

Restricciones a la posibilidad de abrir nuevos colegios subvencionados: una amenaza a la libertad de enseñanza.

RAÚL FIGUEROA SALAS

Abogado y Máster en Derecho de la Empresa
DIRECTOR EJECUTIVO DE LA FUNDACIÓN ACCIÓN EDUCAR

RESUMEN: El resguardo de la libertad de enseñanza permite la existencia de proyectos educativos diversos y, por esa vía, constituye una especial garantía del pleno ejercicio del derecho a la educación favoreciendo que la oferta educativa sea tan amplia como para dar cabida a los distintos intereses y capacidades, tanto de los jóvenes, en el caso de la educación superior, como de los padres respecto de la formación que quieren para sus hijos en el caso de la educación escolar.

La subvención escolar que el Estado entrega a los establecimientos educacionales reconocidos oficialmente y que cumplen otros requisitos legales es un instrumento fundamental en el desarrollo de este sistema mixto de educación y constituye mecanismo concreto de política pública que hace posible la libertad de enseñanza y asegura que no se trata de una mera declaración formal.

Los nuevos requisitos que la Ley 20.845 establece para que establecimientos educacionales puedan impetrar por primera vez la subvención escolar implican, en la práctica, una prohibición para la instalación de nuevos proyectos educativos en Chile, amenazando el ejercicio de la libertad de enseñanza y perjudicando especialmente a las familias de menores ingresos.

* * *

1.- Sociedad libre y libertad de enseñanza.

La libertad y responsabilidad individual, la autonomía de los grupos intermedios y el consecuente deber del Estado de garantizarla así como de promover el bien común, constituyen principios esenciales sobre los que se ha organizado la sociedad chilena. Estos principios son los cimientos de una sociedad libre, derivan del reconocimiento de la dignidad del hombre y son los mismos que han inspirado nuestro sistema educacional, favoreciendo su actual nivel de desarrollo. Así, el derecho a la educación, el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos y la libertad de enseñanza son una consecuencia natural del reconocimiento que el Estado hace de la libertad del hombre, siendo su resguardo necesario tanto

para mantener las estructuras de una sociedad libre como para permitir que la educación siga siendo un instrumento concreto de progreso social e individual.

La libertad de enseñanza constituye una aplicación específica del deber del Estado de reconocer y amparar a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y de garantizarles la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos, al que se refiere el artículo 1° de la Constitución y que constituye una de las bases de nuestra institucionalidad. Esta libertad comprende tanto el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales como el derecho y el deber de los padres de educar a sus hijos, que se manifiesta entre otras formas en la posibilidad de escoger por ellos el establecimiento educacional que mejor se adecúe a sus intereses y, en el caso de los jóvenes, de elegir ellos mismos entre la diversidad de proyectos educativos.

Tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza están entre las garantías cuyo ejercicio la Constitución Política de la República asegura a todas las personas, señalándolos expresamente en los números 10 y 11 de su artículo 19. Aunque distintos, se trata de derechos profundamente ligados y complementarios.

El resguardo de la libertad de enseñanza permite la existencia de proyectos educativos diversos y, por esa vía, constituye una especial garantía del pleno ejercicio del derecho a la educación favoreciendo que la oferta educativa sea tan amplia como para dar cabida a los distintos intereses y capacidades, tanto de los jóvenes en el caso de la educación superior como de los padres respecto de la formación que quieren para sus hijos en el caso de la educación escolar. Lo anterior cobra mayor fuerza en el último caso, donde la asistencia es obligatoria y, por ende, el derecho a la educación se ejerce fundamentalmente mediante la enseñanza formal y la elección que los padres hacen de un establecimiento educacional para sus hijos. Por obvio que parezca, si lo que se asegura es la libertad de elección del establecimiento educacional, mientras mayor sea la gama de posibilidades mejor garantizado se encuentra ese derecho.

Tan importante como la posibilidad de abrir nuevos establecimientos educacionales es la autonomía que se les debe reconocer; éste es un elemento esencial para la concreción de un proyecto educativo determinado y, por ende, para el pleno resguardo de la libertad de enseñanza. Dicha autonomía ha de abarcar los ámbitos docente, administrativo y económico, traduciéndose en la posibilidad de definir las características del respectivo establecimiento, acordes con sus finalidades y objetivos, así como los métodos para lograrlos.

2.- Instrumentos para asegurar la libertad de enseñanza.

La educación constituye una de las principales herramientas de desarrollo económico, social y cultural del país. Los beneficios que entrega son innegables,

ya sea por los conocimientos que permite adquirir como por las habilidades cuyo desarrollo facilita y valores que transmite. Se trata de un gran vehículo de movilidad social y otorga oportunidades a quienes más las necesitan.

Su alto impacto social llevó a establecer la educación parvularia (en su segundo nivel de transición), básica y media como obligatorias. Como contrapartida a la obligatoriedad que se impone a las personas de educarse en el sistema formal, el artículo 19 n° 10 de la Constitución establece el deber del Estado de financiar un sistema gratuito, destinado a asegurar el acceso a la educación preescolar, básica y media de toda la población. La manera en que este deber del Estado se ha explicitado en la Constitución y que implica una preeminencia del deber de financiar el sistema por sobre el de proveer directamente la educación, no es fortuita; obedece a la idea de una sociedad libre que ha servido de base a nuestra institucionalidad y es una consecuencia evidente del respeto que se asegura a la libertad de enseñanza.

El rol que le cabe al Estado en el sistema educacional deriva de la obligación que la Constitución le impone de promover el bien común y reconocer los grupos intermedios, garantizándoles su adecuada autonomía para lograr sus propios fines específicos. Ello se cumple generando las condiciones para el desarrollo permanente de un sistema de educación de calidad, que garantice a las personas el ejercicio de los derechos que la Constitución reconoce y que facilite a la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación, velando por la igualdad de oportunidades tanto de niños y jóvenes que acceden al sistema educacional como de las instituciones que participan del mismo.

De esta forma, el deber del Estado de asegurar el derecho a la educación no implica, bajo ningún punto de vista, la estatización de la misma. El propio texto de la Carta Fundamental centra la obligación del Estado en el financiamiento del sistema y reconoce a todas las personas el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, el cual debe interpretarse asociado a otros derechos que permiten establecer un estatuto completo en torno a la libertad de enseñanza. Todo lo anterior ha derivado en la existencia en Chile de un sistema mixto, que incluye establecimientos de propiedad y administración del Estado o sus órganos y otros de propiedad particular, que pueden ser tanto subvencionados como pagados.

Un instrumento fundamental en el desarrollo de este sistema mixto ha sido la subvención escolar, que el Estado entrega a los establecimientos educacionales reconocidos oficialmente y que cumplen otros requisitos legales. Esta subvención se paga por cada niño que asiste a clases e implica, en los hechos, un mecanismo concreto de política pública que hace posible la libertad de enseñanza y asegura que no se trata de una mera declaración formal.

El ejercicio del derecho a abrir establecimientos permite la concreción de diversos proyectos educativos, lo cual se relaciona con una dimensión cualitativa de la educación. La subvención satisface el derecho a la educación de las personas y la libertad de los padres para elegir el establecimiento para sus hijos, teniendo una triple naturaleza: por una parte, satisface el costo de la prestación del servicio educacional; por otra, permite a las personas realizar el derecho a la educación de sus hijos, en aquellos casos en que no pueden cubrir por sí mismos el costo del servicio educacional; y adicionalmente, que asegura el financiamiento a todo proyecto educativo que, cumpliendo ciertos requisitos, resulta atractivo para las familias.

La subvención es el instrumento que hace posible la libertad de enseñanza. Sin ese instrumento la garantía constitucional resulta ser un privilegio del cual muy pocos pueden gozar, ya que sólo quienes tengan recursos suficientes para instalar, abrir y administrar un establecimiento sin necesidad de recurrir a los aportes estatales, podrían ejercer ese derecho. No basta que la libertad de enseñanza esté consagrada a nivel conceptual: se requieren instrumentos que permitan su ejercicio y concreción.

La subvención es necesaria y hace posible la apertura de nuevos establecimientos educacionales; de este modo hace efectiva la garantía constitucional, al permitir la existencia de diversos establecimientos entre los cuales los padres ejercen su preferencia.

En este sentido, el aporte estatal es una contribución obligatoria para el Estado para que se satisfaga tanto el derecho a la educación de las personas como la libertad de los individuos para crear proyectos formales de educación y la de los padres para elegir el establecimiento de su preferencia. Impedir la apertura de nuevos establecimientos y coartar el mantenimiento de aquellos que ya reciben aporte estatal significa impedir a los padres el ejercicio de su derecho a elegir un proyecto educativo de su afinidad y aspiración valórica y, por otra parte, implica también prohibir a los particulares abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

3.- La libertad de enseñanza bajo amenaza: la Ley 20.845 y las restricciones para abrir nuevos establecimientos subvencionados¹.

La última semana de enero de 2015 se aprobó en el Congreso Nacional la llamada Ley de Inclusión Escolar, que regula la admisión de los estudiantes,

¹ El análisis que a continuación se hace se basa en la presentación hecha por el autor al Tribunal Constitucional en el marco del requerimiento sobre inconstitucionalidad hecho por un grupo de senadores del proyecto de ley en cuestión, así como en un estudio realizado por la Fundación Acción Educar sobre el impacto de esta medida: "Restricción a la apertura de nuevos establecimientos subvencionados II". Acción Educar. Año 2, N° 24.

elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado. Se trata de la Ley N° 20.845, publicada en junio del mismo año, luego que en votación dividida el Tribunal Constitucional rechazara el requerimiento de un grupo de 10 senadores que solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de todo o parte de las normas de dicho proyecto².

Aunque se trató de una reforma educacional muy anunciada y con alto nivel de respaldo al momento de su presentación en el Congreso, los sondeos de opinión disponibles muestran que al momento de su aprobación y durante gran parte de su discusión dicho proyecto de ley contó con mayor nivel de rechazo que de aprobación de la ciudadanía³. Considerando que lo que se anunciaba con esa iniciativa legal era una educación de calidad, no discriminatoria e inclusiva, todo supuestamente coincidente con los anhelos de parte importante de la población, dicha desaprobación debiese llamar la atención. Pero el análisis de la ley y de los instrumentos escogidos para hacerse cargo de esos objetivos permite comprender de mejor manera la percepción negativa de la ciudadanía.

La ley en comento estableció una serie de restricciones a los sostenedores para impetrar la subvención escolar, que alteran de manera sustancial la forma en que el sistema educacional se ha venido desarrollando y que implican, aunque la mayoría del Tribunal Constitucional no lo haya considerado así, fuertes limitaciones a la libertad de enseñanza.

Durante la discusión de la ley el debate se centró fundamentalmente en los principales ejes del proyecto de ley, esto es, la prohibición de lucrar con fondos públicos, la imposibilidad de seleccionar alumnos y la eliminación del financiamiento compartido. Todos esos elementos constituyen restricciones a la manera de organizar y mantener un determinado proyecto educativo, cuyo impacto en calidad es discutido. Así, la eliminación del lucro, permitido expresamente desde la ley de instrucción primaria obligatoria de 1920, afecta directamente la diversidad del sistema educativo y, por ende, las posibilidades de elección de las familias. En materia de selección de alumnos, bajo el pretexto correcto de establecer normas que impidan la discriminación arbitraria, se introducen mecanismos que dificultan en extremo la conducción de un proyecto educativo determinado al eliminar la posibilidad de establecer como criterio de selección la verificación de ciertos requisitos que implican no solo la aceptación de las familias, sino su compromiso concreto con dicho proyecto.

Con todo, para los efectos de este ensayo, nos abocaremos al análisis de una norma cuya discusión estuvo opacada durante la tramitación de la ley y cuyos

² Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2015, rol 2787-15.

³ Encuesta Plaza Pública Cadem N° 55.

efectos nos parecen particularmente graves en lo que a la garantía de la libertad de enseñanza se refiere.

Como en términos generales se explicó en el punto 2 de este ensayo, hasta la entrada en vigencia de la Ley 20.845 cualquier establecimiento educacional que hubiese obtenido el reconocimiento oficial del Estado y que cumpliera con los demás requisitos que establece la ley podía impetrar la subvención escolar. No es del caso detallar dichos requisitos, pero basta para estos efectos saber que se refieren a condiciones mínimas establecidas tanto en la Ley General de Educación⁴ como en la Ley de Subvenciones.⁵

Con la entrada en vigencia de la ley que comentamos, las posibilidades de abrir un nuevo establecimiento particular subvencionado serán prácticamente nulas, afectando seriamente la libertad de enseñanza, privando a las familias más vulnerables de la posibilidad de escoger entre proyectos diversos, transformando lo que debiese ser un derecho de todos en un privilegio de quienes tienen mayores recursos.

El artículo 2°, numeral 7°, letra a) de la Ley 20.845 establece las excepcionales situaciones en que se podrá abrir nuevos establecimientos subvencionados, a ser verificadas y resueltas discrecionalmente por la autoridad administrativa, como sigue:

“Artículo 2°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N°2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N°2, de 1996, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos (...):

7) Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 8°:

a) Intercálanse los siguientes incisos segundo, tercero y cuarto, nuevos:

“Tratándose de un establecimiento educacional que por primera vez solicite el beneficio de la subvención, el Ministerio de Educación aprobará, por resolución fundada dentro del plazo señalado en el inciso anterior, la solicitud sólo en caso de que exista una demanda insatisfecha por matrícula que no pueda ser cubierta por medio de otros establecimientos educacionales que reciban subvención o aporte estatal, o que no exista un proyecto educativo similar en el territorio en el que lo pretende desarrollar. Dichos establecimientos deberán tener el carácter de gratuitos.

⁴ Artículo 46 del D.F.L. N° 2 de 2010, del Ministerio de Educación que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 20.370 con las normas no derogadas del D.F.L. N° 1 de 1995.

⁵ D.F.L. N° 2 de 1998 del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 2, de 1996, sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales.

Se entenderá aceptada una solicitud cuando ésta fuere aprobada por el Ministerio de Educación y ratificada dicha decisión por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del Consejo Nacional de Educación.

Un reglamento del Ministerio de Educación, que deberá llevar la firma del Ministro de Hacienda, determinará el ámbito territorial a que hace referencia el inciso segundo y establecerá los procedimientos y requisitos para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo”.

En otros términos, únicamente la verificación administrativa de una de las siguientes situaciones permitirá la apertura de un establecimiento subvencionado:

1. La existencia de demanda insatisfecha por matrícula que no pueda ser cubierta mediante otros establecimientos educacionales que reciban subvención o aporte estatal, o
2. La inexistencia de un proyecto educativo similar en el territorio en el que se pretende abrir un nuevo establecimiento.

La poca claridad de la norma y el amplio espacio de ambigüedad que presenta podrían llevar a que en vastos sectores del territorio nacional sea imposible la creación de nuevos proyectos educativos. Así, si solo se considera un criterio de demanda insatisfecha, prácticamente en ninguna comuna del país será posible la autorización de apertura de un nuevo proyecto educativo subvencionado. Si a lo anterior se agrega un indicador del proyecto educativo del establecimiento, como la confesionalidad, en el 93% de las comunas no será posible construir un nuevo colegio subvencionado laico y en cerca del 70% de ellas no se podrá abrir un colegio confesional (para primero básico). De esta manera se limitan las posibilidades de elección de los padres, quienes podrán optar exclusivamente entre lo que ya existe, pues en la práctica la nueva ley prohíbe en casi la totalidad del territorio nacional la creación de nuevos colegios.

Sobre la base de un estudio de la Fundación Acción Educar, se analizará a continuación el impacto de esta medida considerando los nuevos criterios que la ley establece.

c.1.- Criterio de demanda insatisfecha.

Considerando el alcance comunal, el estudio en comento arrojó que más del 85% de las comunas muestra porcentajes de vacantes que son superiores al 10% de la matrícula en dicha división administrativa, por lo que en ninguna de ellas se podría instalar un nuevo recinto educacional ya que no existiría demanda insatisfecha bajo el nuevo escenario propuesto. Por ejemplo, en primero básico sólo un 7% de las comunas tenía un porcentaje de demanda insatisfecha.

Al realizar un análisis dentro de un territorio más acotado que el comunal y considerando sólo sectores urbanos, se aprecia que solo el 10% de los establecimientos están instalados en sectores donde habría cabida para nuevos proyectos educativos. Si sólo se considera un criterio de demanda insatisfecha como la propuesta en la ley aprobada, existiría una restricción a la apertura de nuevos establecimientos educacionales en prácticamente todo el territorio nacional. De esta manera, se verán restringidas las posibilidades de elección de los padres, quienes podrán optar exclusivamente entre los establecimientos ya existentes, con independencia de la oferta cualitativa que estos presenten.

En efecto otro impacto negativo de esta restricción es que deja a aquellos territorios que hoy no cuentan con establecimientos de calidad, sin la posibilidad de que entre un nuevo proyecto educativo a dar un mejor servicio y a presionar para que los demás mejoren. Existen 110 establecimientos urbanos que imparten educación básica que están instalados en sectores donde hay vacantes pero donde toda la oferta del sector, incluido el mismo colegio, es de calidad inferior al promedio (según el nivel socioeconómico de cada establecimiento). En ninguno de estos casos se podría instalar un nuevo colegio.

c.2.- La inexistencia de un proyecto educativo similar.

La ley establece una segunda situación prevista para la autorización de la apertura de un nuevo establecimiento subvencionado. Se especifica que si existen vacantes en un sector o territorio (aplicación del criterio de demanda insatisfecha), será posible abrir un nuevo establecimiento subvencionado sólo si en ese territorio no existe un "proyecto educativo similar".

No existe hasta ahora una forma que permita clasificar un proyecto educativo y a la fecha sólo se cuenta con la información no vinculante que declaran los sostenedores para describir sus establecimientos. Por tanto, se realizó un ejercicio simple de clasificación de establecimientos educacionales a nivel nacional, regional y a nivel de establecimiento: i) laicos o confesionales, y ii) católicos o evangélicos, dentro de los confesionales.

Los resultados del ejercicio arrojan que la mayor restricción la experimentarán los colegios laicos, ya que sólo en el 7% de las comunas del país se podrá instalar uno nuevo; a nivel de territorios sólo en un 10% se permitiría el ingreso de un nuevo proyecto de este tipo. Por otro lado, en cerca del 70% de las comunas existirá una restricción para abrir nuevos establecimientos confesionales en general, y católicos en particular, ya que no se cumplirán ninguno de los dos criterios que permitan la autorización de apertura de un establecimiento educacional con aporte estatal.

Cabe destacar que la ley es ambigua en definir lo que significa el *territorio* donde se medirá si existe demanda insatisfecha, y además en la actualidad no existen estudios que permitan hacer una correcta descripción y análisis de los proyectos educativos ya existentes, ni la construcción de categorías por lo que establecer si un colegio es similar o distinto a otro es una tarea compleja, tal vez imposible. En este sentido, la ley da cabida a la comisión de arbitrariedades.

Se constata, por tanto, que la nueva ley no establece restricciones, sino lisa y llanamente una prohibición generalizada de autorizar la apertura de establecimientos educacionales financiados con subvención o aporte estatal.

4.- Comentarios al fallo del Tribunal Constitucional que se pronunció sobre la constitucionalidad del nuevo requisito para obtener la subvención escolar.

Como se ha dicho más arriba, el Tribunal Constitucional mediante voto de mayoría rechazó el requerimiento presentado por un grupo de 10 senadores donde, entre otros asuntos, se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de la norma que establece nuevos requisitos para que un establecimiento educacional pueda recibir subvención del Estado por primera vez.

El asunto está tratado en los considerandos 64° a 78° de la mencionada sentencia y específicamente entre el 75° y 78° tratándose de la libertad de enseñanza. No compartimos los fundamentos de dicha sentencia, toda vez que implica una mirada restringida de la libertad de enseñanza y del deber del Estado de resguardarla, que no se condice con la importancia que tiene por su consagración a nivel constitucional ni con la forma en que nuestro sistema educacional se ha desarrollado.

Para abordar el asunto la sentencia hace una serie de puntualizaciones previas en orden a dejar establecido que nuestro ordenamiento jurídico ya contemplaba exigencias y requisitos que regulan la entrega de la subvención escolar y que, por ende, no se otorga de manera automática. En la misma línea, pone especial énfasis en que no es primera vez que una norma legal introduce nuevos requisitos o condiciones para la entrega de la subvención escolar. Es efectivo que la subvención no es automática y que exige para su entrega el cumplimiento de una serie de requisitos; pero, lo que no dice el fallo es que el cumplimiento de dichos requisitos depende exclusivamente de la voluntad del sostenedor que impetra la subvención, de tal manera que siempre tiene la posibilidad de adecuarse a la norma y cumplir así la exigencia.

Distinto es el caso de los nuevos requisitos a los que en este artículo nos hemos referido, toda vez que dicen relación con circunstancias que no dependen en absoluto de la voluntad del sostenedor, como la disponibilidad de vacantes en

un determinado territorio del país. En este escenario, por mucho que el sostenedor quiera cumplir con el requisito, no podrá hacerlo, quedando marginado de la posibilidad de obtener la subvención.

Asimismo, si el requisito que se impone dice relación con las características del proyecto educativo que se quiere llevar a cabo, la exigencia de tener un proyecto necesariamente distinto a los existentes en un determinado territorio implica, inevitablemente, una intromisión a la autonomía que la Constitución garantiza para organizar un establecimiento educacional, puesto que la definición de ese proyecto queda en manos de la autoridad y no del sostenedor.

Entrando en el fondo del asunto, la sentencia señala en su considerando 74° que *"La subvención está prevista para asegurar la provisión de una educación de calidad, no para garantizar la libertad de enseñanza, es decir, el emprendimiento individual o colectivo."* Agrega el mismo considerando que *"La subvención no está diseñada para mantener establecimientos educacionales, sino sólo en la medida que éstos contribuyan a materializar el derecho a la educación, que es lo que justifica que obtengan la subvención."* La existencia de nuevos establecimientos conlleva potenciar la pluralidad del sistema, lo que facilita la elección de los padres y, por ende, potencia el derecho a la educación. La interpretación del Tribunal desconoce que esa diversidad de proyectos educativos es un elemento fundamental para asegurar el pleno ejercicio del derecho a la educación y, por otra, no se hace cargo del rol que al Estado corresponde de garantizar la libertad de enseñanza, no solo con meras declaraciones, sino mediante instrumentos concretos que la hagan posible.

El Estado debe financiar tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza; si no lo hace, la posibilidad de abrir y mantener establecimientos queda sólo en manos de quienes tienen los medios necesarios para ello, acotando en su esencia el rango de aplicación de la garantía constitucional.

El considerando 75° de la sentencia se refiere a por qué en opinión del voto de mayoría no se afecta la libertad de enseñanza y, específicamente, el derecho a abrir establecimientos educacionales. Para llegar a esa conclusión, aborda el tema del reconocimiento oficial del Estado como el elemento central asociado al derecho a abrir establecimientos y, por otra parte, en el derecho a la educación y a la supuesta necesidad de la medida como un mecanismo para mejorar la calidad de la educación.

En cuanto al reconocimiento oficial, la sentencia explica cómo nuestro ordenamiento jurídico separa dicho reconocimiento de la obtención de la subvención, aclarando que pueden obtener aquel no sólo establecimientos que aspiren a obtener una subvención, sino también aquellos totalmente privados que se mantienen con sus propios recursos. Agrega la sentencia que el derecho de

abrir establecimientos educacionales está asociado al reconocimiento oficial. Las distinciones que hace el Tribunal son correctas, pero no lo es el pretender que toda la población está en condiciones de acceder a un colegio particular pagado.

Hemos visto cómo la aplicación de las nuevas exigencias implica que prácticamente en todo el territorio nacional será imposible abrir un nuevo colegio subvencionado. Si se aplica el criterio del Tribunal, se llegaría a la conclusión absurda que el derecho de abrir colegios queda a resguardo, porque en las comunas más ricas del país se podrá siempre instalar un colegio particular pagado. Es evidente que la libertad de enseñanza y el derecho a abrir colegios no puede ser un privilegio exclusivo de las familias más ricas, lo que obliga al Estado a contar con instrumentos que permitan a todos su ejercicio y ayuden, precisamente, a quienes no tienen los medios suficientes.

En cuanto a que los nuevos requisitos enfocan el problema de la apertura de los colegios desde el derecho a la educación y no desde la libertad de enseñanza, lo primero que llama la atención es que se tilde de “problema” la existencia de una oferta educativa amplia y diversa. Luego, suponer que el control de la asignación de subvenciones para nuevos establecimientos es un mecanismo que permite mejorar la educación implica un desconocimiento absoluto de los avances que el país ha hecho en esa materia y que se materializan, entre otros cuerpos legales, en el Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación (Ley 20.529) cuyo propósito es precisamente poner exigencias a los establecimientos, pero sobre la base de sus resultados y no de las características de su proyecto educativo.

Al señalar la sentencia que *“el legislador puede establecer condiciones o requisitos destinados a garantizar el derecho a la educación, por la vía del control de la entrega de las subvenciones”* cae en una contradicción que implica, por una parte, separar equivocadamente el derecho a la educación de la posibilidad de escoger que se le asegura a las familias y, por otra, desconocer el rol que el Estado tiene en la promoción de la libertad de enseñanza.

5.- Conclusión

La limitación que contempla la Ley 20.845 atenta contra la libertad de enseñanza que ha sido promovida en Chile desde el siglo XIX y que está consagrada en la Constitución, donde se reconoce expresamente el derecho de “abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”, no existiendo otras limitaciones que “las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. Atenta también contra el derecho de los padres de escoger el establecimiento para sus hijos, que requiere para su ejercicio de la existencia de establecimientos diversos.

Estos derechos se pueden hacer efectivos gracias a la subvención que entrega el Estado para financiar proyectos educativos elegibles por las familias. La imposición de criterios que, en los hechos, impiden que dicha subvención se entregue a nuevos proyectos en prácticamente todo el territorio nacional, restringen el ejercicio de estos derechos fundamentales.

La justificación de esta restricción entre quienes la promovieron es que ella serviría para fortalecer la educación municipal y frenar la fuga de más alumnos de sus aulas. Sin embargo, el camino para lograr dicho fin es mejorar la educación pública para convertirla en una alternativa atractiva para los padres. Con una mala justificación se prohíbe la apertura de nuevos colegios y se impide a los estudiantes y a las familias la posibilidad de beneficiarse de nuevos proyectos educacionales que cumplan de mejor modo con sus expectativas.