

## LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA: ¿UN CASO DE CAPTURA REGULATORIA?\*

ERNESTO VARGAS WEIL\*\*  
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE  
vargasweil@gmail.com

RESUMEN: La Constitución garantiza a todas las personas la Libertad de Enseñanza y el Derecho a la Educación. De acuerdo a la interpretación tradicional, la Libertad de Enseñanza incluye el derecho de los establecimientos educacionales para seleccionar los alumnos que postulan a él y el Derecho a la Educación impone al Estado el deber de mantener establecimientos no selectivos. En consecuencia, la regulación legal en la materia establece un sistema altamente diferenciado que autoriza a cada tipo de escuela para implementar formas de selección de diversa intensidad. El resultado de lo anterior es un sistema de selección escolar que genera una segregación que favorece marcadamente a alumnos de ciertas características, con un potencial desmedido del resultado agregado del sistema educativo (posible captura). El actual entendimiento de la Libertad de Enseñanza autoriza solamente modificaciones de alcance limitado al sistema vigente. Reformas más agresivas probablemente requieren un cambio en la forma en que se consagra o interpreta esta garantía, lo que implicaría un nuevo “pacto político” en la materia.

Palabras clave: *selección escolar, admisión escolar, libertad de enseñanza, captura regulatoria.*

---

\* El origen de esta investigación se encuentra en los trabajos preparados por el autor como alumno de los cursos de Políticas Educativas y Economía de la Educación en el Magister en Políticas Públicas del Departamento de Economía de la Universidad de Chile. El autor agradece los comentarios de Gabriel Arancibia Fischer. Trabajo recibido el 29 de junio y aceptado el 17 de agosto de 2012.

\*\* Abogado y Magister en Políticas Públicas por la Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Privado de la misma universidad.

## THE STATUTORY CONFIGURATION OF FREEDOM OF EDUCATION: A REGULATORY CAPTURE CASE?

**ABSTRACT:** The Chilean Constitution guarantees every person the Freedom of Education and the Right to Education. According to the traditional interpretation, the Freedom of Education includes the right of schools to select its students and the Right to Education imposes the Government the duty to maintain non-selective schools. As consequence thereof, the statutory regulation on this matter is highly differenced and entitles every kind of school to implement selection proceedings of different intensities. The result is a student selection system that clearly favors students of some characteristics, potentially jeopardizing aggregate outputs of the school system (possible capture). The current interpretation of Freedom of Education allows only limited changes on the student selection system. More aggressive reforms require an amendment of this guarantee or a new interpretation, which would imply a new “political pact”.

**Keywords:** *student selection, school admission, freedom of education, regulatory capture.*

### 1. INTRODUCCIÓN

#### 1.1 CONTEXTO

A partir de la década de 1980 se llevó adelante en Chile una reforma que buscaba mejorar el sistema de educación escolar a través de mecanismos que favorecieran la competencia por calidad entre las escuelas mediante la creación de un subsidio estatal de carácter individual, general y parejo, aplicable tanto a colegios públicos como privados (i.e., se impulsó una reforma educacional orientada al mercado). Este sistema básico fue reformado el año 1993 para autorizar a los colegios a cobrar un co-pago a los padres y el año 2008 por la creación de una subvención escolar preferencial destinada a alumnos de menor condición socioeconómica hasta completar la educación general media.

El diseño concreto de esta reforma ha asumido como dado un entendimiento de la garantía constitucional de Libertad de Enseñanza que implica que, al menos, los colegios particulares subvencionados y particulares pagados tienen (algún) derecho a seleccionar los alumnos que puedan ingresar a su establecimiento y que la garantía constitucional del Derecho a la Educación obliga a que el Estado provea educación para todos aquellos que no quieran o no sean aceptados en ningún otro colegio.

Por su parte, la configuración a nivel legal del sistema escolar (básicamente, la Ley General de Educación, “LGE” y la Ley de Subvención Escolar Preferencial “LSEP”) precisa, con cierto nivel de detalle, en qué circunstancias y bajo qué criterios los colegios (incluida la enseñanza municipal) pueden elegir los postulantes que ingresen a ellos. Esta regulación establece un sistema altamente diferenciado que cuenta con variados criterios de selección para diferentes instituciones.

## 1.2. HIPÓTESIS

El modelo de competencia perfecta en que se fundamenta la reforma señalada anteriormente se basa, esencialmente, en la libertad de los padres para elegir el colegio para sus hijos. El modelo asume que la libertad de elección paterna permitirá que: (i) los colegios compitan por calidad para captar la subvención escolar y (ii) las preferencias de los padres se vinculen en forma más eficientemente con los proyectos educativos de los colegios (*matching*).<sup>1</sup>

En este trabajo se plantea que el entendimiento de la Libertad de Enseñanza como un derecho de los colegios para seleccionar alumnos (i.e., para limitar la elección de los padres) parece contradictorio con una reforma educativa que busque aumentar la calidad del sistema escolar por medio de la competencia entre escuelas y un mejor *matching* entre preferencias paternas y proyectos escolares y que ello se traduce en una regulación legal de la selección escolar extremadamente casuística y diferenciada. Esta situación lleva a preguntarse si esta inconsistencia y su consecuente implementación legal pudiera ser el resultado de una captura regulatoria por ciertos agentes del mercado educativo que resultan favorecidos por un sistema escolar selectivo.

Para evaluar esta hipótesis, (i) se identifica cuál es el rol que le cabe a la Constitución en materia de políticas educacionales, (ii) se presenta en forma sistemática el soporte normativo de la selección escolar (tanto constitucional como legal) y su interpretación por la doctrina y jurisprudencia nacional, (iii) se hace un análisis de los principales efectos de esta regulación (y su interpretación dominante), tanto desde una perspectiva teórica como empírica; para (iv) intentar determinar si el sistema favorece a algún o varios grupos determinados a costa de la eficiencia social.

<sup>1</sup> Así se desprende de estudios como CHUBB, John y MOE, Terry. Politics. “Markets and the Organization of Schools”, en: *The American Political Science Review*, vol. 82, N°4, 1988; o LEVIN, Henry y BELFIELD, Clive. “The Marketplace in Education”, en: *Occasional Paper* N° 86. National Center for the Study of Privatization in Education. Teachers College, Columbia University, 2003.

## 2. DESARROLLO

### 2.1. CONSTITUCIÓN Y POLÍTICAS EDUCACIONALES

#### 2.1.1. *Constitución y Políticas Públicas*

En una democracia constitucional (como es Chile), la Constitución es un conjunto de decisiones fundamentales sobre la organización política de una comunidad, particularmente de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

Por lo tanto, en la medida que las políticas públicas corresponden paradigmáticamente a una forma de acción estatal respecto de los ciudadanos, éstas están esencialmente sujetas a lo que disponga a su respecto la Constitución Política de la República.

Desde un punto de vista sistemático, la Constitución tiene tres formas típicas de interactuar con las políticas públicas:

- (i) En un primer supuesto, la Constitución (en particular, los Derechos Fundamentales) constituye un *límite* para las políticas públicas: el Estado no puede pasar a llevar ciertas esferas de autonomía de los ciudadanos en la consecución de un objetivo colectivo. Es decir, desde esta perspectiva la Constitución actúa esencialmente como un conjunto de garantías individuales contra la acción de la mayoría organizada.
- (ii) En un segundo caso, la Constitución (típicamente, las normas de competencia, como las que reservan algunas materias a la ley) establece en términos imperativos cómo debe actuar el Estado para llevar adelante una política pública cualquiera. En otras palabras, regula la *forma* en que se ejerce el poder estatal.
- (iii) Finalmente y en tercer lugar, la Constitución puede establecer determinados *deberes positivos* de actuación para el Estado, los que se traducen en la obligación de promover determinados fines (generalmente, los mismos Derechos Fundamentales), dando lugar a una base constitucional para llevar adelante políticas públicas en determinados ámbitos.

#### 2.1.2. *Función de la Constitución en las Políticas Educativas*

Las políticas públicas en materia educacional enfrentan esencialmente el derecho de los padres para educar a sus hijos conforme a sus propios intereses y posibilidades, con la pretensión del Estado de educar ciudadanos funcionales al mantenimiento de una sociedad estable.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> LEVIN, Henry y BELFIELD, Clive, op. cit. (n. 1), pp. 16 y siguientes.

Por lo tanto, el conjunto de decisiones políticas sobre la relación entre los ciudadanos y el Estado contenido en la Constitución resulta determinante para resolver esta tensión, condicionando fuertemente las políticas públicas que el Estado pueda o deba llevar adelante en materia educacional y la forma de hacerlo.

Por lo demás, así ha ocurrido muchas veces cuando se han suscitado conflictos respecto de políticas educacionales, tanto en Chile como en el extranjero. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió en 1954 que la mantención de colegios iguales pero racialmente segregados (doctrina *separate but equals*) era contraria a la Constitución Federal<sup>3</sup> o que la subvención pública a colegios católicos a través de *vouchers* sí era constitucional;<sup>4</sup> mientras que en Chile, los Tribunales Superiores de Justicia han fallado que un establecimiento educacional puede negar justificadamente el acceso de un alumno o que no puede expulsar a una alumna en razón de estar embarazada.<sup>5</sup>

## 2.2. SOPORTE NORMATIVO PARA LA SELECCIÓN ESCOLAR

### 2.2.1. La selección escolar en la Constitución

La Constitución chilena trata los Derechos Fundamentales vinculados directamente con la educación en los numerales 10<sup>6</sup> y 11<sup>7</sup> de su artículo 19. El primero de estos derechos es generalmente denominado por la doctrina como “Derecho a la Educación” y el segundo como “Libertad de Enseñanza”, ambos en conjunto, los “Derechos Educativos”.

<sup>3</sup> U.S. SUPREME COURT. “Brown v. Board of Education”. En: GERALD, Gunther. *Constitutional Law*. Foundation Press. 1991, pp. 648 y siguientes.

<sup>4</sup> LEVIN, Henry y BELFIELD, Clive, *op. cit.* (n. 1), p. 7.

<sup>5</sup> JORDÁN, Tomás. “Elementos Configuradores de la Tutela Jurisprudencial de los Derechos Educativos en Chile”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 1, 2009, pp. 201 y 202; NOGUEIRA, Humberto. “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*, Año 14, N° 2, 2008, pp. 224, 225, 241 y 243.

<sup>6</sup> La Constitución asegura a todas las personas: (...)

10°.- El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición, sin que éste constituya requisito para el ingreso a la educación básica.

La 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. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación;

<sup>7</sup> La Constitución asegura a todas las personas: (...)

11°.- La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

Conforme a Jordan<sup>8</sup> la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores ha entendido que la Libertad de Enseñanza implica que (i) los colegios tienen derecho a autodeterminación y que (ii) este derecho impone un límite a la libertad de los padres para elegir el establecimiento al que asistirán sus hijos. Según explica Atria<sup>9</sup>, este entendimiento implica que la Libertad de Enseñanza no sólo permite a los sostenedores definir su proyecto educativo, sino que también invocarlo como razón para determinar la selección o permanencia de sus estudiantes.

Adicionalmente y según se desprende de la doctrina jurídica hasta ahora dominante en Chile (por ejemplo, Evans<sup>10</sup>; Nogueira<sup>11</sup>), el sistema de los Derechos Educativos tendría una solución subsidiaria resultante del Derecho a la Educación para los alumnos que no sean aceptados en ningún colegio: en la medida que este derecho impone al Estado el deber de garantizar el acceso universal y gratuito a la educación básica y media (esto es, proveer educación cuando los privados, no quieran o no puedan satisfacer el derecho a la educación<sup>12</sup>), en última instancia, deben existir establecimientos públicos no selectivos para aquellos que no sean aceptados en ningún otro colegio.

Esta interpretación de las normas constitucionales ha sido disputada por Atria<sup>13</sup> quien señala que el Derecho a la Educación tiene su núcleo de significado en el derecho preferente de los padres para educar a sus hijos y en que es deber del Estado proteger este ejercicio. Argumenta que, en consecuencia, los padres no tendrían una “mera libertad” para elegir el establecimiento, condicionada a la aceptación del colegio. Por el contrario, tendrían una “libertad protegida”, la que se traduciría en que los padres son titulares de una *potestad* que los habilita para, mediante su sola declaración de voluntad, imponer a otro (al establecimiento educacional) el deber dar educación a sus hijos (i.e., prohíbe la selección escolar). Más aún, ésta tesis plantea que el Estado tiene el deber de crear y mantener un sistema legal aplicable a todos los establecimientos

---

La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia política partidista alguna. Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.

Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel.

<sup>8</sup> JORDÁN, Tomás, *op. cit.* (n.7), pp. 196 y siguiente; especialmente 197 y 201.

<sup>9</sup> ATRIA, Fernando. ¿Qué educación es “pública”? En: BELLEI, Cristián; CONTRERAS, Daniel y VALENZUELA, Juan Pablo (Editores). *Ecos de la Revolución Pingüina*. Santiago, Chile: Universidad de Chile/UNICEF, 2010, pp. 153, 166.

<sup>10</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, -3ª edición actualizada- Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 336

<sup>11</sup> NOGUEIRA, Humberto, *op. cit.* (n.7), en general; especialmente, p.267.

<sup>12</sup> Así se explica en ROSAS, Marco. Algunas Consideraciones de la Doctrina Constitucional Chilena en torno al Derecho a la Educación y Libertad de Enseñanza. En: CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo. *Reformas al Sistema Educativo Chileno*. Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, p. 60.

<sup>13</sup> ATRIA, Fernando. *Mercado y Ciudadanía en la Educación*. Santiago, Chile: Flandes Indiano, 2007, pp. 41-61.

educacionales que permita hacer efectiva esta potestad de los padres, al punto que no se pueda negar la prestación de los servicios educativos, ni aún en razón de no poder los padres cumplir con una contraprestación pecuniaria en favor del colegio.

### 2.2.2. Regulación legal de la selección escolar

La LGE regula directamente la selección escolar para establecimientos que imparten educación hasta sexto año de enseñanza básica y que reciben aportes estatales. De esta forma, en primer lugar, la ley distingue implícitamente entre: (i) colegios que reciben subvención escolar (municipales y particulares subvencionados) y los que no la reciben (particulares pagados) y (ii) colegios con oferta educativa hasta sexto año de enseñanza y posterior a sexto año escolar.<sup>14</sup>

Por otro lado, mediante la denominada “Ley de Financiamiento Compartido”, se incluyó una limitación adicional a la elección de los padres al otorgar a los establecimientos educacionales que reciben subvención estatal el derecho a cobrar un “co-pago” a la misma. Adicionalmente, debe considerarse que los colegios privados que no reciben subvención, son completamente libres para fijar sus aranceles. Por lo tanto, puede entenderse, en segundo lugar, que la capacidad económica para asumir el pago de la mensualidad corresponde a un caso de selección permitido.

Para los establecimientos acogidos al sistema de la LSEP, la selección de alumnos preferenciales queda regulada mediante la prohibición a los sostenedores para (i) exigir el pago de un financiamiento compartido y (ii) seleccionar alumnos entre el primer nivel de transición y sexto básico, en atención al rendimiento escolar pasado o potencial del postulante o solicitar la presentación de antecedentes socioeconómicos. Sin embargo, para que un colegio quede acogido al sistema de la LSEP, es necesario que el sostenedor firme previamente con el Ministerio de Educación un Convenio de Igualdad de Oportunidades y Excelencia Educativa, lo que es enteramente voluntario para el mismo<sup>15</sup>.

Finalmente, resulta de especial interés entender la regulación de la selección escolar a la luz de lo dispuesto por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (“LPC”), la que expresamente impone a todos los oferentes profesionales de bienes y servicios destinados a consumidores finales la prohibición de negar injustificadamente sus servicios, pero se preocupa de excluir de dicha prohibición a los contratos de educación de enseñanza básica y media.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Artículos 12 y 13 de la LGE.

<sup>15</sup> Artículo 7 de la LSEP

<sup>16</sup> En efecto, el artículo 2 de la señalada ley dispone que “Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: (...) d) Los contratos de educación de la enseñanza básica, media, técnico profesional y universitaria, sólo respecto del Párrafo 4º del Título II; de los Párrafos 1º y 2º del Título III; de los artículos 18, 24, 26, 27 y 39 C, y respecto de la facultad del o de los usuarios para recurrir ante los tribunales correspondientes, conforme a los procedimientos que esta ley establece, para hacer efectivos los derechos que dichos Párrafos y artículos les confieren”, en circunstancias que la prohibición de negativa de venta está consagrada en el artículo 13, ubicado en el párrafo 3º del título II.

Esta regulación da cuenta de que el legislador parece, primero, entender que los privados proveen educación en un mercado en términos análogos a los de cualquier bien (los somete a la LPC), para, acto seguido, sustraerlos de uno de los aspectos esenciales de esa regulación: la prohibición de negativa injustificada para prestar el servicio. En otras palabras, la LPC, establece para el caso de los sostenedores privados (subvencionados o no) una regulación excepcional que parece contradictoria con su propia lógica.

En consecuencia, la regulación resultante es la siguiente:

- (i) Para los establecimientos que reciben solamente subvención escolar simple y cuya oferta educativa llega hasta sexto año básico, no es lícito seleccionar postulantes en base a rendimiento escolar pasado o potencial del postulante ni a antecedentes socioeconómicos. La selección debe ser objetiva y transparente y ajustarse a lo dispuesto por la Constitución y los Tratados Internacionales.

En términos prácticos y según señala Contreras<sup>17</sup>, la ley “deja abierto” todo lo no descrito anteriormente y “oficializa”, entre otros, criterios de selección que antes operaban en forma encubierta, como la adherencia al proyecto educativo del establecimiento por parte del grupo familiar del postulante. Esto es especialmente válido si se considera que, según Jordan<sup>18</sup>, la lógica jurisprudencial en materia de selección escolar es que “accionar de conformidad al reglamento” es equivalente a no vulnerar el derecho a no ser discriminado y viceversa.

Sin embargo, en la medida que estos colegios pueden seleccionar indirectamente a los postulantes por el efecto de establecer un sistema de co-pago, la pretensión de prohibir la selección en base a criterios socioeconómicos queda en entredicho.

Con todo, en el extremo, la garantía constitucional del Derecho a la Educación impone que siempre deban existir establecimientos públicos no selectivos para aquellos que no son admitidos en otros colegios.

- (ii) Los establecimientos acogidos a la LSEP quedan sujetos a una regulación para la selección igual a la descrita precedentemente salvo por el hecho que la admisión de alumnos preferenciales no permite seleccionar indirectamente a los postulantes por condición socioeconómica mediante el cobro de un co-pago. En todo caso, como la afiliación a la LSEP es voluntaria, en la medida que un colegio no se acoja a ella, no quedará sujeto a esta restricción, pero tampoco podrá captar los recursos de la misma.

<sup>17</sup> CONTRERAS, Daniel. Derecho a la educación, inclusión y selección escolar. *En*: BELLEI, Cristián; CONTRERAS, Daniel y VALENZUELA, Juan Pablo (Editores). *Ecos de la Revolución Pingüina*. Santiago, Chile: Universidad de Chile/UNICEF, 2010, p.320

<sup>18</sup> JORDÁN, Tomás, *op. cit.* (n.7), p. 202.

- (iii) Para los establecimientos con financiamiento público cuya oferta educativa corresponde al séptimo año y siguientes, la selección no cuenta con regulación legal específica. Por lo que debe estimarse que no está sujeta más que al cumplimiento del propio reglamento y a los topes que derivan de los límites legales al co-pago.
- (iv) Finalmente, los establecimientos con financiamiento enteramente privado, tampoco cuentan con regulación legal directa para la selección y adicionalmente son libres para establecer el sistema de selección indirecto de su preferencia ya que no cuentan con límites para fijar sus mensualidades.

### 2.3. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA SELECCIÓN ESCOLAR

#### 2.3.1. Aspectos generales:

Sucesivos estudios de Epple y Romano<sup>19</sup> proponen un modelo teórico basado en los siguientes supuestos: (i) la habilidad de los alumnos es plenamente observable por los colegios al momento de la selección de postulantes, (ii) los resultados educacionales de los alumnos dependen del gasto por alumno y de las habilidades de sus compañeros, (iii) los colegios públicos no pueden seleccionar alumnos, son gratuitos y menos eficientes que los privados, (iii) los colegios privados son maximizadores de utilidad y pueden seleccionar alumnos, cobrar a los padres y establecer rebajas, (iv) los colegios privados son competitivos. Entre otras conclusiones, el modelo señala que un sistema escolar de estas características produce una segmentación de los colegios por habilidad de los estudiantes e ingreso de los padres: los alumnos de mayores ingresos y aquellos con más habilidades se concentran en colegios particulares, mientras los alumnos de menor ingreso y con menor habilidad se concentran en los colegios públicos. El resultado de lo anterior implica que el sistema beneficia a los alumnos de mayores ingresos y los que tienen más habilidades, ya que obtienen una mejor educación derivada del mayor gasto por alumnos y el mejor “efecto par” derivado de tener compañeros con más habilidades, mientras los alumnos de menores ingresos y menos habilidades reciben una peor educación como resultado de un menor gasto por alumnos y tener compañeros con menos habilidades.

En consonancia con lo anterior y para el caso nacional, Atria<sup>20</sup> señala que los resultados de un sistema mixto, como el chileno, en que algunos establecimientos están habilitados para seleccionar y otros no, son perfectamente anticipables: el mercado se segregará para ofrecer educación a cada clase de individuos para los que la segregación resulte beneficiosa, de modo que la educación no-segregada se mantendrá sólo para aquellos que no es beneficiosa. De esta forma,

<sup>19</sup> EPPLE, Dennis y ROMANO, Richard. “Educational Vouchers and Cream Skimming”, *en*: NBER N° 9354, revision de 2002; EPPLE, Dennis y ROMANO, Richard. “Educational Vouchers and Cream Skimming” *en*: *International Economic Review*, vol. 49, N° 4, 2008.

<sup>20</sup> ATRIA, Fernando, *¿Qué educación...* (n. 11), p. 154.

los efectos de un sistema selectivo llevan a beneficiar a algunos individuos y a perjudicar a otros, tendiendo inmanentemente a convertir los establecimientos públicos en “ghettos de marginación social y económica”.

Por otro lado, en materia de resultados educativos y en base a una revisión de la literatura, Contreras<sup>21</sup> estima que no es sencillo determinar si la selección escolar es funcional al mejoramiento de la educación. Así, en la revisión de Mena y Corbalán<sup>22</sup> se señala, por un lado, que, en opinión de algunos autores, el carácter contradictorio de los estudios realizados en la materia impide afirmar que los rendimientos escolares aumenten con la integración, lo que probablemente se derive de que es más difícil enseñar a grupos heterogéneos de alumnos<sup>23</sup>; mientras que, por el otro lado, existe literatura que señala que la segregación resultaría claramente perjudicial para los resultados educativos agregados, además de aumentar las brechas entre grupos sociales.<sup>24</sup> En términos generales, Contreras concluye a partir de la evidencia que resume, que habría una dirección hacia “la conveniencia de más heterogeneidad y menos segmentación para mejores resultados, aunque lo modos de apreciar la consistencia de dicha evidencia no son únicos ni completamente compartidos”<sup>25</sup>.

En este contexto vale mencionar que un estudio de Mizala y Torche<sup>26</sup> señala que el sistema chileno de subsidio a la demanda se ha traducido en estratificación socioeconómica de los resultados en test estandarizados y que el financiamiento compartido no tiene efectos, una vez que se controla por la condición socioeconómica de los alumnos.

### 2.3.2. Voluntariedad de acogerse a la LSEP

La introducción de la subvención escolar preferencial hace pensar que los resultados anticipados por Epple y Romano o Atria podrían dejar de ser atingentes para un sistema como el chileno. A este respecto, cabe señalar que Mena y Corbalán<sup>27</sup> estiman que, si bien la LSEP viene a disminuir la brecha de gasto por estudiante y perfeccionar el sistema de competencia, existe un segmento de la educación con financiamiento estatal (principalmente particular, aunque

<sup>21</sup> CONTRERAS, Daniel, *op. cit.* (n. 19), p. 324.

<sup>22</sup> MENA, Paula y CORBALÁN, Francisca. La selección escolar: una cuestión de libertad, competencia, igualdad e integración. En: BELLEI, Cristián; CONTRERAS, Daniel y VALENZUELA, Juan Pablo (Editores). *Ecos de la Revolución Pinguina*. Santiago de Chile: Universidad de Chile/UNICEF, 2010, pp.337-339..

<sup>23</sup> Las autorashacen especial referencia a Beyer, H. (2007). Algunas notas sobre selección escolar. En Brunner, J.J. y Peña, C. (Coords.) *La reforma del sistema escolar*. Universidad Diego Portales.

<sup>24</sup> Las autorashacen especial referencia a Valenzuela, J.P; Bellei, C y De los Ríos, D. (2008). Evolución de la segregación socioeconómica de los estudiantes chilenos y su relación con el financiamiento compartido. En: *Evidencias para Políticas Públicas en Ecuación*, FONIDE, Ministerio de Educación, pp. 231-284.

<sup>25</sup> CONTRERAS, Daniel, *op. cit.* (n. 19), p. 324.

<sup>26</sup> MIZALA, Alejandra y TORCHE, Florencia. “Bringing the schools back in: the stratification of educational achievement in the Chilean voucher system”, en: *International Journal of Educational Development*, 2010, p. 10.

<sup>27</sup> MENA, Paula y CORBALÁN, Francisca, *op. cit.* (n.24), pp.348-349.

también algunos municipales) que ha preferido no acogerse a la LSEP, lo que se explicaría por los elevados costos que implicaría dejar de seleccionar y cobrar el financiamiento compartido. Hipotetizan que ello se debe a que algunos apoderados de colegios particulares subvencionados tendrían aprensiones respecto de la llegada alumnos preferenciales, ya que percibirían que el colegio estaría dejando de cumplir algunas de sus expectativas. En otras palabras, el segmento de colegios subvencionados que ha preferido no acogerse a la LSEP y quienes asisten a ellos estiman que es mejor una oferta educativa que evite la presencia de alumnos preferenciales y se concentre en alumnos que puedan pagar un financiamiento compartido (elevado).

### 2.3.3. Selección académica a partir de séptimo básico

Según señalan Mena y Corbalán<sup>28</sup>, la selección de alumnos por mérito académico se fundamentaría en “cuidar” y “premiar” alumnos talentosos para que accedan a estímulos adecuados para su desarrollo, sin la interferencia de alumnos menos aventajados. El argumento se fundamenta en que los talentos se ven perjudicados por compartir aula con alumnos de peor rendimiento y, por el contrario, se potencian cuando están agrupados. En contra de este argumento se yergue la evidencia que alude al efecto negativo que la selectividad tienen sobre las brechas y los resultados agregados del sistema. Si bien las autoras estiman que la existencia de los colegios selectivos académicamente a partir de séptimo año resulta atractiva para las familias cuyos hijos califiquen para estos establecimientos (considérese que muchos “liceos emblemáticos” selección en ese nivel a sus alumnos<sup>29</sup>), es probable que la medida aumente la segregación por habilidad sin elevar los resultados generales del sistema.

### 2.3.4. Selección por adhesión de los padres al proyecto académico del establecimiento

En relación al *matching* entre las preferencias de los padres y proyecto educativo de cada institución, por un lado, autores como el Instituto Libertad<sup>30</sup> señalan que la selección escolar es funcional a la calidad educativa, porque permite a cada colegio asegurarse que los padres cuenten con un compromiso con el proyecto educativo común, lo que sería determinante para los resultados educativos. En contra de este argumento, Atria<sup>31</sup> hace ver que el sólo hecho que los padres elijan un mismo colegio debiera asegurar suficientemente una comunidad de objetivos entre ellos: lograr la mejor educación posible para sus hijos y la coincidencia en cómo lograrlo. El autor estima que lo que realmente motiva la selección escolar es permitir que exista una oferta que contenga establecimientos educativos que provean un acceso selectivo (excluyente) a redes sociales que permitan una mejor entrada al mercado laboral (i.e., generar redes de contacto).

<sup>28</sup> *Ibid.*, pp.350-353.

<sup>29</sup> Considérese que el Proyecto de Ley original limitaba la selección hasta el 8° año, lo que habría vuelto ilegal la selección por mérito académico de los “liceos emblemáticos”, la que suele ocurrir en el 7° año.

<sup>30</sup> INSTITUTO LIBERTAD. ¿Es la prohibición a seleccionar alumnos la solución?, *en: Perspectivas* N° 234. 31 de marzo de 2007 (sin paginación)

<sup>31</sup> ATRIA, Fernando. *Mercado y Ciudadanía...* (n. 15), pp. 16-17.

### 2.3.5. Selección por cobro de mensualidades

El derecho de los colegios para negar la admisión (o expulsar) a aquellos postulantes cuyos padres no puedan pagar la mensualidad derivada del financiamiento compartido o el arancel puramente privado, constituye un criterio de selección que merece un análisis diferente, toda vez que la libertad para fijar un precio por la prestación de un servicio parece consistente con una reforma orientada al mercado.

Sin embargo, esta afirmación merece dos prevenciones. En primer lugar, una reforma orientada al mercado tiene por objetivo central aumentar el sistema educacional a través de incentivar la competencia por calidad entre los establecimientos. De esta forma, en la medida que el precio esté fijado puramente por la subvención, los establecimientos no pueden competir por precio (ni elementos asociados a ello), debiendo diferenciarse para captar la demanda por otros atributos, en particular, por calidad. Sin embargo, en la medida que se autoriza el financiamiento compartido, se dan incentivos a los colegios para crear un sistema en que la oferta se diferencie por precio (lo que está altamente correlacionado con el nivel socioeconómico de sus alumnos) y no por calidad. De esta forma, la existencia de financiamiento compartido permitiría que los colegios seleccionen, directa o indirectamente, a los postulantes en función de su condición socioeconómica.

En segundo lugar y si se asumiera que la posibilidad de cobros diferenciados es consustancial a una reforma orientada al mercado, subsiste la cuestión de por qué los colegios que reciben subvención tienen limitado el derecho a exigir un financiamiento compartido, mientras los colegios particulares pagados pueden cobrar libremente. Desde la perspectiva de la selección escolar por condición socioeconómica los resultados parecen evidentes: los colegios particulares pagados pueden ser mucho más efectivos que los subvencionados al momento de seleccionar alumnos por nivel socioeconómico.

## 3. CONCLUSIONES

### 3.1. CONCLUSIONES GENERALES

- (i) La garantía constitucional de Libertad de Enseñanza ha sido tradicionalmente interpretada como un derecho de los establecimientos educacionales para elegir que postulantes reciben y cuáles no y la regulación legal del sistema escolar recoge esta concepción. Sin embargo, este entendimiento de la Libertad de Enseñanza está siendo desafiado por una interpretación que pone el centro de gravedad de los Derechos Educacionales en la protección de la elección paterna del establecimiento educacional para sus hijos. En consecuencia, el entendimiento tradicional de los Derechos Educacionales consagrados en la

Constitución podría estar perdiendo fuerza como criterio para resolver adecuadamente las tensiones que se presentan entre el interés de los padres y el de la sociedad en materia de selección escolar.

- (ii) La configuración legal del sistema escolar contempla un sistema de selección altamente diferenciado por tipo de colegio. En un extremo, el Estado (las municipalidades) tiene la obligación de mantener establecimientos no selectivos y en el otro extremo, los colegios particulares pagados pueden seleccionar prácticamente en base cualquier criterio (de hecho, ni siquiera están sujetos a la LPC). En el rango intermedio existe un sistema extremadamente casuístico que, en distintos casos, permite a los colegios seleccionar por los más diversos criterios, incluyendo rendimiento escolar, capacidad de pago o adhesión al proyecto educativo del establecimiento.
- (iii) La existencia de una regulación tan casuística permite que, en los hechos, se observen criterios de selección lícitos para agrupar a casi todos los tipos de alumnos que puedan obtener alguna ventaja de la segregación: los de mayores ingresos, los más hábiles (y que se concentran típicamente en los “liceos emblemáticos”), los que pertenezcan a alguna red social, etc. Adicionalmente, considerando que los criterios varían en intensidad para los distintos colegios y pueden concurrir unos con otros, a medida que se transita desde el extremo de los colegios municipales, con oferta escolar hasta el sexto grado y que atienden a sectores más vulnerables, hacia el extremo de los colegios particulares pagados, el sistema legal autoriza métodos cada vez más selectivos.
- (iv) No está zanjado si la admisión escolar selectiva perjudica los resultados agregados del sistema educativo, pero existe importante evidencia en este sentido. Sin embargo, parece ser bastante aceptado que este tipo de sistemas de admisión genera importantes brechas de ingreso y habilidad entre los alumnos.

En consecuencia, existen antecedentes que permitirían pensar que la regulación de la selección escolar podría, al menos parcialmente, ser el resultado de la captura del regulador por parte de grupos que son favorecidas con ella. Sin embargo, tener certeza en ello exige un estudio mucho más detallado de quienes son concretamente los beneficiados por el sistema y como se relacionan con el generador (y el interprete) de la regulación.

### 3.2. PRINCIPALES IMPLICANCIAS

Según se desprende de lo señalado en este trabajo, la posibilidad de desarrollar políticas públicas que impacten sobre el derecho de los colegios a seleccionar alumnos está críticamente determinada por la interpretación que se dé a la garantía constitucional de Libertad de Enseñanza. En

la medida que ella se siga entendiendo como un derecho de los colegios para seleccionar a los postulantes que serán sus alumnos y no como una potestad de los padres para elegir el colegio para sus hijos, el rango de políticas que podrían implementarse parece ser limitado.

Entre las políticas que parecen viables para reducir la discreción en la selección escolar bajo la interpretación constitucional vigente se pueden considerar las siguientes:

- (i) En primer lugar, terminar con el financiamiento compartido. En la medida que la reforma del año 1981 no contemplaba este aporte, derogarlo no debiera entenderse como inconstitucional. Sin embargo, considerando que gran parte de los establecimientos se financian hoy con un co-pago y que éstos tienen una expectativa legítima de mantenerlo en el tiempo, tanto por cuestiones de orden práctico como de certeza jurídica, esta medida tendría que ser implementada progresivamente en el tiempo.
- (ii) Considerando que la LSEP ya ha intentado incluir limitaciones a la selección escolar y que ella reduciría la segregación derivada del financiamiento compartido, podría ampliarse esta subvención y, eventualmente, vincularla a exigencias de menor selectividad para los colegios. En esta línea, podría considerarse también hacer obligatoria la afición al sistema de la LSEP, al menos para los colegios subvencionados.
- (iii) Finalmente, si bien se estima que no es políticamente viable limitar o terminar con el derecho de los colegios a seleccionar alumnos por mérito académico, especialmente por parte de los “liceos emblemáticos”, sí es factible no continuar avanzando en políticas de segregación escolar por mérito académico, como los “liceos de excelencia”.

Implementar reformas más agresivas para limitar la selección escolar parece imposible bajo el entendimiento dominante actual de los Derechos Educativos. Por lo tanto, y considerando que el contenido de los derechos fundamentales forma esencialmente parte del acuerdo político básico de una sociedad, abordar ese tipo de reformas exigiría cambios políticos previos al diseño de políticas públicas concretas, como una reforma constitucional o un cambio de jurisprudencia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATRIA, Fernando. *Mercado y Ciudadanía en la Educación*. Santiago, Chile: Flandes Indiano, 2007.

\_\_\_\_\_. ¿Qué educación es “pública”? En: BELLEI, Cristián; CONTRERAS, Daniel y VALENZUELA, Juan Pablo (Editores). *Ecos de la Revolución Pingüina*. Santiago, Chile: Universidad de Chile/UNICEF, 2010, pp. 153-181.

CHUBB, John y MOE, Terry. Politics. “Markets and the Organization of Schools”, en: *The American Political Science Review*, vol. 82, N°4, 1988.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. CHILE. Ministerio del Interior, Santiago, Chile: octubre de 1980.

- CONTRERAS, Daniel. Derecho a la educación, inclusión y selección escolar. En: BELLEI, Cristián; CONTRERAS, Daniel y VALENZUELA, Juan Pablo (Editores). *Ecos de la Revolución Pingüina*. Santiago, Chile: Universidad de Chile/ UNICEF, 2010, pp. 311-319.
- EPPLE, Dennis y ROMANO, Richard. “Educational Vouchers and Cream Skimming”, en: NBERN° 9354, revision de 2002.
- \_\_\_\_\_. “Educational Vouchers and Cream Skimming” en: *International EconomicReview*, vol. 49, N° 4, 2008.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, –3ª edición actualizada– Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- INSTITUTO LIBERTAD. ¿Es la prohibición a seleccionar alumnos la solución?, en: *Perspectivas* N° 234. 31 de marzo de 2007.
- JORDÁN, Tomás. “Elementos Configuradores de la Tutela Jurisprudencial de los Derechos Educativos en Chile”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 1, 2009, pp. 177-207.
- LEVIN, Henry y BELFIELD, Clive. “The Marketplace in Education”, en: *Occasional Paper* N° 86. National Center for the Study of Privatization in Education. Teachers College, Columbia University, 2003.
- LEY N° 19.496. CHILE. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Santiago, Chile: marzo de 1997.
- LEY N° 20.248. CHILE Ley de Subvención Escolar Preferencial. Ministerio de Educación, Santiago, Chile: febrero de 2008.
- LEY N° 20.370. CHILE. Ley General de Enseñanza. Ministerio de Educación, Santiago, Chile: septiembre, 2009 (Texto refundido coordinado y sistematizado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 2010).
- MENA, Paula y CORBALÁN, Francisca. La selección escolar: una cuestión de libertad, competencia, igualdad e integración. En: BELLEI, Cristián; CONTRERAS, Daniel y VALENZUELA, Juan Pablo (Editores). *Ecos de la Revolución Pingüina*. Santiago de Chile: Universidad de Chile/UNICEF, 2010, pp. 331-363.
- MIZALA, Alejandra y TORCHE, Florencia. “Bringing the schools back in: the stratification of educational achievement in the Chilean voucher system”, en: *International Journal of Educational Development*, 2010.
- NOGUEIRA, Humberto. “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*, Año 14, N° 2, 2008, pp. 209-269.
- ROSAS, Marco. Algunas Consideraciones de la Doctrina Constitucional Chilena en torno al Derecho a la Educación y Libertad de Enseñanza. En: CORREA, Sofia y RUIZ-TAGLE, Pablo. *Reformas al Sistema Educativo Chileno*. Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, pp. 59-61.
- U.S. SUPREME COURT. “Brown v. Board of Education”. En: GERALD, Gunther. *Constitutional Law*. Foundation Press. 1991.