamental al señalar que los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos¹². Dicha imposición no es un derecho subjetivo, libremente renunciable por los padres o apoderados, sino que un deber que se inserta en la órbita de las relaciones de familia entre padres e hijos, en el círculo de la patria potestad, constituyendo un poder-deber finalizado ejercido en favor del educando¹³.

La importancia de este derecho, queda de manifiesto en el Texto Constitucional que le encomienda al Estado dar especial protección al ejercicio de ese derecho, lo cual se traduce en la adopción de las medidas necesarias y oportunas destinadas a hacer posible que todos puedan recibir educación en las instituciones adecuadas a tal fin, garantizándose el derecho a permanecer y mantenerse en ellas¹⁴.

Martínez López-Muñiz, resume el planteamiento anterior señalando que el derecho a la educación es ante todo y esencialmente un derecho a la educación en libertad, lo que quiere decir, que sólo se puede tener por efectivamente asegurado si en verdad pueden todas las personas acceder a la correspondiente educación escolar del modo más acorde posible con su dimensión primaria de libertad. Ello, se traduce en la posibilidad del educando de elegir el proyecto o centro educativo, por sí mismo o por medio de los padres o tutores legales, en caso de carecer aún de la capacidad legal pertinente¹⁵.

En este sentido, se debe tener claro, que se trata de una obligación especial entre todas aquellas obligaciones que el ordenamiento jurídico impone al Estado, lo que no implica que al Estado le corresponda un papel primordial¹⁶. Máxime, si se considera que el derecho de los padres de educar a sus hijos es intransferible,

¹² CEA (2002), p. 326.

¹³ EVANS ESPÍNEIRA (2006), p. 52.

¹⁴ NOGUEIRA (2009), p. 333.

¹⁵ MARTÍNEZ (2008), pp. 34-35.

¹⁶ VIVANCO (2006), p. 388.

y aunque, los particulares, eventualmente, deleguen su ejercicio, el Estado debe dar la especial protección que le impone la Carta Fundamental¹⁷.

b) Derecho social a la educación

Desde una perspectiva social, el derecho a la educación trasciende los derechos y obligaciones de los padres y apoderados, involucrando al Estado y a la comunidad. Una consecuencia del carácter social del derecho a la educación, se traduce en una manifestación prestacional, que obliga a los poderes públicos a crear, ordenar, controlar y financiar un sistema público educativo que permita el acceso a todos los educandos, especialmente, a aquéllos que no pueden gozar de una educación pagada. Y el Estado, se encuentra obligado bajo criterios de necesidad, esto es, existiendo demanda educativa a crear establecimientos públicos, financiados con recursos públicos para satisfacer una necesidad pública concreta¹⁸.

En consecuencia, el carácter social del derecho a la educación confiere la facultad de reclamar a los poderes públicos una determinada actuación con la finalidad que el titular del derecho a la educación –educando– pueda recibir la educación deseada¹⁹.

La función prestacional del derecho a la educación se manifiesta en el derecho garantizado a recibir determinados contenidos educativos, a través de la educación institucionalizada, y en especial, mediante la educación escolar. En efecto, el derecho fundamental a la educación comprende ante todo la exigencia jurídica que toda persona puede recibir esa educación escolar institucionalizada, en la escuela o centro escolar que libremente elija por sí misma, dentro de las condiciones mínimas que el poder público establezca para esa educación²⁰.

Bajo este entendido, y desde la perspectiva prestacional del derecho a la educación, y considerando la obligatoriedad de la educación escolar, que incluye la educación preescolar de segundo nivel de transición, la educación básica y la educación media, la Carta Fundamental obliga al Estado a asegurar, por una parte, respecto de la educación preescolar, la gratuidad y el financiamiento fiscal²¹. Y por

¹⁷ ORREGO (1986), p. 480.

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 1361-2009, 13 de mayo de 2009.

¹⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN (2003), p. 128.

²⁰ MARTÍNEZ (2008), p. 30.

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 339-2001, 18 de octubre de 2001.

otra parte, respecto de la educación básica y media, el Estado queda obligado a financiar un sistema gratuito de enseñanza.

Como se puede apreciar, la dimensión social del derecho a la educación genera una obligación de financiamiento público de la educación, la cual se extiende a toda clase de establecimiento, público o privado, que preste educación obligatoria bajo condiciones de gratuidad y que cumplan con los requisitos legales respectivos.

Lo anterior, tiene su fundamento en la obligación del Estado de garantizar el derecho de los padres a la libertad de elección de los centros educativos que presten educación obligatoria, para lo cual necesariamente deben existir centros educacionales diferentes, plurales y ajenos de aquellos pertenecientes a la organización administrativa estatal.

De este modo, se puede decir que el derecho a la educación presenta una vertiente de libertad que busca garantizar la existencia de distintas propuestas educativas, para cubrir las diferentes necesidades de aprendizaje de los educandos, e impedir que se genere un monopolio educativo en manos del Estado, lo cual claramente no comulga con el texto ni con el espíritu de la Carta Fundamental²². En este sentido, la financiación pública es parte del contenido esencial del derecho a la educación, desde una óptica de libertad que permite elegir aquellos centros de enseñanza que impartan educación obligatoria, distintos de los creados por los poderes públicos²³.

Lo anterior guarda relación con las características fundamentales del derecho a la educación, por cuanto es un derecho personal, inviolable e ineludible, de carácter obligatorio, pues no se le puede negar a una persona el derecho a educarse, al menos en un nivel mínimo de educación, esto es, no se puede negar el acceso a la llamada cultura básica²⁴.

En suma, lo anterior queda materializado en la obligación estatal de crear centros educacionales públicos, en la obligación de financiar establecimientos educacionales privados que impartan educación obligatoria en forma gratuita y en la obligación de fomentar la creación, organización y mantención de establecimientos educacionales privados que presten educación obligatoria parcialmente gratuita, todo ello con la finalidad que los alumnos, o en su caso, sus padres o apoderados puedan ejercer el derecho a la educación en libertad, es decir, puedan

²² EMBID (1997), p. 86.

²³ DE LOS MOZOS (2006), p. 177.

²⁴ ORTIZ (1980), pp. 25-27.

elegir el establecimiento educativo, público o privado, donde recibir una adecuada formación o enseñanza.

3. El educando. Titular del derecho a la educación

No se puede hablar de educación en sentido propio, de educación real y auténtica, a menos que ésta cumpla con la condición de perfeccionar todas las manifestaciones de la naturaleza humana, reconociendo el sentido globalizante y plenario de la educación, pues conviene al hombre entero, y no a una parte o un aspecto aislado de él²⁵. En efecto, mediante la educación se busca el acceso al saber, a la instrucción y a la formación necesarias de la persona en las distintas etapas de su vida, para que pueda lograr ser útil a la sociedad²⁶.

En este contexto, queda en evidencia que los titulares del derecho a la educación no son el establecimiento educacional ni los profesores ni mucho menos los padres directamente ni el Estado, sino que el único titular del derecho a la educación, esto es, quien tiene el derecho a educarse y el deber de hacerlo es el educando²⁷, quien dependiendo de su edad podrá ejercer este derecho directamente, o a través de sus padres o apoderados, tutores o curadores.

Lo anterior, ha sido recogido por la legislación chilena, precisamente en el artículo 4° de la Ley General de Educación, N° 20.370, de 2010, que garantiza el derecho a la educación, pero no de cualquier educación, sino de una formación de calidad en todas las etapas de la vida, e impone al Estado la obligación de dar especial protección al ejercicio de ese derecho, y de propender a asegurar la calidad de la educación creando las condiciones necesarias para cumplir con aquéllas.

Sin embargo, el legislador ha ido más allá por cuanto ha exigido al Estado que junto con asegurar el acceso y la prestación efectiva de la educación, asimismo, asegure la calidad de la educación de todos los alumnos y alumnas, no obstante sus condiciones y circunstancias, con la finalidad que alcancen los objetivos generales y los estándares de aprendizaje, previamente definidos por la ley, con independencia que la educación sea provista por establecimientos públicos o privados, de conformidad con los artículos 3° b) y 6° de la Ley General de Educación.

A mayor abundamiento, el legislador diseñó un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación, compuesto orgánicamente por el Consejo

²⁵ VIVANCO (2006), pp. 386-387.

²⁶ Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República (1981), p. 190.

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 1361-2009, 13 de mayo de 2009.

Nacional de Educación, la Agencia de Calidad de la Educación y la Superintendencia de Educación, cuyas competencias se extienden a definir, evaluar, fiscalizar y eventualmente, sancionar, a los centros educativos públicos o privados que impartan educación escolar con la finalidad que éstos cumplan con los estándares de calidad, y los educandos adquieran las destrezas y habilidades que les permitan un desarrollo íntegro en las distintas etapas de su vida²⁸.

Otro antecedente, que confirma que el educando es el titular del derecho a la educación, dice relación con los mecanismos de financiamiento que regula el legislador para asegurar la gratuidad de la educación obligatoria, y para fomentar la educación en todos sus niveles incluidos los de carácter no obligatorios. De este modo, el legislador acude a la subvención como técnica administrativa específica de financiamiento de la educación escolar, y como un instrumento financiero para fomentar la educación en general, tomando como parámetro la asistencia promedio de los alumnos a un determinado establecimiento educacional.

No obstante, para los efectos de la administración de esos fondos públicos, el legislador, se sirve de un colaborador denominado “sostenedor educacional”, que es una persona jurídica de carácter público o privado, de giro único educacional, cuya función principal es percibir, gestionar y destinar la subvención a la finalidad establecida en la ley, debiendo restituir los fondos utilizados indebidamente.

Ahora bien, es menester distinguir entre el destinatario y el beneficiario de la subvención, pues si bien en muchas materias pueden ser la misma persona, en

²⁸ Con fecha 12 de septiembre de 2009, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.370, Ley General de Educación, que modificó la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza N° 18.962, de 1990. El año 2010 se dictó el D.F.L. N° 2, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del D.F.L. N° 1, de 2005, que contenía la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. La Ley General de Educación creó tres organismos encargados de velar por la calidad de la educación. En primer lugar, el Consejo Nacional de Educación, es configurado como un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Educación, y cuyas funciones en materia de educación escolar consisten en aprobar o formular observaciones fundadas a las bases curriculares para cada uno de los niveles de la educación regular parvularia, básica y media. En segundo lugar, la Agencia de Calidad de la Educación se configura como un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios y que se relaciona con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Educación, cuya función principal es evaluar y orientar el sistema educativo para que éste propenda al mejoramiento de la calidad y equidad de las oportunidades educativas. En tercer lugar, la Superintendencia de Educación es configurada jurídicamente por el legislador como un servicio público funcionalmente descentralizado y territorialmente desconcentrado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios y que se relaciona con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Educación, cuyas funciones principales son fiscalizar el cumplimiento de la normativa educacional, fiscalizar la legalidad del uso de los recursos estatales que reciben los establecimientos subvencionados, y ejercer la potestad sancionadora frente a incumplimientos.

el ámbito educacional son diferentes. En este sentido, en materia educativa, el legislador desdobra el sujeto pasivo de la relación jurídica de subvenciones. En primer lugar, regula al sostenedor educacional en calidad de destinatario, esto es, en calidad de un mero beneficiario material de la ayuda estatal, que en principio, no obtiene ventaja alguna de ella. Y en segundo lugar, reglamenta al beneficiario, quien recibe en definitiva la ayuda, en vista a la conexión o vinculación que tiene con la actividad ayudada²⁹.

Asimismo, resulta importante determinar los requisitos y condiciones que establece el legislador para percibir, mantener o extinguir dicha ayuda, pues según se ha dicho, la subvención que percibe el sostenedor educativo no es en su beneficio propio, sino que tiene por objeto hacer efectivo el derecho a la educación de los educandos, por cuanto, sólo el destinatario es quien asume frente al otorgante de la ayuda el deber de llevar a cabo la actividad a la que se afecta el bien concedido, mientras que el beneficiario, pese a ser quien realmente usufructúa la ventaja brindada, resulta un extraño a la relación subvencional considerada en sí misma³⁰

4. Derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos

Como hemos señalado, el titular primario del derecho a la educación es el educando, quien puede ejercer directamente este derecho, si tiene la edad y las condiciones físicas e intelectuales para ello. En caso contrario, son los padres en ejercicio de su derecho natural de progenitores, quienes de conformidad con el artículo 19, N° 10, de la Carta Fundamental, tienen el derecho y el deber preferente de educar a sus hijos.

Lo anterior, es una clara manifestación de la importancia que le asigna la Carta Fundamental a la familia como núcleo fundamental de la sociedad³¹, y el reconocimiento que los padres son los primeros educadores, y que ellos tienen la facultad de educar libremente a sus hijos, delegando esta tarea en otras personas como los maestros o profesores, que enseñan en escuelas públicas o privadas.

Bajo este entendido, se concibe el derecho a la educación como un derecho esencialmente personal, que emana de la naturaleza humana, propio y exclusivo

²⁹ LAGUNA DE PAZ (1991), p. 92.

³⁰ DE LA RIVA (2004), p. 160.

³¹ De este modo, el derecho asegurado a todas las personas, se hace más sagrado, por cierto, a favor, de quienes, por mandato de la naturaleza tienen no sólo la facultad o atribución de educar, sino que el deber imperativo de hacerlo, como son los padres en cuanto les reconoce el derecho preferente y el deber de educarlos. SILVA (2008), pp. 176-177.

de quien busca educarse y aprender. Sin embargo, en el caso de los menores de edad, por ser incapaces y no encontrándose plenamente desarrollada su capacidad volitiva, el Constituyente optó por conferir a los padres este derecho, imponiéndoles adicionalmente el deber de educar a sus hijos, y de este modo, ejercer efectivamente el derecho a la educación de aquéllos³².

En consecuencia, aunque los padres deleguen el ejercicio de su derecho a enseñar a los hijos, no se entiende por esa sola circunstancia enajenado su derecho preferente, por cuanto, es un derecho inalienable y los padres siguen siendo responsables que sus hijos se instruyan efectivamente. En este sentido, cabe señalar, que se trata de un derecho preferente, que tiene primacía sobre el derecho del Estado de educar a los ciudadanos en orden al bien común y por ende, es superior al derecho de los ciudadanos emanado de la libertad de enseñanza. En efecto, es una preferencia de la cual gozan los padres en relación con toda la comunidad nacional, incluyendo a los grupos intermedios y el Estado³³.

Materialmente, los padres cumplen con este derecho-deber, principalmente, en la primera etapa de la vida de sus hijos, dentro del seno de la familia, mediante la educación doméstica, la cual es anterior a la educación preescolar, es decir, previa a todo tipo de educación institucionalizada u oficial. La educación doméstica, comprende todo el cúmulo de enseñanzas teóricas y prácticas que la persona adquiere en el seno de la familia³⁴, que no tiene un carácter obligatorio, pero se encuentra dentro del derecho-deber de los padres de educar a sus hijos, derecho que constituye una manifestación del derecho de asistencia que los menores pueden exigir de sus padres, y especialmente de sus familias³⁵.

El derecho-deber de los padres de educar a sus hijos no se agota en la educación doméstica impartida en el seno de la familia, por cuanto, también comprende la facultad que tienen los padres de elegir el establecimiento educativo que ha de complementar la educación recibida en el núcleo familiar³⁶.

Esta facultad de elección educativa, el Constituyente la asocia a la libertad de enseñanza, regulada en el artículo 19, N° 11, de la Carta Fundamental. No

³² VIVANCO (2006), p. 388.

³³ ORREGO (1986), pp. 479-480.

³⁴ MARTÍNEZ (1979), p. 244.

³⁵ En este sentido se señala, que los padres gozan de una especie de derecho fundamental a la enseñanza doméstica derivado del derecho a dirigir la educación de sus hijos, que constituye un derecho con fundamentos constitucionales efectivamente tutelado. Vid., POLO (1999), pp. 50-51, MARTÍNEZ (2011), pp. 72-73.

³⁶ VERDUGO (1997), p. 284.

obstante, es preciso tener presente, que esta facultad de elección es una manifestación del deber de los padres de educar a sus hijos, lo que a su vez, es correlato del derecho de los hijos a ser educados³⁷.

Sin embargo, se trata de un derecho que tiene condiciones bastantes particulares, pues entre los padres y los hijos no existe propiamente un derecho, por no existir alteridad, pues el hijo es algo del padre. Por lo tanto, el derecho de los hijos a ser educados por sus padres no es propiamente un derecho con respecto a éstos, sino respecto de otras personas que pudieran interferir y dificultar dicha educación³⁸.

La importancia de la preponderancia del derecho y el deber de los padres a educar a sus hijos, queda reflejada en el énfasis dispuesto por el Constituyente al señalar que, el Estado debe dar especial protección al ejercicio de este derecho, por ser especialmente valioso y digno de ser protegido. Por eso, se ha señalado que esta obligación es especial entre todas las obligaciones del Estado, es decir, que debe cumplirse en forma cuidada y estricta para que el ejercicio del derecho sea eficaz. Sin embargo, ello no quiere decir que entre los llamados a preservar el derecho, el lugar primordial le corresponda al Estado, pues no existe un monopolio estatal para la apertura de establecimientos educacionales³⁹.

Esta especial protección, implica la obligación del Estado de establecer las condiciones materiales que permitan el acceso de los educandos, o en su caso, de sus padres a los establecimientos educativos que libremente hayan elegido, así como, el derecho a mantenerse en el centro educativo, en la medida que los educandos cumplan con los preceptos y las obligaciones del ordenamiento educacional⁴⁰.

En el plano normativo, lo anterior, es recogido por el legislador en el artículo 4º de la Ley General de Educación, que reconoce el derecho y el deber preferente de los padres de educar a sus hijos, e impone al Estado el deber de otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. El mismo precepto, establece un deber correlativo del Estado de promover y garantizar el ejercicio de este derecho a los padres, tutores, hijos y pupilos, cualquiera sea el establecimiento educacional elegido.

De este modo, el derecho de educación preferente de los padres, en cuanto derecho, es una facultad de obrar frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendieran dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de

³⁷ ORREGO (1986), p. 480.

³⁸ ELTON (1982), pp. 49-50.

³⁹ BERNASCHINA (1958), p. 217.

⁴⁰ EMBID (1983), p. 183.

sus hijos⁴¹, que se traduce en la elección del establecimiento de enseñanza en que tendrá lugar la educación formal y en las acciones educativas que se realicen en el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes⁴².

5. Deber del estado de proveer un régimen de educación escolar obligatoria

La Carta Fundamental en el artículo 19, N° 10, consigna, que la educación básica y media es obligatoria, estableciendo que el Estado debe confeccionar, diseñar o proveer un sistema gratuito de financiamiento destinado a asegurar el acceso a esos niveles de enseñanza a toda la población.

Dicha obligación es complementada, en materia de tratados internacionales, por el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y por el artículo 13 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establecen que la educación básica o elemental debe ser obligatoria y gratuita, y la enseñanza secundaria en sus diversas formas, incluyendo la técnica y profesional, debe ser generalizada y progresivamente gratuita. En el plano normativo, el artículo 4° de la Ley General de Educación, estipula que el financiamiento de la educación obligatoria, no sólo tiene por objeto permitir el acceso a estos niveles de enseñanza, sino también permitir la mantención o permanencia en un establecimiento educacional de conformidad con la ley.

Cabe hacer presente, que la obligatoriedad de la educación escolar, específicamente, de la educación primaria fue establecida por la Ley N° 3.654 del 26 de agosto de 1920, cuyo texto definitivo fue fijado por el D.F.L N° 5.291, del Ministerio de Educación, de 22 del noviembre de 1929, modificado por el D.F.L N° 6.265 del 31 de diciembre de 1929, precepto legal que quedó ratificado por lo dispuesto en el artículo 10, N° 7, de la Constitución Política del año 1925, que disponía la obligatoriedad de la educación primaria.

En términos generales, la Ley N° 3.654 de 1920, establecía que la educación prestada bajo la dirección del Estado y de las municipalidades era gratuita, que la educación primaria era obligatoria, y que para hacer efectiva dicha obligatoriedad, los padres o guardadores estaban obligados a hacer que sus hijos o pupilos frecuentasen un establecimiento de educación primaria fiscal, municipal o par-

⁴¹ ATRIA (2007), p. 48.

⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 740-2007, 18 de abril de 2008.

ricular, llegando a establecer penas privativas de libertad para los padres frente a los incumplimientos de los preceptos de esta ley⁴³.

Para hacer efectiva la obligatoriedad de la educación primaria, dicha ley disponía la creación de escuelas fiscales, para proveer educación primaria a los niños, y educación complementaria a los adultos. Adicionalmente, imponía a las municipalidades la creación de escuelas primarias elementales. Y por último, establecía la obligación para todos los dueños de una propiedad agrícola de más de dos mil hectáreas, o empresas industriales que contaren con una población escolar mayor a veinte alumnos, de crear y mantener una escuela elemental⁴⁴.

Mediante, la Ley N° 17.398 de 1971, se reformó el N° 7, del artículo 10 de la Constitución Política del año 1925, sustituyéndose la expresión “educación primaria” por “educación básica”, con el propósito de poner de relieve que no era esencial para todas las personas continuar un proceso educativo en que lo primario era el primer escalafón, que debía conducir siempre a su coronación en lo superior o universitario⁴⁵.

Por su parte, en el texto original de la Carta Fundamental del año 1980, así como en la historia fidedigna de su establecimiento, quedó consignado que la educación básica es obligatoria, centrando la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, la discusión sobre la gratuidad de la misma, concluyendo que si se estableció la obligatoriedad de la educación básica gratuita, el Texto Constitucional no debía consignar tal obligación, sin consagrar, a su vez, el deber del Estado de asumir su cumplimiento, por ello es indispensable que correlativamente a la existencia de la obligación hayan también escuelas básicas gratuitas⁴⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, el texto original de la Carta Fundamental de 1980, no regulaba la educación media como un nivel educacional obligatorio,

⁴³ GONZÁLEZ (2012), pp. 85-124.

⁴⁴ La Ley N° 3.654 de 1920, en el párrafo 4º, “De las subvenciones”, establecía un régimen de financiamiento obligatorio destinado a cubrir los gastos de operación de las escuelas municipales elementales, de las escuelas creadas y sostenidas por dueños de fundos y por empresas industriales. Asimismo, dicha ley disponía que los demás establecimientos de educación primaria general o vocacional, independientemente de quienes fueren los sostenedores, tenían derecho a percibir una subvención anual de veinticinco pesos por alumno de asistencia media, siempre y cuando cumplan las siguientes condiciones: (i) que prestasen educación gratuita, (ii) que impartieran educación física, moral e intelectual del educando, (iii) que funcionaren en un local higiénico, (iv) que tuviesen una asistencia media de treinta y cinco alumnos en zonas urbanas y quince en zonas rurales, y (v) que funcionaren al menos durante cuatro horas diarias durante ciento ochenta días del año.

⁴⁵ SILVA (2008), pp. 207-208.

⁴⁶ Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (1975), Sesión N° 142, pp. 16-19.

por ende, no existía una obligación estatal de financiación pública integral sobre dicha educación, sino tan sólo un deber de fomento general⁴⁷. Para regularizar esta falencia, con fecha 22 de mayo de 2003, se dictó la Ley N° 19.876 que extendió la obligatoriedad, y por ende, el financiamiento estatal gratuito a la educación media con un límite de edad de 21 años.

Cabe señalar, que la obligatoriedad de la educación escolar, tiene su fundamento en el propio derecho a la educación reconocido constitucionalmente, que establece el derecho a educarse –libertad de aprendizaje– de todas las personas para alcanzar su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida. En otras palabras, todos tienen el deber de educarse, al menos, en los aspectos mínimos, y por lo tanto, todos tienen, también, el derecho a ser educados en ese mínimo, por cuanto, sin esa base educativa esencial, la participación en la vida nacional en igualdad de oportunidades, se vuelve impracticable.

De este modo, la obligatoriedad de la educación escolar implica una garantía para el pleno desarrollo de la personalidad del educando, y un beneficio para toda la comunidad. Por su parte, el Estado como gestor del bien común, tiene el deber específico de adoptar las medidas necesarias, en un marco de subsidiaridad para que este derecho-deber, pueda ser ejercido por sus titulares.

En efecto, el significado concreto de la obligatoriedad de la educación escolar se traduce en el imperativo que todas las personas, nacionales o extranjeras, tengan el derecho y el deber de estar escolarizados en algún establecimiento educacional, que imparta legalmente los niveles educativos obligatorios, independiente de su naturaleza jurídica, pública o privada. En otras palabras, se trata de un poder para exigir una prestación determinada, en cuanto al objeto –educación obligatoria– aunque inicialmente indeterminada en cuanto al sujeto obligado, siendo *prima facie*, los padres y apoderados los obligados, y en forma subsidiaria, los poderes públicos, el Gobierno y la Administración⁴⁸.

⁴⁷ El texto original de la Carta Fundamental de 1980, no regulaba la educación preescolar, fue mediante la Ley N° 19.634 de 2 de octubre de 1999, que se incorporó la obligación estatal, de carácter general, de promover la educación parvularia. Dicha obligación, fue complementada por la Ley N° 20.162 de 16 de febrero de 2007, que estableció el deber estatal de garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal del segundo nivel de transición de la educación preescolar, dejándose expresa constancia, que dichos niveles educativos no constituyen un requisito para el ingreso a la educación básica. Sin embargo, mediante la Ley N° 20.710, de 11 de diciembre de 2013, que establece la obligación del Estado de financiar un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, se impuso la obligatoriedad del segundo nivel transición configurando como un requisito para el ingreso a la educación básica.

⁴⁸ MARTÍNEZ (1979), p. 242.

A mayor abundamiento, el objetivo es que se imparta educación obligatoria, básica y media, con independencia de la naturaleza del centro educacional en que se materialice. Bajo este entendido, la titularidad del sujeto pasivo de la educación obligatoria se relaciona, por una parte, con aquellos particulares que ejercen la actividad educativa, mediante el ejercicio de una de las facultades de la libertad de enseñanza, esto es, mediante la creación, organización y mantención de centros educacionales.

Por otra parte, siendo la educación un elemento esencial para la obtención y mantención del bien común, la titularidad pasiva de la educación obligatoria no queda entregada íntegramente a la autonomía de la voluntad, sino que el Estado debe asegurar la creación y la existencia de centros docentes que permitan a cada persona la obtención de los niveles de escolaridad establecidos como obligatorios por la Carta Fundamental⁴⁹.

Lo anterior queda de manifiesto en el artículo 4º de la Ley General de Educación, que dispone que el sistema de educación en nuestro ordenamiento jurídico es de naturaleza mixta, incluyendo la existencia de establecimientos educacionales de propiedad y administrados por el Estado o sus órganos, y otros establecimientos de propiedad y administrados por particulares, sean subvencionados por el Estado o pagados⁵⁰.

En el caso de los establecimientos públicos, el Estado tiene el deber de recibir a los educandos que no puedan o no quieran educarse en el sistema particular de enseñanza. En otras palabras, existe un derecho fundamental de acceso a la educación, lo cual implica la incorporación de los titulares del derecho a la educación a las escuelas o establecimientos educativos, por ende, el Estado no podría establecer la obligatoriedad de la enseñanza en la educación formal, si no garantiza efectivamente las condiciones materiales mínimas y necesarias para el cumplimiento de tal obligación⁵¹.

⁴⁹ NOGUEIRA (2009), p. 313.

⁵⁰ Sobre la titularidad de la libertad de enseñanza por parte de los poderes públicos, la doctrina ha señalado que únicamente cuando el establecimiento educativo sea una persona jurídica dotada de autonomía, sea cual sea la fuente de esta, o bien cuando su dueño o sostenedor sea un órgano del Estado, corporación o institución autónoma, el establecimiento o quien lo administre, puede legítimamente invocar la libertad de enseñanza, pues ésta es una manifestación de su autonomía. Pero si el establecimiento está inserto en un servicio público centralizado, de aquellos que actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco. BERTELSEN (2004), p. 166. Vid., TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 423-2004, de 18 de octubre de 2004.

⁵¹ NOGUEIRA (2009), p. 313.

Por su parte, en el caso de los establecimientos privados, financiados íntegra o parcialmente por el Estado con fondos públicos, el legislador debe establecer las condiciones de acceso para que los educandos o los padres ejerzan adecuadamente el derecho a elegir un establecimiento educacional distinto de los centros estatales, imponiendo al Estado la obligación que exista la mayor extensión de establecimientos educacionales tanto públicos como privados. En efecto, la obligación del Estado es entregar la mayor gama o variedad de opciones de establecimientos educacionales a los padres para que éstos puedan escoger con plena libertad, el más acorde con sus concepciones intelectuales y espirituales que deseen para el desarrollo de sus hijos⁵².

Cabe señalar, que la financiación pública de los establecimientos privados, eventualmente puede implicar la imposición de determinadas exigencias para que el particular pueda optar a la ayuda estatal respectiva⁵³. Sin embargo, el otorgamiento de ayudas estatales no es una decisión discrecional del Estado, sino un deber, ya que el Estado tiene la obligación de asegurar la educación gratuita en los niveles básicos y medios⁵⁴. En efecto, ello no puede ser sinónimo que por la vía del financiamiento público, el ejercicio de una libertad constitucional sea limitado o restringido. En efecto, toda limitación o restricción debe ser adecuada y proporcionada, por lo tanto, no debe superar los límites impuestos por la ponderación y la razonabilidad⁵⁵.

Por último, como señala De Los Mozos, la gratuidad acompaña la obligatoriedad, por cuanto la enseñanza escolar no puede ser un deber efectivo, si no es gratuita, configurándose como un derecho de prestación. En este sentido, la obligatoriedad supone que el derecho a la gratuidad de la enseñanza escolar responde a una compensación económica pública, derivada del cumplimiento del deber de educarse⁵⁶.

III. DERECHO A ELEGIR UN ESTABLECIMIENTO EDUCACIONAL DISTINTO DE LOS CENTROS PÚBLICOS DE ENSEÑANZA

El derecho de elegir un establecimiento educacional guarda una estrecha relación, con la libertad de aprendizaje del educando y con el derecho-deber pre-

⁵² ROMERO Y ZÁRATE (2013), pp. 53-54.

⁵³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 771-2007, 19 de junio de 2007.

⁵⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 410-2004, 14 de junio de 2004.

⁵⁵ SOTO (2005), p. 276.

⁵⁶ DE LOS MOZOS (1995), p. 154.

ferente de los padres de educar a sus hijos, extendiéndose a las distintas etapas de la vida de los hijos, y se materializa cuando por circunstancias de edad, los hijos dejan de recibir la educación en el seno familiar, y deben necesariamente asistir a un establecimiento educacional, libremente elegido por los padres, para recibir la educación correspondiente⁵⁷.

En este sentido, el Estado debe asegurar unos contenidos comunes, de carácter mínimo en los distintos niveles de enseñanza, y bajo este entendido, los poderes públicos deben garantizar que cada persona pueda recibir la educación correspondiente a cada uno de esos niveles con sus posibles especializaciones, en el establecimiento que mayor confianza le merezca⁵⁸.

Cabe hacer presente, en este sentido, que en la libertad de enseñanza aquél que aprovecha sus beneficios no es quien ejercita dicha libertad, sino el educando que recibe la enseñanza. De este modo, el derecho a elegir un maestro o profesor reside en el padre de familia, pues es una emanación del conjunto de facultades y obligaciones que nuestra legislación denomina patria potestad. En efecto, no hay libertad de enseñanza si no se respeta el derecho del padre para escoger el maestro que ha de enseñar a sus hijos⁵⁹.

Se trata de una dimensión esencial del derecho a la educación, estrechamente relacionada con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en suma, con la libertad ideológica⁶⁰. En este sentido, los padres al escoger un determinado establecimiento educacional, matriculando a sus hijos en él, manifiestan su confianza en los principios y criterios pedagógicos que el centro escolar adopte, de conformidad con los planteamientos y orientaciones consignadas en su proyecto educativo o ideario de carácter propio⁶¹.

En el plano normativo, este derecho emana del artículo 19, N° 11, de la Carta Fundamental confiriéndoles a los padres el derecho para elegir el establecimiento educacional para sus hijos. A su vez, este derecho se encuentra regulado en el artículo 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reconoce a los padres el derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

⁵⁷ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Rol N° 2473-2005.

⁵⁸ MARTÍNEZ (1979), p. 246.

⁵⁹ ESTÉVEZ (1949), pp. 125-126.

⁶⁰ DE LOS MOZOS (1995), p. 158.

⁶¹ MARTÍNEZ (1999), pp. 15-25.

Asimismo, el artículo 13-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que los Estados Partes, se comprometen a respetar la libertad de los padres, y en su caso, de los tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas respeten las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza.

Por su parte, a nivel legislativo, el artículo 4º de la Ley General de Educación establece que el Estado debe asegurar a los padres y apoderados la libertad de elegir el establecimiento educativo para sus hijos. En este contexto, como hemos expuesto, el mismo precepto dispone, que el sistema educacional será de naturaleza mixta, incluyendo establecimientos de propiedad y administración del Estado o sus órganos, y otros establecimientos particulares, subvencionados o pagados, con la finalidad que el derecho de los padres a elegir el establecimiento educacional sea efectivo.

Este derecho busca evitar que se imponga al educando, o en su caso, a los padres, necesariamente, un determinado tipo de enseñanza, impartida por un establecimiento único. Por lo tanto, deben existir varios establecimientos educacionales inspirados en distintos proyectos educativos entre los cuales puedan los padres libremente optar⁶².

De este modo, se pretende evitar que la educación estatal constituya la única opción educativa en el sistema nacional de educación. En este sentido, los particulares pueden crear y desarrollar las propuestas educativas que permitan el desarrollo de la persona en las diversas etapas de su vida, respetando las normas legales y administrativas respectivas.

Bajo este entendido, los poderes públicos deben garantizar el derecho al tipo de educación que, los educandos o los padres, libremente elijan, promoviendo y garantizando las condiciones necesarias para que dicha elección pueda ser ejercida por todos, asegurando de este modo, la igualdad de oportunidades y de participación de todas las personas en la vida nacional⁶³.

Por lo tanto, para que el derecho de los educandos, o de los padres a elegir un establecimiento educacional de su agrado, pueda ser ejercido libremente, debe necesariamente, existir una oferta educativa distinta de aquella propuesta educacional impartida por los centros educacionales públicos, conjuntamente con una serie de garantías jurídico-constitucionales complementarias con la finalidad de

⁶² SILVA (2008), p. 254.

⁶³ ORTIZ (1980), pp. 90-94.

garantizar una oferta escolar plural. En consecuencia, la libertad de elección del educando o de los padres se refiere a la ausencia de un monopolio estatal en la enseñanza, lo que se traduce en la aceptación estatal de renunciar a imponer en los diferentes niveles educativos una doctrina oficial⁶⁴.

Un factor determinante para hacer realidad la oferta educativa, que les permita a los padres elegir, libremente, un centro educacional distinto de los establecimientos estatales, se vincula con la existencia de financiamiento público para los centros educacionales privados que impartan educación obligatoria en forma gratuita, con la finalidad que dichos establecimientos se mantengan y puedan competir con los centros estatales financiados íntegramente por el Estado.

En este sentido, no pueden existir propuestas educativas pluralistas, si el Estado no dispone las condiciones de financiamiento que permitan la creación de centros docentes distintos de los centros públicos, o de aquellos que se financian íntegramente con aportes de los padres y apoderados⁶⁵.

Al respecto, señala Martínez López-Muñiz, que el derecho a la educación con su contenido constitutivo primario e impostergable de libertad, tiene a la vez, otra dimensión esencial, que le dota de una especial naturaleza prestacional o social, que se traduce en el derecho a acceder a una escolarización efectiva y a recibir las prestaciones educativas correspondientes. Por lo tanto, las propuestas educativas habrán de adecuarse a lo deseado o preferido por el educando, o en su favor, por parte de quienes respondan jurídicamente de él⁶⁶.

El mismo autor señala, que en el ámbito de la educación básica, el derecho fundamental a la educación en libertad, es a la vez, un deber público y por ello mismo se declara simultáneamente de satisfacción gratuita, es decir, la Constitución otorga el derecho a la plena financiación pública de lo que impone como deber general para cuantos se encuentren en la edad correspondiente⁶⁷.

En este sentido, se señala que no es el Estado, quien debe educar a los ciudadanos, sino que con –criterios de justicia distributiva– debe ayudar a financiar la enseñanza de todos ellos, bajo condiciones de gratuidad. Y el Estado, puede cumplir dicha obligación, tanto a través de establecimientos educativos no estatales, como estableciendo escuelas que junto con aquéllas aseguren la escolarización total de

⁶⁴ RODRÍGUEZ (1998), p. 93.

⁶⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 1361-2009, 13 de mayo de 2009.

⁶⁶ MARTÍNEZ (2008), p. 35.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 39.

los educandos. Para ello, se precisa que en los casos de gratuidad obligatoria esa enseñanza la financie el Estado⁶⁸.

Por ende, una vez sentado el principio de pluralismo de los centros educativos, y de la función del Estado de potenciarlos y fomentarlos, es precisa la necesidad de ayuda económica y subvenciones públicas a la enseñanza privada. En efecto, los poderes públicos no pueden limitarse sólo a la creación de centros oficiales o públicos de enseñanza, sino que han de potenciar, financiar y fomentar las propuestas educativas que nazcan o que respondan a demandas sociales incuestionables⁶⁹.

Ratifica lo antes expuesto, la normativa específica de educación, que en primer lugar, reconoce la existencia de un sistema educacional de carácter mixto que permite a los padres o apoderados elegir el establecimiento educacional –público o privado– para la formación de sus hijos. En segundo lugar, el artículo 1º de la Ley de Subvenciones, contenida en el D.F.L. Nº 2 de 1998, del Ministerio de Educación, regula específicamente la financiación pública de raigambre constitucional, mediante la utilización de la subvención, para la educación gratuita, sin distinguir entre establecimientos públicos o privados que la ofrezcan.

Por último, el financiamiento público de la educación escolar, de conformidad con el artículo 4º de la Ley de Subvenciones, se extiende también a los establecimientos educacionales públicos administrados directamente por las municipalidades a través de los Departamentos de Administración de Educacional Municipal (“DAEM”) o indirectamente por las corporaciones municipales, que la ley les permite crear. De este modo, los establecimientos públicos, una vez cumplidos los requisitos legales, pueden optar a percibir el beneficio de la subvención, de la misma forma que los establecimientos educacionales creados a instancia de los particulares.

IV. FOMENTO DE LA EDUCACIÓN EN LOS NIVELES NO OBLIGATORIOS DE ENSEÑANZA

La Carta Fundamental es clara al establecer cuales son los niveles de educación obligatorios. Sin embargo, esa claridad desaparece cuando se trata de determinar cuales son los niveles de enseñanza no obligatorios, respecto de los cuales, el Estado no está obligado a financiar su gratuidad, sino sólo a fomentar la educación en esos niveles.

⁶⁸ ORTIZ (1980), p. 117.

⁶⁹ FERNÁNDEZ (2005), p. 36.

Podemos señalar que los niveles educacionales no obligatorios, de conformidad con la legislación vigente, están constituidos, por un lado, por la educación preescolar del primer nivel de transición, respecto de la cual existe una obligación de fomento específico⁷⁰, y por otro lado, por la educación superior, que de conformidad con el artículo 21 de la Ley General de Educación, tiene por objeto la preparación y formación de los estudiantes en un nivel avanzado en las ciencias, las artes, las humanidades y las tecnologías, en el campo profesional y técnico.

En estos niveles educacionales, la función de fomento y la obligación de financiamiento estatal se escinden por el hecho de tratarse de niveles educativos no obligatorios. En efecto, el Estado debe fomentar, incentivar o azuzar la prestación efectiva de estos niveles de educación, y garantizar el adecuado acceso de todos los miembros de la sociedad a ello, sin necesidad de que los financie en forma íntegra. Lo anterior, se traduce en la obligación de establecer determinadas condiciones que permitan que la educación preescolar del primer nivel de transición sea efectivamente accesible a todos los educandos que se encuentren en la edad requerida, garantizando su formación y la mejor preparación para un adecuado desempeño en la educación preescolar del segundo nivel de transición.

Por su parte, la educación superior, puede ser impartida por las Universidades, Públicas o Privadas, Institutos Profesionales, Centros de Formación Técnica, pudiendo conferir cada una de estas instituciones distintos títulos profesionales o académicos, según corresponda, que acreditan la adquisición de determinadas habilidades y conocimientos que autorizan para el ejercicio de una actividad profesional o técnica.

Al respecto, Martínez López-Muñoz, señala que el Estado debe permitir el acceso progresivo a quienes reúnan las debidas condiciones de capacidad, empleando para ello los recursos públicos disponibles con el objeto de remediar las carencias económicas que signifique una disparidad práctica en las posibilidades de acceso y permanencia en esos niveles. En efecto, en la educación superior, al no ser un nivel educacional obligatorio, sólo quienes tengan aptitudes e idoneidad generales y dispongan de los medios económicos en forma absoluta o parcial, pueden acceder a este tipo de educación⁷¹.

⁷⁰ Cabe señalar, que mediante la Ley N° 20.710, de 11 de diciembre de 2013, que establece la obligación del Estado de financiar un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, se impuso la obligatoriedad del segundo nivel de transición configurándolo como un requisito para el ingreso a la educación básica.

⁷¹ MARTÍNEZ (1979), p. 266.

Por último, hay que tener presente respecto de la educación superior, que por el hecho de no ser un nivel de financiamiento obligatorio para el Estado, las medidas de fomento que pretendan implementarse quedarán entregadas a la disposición presupuestaria de la Nación, sin embargo, se debe progresar hacia una mayor cobertura de este nivel educacional. De este modo, no debe existir una discriminación entre centros públicos o privados que presten educación superior, ya que siempre se debe promover y atender a las condiciones particulares del destinatario de la medida de fomento, y no a quien preste ese tipo de educación.

CONCLUSIONES

De lo expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El ejercicio de la actividad educativa con independencia de la estructura organizativa que se adopte, así como la forma de financiamiento estatal que se provea, tiene por finalidad beneficiar el proceso educativo del educando, sea que éste ejerza sus derechos en forma directa, sea que lo haga a través de sus padres o apoderados ante determinadas situaciones de incapacidad.

2. Los padres tienen el derecho y deber preferente de educar a sus hijos, lo cual se manifiesta en la educación doméstica, y en el derecho de elegir el establecimiento educacional que estimen conveniente, a la luz de un régimen mixto de educación que considera establecimientos estatales y establecimientos particulares, con o sin financiamiento estatal.

3. El Constituyente impuso al Estado la obligación de diseñar un régimen de financiamiento de la educación obligatoria, que permita a toda la población acceder a los niveles obligatorios en condiciones de gratuidad, entregando al legislador la elección del mecanismo jurídico-financiero para cumplir dicho imperativo constitucional, optando el legislador por un régimen jurídico de subvenciones.

4. El régimen jurídico de financiamiento a la educación escolar creado por el legislador, encuentra su fundamento último en la obligatoriedad constitucional de dicho nivel educativo, por cuanto el Estado debe financiar la educación considerada o definida como obligatoria o imprescindible, con independencia de quien la suministre o provea, subvencionando tanto a los establecimientos públicos como privados. En efecto, no se pueden establecer determinados niveles educacionales como obligatorios, si no existen adecuadas condiciones financieras de acceso a dichos niveles.

5. El derecho a la educación en su dimensión de libertad, como una manifestación de la libertad de pensamiento, supone el derecho de los padres de poder elegir un establecimiento educativo distinto de los centros educacionales

públicos. De este modo, el Estado tiene tanto el deber de permitir la existencia de establecimientos particulares como el deber de ir en su auxilio, mediante las ayudas públicas que permitan la provisión de alternativas educativas pluralistas.

6. Para que el derecho de los educandos, o de los padres, a elegir un establecimiento educacional de su agrado, pueda ser ejercido libremente, debe necesariamente existir una oferta educativa distinta de aquellas propuestas educacionales impartidas por los centros educacionales públicos. En consecuencia, la libertad de elección del educando o de los padres se refiere a la ausencia de un monopolio estatal en la enseñanza, lo que se traduce en la aceptación estatal de renunciar a imponer en los diferentes niveles educativos una doctrina oficial.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ATRIA, Fernando (2007): *Mercado y ciudadanía en la educación* (Santiago, Editorial Flandes Indiano).
- BERNASCHINA GONZÁLEZ, Mario (1958): *Manual de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición.).
- BERTELSEN REPETTO, Raúl (2004): “Libertad de enseñanza: dos sentencias del Tribunal Constitucional”, en *Sentencias Destacadas*, pp. 157-195.
- CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional chileno. Derechos, deberes y garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición.) tomo II.
- COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1981): “Proposiciones e ideas precisas”, en *Revista Chilena de Derecho* (1-6), pp. 144-316.
- DE LA RIVA, Ignacio (2004): *Ayudas públicas. Incidencias de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado* (Buenos Aires, Hammurabi).
- DE LOS MOZOS, Isabel (1995): *Educación en libertad y concierto escolar* (Madrid, Montecorvo).
- _____ (2006): “La posición jurídica de los protagonistas de la actividad educativa ante la escolarización en la enseñanza obligatoria”, en Sancho Gargallo, Miguel Ángel (Coord.), *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas* (Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación) pp. 175-194.
- DÍAZ GONZÁLEZ, Tania (1973): *El derecho a la educación* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- DÍEZ URZÚA, Sergio (1999): *Personas y valores. Su protección constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- ELTON María (1982): *El derecho de los padres a la educación de sus hijos* (Pamplona, Eunsa).
- EMBED IRUJO, Antonio (1983): *Las libertades en la enseñanza* (Madrid, Tecnos).
- _____ (1997): “La enseñanza privada en España: consideraciones sobre su problemática actual en el marco de la política europea sobre educación”, en *Revista de Administración Pública* (142), pp. 75-102.
- ESTÉVEZ GAZMURI, Carlos (1949): *Elementos de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986): *Los derechos constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.
- EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio (2006): *La Constitución explicada* (Santiago, Lexis Nexis).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2005): *La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional* (Santiago, Universidad de los Andes).
- JORDÁN, Tomás (2009): “Elementos configuradores de la tutela jurisprudencial de los derechos educacionales en Chile”, en *Estudios Constitucionales* (7) 1, pp. 177-207.
- _____ (2012): “Derechos educacionales”, en AGUILAR, Gonzalo (Coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno* (Santiago, Librotecnia) pp. 449-576.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (1991): *Las empresas públicas de promoción económica regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas* (Madrid, Montecorvo).
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José (2003): *El Derecho a la educación y la libertad de enseñanza* (Madrid, Dykinson).
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): “La educación en la Constitución Española, (derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza”, en *Persona y Derecho* (6), pp. 215-295.
- _____ (1999): “Requisitos y efectos jurídicos del carácter propio de los centros educativos”, en *Ius Canonicum* (34), pp. 15-25.
- _____ (2008): “La educación escolar, servicio esencial: implicancias jurídico-públicas”, en REQUERO IBÁÑEZ, José Luis y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (Dir.), *Los derechos fundamentales en la educación*, (Madrid, Consejo General del Poder Judicial), vol. XI.
- _____ (2011): “El Derecho a la educación en los Estados Unidos de América”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (93), pp. 65-106.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008): “El Derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el Derecho Constitucional chileno e internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Ius et Praxis* (14, N° 2), pp. 209-269.

- _____ (2009): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Los derechos sociales fundamentales* (Santiago, Librotecnia), tomo III.
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (1986): “El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución de 1980 desde una perspectiva filosófico-jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho*, (vol. XIII, N° 3), pp. 463-498.
- ORTIZ DÍAZ, José (1980): *La libertad de enseñanza* (Málaga, Universidad de Málaga).
- POLO SABAU, José Ramón (1999): *La libertad de enseñanza en el Derecho Norteamericano* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid).
- RODRÍGUEZ COARASA, Cristina (1998): *La libertad de enseñanza en España* (Madrid, Tecnos).
- ROMERO LABRA, Alfredo y ZÁRATE CARRAZANA, Miguel (2013): *Introducción al derecho educacional chileno* (Santiago, LegalPublishing).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2008): *Tratado de Derecho Constitucional. De los derechos y deberes constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición.), tomo XII.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1997): *Derecho constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición.), tomo I.
- SOTO VELASCO, SEBASTIÁN, “Requerimiento en proyecto de ley sobre jornada escolar completa”, en *Ius Publicum*, 15 (2005), pp. 259-281.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2007): “Derecho a la educación y libertad de enseñanza: un aparente conflicto y sus efectos sobre una proposición normativa en Chile”, en *Temas de Agenda Pública*, (Año 2, N° 8), pp. 1-22.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), tomo II.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 339-2001, 18 de octubre de 2001
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 410-2004, de 14 de junio de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 423, de 18 de octubre de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 740-2007, de 18 de abril de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 771-2007, 19 de junio de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1361-2009, de 13 de mayo de 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1363-2009, de 28 de julio de 2009.
Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 2473-2005.

Normas jurídicas citadas

Constitución Política de la República de 1980.

Constitución Política del Estado de 1925.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ley N° 20.370, Ley General de Educación, de 12 de septiembre de 2009,

Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, 10 de marzo de 1990.

D.F.L. N° 2 del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del D.F.L. N° 1 de 2005, de 2 de julio de 2010.

Ley N° 20.529, que crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización, de 27 de agosto de 2011.

Ley N° 20.501, sobre calidad y equidad en la educación, de 26 de febrero de 2011.

Ley N° 3.654, que estableció la instrucción primaria obligatoria, de 26 de agosto de 1920.

Ley N° 17.398, que modifica la Constitución Política del Estado, de 9 de enero de 1971.

Ley N° 19.876, sobre reforma constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación media, de 22 de mayo de 2003.

Ley N° 19.634 sobre reforma de la Constitución Política de la República, estableciendo el reconocimiento de la educación parvularia, de 2 de octubre de 1999.

Ley N° 20.162, sobre reforma constitucional que establece la obligatoriedad de la educación parvularia en su segundo nivel de transición, de 16 de febrero de 2007.

Ley N° 20.710, sobre reforma constitucional que establece la obligatoriedad del segundo nivel de transición y crea un sistema de financiamiento gratuito desde el nivel medio menor, de 11 de diciembre de 2013.

D.F.L. N° 5.291 del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido de la Ley N° 3.654, de 22 del noviembre de 1929.

D.F.L. N° 6.265 que modifica el D.F.L. N° 5.291, del 31 de diciembre de 1929.