



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Escuela de Pregrado
Departamento de Derecho Público

EL DERECHO EDUCACIONAL COMO UNA NUEVA Y AUTÓNOMA RAMA DEL DERECHO CHILENO.

Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. (Redactada de conformidad al Instructivo sobre Memoria de Prueba y Talleres de Memoria, aprobado mediante Resolución N° 725, del 9 de diciembre de 2015, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.)

PABLO IGNACIO SANDOVAL SEPÚLVEDA

Profesor Guía: Enrique Navarro Beltrán

Santiago, Chile

2016

“Casi siempre, los hombres que realizan estos inventos fundamentales de un nuevo paradigma han sido muy jóvenes o muy noveles en el campo cuyo paradigma cambian (...). Se trata de hombres que, al no estar comprometidos con las reglas tradicionales de la ciencia normal debido a que tienen poca práctica anterior, tienen muchas probabilidades de ver que esas reglas no definen ya un juego que pueda continuar adelante y de concebir otro conjunto que pueda reemplazarlas.”

Thomas Kuhn, “La estructura de las revoluciones científica” (1971).

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

Las reflexiones que aquí se plasman son reflexiones colectivas y por tanto, son el resultante de un acumulado histórico de trabajo y estudio en el que participaron, directa o indirectamente, muchas personas.

Agradezco principalmente a mis madres, Marielisa Sepúlveda Rozas, Elisa Rozas Alegría y Marianella Sepúlveda Rozas, que simplemente se confunden con el significado del amor eterno; a mi padre, Isidro Sandoval Alvear, por su inquebrantable lealtad de padre siempre presente; a mi hermana, Rocío Sandoval Sepúlveda, que este año comienza lo que yo empiezo aquí a terminar y en general, a toda mi familia, por su confianza imprescriptible.

A mis más cercanos amigos, compañeros de vida, de trabajo y de lucha. Especialmente a Diego Elgueta, Andrés Labbé, Carolina Martínez, Concepción Martín, Camila Miranda, Francisco Santibañez, Héctor Salazar, Constanza Shönhaut, Mariana Tejos y Nicolás Vargas. Pero muy especialmente, agradezco a Felipe Larenas Burgos, sin el cual esta Memoria simplemente no podría haber sido pensada ni escrita.

Agradezco al Profesor José Antonio Viera-Gallo, por la oportunidad de recibir su crítica y comentario en la primera época de esta investigación. Asimismo, al Profesor Claudio Herrera, por su fundamental y oportuna intervención; y evidentemente, al Profesor Enrique Navarro Beltrán por su disposición amable e inmediata para guiar definitivamente este proyecto.

Como símbolo de amor y de admiración, le agradezco especialmente a mi compañera Javiera Ossandón Valdivia, por su amor siempre leal. Y a través de ella dedico esta Memoria a su madre, doña Carmen Oyarce Oyarce, que descansa en paz.

RESUMEN (ABSTRACT)

En esta Memoria de Pregrado para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, se desarrollan argumentos propiamente jurídicos que permiten asentar la existencia de una rama del derecho especializada dentro del Derecho Público chileno, pero autónoma de otras ramas tales como el Derecho Constitucional o Administrativo, cuya finalidad es el estudio sistemático de las relaciones jurídicas surgidas a propósito del fenómeno educativo y cuya denominación es “Derecho Educacional” o “Derecho de la Educación”. Estos argumentos, que aportan a otras elaboraciones que ya se han hecho al respecto en Chile y en el extranjero, se relacionan principalmente con la idea de autonomía, entendida ésta como la cualidad de ciertas normas de poseer un objeto propio de estudio y desplegada en al menos tres ámbitos: el científico o académico (autonomía científica), el pedagógico (autonomía didáctica) y el legislativo (autonomía legislativa). La tesis que aquí se sostiene es que el Derecho Educacional chileno posee, a la fecha, cierto grado de desarrollo disciplinar en los tres ámbitos y que por ende, existen razones propiamente jurídicas para hablar ya de una nueva rama del derecho chileno.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA	2
RESUMEN (ABSTRACT).....	3
ÍNDICE	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. LA AUTONOMÍA COMO CRITERIO FUNDAMENTAL PARA LA EXISTENCIA DE UNA RAMA DEL DERECHO.....	7
1.1 La Sistemática Jurídica: por un contexto para entender el concepto de ramas del derecho.	7
1.2. La noción de “rama del derecho”.....	12
1.3 La autonomía como objeto propio de estudio.....	14
1.4. Las tres clases de autonomía.....	16
1.4.1. Autonomía científica.....	17
1.4.2. Autonomía didáctica.....	18
1.4.3. Autonomía legislativa.	18
2. AUTONOMÍA CIENTÍFICA, DIDÁCTICA Y LEGISLATIVA DEL DERECHO EDUCACIONAL CHILENO.....	19
2.1. Propositiones para un “estado del arte” del Derecho Educacional en Chile y Latinoamérica.	19
2.1.1. El caso chileno.	19
2.1.2. El caso latinoamericano.	23
2.2. Las tres clases de autonomía y sus manifestaciones en el naciente Derecho Educacional chileno.....	32
2.2.1. Autonomía científica del Derecho Educacional chileno.	33
2.2.2. Autonomía didáctica del Derecho Educacional chileno.	49
2.2.3. Autonomía legislativa del Derecho Educacional chileno.....	53
2.3. Hacia una definición original del Derecho Educacional.....	66
3. A MODO DE CONCLUSIÓN: DERECHO EDUCACIONAL COMO UNA HERRAMIENTA ÚTIL EN LA ELABORACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN EDUCACIÓN.....	68
BIBLIOGRAFÍA	75
ANEXO.....	83

INTRODUCCIÓN

La presente Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile¹ pretende proponer – con profunda humildad intelectual y académica – una justificación teórico-jurídica que afirme y asiente la existencia del Derecho Educacional o Derecho de la Educación como una nueva rama del derecho público chileno. Esta idea, por cierto, no es original. Existe ya un incipiente interés por parte de la doctrina chilena en configurar una rama autónoma que se haga cargo del estudio de las relaciones jurídicas surgidas en torno al fenómeno educativo y sus derivados. Como veremos, este interés doctrinario se ha enfocado principalmente en justificar el surgimiento de esta nueva rama en base a la relevancia política y social que la cuestión educacional ha adquirido durante los últimos años en Chile, al calor de las movilizaciones estudiantiles, relevancia que por sí misma justificaría una sistematización y teorización sobre la normativa educacional vigente, en un contexto de dispersión y falta de coherencia interna.

Sin perjuicio de compartir esta apreciación, el intento de esta Memoria va más allá y pretende aportar razones *propriadamente jurídicas* que justifiquen teóricamente la inclusión del Derecho Educacional chileno en el catálogo ampliamente reconocido de disciplinas que poseen tratamiento autónomo y sistemático de la ciencia jurídica y del Legislador, constituyéndose como una nueva rama del derecho nacional, con especialidad dentro del universo del Derecho Público y autonomía de otras ramas tales como el Derecho Constitucional o el Derecho Administrativo, en la medida que responde a fenómenos y principios cada vez más particulares.

El Profesor Alejandro Vergara Blanco sostiene que para la construcción de microsistemas jurídicos (léase, ramas del derecho) los autores suelen, en un primer momento, separar una masa de elementos básicos o esenciales, los cuales conforman lo que él llama “la médula” de cada disciplina. Estos elementos son claves

¹ Una parte de esta Memoria de Pregrado fue utilizada como asesoría parlamentaria para el Honorable Diputado Sr. Gabriel Boric Font, a nombre de su autor y a través de la intermediación de Fundación Nodo XXI. Esta circunstancia fue conocida y autorizada por el Profesor Guía Sr. Enrique Navarro Beltrán.

en tanto identifican el núcleo esencial del nuevo microsistema. La ciencia jurídica, que el autor llama “la Doctrina erudita” y que es la encargada de identificar estos elementos claves, se basa generalmente en la idea de “sistema jurídico” para en primer lugar tematizar una materia particular, luego especificar las respectivas relaciones jurídicas que la configuran y terminar relacionando el derecho vigente (reglas y principios) con ciertos supuestos de hecho. Una vez que la ciencia jurídica es capaz de realizar este proceso y encontrar el “núcleo esencial” de una disciplina, ya es posible pensar una nueva rama del derecho.

Esta Memoria intenta avanzar humilde y críticamente en la línea propuesta por el Profesor Vergara Blanco, proponiendo el marco conceptual desde el cual sea posible avanzar hacia el “núcleo esencial” del Derecho Educacional chileno. El primer acápite lleva por nombre *“La autonomía como criterio fundamental para la existencia de una rama del derecho”* y pretende entregar una necesaria contextualización de lo que significa el concepto y el estudio de las ramas del derecho, profundizando especialmente en la idea de autonomía como concepto central para el argumento que se presenta. El segundo acápite lleva por nombre *“Autonomía científica, didáctica y legislativa del Derecho Educacional chileno”* y en él se pretende justificar – a partir del argumento entregado en el punto anterior – que el Derecho Educacional puede constituirse como una rama autónoma del derecho chileno. Para ello, se analizan tres clases de autonomía y cómo ellas se manifiestan en nuestro sistema jurídico. En el mismo acápite y a partir del análisis crítico a otras definiciones de “Derecho de la Educación”, tanto en la Doctrina nacional como internacional, se termina formulando propositivamente una definición original de Derecho Educacional.

Al final de esta Memoria, se incluye un tercer acápite titulado *“A modo de conclusión: el Derecho Educacional como herramienta útil en la elaboración de políticas públicas en educación”*, donde se realizan algunas consideraciones finales que van en la dirección de justificar la utilización del Derecho Educacional como un instrumento eficaz en la elaboración de políticas públicas educativas, desarrollando una técnica jurídica afinada y moderna, con principios propios y siempre al servicio de decisiones democráticas.

1. LA AUTONOMÍA COMO CRITERIO FUNDAMENTAL PARA LA EXISTENCIA DE UNA RAMA DEL DERECHO.

1.1 La Sistemática Jurídica: por un contexto para entender el concepto de ramas del derecho.

Antes de tratar directamente las razones que justifican la inclusión propiamente tal del Derecho Educacional o Derecho de la Educación entre aquellas disciplinas jurídicas dignas de constituirse como “ramas del derecho”, debemos responder algunas preguntas previas. Por ejemplo, ¿qué tienen en común las normas específicas que se agrupan dentro de una rama del derecho?; ¿qué hace, por ejemplo, que las normas de Derecho Penal sean normas penales y que, por otra parte, las normas de Derecho Tributario sean normas tributarias? En otras palabras, antes de iniciar cualquier argumentación en el sentido propuesto en esta Memoria debemos responder la pregunta sobre la forma en que se configura una nueva rama del derecho y para ello, comprender cuál es el requisito fundamental para que esa configuración ocurra, lo que no es otra cosa que dilucidar cuál es la idea sustantiva que hay detrás del concepto de rama o disciplina jurídica. Desde ya adelantamos que dicha idea sustantiva es la idea de “*autonomía*”.

Tradicionalmente, las preguntas surgidas a propósito de las ramas del derecho han sido objeto de análisis por parte de la Filosofía del Derecho. Es precisamente una ramificación de esta clase de Filosofía², la que se preocupará específicamente de dar cuenta de la organización del Derecho en ramas. Esta ramificación es la “Sistemática Jurídica”, que como tema de estudio ha estado presente –directa o indirectamente– en la obra de grandes juristas, desde Von Savigny a Dworkin.³ En el primero, por ejemplo, al introducir la idea de “sistema” al análisis del fenómeno jurídico,

² ARELLANO, Carlos. “*Las grandes divisiones del Derecho*”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art1.pdf>> [consulta 19 de julio de 2016] p. 13.

³ VERGARA, Alejandro. 2014. “*Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los “núcleos dogmáticos*.” Revista Chilena de Derecho. Vol.41, N° 3, pp. 957-991. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n3/art08.pdf>> [consulta 19 de julio de 2016]. pp. 964 – 965.

sosteniendo que todas las instituciones jurídicas conforman un sistema y por ende solo pueden ser comprendidas por completo dentro de él⁴ y en el segundo autor, al señalar que los jueces al aplicar el derecho, otorgan preferencia (“prioridad local”, según Dworkin) a las disciplinas especializadas en que se divide el derecho y desde tales disciplinas, obtienen las primeras respuestas para que la aplicación de la ley al caso concreto sea la adecuada.⁵

Como disciplina particular, la Sistemática Jurídica tiene por objeto:

“(...) ordenar los conceptos jurídicos generales insertos ya en una norma, en instituciones jurídicas; ordenar el ámbito material de validez del Derecho objetivo, dar nomenclatura jurídico científica apropiada a las figuras o instituciones recientes, ordenar los contenidos temáticos relacionados con el Derecho, las ramas de reciente creación en el Derecho, nuevas disciplinas jurídicas, sistemas jurídicos en general, atendiendo a países o épocas determinadas.”⁶

En efecto, la Sistemática Jurídica tiene por objeto principal la *ordenación de las normas jurídicas*. A través de procesos lógicos y abstractos, pero siempre valorativos⁷, la Sistemática Jurídica intenta ordenar el Derecho. No por nada hablaremos de la existencia de un “ordenamiento jurídico”, de un “orden jurídico” o de un “sistema jurídico”, todas ideas detrás de las cuales están procesos lógico/valorativos de ordenación y clasificación de las más diversas normas jurídicas. En este sentido, la Sistemática Jurídica pretende dar un tratamiento coherente y específico a las normas para que éstas no se expresen como un todo caótico y puedan constituirse en un orden jurídico sistemático, en tanto todas y cada una de ellas se encuentran relacionadas e interrelacionadas, sea de forma directa o indirecta⁸.

⁴ Ibid. p. 969.

⁵ Ibid. p. 982.

⁶ CISNEROS, Germán. 2000. *“La interpretación de la ley”*. 3ª ed. México, D.F. Editorial Trillas. 163p. p. 18.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid. p.21.

Según el destacado jurista israelí Joseph Raz, la Sistemática Jurídica – en tanto teoría completa del orden jurídico como sistema – consiste en intentar darle respuestas a cuatro problemas fundamentales sobre éste: (1) el problema de la existencia, es decir, el problema de definir posibles criterios de existencia para un sistema jurídico; (2) el problema de la identidad o de la membresía, es decir, el problema de definir los criterios que determinan el sistema jurídico al cual pertenece una norma determinada; (3) el problema de estructura, que contiene tanto al problema sobre si existe o no una estructura común a todos los sistemas jurídicos o al menos a algunos de ellos; y además, al problema sobre si existen o no patrones de relaciones entre las disposiciones de un mismo sistema que sean identificables en todos o en algunos sistemas jurídicos distintos y, finalmente, (4) el problema del contenido, es decir, si existen o no disposiciones o contenidos jurídicos que aparezcan, de una u otra forma, en todos los sistemas jurídicos o en algunos de ellos.⁹

Para Raz, toda teoría del sistema jurídico que busque el orden del derecho y cuente con un sentido de totalidad, tiene que necesariamente proporcionar una solución para los problemas de existencia (1) e identidad (2), pues estos son parte de cualquier definición completa de sistema jurídico¹⁰. Asimismo, Raz sostiene que los problemas de la estructura (3) y el contenido (4) pertenecen al análisis de jurisprudencia comparada y que respecto a este último problema (el de contenido), es posible afirmar que no existe ningún contenido común a todo sistema, sin que esto afecte la existencia de una teoría general sobre sistemas jurídicos.¹¹

Sin perjuicio de esto, para la Sistemática Jurídica como teoría general del orden jurídico, el problema del contenido (en términos de Raz) no solo se limita a la posibilidad de encontrar contenidos comunes en distintos sistemas jurídicos. El problema que se plantea a propósito del estudio del contenido, permite ingresar detenidamente a un sistema jurídico particular (por ejemplo, en este caso al derecho

⁹RAZ, Joseph. 1986. *“El concepto de Sistema Jurídico”*. México, D.F. Universidad Nacional Autónoma de México. 289p. p.18.

¹⁰ *Ibid.* p.19.

¹¹ *Ibid.*

chileno) y descubrir las diferencias de contenido entre las normas y los principios que lo conforman. Este método por medio del cual la Sistemática Jurídica (y particularmente, los juristas) penetran en un sistema jurídico y sistematizan las normas internas de éste en consideración a las diferencias de su contenido y su “naturaleza jurídica”, consiste esencialmente en estudiar la relación que existe entre la realidad social (más particularmente entre ciertas formas de sociabilidad determinadas¹²) y las normas jurídicas, relación a partir de la cual es posible empezar a clasificar las normas en base a la forma de sociabilidad que regulan, clasificación de la cual nacen y para la cual son útiles las ramas o disciplinas del derecho. Como podemos ver, esta tarea tan compleja la Sistemática Jurídica la comparte con la Sociología Jurídica y más especialmente, según Gurvitch, con la denominada microsociología¹³.

Este proceso de búsqueda, análisis y descubrimiento, el Profesor Vergara Blanco lo identifica como la primera fase para identificar el núcleo dogmático de cualquier rama del derecho e identificar ese núcleo es, a su vez, la base de su autonomía. En efecto, para el autor:

“(...) cada jurista, observando un sector de la realidad, lo separa y disecciona en función de su especificidad; de la relación jurídica intersubjetiva, que es la base de cada disciplina, fluye un área, materia, o sector de la vida social, que la configura; esa es la primera mirada. El jurista, en relación a cada disciplina (la que surge de la huella de cada relación jurídica singular), mirando todo el orden interno (esto es, todas las reglas del ordenamiento jurídico vigente), obtiene el derecho positivo específico atinente al factum de esa relación jurídica.”¹⁴

¹² GURVITCH, Georges. 2001. “*Elementos de Sociología Jurídica*”. 2ª ed. Granada, España. Editorial Comares S.L. 267p. p.135-138.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ VERGARA, Alejandro. op. cit. p. 974.

Siguiendo en esto a Vergara Blanco, la Sistemática Jurídica será entonces la disciplina jurídica encargada de sistematizar las separaciones y disecciones a las que llegue el jurista al observar la realidad y desde esas observaciones, identificar las relaciones jurídicas que regulan específicamente esa realidad. Pero, ¿qué es aquello que finalmente determinará que de un determinado sector de la vida social se desprendan relaciones jurídicas tales que permitan sostener la existencia de una disciplina jurídica específica?

En este sentido, Vergara Blanco sostiene que:

“Si deseamos afirmar que una disciplina jurídica es tal, ello implica necesariamente afirmar su autonomía; y tal afirmación puede justificarse mediante la idea de sistema.”¹⁵

En efecto, el Profesor Vergara Blanco nos confirma que el elemento clave para que una rama del derecho pueda ser tal, es que posea autonomía y que esa autonomía puede – según Vergara Blanco – justificarse mediante la idea de “sistema jurídico”. Considero que la autonomía no solo puede justificarse mediante la idea de sistema sino que *simplemente no es posible hacerlo de otro modo*. En términos lógicos, no se puede pensar la autonomía de “algo” si no está claro respecto de qué es autónomo ese “algo”. La autonomía de una rama del derecho y el sistema jurídico del que son parte sus normas, son ideas conexas que deben ser tratadas conjuntamente, en tanto sólo podemos saber de qué son autónomas determinadas normas de un sistema, en la medida que entendamos porqué distintas normas (es decir, distintas “autonomías”) pertenecen de todas formas y a pesar de sus diferencias de contenido a un mismo sistema jurídico, constituyéndose como “microsistemas”, en los términos de Vergara Blanco¹⁶, dentro de un gran “macrosistema”.

Comprender la idea de sistema jurídico (y particularmente, su unidad) es útil porque, siguiendo al Profesor Vergara Blanco, permite por una parte tener un sentido de coherencia, mediante el cual resulta más fácil encontrar “núcleos dogmáticos” que

¹⁵ *Ibíd.* p. 972.

¹⁶ *Ibíd.* pp. 960-961.

vayan transformándose en ramas del derecho y por otra parte, tiene una función de protección de la unidad del sistema, que reduce el riesgo de rompimiento o desconexión de una disciplina respecto del orden sistémico.¹⁷ Estas funciones, según Vergara, son desarrolladas por cada especialista en relación a la rama del derecho en la que ha decidido especializarse, pero están siempre conectadas a la estructura del sistema u orden jurídico. Por eso, para los objetivos de esta Memoria sería muy relevante saber qué ha entendido una parte sustancial de la Doctrina por “sistema jurídico”, pues así es posible identificar en qué contexto debemos buscar argumentos que doten de autonomía al Derecho Educativo chileno. Sin embargo, por razones de extensión y pertinencia, la discusión sobre la idea de sistema jurídico se omitirá para dar pie derechamente a la idea de autonomía.¹⁸

En efecto, lo que nos convoca principalmente en estas líneas es el estudio y la comprensión de la noción específica de “rama del derecho”, en tanto a través de ella, podemos empezar a avanzar hacia la configuración del Derecho Educativo chileno como tal.

1.2. La noción de “rama del derecho”.

Tradicionalmente las ramas del derecho se han definido como:

“(...) grupos o conjuntos de normas que, por referirse a sectores individualizados de la vida social y por apoyarse en unos principios comunes que les dan trabazón y una coherencia interna, y los

¹⁷ *Ibíd.* p. 970.

¹⁸ N del A. De todas formas, para profundizar sobre la teoría sobre sistemas jurídicos, es recomendable la lectura de cierta doctrina clásica en la materia, donde destacan los aportes de Hans Kelsen y H. L. A. Hart, particularmente en: KELSEN, Hans. 1949. *“Teoría General del Derecho y del Estado”*. 3ª ed. México, D.F. Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones. 477p; HART, Herbert. L. A. 1961. *“El concepto de Derecho”*. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot. 332p. y en HART, Herbert. L. A. 1970. *“Teoría de Kelsen sobre la unidad del Derecho”* [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/21/est/est8.pdf>> [consulta 21 de julio de 2016].

*diferencian de otros grupos de normas, se consideran ramas autónomas del Derecho(...)*¹⁹

Asimismo, Carlos Arellano citando el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas²⁰, se refiere a las ramas del derecho como:

“Cada una de las ciencias con personalidad o carácter dentro de la Enciclopedia Jurídica, con independencia teórica, y más aún si ha logrado substantividad legislativa”.

Antonio-Enrique Pérez Luño, por su parte y a propósito de discusiones similares a ésta en el Derecho Informático, define a las ramas del derecho como un:

*“(...) conjunto unitario de reglas específicas dirigidas a la regulación de un objeto delimitado que se enfoca desde una metodología propia”.*²¹

Lo importante de estas definiciones es que entre ellas podemos encontrar algunas similitudes. Las expresiones utilizadas en ellas (por ejemplo, *“principios comunes”, “coherencia interna”, “personalidad”, “independencia teórica”* y *“substantividad legislativa”, “objeto delimitado”, “metodología propia”*) y que son elementos centrales en las definiciones citadas, apuntan todas hacia un mismo rasgo que es el que en definitiva hace particulares a ciertas normas jurídicas respecto de otras, las dota de una individualidad, de una membresía (en términos de Raz) y que por tanto permite agruparlas en una rama del derecho con contornos claros respecto de otras. Como ya hemos dicho más arriba, ese rasgo particular es la *autonomía*, concepto fundamental para comprender la noción de rama del derecho y que revisaremos en lo sucesivo.

¹⁹ LATORRE, Ángel. 1991. *“Introducción al derecho”*. 15ª ed. Barcelona, España. Editorial Ariel. 197p. p. 155.

²⁰ ARELLANO, Carlos. op. cit. p.13.

²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. 1996. *“Manual de informática y derecho”*. Barcelona, España. Editorial Ariel. 222p. p.21.

1.3 La autonomía como objeto propio de estudio.

Existe cierto consenso en que la principal característica que debe poseer un determinado conjunto de normas y principios jurídicos para identificarse como una rama del derecho particular es la *autonomía*²². Por cierto, el concepto de autonomía no debe interpretarse en ningún caso como la cualidad de ciertas normas de tener independencia absoluta de cualquier otra rama del derecho, pues entenderlo así sería desconocer la noción fundamental de unidad del derecho, propia de la idea de totalidad que hay detrás de un “orden jurídico”.

En efecto, la forma tradicional de caracterizar la idea que hay detrás de la autonomía de una rama del derecho, es entenderla como *la posesión de un objeto propio de estudio*²³. En otras palabras, una rama del derecho es autónoma respecto de otras ramas del derecho cuando el conjunto de normas jurídicas que la componen regulan un objeto particular y específico que se constituye como un sector individualizado de la vida social o una forma determinada de sociabilidad (siguiendo a Gurvitch).

Según el ya varias veces mencionado Profesor Alejandro Vergara Blanco, la autonomía de una disciplina jurídica no radica en la mera existencia de una legislación sectorial sino que en la identificación de un “núcleo dogmático” que también corresponde al núcleo de su autonomía²⁴, llegando éste núcleo a ser tan relevante a la hora de la definición de una nueva disciplina jurídica, que si el jurista no es capaz de identificarlo, tal disciplina o no existe o no es autónoma. Para Vergara Blanco, la posesión de un objeto propio de estudio (requisito de la autonomía) debe materializarse en la elaboración de un núcleo dogmático en torno a él, que ofrezca una proposición del contenido y el contorno de la respectiva disciplina especializada, lo cual se obtendrá del tratamiento doctrinario que realizan los juristas a través de libros, tratados, cursos, manuales, etc.²⁵ Así, la idea del “núcleo dogmático” supone dar respuesta a una serie de interrogantes sobre una naciente

²² ARELLANO, Carlos. op. cit. p.13.

²³ *Ibíd.*

²⁴ VERGARA, Alejandro. op. cit. p. 972.

²⁵ *Ibíd.* p. 974.

rama del derecho, por ejemplo, la determinación de la naturaleza jurídica de las normas que forman parte de ella o la comprensión de la coherencia interna de las normas y por tanto, su interpretación y su aplicación en casos difíciles, etc.²⁶

Siguiendo a Vergara Blanco, podemos llegar a la conclusión de que si el objeto de estudio particular de una nascente rama del derecho no se expresa en un núcleo dogmático, su existencia no es relevante en términos analíticos y simplemente no habrá autonomía ni rama del derecho alguna, por ser ésta innecesaria.

Sin perjuicio de lo anterior, considero que si bien el “núcleo dogmático” es imprescindible para la determinación de la existencia o no de una rama del derecho en el tiempo, en el momento del surgimiento de una nueva rama del derecho o al menos al momento de sus primeros pasos, no puede ser una exigencia que el “núcleo dogmático” de una nascente disciplina se encuentre plenamente desarrollado y definido, sino que es perfectamente posible asumir la existencia de una rama del derecho *nueva* mientras se profundiza constantemente en la configuración de su núcleo dogmático. Esto, pues la idea de “núcleo dogmático” debiese entenderse como esencialmente dinámica y en transformación continua, cuestión que se desprende de la naturaleza misma de los sistemas jurídicos. En este sentido, es evidente que existen “núcleos dogmáticos” más desarrollados que otros, como también es evidente que en el caso de Derecho Educativo, éste aún se encuentra en formación.

En este sentido, si la exigencia de un “núcleo dogmático” totalmente conformado para la existencia de una rama del derecho fuera tal, la tesis de esta Memoria simplemente no podría sostenerse y sin embargo, aquí se defenderá – con razones propiamente jurídicas y con sustento teórico – que incluso hoy ya es posible hablar de un Derecho de la Educación como una rama autónoma, sin que eso suponga un “núcleo dogmático” completamente definido. En lo sucesivo se desplegarán dichos argumentos.

²⁶ *Ibíd.*

1.4. Las tres clases de autonomía.

Hasta el momento, nos ha bastado con sostener que la autonomía de una rama del derecho está dada por la posesión de un objeto propio de estudio. Evidentemente, la delimitación de ese objeto de estudio es un tema crucial para cualquier intento que pretenda verificar la autonomía de una nueva rama del derecho y de hecho, es el punto natural de partida. Ya hemos dicho, siguiendo al Profesor Vergara Blanco, que para que esa delimitación sea provechosa y se avance en autonomía, es clave la configuración de un “núcleo dogmático”.

A partir del estudio de discusiones similares que se han dado a propósito del surgimiento de otras ramas del Derecho tales como el Derecho Tributario²⁷, el Derecho Agrario²⁸ o el Derecho Informático²⁹, se ha podido identificar que tradicionalmente la Doctrina ha reconocido *tres clases de autonomía*, que más bien son tres formas en que la idea misma de autonomía se expresa: la autonomía científica, la autonomía didáctica y la autonomía legislativa.

Lo que existe detrás de esta clasificación es la necesidad de demostrar la existencia de un objeto propio de estudio en al menos en tres planos fácticos: el plano científico o doctrinario, el plano didáctico o de la enseñanza del derecho y el plano derechamente legislativo. Se ha llegado a la conclusión de que para que una rama del derecho sea autónoma, es preciso que cada uno de estos planos se encuentre debidamente desarrollado.

A continuación se realizará una breve conceptualización de cada clase de autonomía. De antemano se advierte que no es este el momento en que estudiaremos y comprobaremos que el Derecho Educacional chileno posee

²⁷ VALDÉS, Ramón. 1985. “*El derecho tributario como rama jurídica autónoma y sus relaciones con la teoría general del Derecho y las demás ramas jurídicas*”. Montevideo, Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 42p.

²⁸ CARROZZA, Antonio y ZELEDÓN, Ricardo. 1990 “*Teoría general e institutos de derecho agrario*”. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 420p. p.45

²⁹ ULL Pont, Eugenio. 2003. “*Derecho Público de la Informática*”. 2ª ed. actualizada. Madrid, España. Universidad Nacional de Educación a Distancia. 393p.

autonomía y de las tres clases, pues esto será tratado con profundidad más adelante.

1.4.1. Autonomía científica.

La primera clase de autonomía que reconoce la Doctrina que se ha referido a la materia es la denominada “autonomía científica”, entendida como la posibilidad de adquirir conocimientos teóricos especializados que permitan determinar, conocer y explicar ciertos fenómenos jurídicos que son propios de una rama del derecho en particular³⁰. Dicho de otro modo, la autonomía científica consiste en la posibilidad de un tratamiento científico de un conjunto orgánico de normas³¹.

En los términos de Vergara Blanco, la autonomía científica es la posibilidad cierta de identificar el “núcleo dogmático” de una disciplina jurídica, conformando, formulando, diseñando, delimitando y describiendo la rama³² y distinguiendo al menos tres elementos esenciales de ella: la o las relaciones jurídicas que la conforman, instituciones propias y principios propios.³³

En efecto, tras el concepto de autonomía científica lo que existe es la necesidad de encontrar un plano en el cual los juristas puedan estudiar, comprender y clasificar determinados fenómenos que sean propios del objeto de estudio que se pretende o se ha podido identificar, de forma sistemática, organizada y permanente en el tiempo, a través de métodos de investigación jurídica tales como el análisis de normativa, la revisión de jurisprudencia, el derecho comparado etc., y así, desarrollar un análisis científico tal que permita individualizar las características del fenómeno y encontrar las particularidades que hacen de él un objeto propio de estudio para una nueva rama del derecho, lo que se traduce en libros, manuales, tratados, *papers*, etc., sobre la materia. En palabras simples, hacer Doctrina.³⁴

³⁰ ARELLANO, Carlos. op. cit. p.13.

³¹ CARROZZA, Antonio y ZELEDÓN, Ricardo. op.cit. p.45.

³² VERGARA, Alejandro. op. cit. p. 975.

³³ *Ibíd.* p. 980.

³⁴ N. del A. Se plantea aquí el problema de los principios, en tanto existió en su momento cierto grado de controversia respecto del hecho de ser o no la existencia de principios generales y universales una

1.4.2. Autonomía didáctica.

En segundo lugar, la Doctrina reconoce la necesidad de una autonomía “*didáctica*”, la cual se entiende como la atención especializada que le entregan las instituciones formadoras de abogados y abogadas y el mundo académico del Derecho en general, a la enseñanza de las normas y los principios que forman parte de un conjunto orgánico particular. En efecto, se dice que:

“(...) es preciso estudiar por separado lo distinto y si una rama del derecho tiene características distintas frente a otras ramas del Derecho, requiere de estudios especializados”³⁵.

Esta dimensión de la autonomía necesariamente se debe traducir en cátedras o cursos especializados en la disciplina, así como también seminarios, conferencias, foros, exposiciones, talleres, etc.; que traten sobre el objeto propio de estudio y desarrollen lo que ya hemos definido como el “núcleo dogmático” de la rama del derecho. En este sentido, la autonomía didáctica viene dada principalmente por la inclusión de la disciplina en los planes de estudio jurídicos de las Facultades de Derecho.³⁶

1.4.3. Autonomía legislativa.

La tercera y última dimensión en la que se debe proyectar la autonomía de una disciplina jurídica, es la denominada “autonomía legislativa”. Esta surge cuando el Legislador establece una especie de normatividad que no se adhiere a la normatividad de una rama específica, a un ordenamiento jurídico ya asentado como

condición de posibilidad para verificar la autonomía científica de una rama del derecho, asentándose a propósito de la discusión propia del Derecho Agrario sobre su autonomía, la posición que le resta relevancia fundamental a los principios. Para una discusión acabada al respecto, se recomienda ver: CARROZZA, Antonio y ZELEDÓN, Ricardo. op. cit. p. 47 en adelante.

³⁵ ARELLANO, Carlos. op. cit. p.13.

³⁶ N del A. Como forma de ejemplificar situaciones reales en este sentido y conocer de la interesante profundización de esta autonomía didáctica en relación al proceso vivido por el Derecho Informático en las universidades españolas, recomiendo revisar el Capítulo II titulado “*Informática Jurídica y Derecho Informático en la formación universitaria*”, en PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. op. cit. pp.27-40.

rama del derecho.³⁷ En otras palabras, la autonomía legislativa está dada por la actitud consciente del Legislador (o inconsciente, en el sentido de no ser buscada), que al momento de actuar racionalmente creando normas, lo hace de tal modo que su creación consiste en un conjunto de reglas particulares que son posibles de agrupar en una rama específica del derecho y no en otra.

Tradicionalmente se ha considerado este estadio de desarrollo de una rama del derecho (estrechamente ligado a la idea de codificación) como el más alto y el más difícil de conseguir, pues si el Legislador sanciona la existencia de una clase específica de norma y por tanto le entrega autonomía de otras normas por vía legislativa, poco puede hacer la Doctrina y la Academia para desconocer el nacimiento de una rama o disciplina especializada del Derecho en torno a esa nueva normatividad especializada. Curiosamente es este estadio el más desarrollado en nuestro país, cuestión que veremos en detalle en el próximo acápite.

2. AUTONOMÍA CIENTÍFICA, DIDÁCTICA Y LEGISLATIVA DEL DERECHO EDUCACIONAL CHILENO.

2.1. Propositiones para un “estado del arte” del Derecho Educacional en Chile y Latinoamérica.

2.1.1. El caso chileno.

Ciertamente, esta Memoria de Pregrado no es ni pretende ser el primer intento por caracterizar el Derecho Educacional como nueva rama del derecho, ni en Chile ni en el mundo. Por esta razón es que iniciaremos este punto con un breve “estado del arte” de la discusión específica en la materia, al menos en el contexto chileno y posteriormente, latinoamericano.

Para el caso chileno, nos basaremos principalmente en el libro “Introducción al Derecho Educacional chileno” de los Profesores Alfredo Romero Labra y Miguel

³⁷ ARELLANO, Carlos. op. cit. p.13.

Zárate Carrazana, publicado el año 2013 y que inaugura en la academia chilena la discusión sobre el Derecho Educacional.

Para estos dos autores chilenos, la falta de pulcritud jurídica en el reemplazo y modificación de los textos normativos chilenos sobre educación (guiados más por una racionalidad de mercado que por otras razones), ha generado una preocupante mezcla de reglas y principios de Derecho Público y Derecho Privado en la normativa educacional³⁸. Esto merece un esfuerzo ordenador que ellos relacionan con el surgimiento del Derecho Educacional como rama del derecho chileno. Asimismo, los autores sostienen que la complejidad de la estructura legal educativa, la inexistencia de investigación jurídica especializada al respecto (así como también de análisis de la jurisprudencia judicial y administrativa), la dificultad del objeto que se regula, la dispersión y el volumen normativo y finalmente, la especificidad de actores involucrados, son todas razones que justifican también el nacimiento de esta disciplina en Chile³⁹. Sin embargo, el argumento más poderoso – según Romero y Zárate – es la aparición del concepto de “normativa educacional” en la Ley que crea un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Escolar (Ley N° 20.529), cuestión que veremos en detalle más adelante.

A juicio de los autores, si el Legislador ha definido legalmente el carácter de las normas que regulan el proceso educativo, debe existir una rama especial del derecho que se centre en “*su estudio, sistematización, análisis y propuestas*”⁴⁰. Y esa rama para ellos, es el Derecho Educacional.

Apoyan teóricamente esta idea en que la proposición de un Derecho de la Educación como especializada rama del derecho, es el ensayo de una nueva matriz disciplinar, que en los términos que expone Thomas S. Kuhn en su famoso libro “La estructura de las revoluciones científicas”, vendría a superar la matriz disciplinar existente en la materia, aportando preguntas y respuestas novedosas derivadas de la actitud

³⁸ ZÁRATE, Miguel y ROMERO, Alfredo. 2013. *Introducción al Derecho Educacional Chileno*. Santiago, Chile. Editorial Legalpublishing. 654p.p. 15.

³⁹ *Ibid.* p. 43 – 44.

⁴⁰ *Ibid.* p. 44.

revolucionaria de ciertos juristas, actitud que posibilita la aparición de un nuevo paradigma jurídico que en este caso sería el Derecho de la Educación en Chile. Para los autores, que en esto siguen a Kuhn:

“(...) el hecho que unos pocos científicos comiencen a desconfiar de la utilidad de la matriz y que se dediquen a buscar una nueva que satisfaga sus problemas, es un proceso intrínsecamente revolucionario que puede desencadenar en el nacimiento de una nueva matriz disciplinaria o paradigma científico.”⁴¹

En razón de estos argumentos, los Profesores Romero y Zárata definen el naciente Derecho Educacional chileno como:

“(...) un sistema de reglas y principios jurídicos que interactúan orgánicamente, para regular el acontecer educativo formal de nuestro país. Es decir, es un proceso dinámico de normativas que regula no solamente la educación en sí (enseñar y aprender), sino también a sus actores (instituciones y comunidad educativa), las relaciones que surjan entre ellos (derechos y deberes) y la necesaria protección de los derechos fundamentales que se identifican en dicha dinámica. Es el derecho que regula en su integridad el sistema educativo chileno.”⁴²

En efecto, Zárata y Romero creen haber desencadenado, siguiendo a Kuhn, el nacimiento de una nueva matriz disciplinar en el ámbito del derecho chileno: el Derecho Educacional. Esta idea es controvertida por su prologuista, el Profesor Pablo Ruiz-Tagle, quien considera que esta forma de justificación está lejos de ser convincente. En efecto, en el prólogo de “Introducción al Derecho Educacional chileno”, Ruiz-Tagle señala que:

“(...) no coincido con la idea de los autores del surgimiento de un “derecho educacional”; ni me convence la idea que estamos ante una nueva matriz disciplinaria, en términos de lo que ha argumentado

⁴¹ Ibíd. p. 23.

⁴² Ibíd. p. 46.

*Thomas Kuhn (...) porque no me parece suficientemente probada la revolución científica, en este caso.*⁴³

Por esta razón, el Profesor Ruiz-Tagle es crítico a la forma en que los autores justifican la existencia del Derecho Educacional. En efecto, sostiene que:

*“El así denominado “derecho educacional” de los señores Romero y Zárate es historia, derecho constitucional y derecho administrativo. No existe, a mi juicio, un método o autonomía que justifique el surgimiento de una nueva área jurídica como argumentan los autores. Por eso creo que una forma más acertada de concebir estas materias es entenderlas como relativas al “derecho a la educación”.*⁴⁴

Sin duda la conclusión del Profesor Ruiz-Tagle no es compartida en esta Memoria, en tanto le niega la autonomía al Derecho Educacional, cuestión que este trabajo pretende precisamente demostrar. Su crítica a la posición de Zárate y Romero es que para él no ha sido suficientemente probada la idea de que nos encontramos frente a una nueva matriz disciplinar en los términos de Thomas Kuhn. En eso, nos parece que el Profesor Ruiz-Tagle tiene razón, pues el acercamiento que los Profesores Romero y Zárate realizan a esta idea es bastante superficial, cuestión que ellos mismos reconocen y que justifican en ser estos los primeros acercamientos a esta nueva matriz disciplinar.⁴⁵ Lo interesante para efectos de este trabajo, es que de cierta forma el Profesor Pablo Ruiz-Tagle concede que es perfectamente posible profundizar en la elaboración de esa matriz disciplinar y de esa forma probar su existencia, cuestión que los Profesores Zárate y Romero no habrían conseguido, pero que otros podrían hacerlo. Mientras no se pruebe la existencia de esta matriz disciplinar (el “método” o la “autonomía” que señala Ruiz-Tagle), el Derecho Educacional seguirá siendo “historia, derecho constitucional y derecho administrativo”. Por tanto, a mi juicio el Profesor Ruiz-Tagle instala un desafío, que

⁴³ Ibíd. p.2.

⁴⁴ Ibíd.

⁴⁵ Ibíd. p.24.

es el de avanzar en la configuración y prueba de la autonomía jurídica del Derecho de la Educación en Chile.

Sin perjuicio de la polémica que abre su prologuista, el libro de los Profesores Zárata y Romero es el aporte académico más importante realizado en Chile respecto a la materia, en la medida que por primera vez se intenta justificar la existencia de una rama específica que se refiera a las relaciones jurídicas surgidas a propósito del fenómeno educativo. Asimismo, los autores reflexionan también respecto al tratamiento que la academia jurídica latinoamericana le ha dado al Derecho de la Educación. A continuación, revisaremos directamente las fuentes que utilizan los autores chilenos para encontrar nuevas luces sobre el “*state of art*” de la discusión sobre el Derecho Educacional como nueva rama del derecho, complementando las breves menciones que realizan de ellos en su importantísimo texto.

2.1.2. El caso latinoamericano.

En su libro, Zárata y Romero identifican como precursores del Derecho Educacional en otras latitudes de nuestro continente al Profesor Raúl Soria, en Argentina; al Profesor Edmundo Escobar, en México y al Profesor Celín Arce Gómez, en Costa Rica. A continuación, revisaremos directamente las fuentes utilizadas por los autores chilenos y perfilaremos una crítica, humilde y constructiva, a sus elaboraciones.

El académico argentino Raúl Soria prefiere la expresión “Derecho Educativo” para lo que nosotros aquí llamamos Derecho Educacional o Derecho de la Educación. Se ha dicho que el uso de la expresión “educativo” parece algo confuso en la medida que puede entenderse la expresión “Derecho Educativo” como “Derecho que educa”⁴⁶. Por esta razón es que a lo largo de estas líneas seguiremos utilizando “Derecho Educacional” o “Derecho de la Educación”, sin perjuicio de que finalmente se trate de una preferencia de estilo. En fin, para Raúl Soria el Derecho Educacional:

⁴⁶ JOAQUIM, Nelson. 2009. “*Direito Educacional Brasileiro-História, Teoria e Prática*”. [en línea] <<http://www.sateducacional.com.br/admin/cursos/uploads/sat.pdf>> [consulta 19 de julio de 2016]. p. 113.

“(...) estudia fundamentalmente la norma educacional, su integración en el sistema y su incumbencia desde el punto de vista propio del derecho, los principios que contiene y la doctrina que le dio origen.”⁴⁷

Asimismo, Soria sostiene que:

“La legislación que comprende el Derecho Educativo, está conformada por normas constitucionales, leyes, decretos, resoluciones administrativas, nacionales y provinciales, conjuntamente con cartas orgánicas y ordenanzas municipales, que componen una estructura jurídica en torno a la educación.”⁴⁸

Lo más interesante a mi juicio de la conceptualización del Profesor Soria es la utilización del concepto de “norma educacional” como centralidad de su definición, llegando incluso a definir qué clase de normas integran la legislación específica y propiamente educacional. Con este concepto, Soria se acerca bastante a una definición objetiva del Derecho Educativo, en la que de todas formas se extraña una mayor profundización sobre el concepto de educación como objeto de regulación de la “norma educacional”, así como también alguna mención a las relaciones jurídicas (derechos y deberes) nacidos a propósito del fenómeno educativo.

Por su parte, desde México el Profesor Edmundo Escobar señala que los objetivos del Derecho Educativo (también él prefiere esa expresión) son:

“(...) reunir, clasificar, jerarquizar, estructurar, fundamentar, etc., la legislación educativa, sus principios y supuestos, para la adecuada operatividad dogmática y orgánica de este corpus.”⁴⁹

⁴⁷ SORIA, Raúl. 2011. *“Introducción al análisis del Derecho Educativo”*. [en línea] <<http://www.mailxmail.com/curso-introduccion-analisis-derecho-educativo-1-3>> [consulta 19 de julio de 2016]

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ ESCOBAR, Edmundo. 1982 *“El Derecho Educativo. El Derecho de la Educación o el Derecho en la Educación”*. En: Memoria del X Congreso Mundial ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. México, D.F. Universidad Autónoma de México. [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/469/22.pdf>> [consulta 19 de julio de 2016]. p. 212.

Como se puede observar de su definición, en el caso del Profesor Escobar existe una mayor preocupación por definir los objetivos del Derecho Educativo en relación a la legislación educacional (reunirla, clasificarla, jerarquizarla, estructurarla, fundamentarla, entre otras) que por establecer qué clase de normas serían aquellas que conformarían la legislación educacional, remitiéndose simplemente a señalarla como un corpus y distanciándose así de la definición de Raúl Soria, quien prefería extenderse en la descripción de la legislación educacional, pero sin profundizar – como Escobar – en los objetivos del Derecho Educativo, remitiéndose a señalar como objetivo el “*estudiar fundamentalmente la norma educacional*”. Una definición más completa del Derecho Educativo debiese tener presente ambos elementos. De todas formas, Edmundo Escobar nos entrega una justificación más compleja de la necesidad de un Derecho Educativo. En efecto, el autor señala que:

“La razón principal que tenemos para hablar de la creación de un Derecho Educativo o Derecho de la Educación, es que existe un volumen ya considerable de jurisprudencia, de legislación y reglamentación sobre la vida educativa. Y existiendo tal fondo o corpus jurídico, cabe verlo ya científicamente, para que al crecer en fechas próximas el volumen de sus contenidos, su desarrollo no sea caótico ni deficiente, sino que, bien fundamentado en sus principios y jerarquizado en sus problemas, pueda desarrollarse adecuadamente en todas las direcciones y niveles de la vida educativa (...).”⁵⁰

Como se puede observar, Escobar plantea una visión más total del Derecho Educativo, mucho más compleja que la de Soria, en tanto propone una reacción jurídica poderosa ante el crecimiento del hecho educativo como hecho social, reacción que no solamente involucra a juristas sino también a pedagogos, antropólogos, administradores, sociólogos, políticos y politólogos, ofreciéndoles a todos ellos la posibilidad de reflexionar sobre infinidad de cuestiones relacionadas con el fenómeno educativo: desde su lugar en los marcos de la cultura y la Historia,

⁵⁰ Ibíd. p. 213.

hasta el estatus jurídico de los educandos, los educadores y las autoridades educativas.⁵¹ Sin embargo, esta importante virtud de definir el Derecho Educacional como un fenómeno complejo se ve disminuida en tanto el autor mexicano no nos ofrece – como sí lo hace el Profesor Soria – una definición exacta sobre qué se debe entender por legislación educacional, sino que más bien, nos recalca reiteradamente la necesidad urgente del Derecho de la Educación. Esto no deja de ser relevante, pues el concepto de “normativa educacional” supone un argumento de peso para la idea de autonomía y por lo mismo, debe desarrollarse debidamente, cuestión que el Profesor Escobar omite.

Para Zárate y Romero, sin embargo, la definición más completa es la que entrega el Profesor Celín Arce Gómez.⁵² Para Arce, el Derecho Educacional:

*“(...) tiene por objeto la regulación de la educación en la sociedad en todas sus manifestaciones: el sistema educativo, las formas de prestación educativa, los derechos y deberes de sus beneficiarios, y los derechos y deberes fundamentales de las personas respecto a la educación, en suma, el régimen jurídico de la educación en una sociedad determinada.”*⁵³

Una simple comparación con la definición de Zárate y Romero nos deja claro que los Profesores chilenos tuvieron la definición de Arce en mente para construir la suya. Recordemos que ellos definen el Derecho Educacional como:

“(...) un sistema de reglas y principios jurídicos que interactúan orgánicamente, para regular el acontecer educativo formal de nuestro país. Es decir, es un proceso dinámico de normativas que regula no solamente la educación en sí (enseñar y aprender), sino también a sus actores (instituciones y comunidad educativa), las relaciones que

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² ZÁRATE, Miguel y ROMERO, Alfredo. *op.cit.* p.45.

⁵³ ARCE, Celín. 2012. *“Derecho Educativo”*. San José de Costa Rica, Costa Rica. Editorial Universidad Estatal a distancia (EUNED). [en línea] <http://books.google.cl/books?id=Z2skG-ddJDMC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> [consulta 19 de julio de 2016] p. 15.

*surjan entre ellos (derechos y deberes) y la necesaria protección de los derechos fundamentales que se identifican en dicha dinámica. Es el derecho que regula en su integridad el sistema educativo chileno*⁵⁴

En el mismo orden, ambas definiciones incluyen menciones al objetivo de regular el fenómeno educativo “en la sociedad en todas sus manifestaciones” y en “el acontecer educativo formal”; posteriormente ambas definiciones insisten en regular “las formas de prestación educativas” o “la educación en sí (enseñar y aprender)”; luego, ambas definiciones suponen la regulación de relaciones jurídicas propias del fenómeno educativo, una regulando “los derechos y deberes de sus beneficiarios” (refiriéndose a las prestaciones educativas) y la otra regulando “las relaciones que surjan entre ellos (derechos y deberes)” refiriéndose a los actores de la educación; asimismo, ambas definiciones suponen el carácter fundamental del derecho que regulan en tanto se trata por una parte de regular “derechos y deberes fundamentales de las personas respecto a la educación” y por otra se trata de regular “la necesaria protección de los derechos fundamentales que se identifican en dicha dinámica” (la educativa). Finalmente ambas definiciones terminan en términos muy similares: mientras para una el Derecho Educacional es “en suma, el régimen jurídico de la educación en una sociedad determinada”, para la otra es “el derecho que regula en su integridad el sistema educativo”.

A nuestro juicio y desde una perspectiva crítica y constructiva, el problema de la definición de Arce, no tiene tanto que ver con la forma en cómo está estructurada ni su amplitud (en la que podemos incluso estar bastante de acuerdo), sino más bien con que Arce Gómez, inmediatamente después de entregar esta definición, vincula estrechamente al Derecho Educativo con el Derecho Administrativo, como parte integral de éste. En efecto, para el Profesor Arce Gómez, el Derecho Educacional no puede ser una rama del derecho pues no posee principios propios y por esta razón no sería un derecho autónomo sino solo una especialidad del Derecho Administrativo. En efecto, el autor sostiene que:

⁵⁴ ROMERO, Alfredo y ZÁRATE, Miguel. op. cit. p. 46.

*"No creemos de manera alguna que el derecho educativo pueda considerarse como una rama del derecho y se pueda diferenciar, así, del derecho administrativo, ya que, para que esto sea posible, se requiere que desarrolle principios propios."*⁵⁵

Y más adelante, vuelve a insistir en que:

*"(...) el derecho educativo es una rama especializada del derecho administrativo, por lo que resultan aplicables a él los principios generales de este último, así como sus leyes generales típicas (...)"*⁵⁶

Por tanto, su concepto podrá contener todos los aspectos esenciales para ser una buena definición de Derecho Educacional, pero en realidad no pretende ser más que una descripción de un área especializada del Derecho Administrativo, cuestión del todo contraria a la tesis que defiende el libro de Zárate y Romero y por supuesto, esta Memoria. Por esta razón resulta al menos curioso que los Profesores chilenos hayan elegido como principal referente para su definición, un concepto de Derecho Educacional que – analizado con profundidad – no hace sino negar su carácter de rama del derecho.

Ahora bien, también es importante señalar que una crítica generalizada que es posible hacerle a todas las definiciones hasta aquí revisadas, es que el problema de la autonomía no es relevante para ninguno de los autores señalados, lo cual es un vacío fundamental que debe ser salvado. Ni Zárate ni Romero ni tampoco los autores latinoamericanos en que ellos basan su concepción del Derecho Educacional se refieren a la autonomía como el criterio relevante a poseer para que un conjunto de normas jurídicas sean una rama autónoma del derecho. Mucho menos proyectan la autonomía del Derecho Educacional en las tres dimensiones que ya hemos descrito a lo largo de esta presentación: la dimensión científica, la dimensión pedagógica y la dimensión legislativa. Las definiciones de los autores revisados coinciden más bien en que la educación es un fenómeno social de primera relevancia para la Humanidad

⁵⁵ ARCE, Celín. op.cit. p. 16.

⁵⁶ *Ibíd.*

y cuyo desarrollo desde el Derecho - para que sea racional - debe ser guiado por una labor de sistematización y coordinación que ellos llaman de Derecho Educativo o Educacional. Sin embargo, no hay en sus definiciones ni en la forma en que caracterizan el Derecho Educacional una profundidad tal que permita justificar de forma estrictamente jurídica la existencia de esta rama del derecho como una rama autónoma.

Donde sí es posible encontrar ejemplos más certeros para fundamentar jurídicamente la autonomía del Derecho Educacional, es en el caso brasileño, caso que no figura en el análisis comparado que se hace en el libro de Romero y Zárate y que trataremos a continuación.

El estudio del Derecho Educacional como una disciplina jurídica autónoma en el Derecho brasileño tiene sus orígenes en 1977, cuando se realizó en la ciudad de Campinas el “Primer Seminario de Derecho Educacional”, que contó con el auspicio de la Universidad Estatal de Campinas (UNICAMP) y que durante tres días reunió a educadores y juristas brasileños interesados en debatir sobre la relación entre Educación y Derecho. Dentro de las conclusiones a las que llegó este importante encuentro se encuentran, entre otras, proponer al Ministerio de Educación Brasileño: (a) sensibilizar a los poderes públicos y en especial a las entidades responsables de la educación sobre la importancia de sistematizar la legislación educativa, (b) patrocinar cursos sobre Derecho Educacional para el personal que directamente trabaja en el sector y (c) otorgar recursos y condiciones para realización de estudios científicos de Derecho Educacional.⁵⁷ Asimismo, otra conclusión importante del Seminario fue la de apoyar la creación de órganos universitarios destinados al estudio del Derecho Educacional, así como también la realización de otros Seminarios y Ponencias al respecto.⁵⁸ Las conclusiones llegan incluso más allá y recomiendan estimular la inclusión del Derecho Educacional como un curso regular optativo en las Facultades de Derecho del Brasil, en el nivel de pre y post-grado.⁵⁹

⁵⁷ JOAQUIM, Nelson. op.cit. p. 106.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.* p. 107.

Ahora bien, no fue sino hasta los estudios de Renato Alberto Theodoro Di Dio que no se da inicio a una discusión doctrinal propiamente jurídica respecto a la autonomía del Derecho Educacional brasileño. En efecto, en una tesis titulada "*Contribuição à Sistematização do Direito Educacional*" publicada en 1981, Di Dio intenta con bastante éxito demostrar que el Derecho Educacional brasileño tiene todos los requisitos para ser una rama autónoma del derecho⁶⁰, los cuales para él son (1) una extensión suficiente que justifique un estudio especial, (2) doctrinas homogéneas, dominadas por conceptos generales y comunes, distintos a los conceptos informadores de otras disciplinas y (3) un método propio para abordar el objeto propio de su estudio.⁶¹ En efecto, Di Dio define el Derecho Educacional como:

*"(...) conjunto de normas, princípios, leis e regulamentos, que versam sobre as relações de alunos, professores, administradores, especialistas e técnicos, enquanto envolvidos, mediata ou imediatamente, no processo ensino-aprendizagem."*⁶²

Su definición dio pie al inicio de una profusa creación doctrinal al respecto, que con el tiempo se materializó en la aparición de varias definiciones originales de Derecho Educacional, como por ejemplo la de José Augusto Peres⁶³, la de Álvaro Melo Filho⁶⁴, la de Aurelio Wander Bastos⁶⁵, la de Edivaldo M. Boaventura⁶⁶, la de Jean

⁶⁰ Ibíd. p. 109.

⁶¹ DI DIO, Renato Alberto Teodoro. "*Contribuição à sistematização do direito educacional*". p.28. Cit. en: JOAQUIM, Nelson. op.cit. p. 110.

⁶² JOAQUIM, Nelson. op.cit. p.113.

⁶³ PAEZ DE OLIVEIRA, Valtério. 2013. "*Derecho Educacional en el MERCOSUR. Lagunas jurídicas en las Leyes 26.206 de Argentina y 9.394 de Brasil*". Edit. Dunken. Buenos Aires, Argentina. 192p. [en línea]

<https://books.google.cl/books?id=DvQ4AwAAQBAJ&pg=PA29&lpg=PA29&dq=el+derecho+educacional+como+una+nueva+rama+del+derecho&source=bl&ots=C9RmtcJfj5&sig=tBchs7eeLv3S8bGANpi_ZmDULo&hl=es-419&sa=X&ei=q4mtVKCPMIHxepyPhlgO&ved=0CDAQ6AEwBA#v=onepage&q=el%20derecho%20educacional%20como%20una%20nueva%20rama%20del%20derecho&f=false> [consulta: 20 de julio de 2016].

⁶⁴ JOAQUIM, Nelson. op. cit. p. 114.

⁶⁵ Ibíd. p. 114-115.

⁶⁶ BOAVENTURA, Edivaldo. 1996. "*Um ensaio de sistematização do direito educacional*". Revista de Informação Legislativa, a.33 n.131. Brasília, Brasil. [en línea] <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176476/000512685.pdf>> [consulta: consulta 20 de julio de 2016]. p. 37.

Carlos Lima⁶⁷ y la de Nelson Joaquim,⁶⁸ las cuales no reproducimos exclusivamente para no sobrecargar el acápite.

Lo interesante de esta abundancia de definiciones, más que el análisis particular de cada una de ellas, es que en todas se parte de una base común: el Derecho Educacional Brasileño es un derecho autónomo de cualquier otra rama del derecho, pues desde un inicio en la discusión doctrinal brasileña se planteó el problema de la autonomía como algo fundamental a resolver, cuestión que se habría logrado con éxito debido al contundente trabajo de numerosos juristas.⁶⁹ Es por esta razón que el ejemplo brasileño, para efectos del objeto de este trabajo y en el contexto chileno, es una referencia ineludible de la cual hay todavía mucho que aprender y profundizar.

En conclusión, las definiciones citadas a propósito del libro “Introducción al Derecho Educacional chileno” son en general un conjunto de muy buenas razones para sostener que el Derecho Educacional es una necesidad, mas no son – a mi juicio – argumentos propiamente jurídicos. Por su parte, el caso brasileño parece entregar más luces sobre el camino que debiésemos seguir (primero, justificar la autonomía), pero el hecho de ser un derecho extranjero con particularidades propias hace imposible exportar sin más sus reflexiones, las que debiésemos adecuar al contexto nacional. El vacío que existe en el pionero libro de los Profesores Zárata y Romero (principal intento chileno por desarrollar esta rama del derecho) hace que el tratamiento del concepto de autonomía y sus tres dimensiones de proyección, ya analizadas más arriba, sea extraordinariamente necesario para dotar de contundencia jurídica a los esfuerzos para que el Derecho Educacional sea una nueva y asentada rama del derecho chileno.

El siguiente acápite tendrá precisamente el objetivo de desarrollar una argumentación más propiamente jurídica, ligada al concepto de autonomía y a sus

⁶⁷ JOAQUIM, Nelson. op.cit. p. 115.

⁶⁸ Ibíd. p. 115-116.

⁶⁹ Para una profundización sobre esto, ver: BOAVENTURA, Edivaldo. op.cit. pp. 41 – 45; JOAQUIM, Nelson. op.cit. pp. 108-112.

tres dimensiones, esperando que esto permita proponer una justificación teórica sólida para esta nueva rama del derecho patrio: el Derecho Educacional.

2.2. Las tres clases de autonomía y sus manifestaciones en el naciente Derecho Educacional chileno.

Como pudimos concluir en el primer acápite de esta Memoria, existe consenso en que la principal característica que debe poseer un determinado conjunto de normas y principios jurídicos para identificarlos como una rama del derecho particular es la autonomía⁷⁰. Asimismo, llegamos a la conclusión de que el concepto de autonomía debe entenderse como la posesión de un objeto propio de estudio⁷¹. En otras palabras, una rama del derecho es autónoma respecto de otras ramas del derecho, cuando el conjunto de normas jurídicas que la componen regulan un objeto particular y específico de la vida social.

En el caso del Derecho Educacional circunscribiremos este objeto de estudio, de forma preliminar y asumiendo la necesidad de una mayor profundización al respecto, al fenómeno educativo y a las relaciones jurídicas que nacen a propósito de él, muy particularmente a aquellas que nacen entre el Estado y sus ciudadanos y aquellas que nacen en el seno de la comunidad educativa, legalmente definida en el artículo 9º de la Ley General de Educación.

Pero esa afirmación sobre su objeto propio de estudio, no basta. Sostener que el Derecho de la Educación es autónomo de otras ramas del derecho tales como el Derecho Administrativo o Constitucional, al no ser una afirmación pacífica, debe ser probada jurídicamente y para ello, son útiles las tres clases de autonomía que analizamos en detalle anteriormente en esta Memoria.

Como vimos, para que una disciplina pueda con propiedad situarse en la categoría en la que buscamos incorporar al Derecho de la Educación, deben confluir en ella al menos tres dimensiones de la autonomía: una autonomía científica, una autonomía

⁷⁰ ARELLANO, Carlos. op. cit. p.13.

⁷¹ *Ibíd.*

didáctica y una autonomía legislativa, donde cada una representa un plano en el cual la autonomía de una rama del derecho se proyecta en la vida social y jurídica. Entonces, no se trata sólo de poseer un objeto propio de estudio sino que además, para que hablemos seriamente de una nueva y autónoma rama del derecho, la autonomía debe materializarse en los hechos, debe existir en cada uno de dichos planos.

A continuación, nos referiremos a la autonomía del Derecho de la Educación – es decir – a su autonomía científica, didáctica y legislativa, a la forma en que se despliega el fenómeno educativo como objeto de estudio de esta disciplina en Chile.

2.2.1. Autonomía científica del Derecho Educacional chileno.

Como vimos anteriormente, el concepto de autonomía científica supone la necesidad de encontrar un plano fáctico en el cual los juristas (los científicos del Derecho) puedan estudiar, comprender y clasificar determinados fenómenos que sean propios del objeto de estudio que se pretende o se ha podido identificar, de forma sistemática, organizada y permanente en el tiempo, a través de métodos de investigación jurídica como el análisis de normativa, la revisión de jurisprudencia, el derecho comparado etc., y de esta forma, desarrollar un análisis científico tal que permita individualizar las características del fenómeno y encontrar sus particularidades jurídicas (su núcleo dogmático), así como también eventuales problemas y respuestas a ellos.

En razón de lo analizado hasta acá, la autonomía científica particular del Derecho Educacional estaría dada entonces por la posibilidad cierta de determinar, conocer y explicar los fenómenos jurídicos que se produzcan en el contexto particular de las relaciones educativas. La posibilidad implícita detrás de alcanzar esta clase de autonomía es la de poder hacer ciencia jurídica con el estudio del Derecho de la Educación: organizarlo, categorizarlo, sistematizarlo, concordarlo, analizarlo, criticarlo etc., lo que implica avanzar – por dar algunos ejemplos propios de la materia – en la elaboración de una teoría de sujetos activos y pasivos de los derechos y deberes nacidos a propósito de la pertenencia a la comunidad educativa,

en los términos del artículo 9º de la Ley General de Educación; en definir con mayor nivel de especificidad la naturaleza jurídica del derecho a la educación y su relación con la libertad de enseñanza, analizando de forma crítica los fundamentos de estos derechos educacionales, tanto en la Constitución chilena o en el derecho comparado; en estudiar con mayor detenimiento la naturaleza de los reglamentos internos de los establecimientos educacionales y su eventual condición de fuentes del Derecho Educacional; avanzar en la caracterización jurídica de los contratos educacionales, entre muchas otras cuestiones más.

Considero que este proceso de estudio sistemático de temas propios del Derecho de la Educación chileno ya se inició. El ejemplo más certero de esto es la ya mencionada publicación del libro “Introducción al Derecho Educacional chileno” de los Profesores Miguel Zárate Carrazana y Alfredo Romero Labra, con quienes comparto plenamente el objetivo de emancipar al Derecho Educacional chileno de otras ramas del derecho, a pesar de más arriba haber sido crítico a la forma en que justifican su posición, por no profundizar en el concepto de autonomía y preferir una justificación ligada a las ideas sobre cambios de paradigmas científicos de Thomas Kuhn, las cuales no parecen suficientemente probadas para el caso particular del Derecho Educacional chileno.

Sin embargo, los Profesores Zárate y Romero no son los únicos que han dedicado trabajos académicos a temas propios de Derecho de la Educación en Chile. Esfuerzos en este sentido son, por ejemplo, los trabajos de los Profesores Humberto Nogueira⁷², Tomás Jordán⁷³, Fernando Atria⁷⁴, Ángela Vivanco⁷⁵ y Juan Carlos

⁷² NOGUEIRA, Humberto. 2009. “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. pp. 209 - 269. 60p. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art07.pdf>> [consulta 20 de julio de 2016].

⁷³ JORDAN, Tomás. 2009. “Elementos configuradores de la tutela jurisprudencial de los derechos educacionales en Chile”. Estudios constitucionales, vol.7, n.1, 30p. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n1/art06.pdf>> [consulta 20 de julio de 2016].

⁷⁴ ATRIA, Fernando. 2014. “Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público”. Santiago, Chile. LOM Ediciones. 329p.

⁷⁵ VIVANCO, 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 la agenda pública. Pontificia Universidad Católica de Chile. Año 2, N° 8, agosto. [en línea]

Flores⁷⁶, a los que podemos sumar otros esfuerzos tales como los libros de Lorenzo Andrade⁷⁷ y el propio Miguel Zárate⁷⁸ sobre el Estatuto Docente, los análisis críticos de Jorge Inzunza⁷⁹ y Jesús Redondo⁸⁰ (en conjunto con otros autores) sobre la construcción y evolución histórico-política del derecho a la educación y la institucionalidad educativa en Chile. En un sentido similar, encontramos un interesante texto del mencionado más arriba Profesor Pablo Ruiz-Tagle en colaboración con la Profesora Sofía Correa, quienes se refieren al derecho a una educación de calidad, pretendiendo darle un contenido jurídico preciso a esta idea a través de exigencias específicas que permitan hacerlo valer de forma eficaz.⁸¹ Sobre libertad de enseñanza también ha existido interés de la Doctrina chilena, por ejemplo a través del análisis de esta libertad fundamental ante el Tribunal Constitucional, de la mano del trabajo del Profesor Miguel Ángel Fernández⁸² o un enfoque crítico a su configuración legal, por parte de Ernesto Vargas.⁸³

<<http://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/1544/504465.pdf?sequence=1>> [consulta: 20 de julio de 2016]

⁷⁶ FLORES, Juan Carlos. 2014. "Derecho a la educación: su contenido esencial en el derecho chileno" *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 2. pp. 109-136. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000200005> [consulta: 20 de julio de 2016]

⁷⁷ ANDRADE, Lorenzo. 2009. "*Estatuto Docente en su faceta de Estatuto Administrativo*". Editorial Thomson Reuters Puntotex. Santiago, Chile. 331p.

⁷⁸ ZÁRATE, Miguel. 2012. "*Estatuto Docente: Indemnizaciones de los Profesores contratados del sector Municipal*". Editorial LegalPublishing. Santiago, Chile. 132pp.

⁷⁹ INZUNZA, Jorge. 2009. "*La constitución del derecho a la educación y la institucionalidad educativa en Chile: antecedentes para una polémica de 200 años.*" Observatorio Chileno de Políticas Educativas (OPECh). Programa EPE, FACSU Universidad de Chile. . Santiago, Chile. 143p. [en línea] <<http://www.opech.cl/Libros/doc2.pdf>> [consulta: 20 de julio de 2016].

⁸⁰ REDONDO, Jesús. 2007. "*El derecho a la educación en Chile*" Foro Latinoamericano de Políticas Educativas (FLAPE). Buenos Aires, Argentina. 97p. [en línea] <http://www.opech.cl/inv/investigaciones/08Chile_Derecho.pdf> [consulta: 20 de julio de 2016].

⁸¹ CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo. 2007. "*El derecho a una educación de calidad*". Anuario de Derechos Humanos. N° 3. pp. 173-181. [en línea] <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13480/13748>> [consulta: 20 de julio de 2016].

⁸² FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. 2005. "*La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional*". Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Santiago, Chile. 146p.

⁸³ VARGAS, Ernesto. 2012. "*La configuración legal de la libertad de enseñanza: ¿un caso de captura regulatoria?*" *Revista Derecho y Humanidades*. N° 20. pp. 341-355. [en línea] <<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/34827/36530>> [consulta: 20 de julio de 2016].

Todos estos trabajos son solo unos pocos ejemplos de la existencia de un interés creciente en los últimos años por tratar sistemáticamente asuntos propios de Derecho Educacional, interés que es del todo previsible que continúe y se extienda a otras temáticas jurídico-educacionales. Es solo mediante el crecimiento dogmático que pueda tener el Derecho de la Educación en el mundo de las ciencias del derecho chileno, que será posible lograr mayores niveles de autonomía científica. De todas formas, de lo anteriormente expuesto queda en evidencia que este proceso ya se inició y de forma fértil.

En este mismo sentido, conviene ahora referirnos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un actor jurídico trascendental que ha tenido, y de seguro seguirá teniendo, un rol importante en la definición de los contornos dogmáticos de los derechos constitucionales educacionales y otras materias específicas de Derecho Educacional, lo que aporta a su incipiente autonomía científica. Ante la falta de una elaboración profusa y acendrada – y considerando además la importancia institucional que reviste su figura – el Tribunal Constitucional ha sido clave a la hora de interpretar la Constitución en sus apartados específicos sobre derecho a la educación y libertad de enseñanza, además de velar por la supremacía de la Constitución ante las reformas legales que se han llevado a cabo los últimos años, teniendo respecto de ellas un rol decisivo en la aplicación de nuevas políticas públicas en el sector, llegando incluso (a propósito de sus resoluciones) a modificarlas sustantivamente.

En efecto el Tribunal Constitucional se ha referido a distintas materias relativas al sistema educativo chileno. A continuación, y con un afán ilustrativo mas no exhaustivo, mencionaremos algunas de esas materias distinguiendo para el efecto entre aquellos pronunciamientos relativos a educación parvularia, a educación básica y media y finalmente a educación superior.

En relación al sector parvulario, recordemos que el inciso tercero del N° 10 del artículo 19 de nuestra Constitución Política consagra la obligación estatal de promover la educación parvularia, para lo cual financiará un sistema gratuito a partir

de nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien la Constitución supone la existencia de determinados niveles de enseñanza, entre ellos la parvularia, solo prevé que el sistema de enseñanza (cuyo acceso y financiamiento el Estado debe garantizar) se extienda hasta los 21 años de edad, no estableciendo la duración específica de cada uno de esos niveles ni las otras características que tendrán estos, lo que es materia de ley.⁸⁴ También ha señalado que es deber del Estado fomentar el desarrollo de la educación en todos los niveles y no solo la enseñanza parvularia, como se desprende del precepto constitucional mencionado más arriba.⁸⁵

En materias más específicas ligadas al sector, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado. Por ejemplo, a propósito de la exigencia de que los establecimientos de educación parvularia cuenten con personal idóneo y calificado, estableciendo que esta exigencia no es exagerada en tanto garantiza que en Chile se promueva y exista el mejor nivel posible de educación parvularia y que se cumpla a cabalidad su finalidad de atender integralmente niños y niñas desde su nacimiento hasta su ingreso a la enseñanza básica, no llegando entonces dicha exigencia a afectar las garantías de libertad de enseñanza y libertad económica, consagradas en los N° 11 y 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental.⁸⁶

Por otra parte, en el sector escolar (básica y media), el Tribunal Constitucional ha sido prolífico en su jurisprudencia, asumiendo indudablemente un rol importante durante la tramitación y posterior implementación de ciertas reformas legales claves, especialmente durante los últimos años. Aquí, la jurisprudencia se ha referido a varios temas: desde la obligación del Estado de tomar medidas para que la educación que reciben los y las estudiantes sea de la mayor calidad posible⁸⁷, siendo esto un derecho que la Constitución asegura a todas las personas en el artículo 19

⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 13-05-2009. Sentencia Rol 1361. Considerandos 28 a 30.

⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 18-10-2001. Sentencia Rol 339. Considerando 10.

⁸⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 30-03-2006. Sentencia Rol 465. Considerandos 33 y 34.

⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 13-05-2009. Sentencia Rol 1361. Considerandos 39 y 40.

Nº 10⁸⁸, hasta – por ejemplo – definir la a veces problemática tensión entre libertad de enseñanza y derecho a la educación, caracterizándola como una relación jurídicamente indisoluble, de carácter complementario, donde la libertad de enseñanza no es un fin en sí mismo sino un mecanismo concebido para dar cauce al derecho a la educación⁸⁹.

De más está decir que en el nivel escolar se han abierto debates interesantes a nivel doctrinario y en los cuales el Tribunal Constitucional es un actor insoslayable. Así y solo por aportar un ejemplo interesante de esta profundización dogmática por vía jurisprudencial, la figura de la subvención escolar ha sido motivo de reciente análisis, probablemente por el rol estructural que el financiamiento a la demanda tiene en el sistema educacional completo y por las enormes transferencias estatales a privados que se producen a propósito del financiamiento en educación. En específico, en la sentencia rol Nº 2787 del año 2015 y a propósito del requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores en relación al proyecto de ley que resultó en la promulgación de la Ley Nº 20.845, también conocida como “Ley de Inclusión”, el Tribunal Constitucional se pronunció respecto a varios puntos doctrinarios en relación a la subvención.⁹⁰ Además de negarle, en sus considerandos 52 y 74, la calidad de derecho constitucional (considerándola por tanto solo un mecanismo de financiamiento), el Tribunal describe los elementos configurativos de la subvención estatal, definiéndola en su considerando 51 como un beneficio económico que el Estado otorga a los establecimientos que cumplen las exigencias previstas en la normativa educacional respectiva y que materializa la necesaria cooperación público-privada para asegurar la gratuidad y el derecho a la educación.

En este sentido, en el considerando 52 se puede observar como para el Tribunal Constitucional la subvención escolar no se enmarca dentro del artículo 19 Nº 11 de la

⁸⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 28-07-2009. Sentencia Rol 1363. Considerando 19.

⁸⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 28-07-2009. Sentencia Rol 1363. Considerando 15; en el mismo sentido, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 27-11-2014. Sentencia Rol 2731-2014. Considerando 162; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 01-04-2015. Sentencia Rol 2787. Considerando 42.

⁹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 01-04-2015. Sentencia Rol 2787. Considerandos 41, 44, 46, 51, 52, 61 y 90.

Constitución, es decir, bajo la libertad de enseñanza pues ella – la libertad de enseñanza - se estructura sobre la base de una libertad para abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales privados, donde la mantención (que es aquello para lo cual se utiliza primariamente la subvención estatal) corre por cuenta del establecimiento, no del Estado. Si el sostenedor privado desea traspasar la carga de la mantención al Estado y obtener subvención, entonces se desplaza al art. 19 N° 10, que es aquel que dispone un sistema gratuito que garantice el derecho a la educación.

Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que dado que la subvención estatal tiene por finalidad garantizar el derecho a la educación mediante recursos estatales, la afectación de los dineros recibidos por vía subvención a los fines y usos exclusivamente educativos que el legislador establece (por ejemplo, en el artículo 6° de la Ley de Subvenciones); la prohibición del lucro en la actividad educacional o la posibilidad de que se establezcan nuevos y mayores requisitos para la obtención, mantención y eventual pérdida de los beneficios estatales, no vulneran en modo alguno la posibilidad de organizar el establecimiento educacional que garantiza la libertad de enseñanza, otorgándole al legislador – como se lee en el considerando 52 – un “amplio poder configurativo” en relación a las subvenciones.

De lo anteriormente señalado se desprende que, en el caso específico de las subvenciones, el Tribunal Constitucional aporta con elementos dogmáticos interesantes, que eventualmente pueden promover desarrollos teóricos no jurisprudenciales, que densifiquen la autonomía científica que venimos tratando en este acápite no solo respecto de la figura de la subvención sino respecto a otras materias propias del nivel básico y medio de nuestro sistema educativo.

A nivel de educación superior, el Tribunal Constitucional también ha sido actor ineludible en varias iniciativas y reformas emblemáticas, sobre todo durante los últimos años. Sin perjuicio de haberse pronunciado sobre un sinfín de asuntos, entre los que se cuenta la inconstitucionalidad de la convalidación de títulos de

establecimientos de educación superior dependientes de las Fuerzas Armadas⁹¹, la inconstitucional de la disposición que permitía que determinados establecimientos de educación superior (los de las FF.AA) se rigiesen, en cuanto a su reconocimiento oficial, por sus respectivos reglamentos orgánicos y de funcionamiento⁹² o la constitucionalidad del precepto legal que entrega exclusivamente a una Comisión Especial la competencia para reconocer para el ejercicio profesional a los titulares de grados académicos y títulos profesionales obtenidos en el extranjero⁹³, son la autonomía universitaria y la gratuidad de la educación superior los dos temas más tratados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de este nivel.

Sobre la autonomía universitaria el Tribunal Constitucional reconoce su existencia legal, especialmente respecto de la Universidad de Chile,⁹⁴ definiéndola en los términos señalados por la entonces vigente Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza como el derecho de cada establecimiento de educación superior a regirse por sí mismo, de conformidad con lo establecido en sus estatutos, en todo lo concerniente al cumplimiento de sus finalidades, comprendiendo el concepto de autonomía al menos una autonomía académica, económica y administrativa. En efecto, para el Tribunal Constitucional la autonomía académica comprende la potestad de las entidades para decidir por sí mismas la forma cómo se cumplen sus funciones de docencia, investigación y extensión y la fijación de sus planes y programas de estudio, mientras que la autonomía administrativa faculta a cada establecimiento para organizar su funcionamiento de la manera que estime más adecuada de conformidad con sus estatutos,⁹⁵ debiendo ejercerse siempre dentro del marco legal que establece su estructura interna, su organización y atribuciones legales⁹⁶. A su vez, la autonomía económica el Tribunal la definirá posteriormente

⁹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 04-08-1998. Sentencia Rol 278. Considerando 11.

⁹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 27-02-1990. Sentencia Rol 102. Considerandos 8 a 11.

⁹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19-07-1991. Sentencia Rol 130.

⁹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19-06-2007. Sentencia Rol 523. Considerando 16; en el mismo sentido, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 10-09-2013. Sentencia Rol 2252. Considerando 41.

⁹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 20-01-2011. Sentencia Rol 1615. Considerando 11.

⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 15-07-2002. Sentencia Rol 352. Considerando 18.

como la potestad soberana de determinar la forma en que se distribuye su presupuesto para cumplir sus fines esenciales.⁹⁷

El Tribunal Constitucional ha señalado, además, que la autonomía universitaria tiene fundamento en la autonomía de los cuerpos intermedios, reconocida en el inciso tercero del art. 1º de la Constitución Política de la República⁹⁸ y que, además, constituye una garantía especial de la libertad de enseñanza⁹⁹. Esta autonomía, reconocida a los cuerpos intermedios, exige reconocerles a las instituciones la facultad de crear cargos y seleccionar a quienes los sirven y, por cierto, también de suprimirlos.¹⁰⁰ Asimismo, basándose en la autonomía universitaria, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado explícitamente avalando la constitucionalidad del hecho que las instituciones estatales de educación superior no se rijan por la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁰¹ y que sea cada establecimiento quien determina el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley para otorgar un título profesional¹⁰². De todo esto se puede desprender, como también lo ha hecho el Tribunal Constitucional, que la autonomía universitaria es una de las más amplias de nuestro orden jurídico. En sus propias palabras:

“(...) Dicha autonomía difiere de cualquiera otra que sea reconocida por el ordenamiento jurídico, toda vez que, por la propia naturaleza de estas instituciones, dicha autonomía, sin llegar a ser ilimitada o absoluta, es una de las más amplias de todo nuestro sistema institucional, razón por la cual bien puede ser calificada como máxima o extensiva.”¹⁰³

⁹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19-06-2007. Sentencia Rol 523. Considerando 14.

⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19-06-2007. Sentencia Rol 523. Considerandos 21 y 24; en el mismo sentido, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 27-11-2014. Sentencia Rol 2731-2014. Considerando 27.

⁹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19-06-2007. Sentencia Rol 523. Considerando 27; en el mismo sentido, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 27-11-2014. Sentencia Rol 2731-2014. Considerando 27.

¹⁰⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19-06-2007. Sentencia Rol 523. Considerandos 15, 17, 22 y 39.

¹⁰¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 15-07-2002. Sentencia Rol 352. Considerando 29.

¹⁰² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 20-01-2011. Sentencia Rol 1615. Considerando 10.

¹⁰³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19-06-2007. Sentencia Rol 523. Considerando 14.

Pero como bien se mencionó más arriba, otro tema fundamental que ha sido materia de pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha sido la gratuidad en educación superior. Particularmente relevante aquí es la sentencia rol N° 2935 del año 2015, dictada a propósito del requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados contra las glosas presupuestarias correspondientes al proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2016 y mediante las cuales se materializó la gratuidad prometida por el presente Gobierno. Esta sentencia, en términos generales, consagra el principio relativo a que la gratuidad de la educación superior tiene que enfocarse en la situación socioeconómica deficitaria del estudiante que la aprovecha y no en la institución a la que este adscribe, sin perjuicio de lo cual, con el propósito de asegurar una educación de calidad, se deben considerar ciertos presupuestos mínimos dentro de los límites permitidos por el principio de igualdad ante la ley.¹⁰⁴ Así, la imposición a estudiantes de requisitos que escapan a su voluntad o condición, por ser requisitos que las instituciones y no ellos han de cumplir, genera diferencias injustificadas entre personas que se encuentran en condiciones socioeconómicas igualmente vulnerables y por tanto igualmente merecedoras del beneficio, lo que resulta contrario al principio de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria¹⁰⁵ constituyendo una diferencia de trato y una discriminación prohibida por la Constitución y que no satisface, según el Tribunal, una exigencia de racionalidad mínima¹⁰⁶. La consecuencia de esta sentencia, que demuestra la importancia que el Tribunal Constitucional tiene y seguirá teniendo en el debate político tras las reformas legales en educación, es que a propósito de ella se debieron eliminar de la glosa presupuestaria ciertos requisitos impuestos a las instituciones de educación que quisieran adscribir a la gratuidad y que se consideraron discriminatorios (ej: pertenencia al Consejos de Rectores, cierto número mínimo de años de acreditación para instituciones privadas, centros de formación técnica e institutos profesionales), ampliando considerablemente el

¹⁰⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 21-12-2015. Sentencia Rol 2935. Considerando 16.

¹⁰⁵ Ibíd. Considerandos 23, 48 y 49.

¹⁰⁶ Ibíd. Considerandos del 40 al 42.

número de estudiantes beneficiados por la gratuidad, con la subsecuente modificación presupuestaria.

En conclusión, este panorama general y deliberadamente selectivo sobre la jurisprudencia constitucional chilena, permite acercarnos muy preliminarmente a la magnitud del aporte dogmático que realiza el Tribunal Constitucional mediante sus sentencias, las que – como pudimos observar – constituyen una importante fuente de definiciones, aclaraciones e interpretaciones que enriquecen la incipiente doctrina que empieza a acumularse en torno a materias propias de Derecho Educacional.¹⁰⁷

Pues bien, para finalizar este acápite respecto a la autonomía científica del Derecho Educacional chileno, bueno es señalar que la experiencia internacional, especialmente a propósito de procesos similares tales como los de Derecho Agrario¹⁰⁸, nos ha enseñado que la búsqueda de una autonomía científica del Derecho Educacional no debe ser entendida como una mera discusión sobre la posibilidad de encontrar ciertos principios generales de esta rama y que la diferencien de otras (aunque esta discusión no deje de ser interesante y provechosa) sino que debe entenderse preferentemente como un proceso de estudio y sistematización serio sobre temáticas propias de la relación entre Educación y Derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, la discusión teórica y práctica respecto de la utilidad de ciertos principios orientadores para el naciente Derecho Educacional chileno, no deja de ser interesante como uno de los puntos de partida para el estudio especializado de la materia. Al respecto, considero que existen - actualmente - dos caminos para iniciar esta discusión.

¹⁰⁷ N del A. Considerando la extensión y la finalidad de la Memoria, se hace presente que se omitieron deliberadamente menciones y citas respecto a importantes materias sobre las cuales ha existido pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, siendo las omisiones más relevantes las relativas a la titularidad del derecho a la educación por parte de alumnos y no de docentes; el contenido del derecho a la educación; la educación como servicio público; el derecho y deber preferente de los padres a la educación de sus hijos, entre otros.

¹⁰⁸ CARROZZA, Antonio y ZELEDÓN, Ricardo. op.cit. pp.47-70.

El primer camino que podríamos seguir para encontrar algo así como principios generales de Derecho Educacional, es recurrir a las características que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas definió en la Observación General N° 13¹⁰⁹ como exigencias mínimas que deben cumplir los sistemas educacionales de los Estados que son parte del Pacto que lleva el mismo nombre (en adelante, PIDESC). Estas características exigidas son las de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad¹¹⁰ y pueden – al ser interpretadas en un sentido amplio – convertirse en verdaderos principios orientadores de la normativa educacional, en la medida que su finalidad original es

¹⁰⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 13. [en línea] < http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN13> [consulta: 20 de julio de 2016]

¹¹⁰ N del A. “(...) *la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas:*

a. *Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, e el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.*

b. *Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:*

No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación);

Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia);

Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

c) *Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13).*

d) *Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.”* Visto en: COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 13, al párrafo segundo del artículo 13° del Tratado.

informar la acción de los Estados Parte en el cumplimiento del derecho a la educación de sus nacionales. Si el sistema educativo de los países ceñidos al Pacto debe orientarse al cumplimiento de lo dispuesto por esas cuatro características, es del todo razonable que la normativa que da forma a ese sistema educativo para garantizar el derecho a la educación de sus nacionales, también lo haga y por tanto, podríamos elevar esas características al estatus de principios generales que toda norma educacional de un Estado suscrito al Pacto debe seguir.¹¹¹

El segundo camino, similar pero mucho más acotado a nuestro sistema normativo nacional, es encontrar principios generales para el Derecho Educacional chileno recurriendo a los principios consagrados expresamente en el art. 3° de la Ley General de Educación. En este artículo, encontramos un amplio catálogo de principios que inspiran el sistema educativo nacional. Para efectos de conocer estos principios, citaré textualmente la norma en comento:

“Art. 3°. El sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Se inspira, además, en los siguientes principios:

a) Universalidad y educación permanente. La educación debe estar al alcance de todas las personas a lo largo de toda la vida

b) Calidad de la educación. La educación debe propender a asegurar que todos los alumnos y alumnas, independientemente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los objetivos generales y los estándares de aprendizaje que se definan en la forma que establezca la ley.

¹¹¹ Para mayor profundidad respecto de por qué los principios de la Observación General N° 13 operan como verdaderas obligaciones para los Estados Parte y en particular, cuál es el rol que los Tratados Internacionales tienen respecto a la autonomía científica del Derecho Educacional Chileno, ver punto 2.2.3.1. de esta Memoria.

c) *Equidad del sistema educativo.* El sistema propenderá a asegurar que todos los estudiantes tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad, con especial atención en aquellas personas o grupos que requieran apoyo especial.

d) *Autonomía.* El sistema se basa en el respeto y fomento de la autonomía de los establecimientos educativos. Consiste en la definición y desarrollo de sus proyectos educativos, en el marco de las leyes que los rijan.

e) *Diversidad.* El sistema debe promover y respetar la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la diversidad cultural, religiosa y social de las poblaciones que son atendidas por él.

f) *Responsabilidad.* Todos los actores del proceso educativo deben cumplir sus deberes y rendir cuenta pública cuando corresponda.

g) *Participación.* Los miembros de la comunidad educativa tienen derecho a ser informados y a participar en el proceso educativo en conformidad a la normativa vigente.

h) *Flexibilidad.* El sistema debe permitir la adecuación del proceso a la diversidad de realidades y proyectos educativos institucionales.

i) *Transparencia.* La información desagregada del conjunto del sistema educativo, incluyendo los ingresos y gastos y los resultados académicos, debe estar a disposición de los ciudadanos, a nivel de establecimiento, comuna, provincia, región y país.

j) Integración. El sistema propiciará la incorporación de alumnos de diversas condiciones sociales, étnicas, religiosas, económicas y culturales.

k) Sustentabilidad. El sistema fomentará el respeto al medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, como expresión concreta de la solidaridad con las futuras generaciones.

l) Interculturalidad. El sistema debe reconocer y valorar al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia.”

Según nuestra Ley General de Educación, estos principios son los que inspiran el sistema educativo chileno. En una interpretación extensiva de estos principios, es posible señalar que al informar todo nuestro sistema educativo también son inspiradores de nuestra normativa educacional, de la misma forma que de las características señaladas en la citada Observación General N° 13 también es posible inferir principios generales.

Ambos caminos si bien son distintos, a mi juicio, son también complementarios. De hecho, considero posible realizar un cruce entre ambos: de los cuatro grandes principios del Derecho Educacional emanados hipotéticamente de la Observación General N° 13 es posible desprender una sub-clasificación con aquellos contenidos en nuestra LGE, de lo que podría emanar la siguiente clasificación, que por supuesto solo tiene un afán propositivo:

1. Principio de la Disponibilidad.
 - a. Principio de la universalidad y educación permanente.
2. Principio de la Accesibilidad.
 - a. Principio de la equidad de la educación.
 - b. Principio de la participación.
 - c. Principio de la integración.
 - d. Principio de la interculturalidad.

3. Principio de la Aceptabilidad.
 - a. Principio de la calidad de la educación.
 - b. Principio de la autonomía.
 - c. Principio de la diversidad.
 - d. Principio de la responsabilidad.
 - e. Principio de la transparencia.
4. Principio de la Adaptabilidad.
 - a. Principio de la flexibilidad.
 - b. Principio de la sustentabilidad.

Esta clasificación tentativa que surge del cruce de los principios internacionales contenidos en la Observación General N° 13 y los de nuestra Ley General de Educación, puede (en el mejor de los casos) servir de base para futuros estudios sobre principios generales del Derecho Educacional, pues aunque los principios no sean un requisito para la autonomía científica del Derecho de la Educación, contribuirían a darle una coherencia interna a la normativa educacional que permitiría facilitar la interpretación lógica y sistemática de sus reglas y además, orientar el desarrollo legislativo, considerando la abundante cantidad de normas educacionales nuevas que actualmente se encuentran en tramitación legislativa.

Es conveniente señalar además que el Tribunal Constitucional, en la ya citada sentencia rol N° 2787 de 2009, señaló que la Constitución también consagra una serie de principios respecto del derecho a la educación: el principio de obligatoriedad ("la educación básica y la educación media son obligatorias"; "el segundo nivel de transición (de la educación parvularia) es obligatorio"; el principio de gratuidad ("debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto"); el principio de accesibilidad ("destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población"); el principio de plenitud ("la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida") y el principio de participación ("es deber de la

comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación").¹¹² En el mismo sentido, hay que tener presente que en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha reconocido otros principios, como por ejemplo, el principio de diversidad¹¹³ o el principio de inclusión del sistema educativo¹¹⁴.

En conclusión, el esfuerzo por una autonomía científica del Derecho Educacional no debe ser entendido entonces como una mera discusión sobre los principios generales de esta rama (aunque esta discusión no deje de ser interesante y provechosa), sino que debe entenderse preferentemente como un proceso de estudio y sistematización serio sobre temáticas propias de la relación entre Educación y Derecho, proceso al cual se sumen especialistas de todas las áreas del derecho y por supuesto, del cual nazcan nuevos especialistas de Derecho Educacional. En este sentido, es perfectamente posible alcanzar un nivel óptimo de autonomía científica en la medida que se continúe con el estudio profesional-técnico del Derecho de la Educación chileno, que permita seguir explicando los fenómenos jurídicos propios de esta rama, proceso que definitivamente ya se inició.

2.2.2. Autonomía didáctica del Derecho Educacional chileno.

Recordemos que la autonomía didáctica de una rama del derecho consiste en la atención especializada que le entregan las instituciones formadoras de abogados y abogadas a la enseñanza de las normas y los principios que forman parte de un conjunto orgánico particular. Citando a Arellano, concluimos que es preciso estudiar por separado lo distinto y si una rama del derecho tiene características distintas frente a otras ramas del Derecho, requiere de estudios especializados¹¹⁵. Esta proyección del concepto de autonomía en la enseñanza del derecho, necesariamente se debe traducir en cátedras o cursos especializados, seminarios, conferencias, foros, etc., que traten sobre el objeto propio de estudio que se pretende convertir en rama del derecho (recordemos el mencionado caso del Derecho Educacional en

¹¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 01-04-2015. Sentencia Rol 2787. Considerando 52.

¹¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19-05-2015. Sentencia Rol 2781. Considerando 27.

¹¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19-05-2015. Sentencia Rol 2781. Considerando 34.

¹¹⁵ ARELLANO, Carlos. op.cit. p.13.

Brasil). En otras palabras, la autonomía didáctica viene dada principalmente por la inclusión de la rama del derecho en los planes de estudio jurídicos de las Facultades de Derecho.

En este sentido, en materia de autonomía didáctica del Derecho Educacional chileno, el avance de nuestra realidad jurídica es lento pero consistente. Existen a la fecha algunas iniciativas embrionarias, pero exitosas, que promueven la inclusión del Derecho de la Educación en las mallas curriculares de la carrera de Derecho y también existen cursos que de forma más indirecta se refieren al tratamiento jurídico de la educación.

En efecto, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile ya cuenta con cursos destinados a ampliar la formación de sus estudiantes en el área. Desde el año 2013, existe un taller de memoria¹¹⁶ impartido por el Profesor Francisco Zúñiga y su ayudante Flavio Quezada, denominado “Derecho de la Educación”, cuyo objetivo es precisamente estudiar y sistematizar el marco normativo de la educación en Chile, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, promoviendo el desarrollo de Memorias de Pre-Grado en la materia¹¹⁷. En un sentido similar, han existido otros talleres de memoria como el dirigido por la Profesora María Angélica Figueroa sobre el estatuto jurídico de la Educación Superior en Chile entre los años 1960 y 2010, impartido durante el año 2012¹¹⁸ o el curso de formación general sobre “Marco Legal de la Educación en Chile”, impartido durante el 2015 por la Profesora María Inés

¹¹⁶ N del A. Los talleres de memoria son cursos ofrecidos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, mediante los cuales *“un grupo limitado de estudiantes trabaja activamente y en forma participativa bajo la dirección de un profesor en la investigación, desarrollo y exposición de temas afines vinculados al objeto de interés común ofrecido por el profesor como taller”*. (vía: <http://www.derecho.uchile.cl/pregrado/secretaria-de-estudios/52230/talleres-de-memoria>).

¹¹⁷ N del A. El autor de este Informe, en conjunto con el también Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Felipe Larenas Burgos, promovieron y participaron en la elaboración del programa del referido Taller, asumiendo también el rol de Ayudantes Ad Honorem del mismo durante los años 2013 y 2014, siempre con el afán claro de contribuir a la autonomía didáctica del Derecho Educacional chileno. Ver programa original del curso en: http://web.derecho.uchile.cl/pregrado/2014_1/new/pro_d.php?recordID=1617

¹¹⁸ Ver programa del curso en: http://web.derecho.uchile.cl/pregrado/2012_1/pro_d.php?recordID=1155

Álvarez.¹¹⁹ Estos cursos han permitido que temas propios de Derecho Educacional sean hoy un interesante nicho de investigación para Memoristas, lo que es posible comprobar en el creciente número de Memorias que ya se han publicado sobre temas afines.¹²⁰

Pero la Universidad de Chile no es la única que cuenta con cursos de estas características. Por ejemplo, en Universidad de Viña del Mar, se impartió un curso denominado “Derecho y Educación”, dictado por el Profesor Jaime Bassa¹²¹, mientras que en la Universidad Mayor, se ha impartido un ramo (aunque para carreras de Pedagogía) llamado “Legislación Educacional”, impartido por el Profesor David Torruella.¹²² Recientemente, la Universidad Diego Portales también ha incluido dentro de su malla un curso sobre Derecho Educacional, que fue impartido durante el segundo semestre del año 2016 por Miguel Zárate y Alfredo Romero, autores de “Introducción al Derecho Educacional chileno”.

Estos cursos son solo un ejemplo de que es posible dedicarle un trabajo académico serio a la enseñanza de materias relacionadas a esta naciente rama del derecho en Chile.

¹¹⁹ Ver programación académica 1° semestre de 2015 en: http://web.derecho.uchile.cl/pregrado/2015_1/dere/doc/cursos_form_general.pdf

¹²⁰ Solo para efectos demostrativos: ALVARADO, Cristián. 2008. “*La educación ante la Constitución y la Jurisprudencia*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Miguel Ángel Fernández. Santiago de Chile. Universidad de Chile. 179p; TABILO, María Concepción. 2008. “*El derecho fundamental a la educación*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor Guía: Augusto Quintana. Santiago, Chile. Universidad de Chile. 336p; MATELUNA, Sebastián y VIEL, Nicolás. 2010. “*El conflicto constitucional entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza: propuestas para la corrección de las asimetrías*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor Guía: Ana María García. Santiago, Chile. Universidad de Chile. 75p.; DÍAZ, José Ignacio y SAN MARTÍN, Pablo. 2011. “*Marco jurídico de la educación en Chile (1973-2010)*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor guía: Sofía Correa Sutil. Santiago de Chile. Universidad de Chile. 469p; PAZ, Axel. 2014. “*Normativa constitucional sobre libertad de enseñanza y derecho a la educación en la Constitución Política de la República de Chile de 1980: análisis de las Actas de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución y del Consejo de Estado*.” Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor Guía: María Angélica Figueroa. Santiago, Chile. Universidad de Chile. 134p.

¹²¹ Ver en currículum de Profesor Jaime Bassa en: <http://elseminariodebassa.blogspot.com/p/cv.html>

¹²² Ver en currículum de Profesor David Torruella en: http://www.torruellaabogados.cl/david_torruella.html

En este mismo sentido, ya mencionamos más arriba la importancia que tuvo para la doctrina brasileña la realización del “Primer Seminario de Derecho Educacional”, que contó con el auspicio de la Universidad Estatal de Campinas (UNICAMP) y que durante tres días reunió a educadores y juristas brasileños interesados en debatir sobre la relación entre Educación y Derecho. En efecto, dentro de las conclusiones a las que llegó este importante encuentro se encontraba la de proponer al Ministerio de Educación Brasileño, patrocinar cursos sobre Derecho Educacional para el personal que directamente trabaja en el sector, apoyar la creación de órganos universitarios destinados al estudio del Derecho Educacional, así como también la realización de otros Seminarios y Ponencias al respecto.¹²³ Pero para efectos de la autonomía didáctica del Derecho Educacional brasileño, la conclusión principal a la que llegó este encuentro académico fue la de estimular la inclusión del Derecho Educacional como un curso regular optativo en las Facultades de Derecho del Brasil, en el nivel de pre y post-grado,¹²⁴ reconociendo así la importancia de este plano de la autonomía.

A mayor abundamiento y propósito de la importancia de esta clase de eventos, un paso fundamental en el camino a la autonomía por parte del Derecho Tributario - por utilizar un ejemplo reciente de conformación de nuevas ramas del derecho - fue precisamente la realización de las “Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario,” celebradas en Montevideo durante el año 1956, en las cuales se lograron una serie de acuerdos doctrinarios que tuvieron influencia en todo el resto de la Doctrina propiamente tributarista y que asentaron su autonomía respecto de otras ramas como el Derecho Económico o el Derecho Civil.¹²⁵

Estos importantes eventos internacionales que, en su momento, tuvieron un efecto fundacional, refuerzan la importancia de que durante el año 2014 se realizaran en Santiago, las Primeras Jornadas de Derecho Educacional chileno, organizadas en conjunto entre el Centro de Estudios de la Federación de Estudiantes de la

¹²³ JOAQUIM, Nelson. op.cit. p. 106.

¹²⁴ *Ibid.* p. 107.

¹²⁵ N del A. Para profundizar en esta experiencia, ver VALDÉS, Ramón. op. cit.

Universidad de Chile (CEFECh) y el Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. La finalidad de estas Jornadas fue estudiar temas propios de Derecho Educacional e iniciar, mediante esta clase de instancias académicas, un proceso similar al ocurrido a propósito del Derecho Tributario y el Derecho Educacional brasileño.¹²⁶

En conclusión, no hay duda que los niveles de autonomía pedagógica del Derecho Educacional chileno son incipientes. Sin perjuicio de eso y en base a los antecedentes expuestos en este acápite, considero que el proceso de apertura de las Facultades de Derecho - y en general, del ambiente académico del Derecho - a materias propias de Derecho Educacional, ya se inició. Es de esperar que en los próximos años, este proceso se acentúe y se multipliquen los esfuerzos pedagógicos por enseñar esta rama del derecho en las Facultades de Derecho de todo el país.

2.2.3. Autonomía legislativa del Derecho Educacional chileno.

Finalmente, llegamos a la última de las tres dimensiones en las cuales ha de proyectarse la autonomía de una rama del derecho. Ya analizadas las autonomías científica y pedagógica, corresponde referirnos a la autonomía legislativa del Derecho Educacional chileno.

Recordemos que la autonomía legislativa se verifica cuando el Legislador crea una normatividad específica, que no adhiere a ninguna otra rama del derecho ya asentada. Dicho de otro modo, si el Legislador cuando legisla es consciente que está creando - por ejemplo - Derecho Educacional y no otra rama, la batalla por su autonomía se encuentra indefectiblemente ganada. Por tanto, la autonomía legislativa es probablemente el estado más avanzado al que una rama del derecho puede aspirar, en tanto el Legislador como creador de normas jurídicas es – por

¹²⁶N del A. Estas Jornadas contaron con la presencia y las exposiciones de los aquí citados profusamente Profesores Miguel Zárate, Alfredo Romero y Fernando Atria. El autor de este Informe participó activamente en la organización de las Jornadas en su calidad de investigador del área de Derecho Educacional del CEFECh y expuso el argumento principal de esta Memoria de Pregrado, en una ponencia realizada en conjunto con el también Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Felipe Larenas Burgos.

definición – el que se encuentra en mejor posición para propiciar el surgimiento de una nueva rama del derecho.

En este sentido, considero que existen dos buenos argumentos para considerar que el Derecho Educacional chileno posee autonomía legislativa. El primero dice relación con el extenso volumen normativo que regula el fenómeno educativo en nuestro país. El segundo, dice relación con que el Legislador chileno ya ha consagrado expresamente la existencia de una clase especial de regulación para el fenómeno educativo: la normativa educacional.

2.2.3.1. Primer argumento: la extensión del volumen normativo.

En relación al primer argumento – sobre el extenso volumen normativo que regula la educación en Chile– no es un hecho novedoso que el fenómeno educativo ha generado un enorme entramado jurídico para su regulación. Esto lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional en una de las más recientes sentencias que trata sobre materias propias de esta naciente rama del derecho, la cual se refiere a la creación de la figura del administrador provisional y de cierre para las instituciones de educación superior. En efecto, el Tribunal Constitucional sostiene que:

“DECIMOSEXTO. Que el derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución, constituyen ámbitos distintos pero intrínsecamente vinculados y representativos de un complejo conjunto de derechos, reconocidos en el artículo 19, numerales 10° y 11°, del texto fundamental. En su globalidad contienen derechos de libertad, deberes sociales, deberes estatales, derechos de prestación, derechos de organización y procedimiento, garantías constitucionales y, en general, un entramado normativo que configura un denso cuerpo constitucional, legal y estatutario de principios y reglas;”¹²⁷

¹²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 27-11-2014. Sentencia Rol 2731. Considerando 16°.

Este “entramado normativo” es, en efecto, bastante denso. Mediante una muy ligera revisión de la normativa aplicable que el Ministerio de Educación chileno publica en su sitio web¹²⁸ (cumpliendo así el mandato de transparencia activa que le impone la ley), es posible identificar un marco normativo que cuenta al menos con 68 leyes, que van desde la Ley General de Educación, hasta la Ley que crea un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización, pasando por leyes que regulan mecanismos de financiamiento para la educación superior, la entrega de subvenciones a la educación escolar, evaluación docente, patrimonio cultural, alimentación, entre muchos otros asuntos. Asimismo, es posible identificar al menos 18 Decretos con Fuerza de Ley, 69 Decretos Supremos, entre otros cuerpos normativos como Decretos Exentos, Resoluciones Exentas, etc. El mismo ejercicio es posible realizar con otros órganos del Estado relacionados con la materia: la Superintendencia de Educación Escolar, la Agencia de Calidad de la Educación, la Junta Nacional de Jardines Infantiles, el Consejo Nacional de la Educación, entre otras muchas otras instituciones cuyo marco normativo es similar al del Ministerio de Educación y que se proyecta siga creciendo, dadas las numerosas modificaciones legislativas que se avizoran para los próximos años. Intentar siquiera una descripción pormenorizada de cada uno de estos cuerpos normativos internos es una tarea titánica, en algo avanzada, por solo nombrar un intento, en la ya citada obra de los Profesores Zárate y Romero: “Introducción al Derecho Educacional”.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, hay que considerar adicionalmente que de conformidad al inciso segundo del art. 5° de nuestra Constitución Política de la Republica, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y que además, la Ley General de Educación, matriz normativa del sistema educacional chileno, señala en su artículo 3° ya citado más arriba que nuestro

¹²⁸ N. del A. Recuento de datos realizado por el autor, basado en la información disponible [en línea] en: http://www.mineduc.cl/transparencia/normativa_a7c.html.

sistema educativo se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Esto nos lleva necesariamente a considerar, dentro del entramado normativo educacional en Chile, a los tratados internacionales. Sin pretender un análisis exhaustivo de los mismos, se esboza a continuación un pequeño marco respecto de la regulación de derechos educacionales en los tratados internacionales de mayor relevancia e impacto a nivel legislativo y de política pública.

En primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 26, consagra el derecho fundamental a la educación. En efecto, señala que:

“Artículo 26.

- 1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.*
- 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.*
- 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”¹²⁹*

¹²⁹ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1948. [en línea] <http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml> [consulta: 15 de diciembre de 2016].

La forma en que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho a la educación en su artículo 26, no dista mucho en la forma que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo hace en su artículo 13¹³⁰, el cual se refiere en un sentido muy similar a la garantía del derecho a la educación. En efecto, como pudimos analizar a propósito del estudio de la autonomía científica, la Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y la relación que establecimos entre ella y la idea de ciertos “principios” de Derecho Educacional, es claro que mediante el Pacto en cuestión se perfecciona la forma en que los Estados deben garantizar el derecho a la educación de sus ciudadanos, lo que se materializa no solo en las obligaciones de gratuidad, obligatoriedad y fomento a la educación que consagran tanto la Declaración como el Pacto, sino además en las características que la citada Observación recomienda seguir por parte de los sistemas educativos nacionales y que fueron analizadas a propósito de su carácter principista en el punto 2.2.1. disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la adaptabilidad.¹³¹ Estas guías o principios, son una fuente real de obligaciones para el Estado chileno y, por tanto, debemos considerarlas parte de nuestro entramado normativo educacional. Adicionalmente, existen más tratados que se refieren a materias propiamente educacionales, imponiendo deberes a los Estados Partes (entre ellos, el chileno) y que mencionaremos muy superficialmente en lo sucesivo. Así, por ejemplo, la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” de 1979, consagra la importancia de la educación, como forma que tienen los Estados Partes de cumplir con los compromisos de la Convención, en erradicar de conformidad a su art. 5°:

¹³⁰ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1966. [en línea] <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>> [consulta 15 de diciembre de 2016].

¹³¹ N del A. Recordemos que dicho Comité es lo que el Derecho Internacional conoce como un “órgano de tratado”, es decir, un órgano creado por un tratado y cuyo objeto es supervigilar el cumplimiento de sus disposiciones del tratado e interpretarlas a través de “Observaciones Generales”.

“(...) los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.¹³²

Asimismo, otro tratado internacional ratificado por nuestro país y que por tanto debe entenderse como parte integrante de la normativa educacional vigente es la “Convención de Derechos del Niño” que en sus artículos 28 y 29 reproduce de manera bastante similar lo dispuesto por la Declaración y el PIDESC, pero profundiza en el contenido del derecho a la educación, señalando por ejemplo:

“Artículo 29:

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

¹³² CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1979. [en línea] <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>> [consulta 15 de diciembre de 2016].

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

*e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.*¹³³

También es preciso señalar otros tratados vigentes tales como la “Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza”¹³⁴ de 1960 cuyo objetivo fundamental es no solo proscribir todas las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, sino también procurar la igualdad de posibilidades y de trato para todas las personas; también la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias” de 2003¹³⁵ que en su artículo 30 garantiza el derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad a los hijos de trabajadores migratorios respecto a los nacionales del Estado de que se trate. Asimismo, consagra que el acceso de los hijos de los trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza o las escuelas públicas no podrá negarse o limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres. También podemos mencionar el “Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” de 1989¹³⁶ en cuyo artículo 26 se consagra el derecho de todos los miembros de los pueblos indígenas a adquirir una educación en todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional. Asimismo, el Convenio N° 169 señala en su Artículo 27, otras obligaciones estatales de suma importancia en relación al derecho a la educación:

¹³³ CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Visto [en línea] < <http://unicef.cl/web/convencion/> > [consulta 15 de diciembre de 2016].

¹³⁴ CONVENCION RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA DE LA CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACION, LA CIENCIA Y LA CULTURA. 1960. [en línea] <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [consulta 15 de diciembre 2016].

¹³⁵ CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. 2003. [en línea] <

“1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.”

Finalmente, no podemos omitir las referencias a la libertad de enseñanza que consagra el N° 4 del art. 18 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 1966¹³⁷ y el N° 4 del art. 12 del “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969¹³⁸ que señalan respectivamente:

http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articles-85606_recurso_1.pdf > [consulta: 15 de diciembre de 2016].

¹³⁶ CONVENIO N° 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES DE LA CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1989. [en línea] <
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314> [consulta: 15 de diciembre de 2016].

¹³⁷ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1966. [en línea] <
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> > [consulta: 15 de diciembre de 2016].

¹³⁸ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, SUSCRITO EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE

“4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

Y en el caso del Pacto de San José de Costa Rica:

“4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

El derecho consagrado en estos tratados de los padres a elegir la educación de sus hijos de acuerdo a sus convicciones morales o religiosas, va de la mano con el derecho a que existan proyectos educativos distintos al proyecto educativo oficial o estatal y vienen a complementar, desde la garantía de los derechos civiles y políticos, lo que ya el PIDESC garantiza en sus Párrafos 3° y 4° sobre libertad de enseñanza.

En conclusión, esta brevísima referencia a los tratados internacionales más importantes que se refieren a materias educacionales y plenamente aplicables en Chile por haber sido ratificados y encontrarse vigente, viene a sumarse a la ya sabida existencia de una numerosísima variedad de normas internas sobre educación que forman, todas entrelazadas, un enorme marco normativo que, en razón de este primer argumento, permitiría justificar al menos primariamente, una autonomía legislativa del Derecho Educacional chileno.

DERECHOS HUMANOS. 1969. [en línea] <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> [consulta: 15 de diciembre de 2016].

Sin embargo, este argumento no parece suficiente y existen buenas razones jurídicas para intentar llegar más allá y responder quizá la pregunta central que nos convoca: ¿existe alguna clase especial de norma que pueda escindirse al menos analíticamente de otras y pueda identificarse como específicamente educacional? El siguiente punto y argumento intentan una respuesta.

2.2.3.2. Segundo argumento: la normativa educacional como clase especial de norma según la Ley N° 20.529 que crea un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación parvularia, básica y media y su fiscalización.

El primer argumento respecto al enorme volumen normativo que regula el fenómeno educativo, aporta solo en la medida que consideremos el crecimiento excesivo y caótico de la normativa educacional como una razón poderosa para hablar de una nueva rama del derecho, tal como lo han hecho algunos autores nacionales y extranjeros, como pudimos ya observar más arriba. Es en este sentido, que el primer argumento no aporta mucho a nuestra empresa de configurar la autonomía del Derecho Educacional chileno desde una perspectiva propiamente jurídica.

En efecto, considero que el principal argumento en relación a la autonomía legislativa del Derecho Educacional, es la acción consciente del Legislador de crear una clase especial de norma que regula el fenómeno educativo: la normativa educacional. Este segundo argumento es, por lejos, el más poderoso para afirmar que el Derecho Educacional tiene autonomía legislativa y fue introducido a la discusión chilena por los Profesores Miguel Zárata y Alfredo Romero en su libro “Introducción al Derecho Educacional chileno”.

Estos autores sostienen que el principal motivo para la fundación de esta especialísima área del derecho es la prescripción conceptual de la normativa que regula la educación.¹³⁹ Los autores identifican certeramente que con la promulgación de la Ley N° 20.529 que crea un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación parvularia, básica y media y su fiscalización, el Legislador incluye - por primera vez en todo el ordenamiento jurídico chileno - el concepto de “normativa educacional”. Para ellos, si se ha creado legalmente *“la composición jerárquica de las reglas que regulan el proceso educativo”*, debe existir una rama del derecho que las estudie y las sistematice.¹⁴⁰

El análisis que realizan los Profesores Romero y Zárate es a mi juicio completamente acertado. Sin embargo, ellos no profundizan en porqué la inclusión del concepto “normativa educacional” es su “principal motivo” para hablar de Derecho Educacional como nueva rama del derecho. Esto, pues como se les criticó más arriba, ellos no incluyen en su análisis el concepto de autonomía ni tampoco las dimensiones científica, pedagógica y legislativa. Precisamente esta última clase de autonomía es clave para entender por qué la mención expresa al concepto de “normativa educacional” es tan relevante para la autonomía del Derecho Educacional: en la medida que el Legislador reconoce la existencia de una normativa especial, cuyo objeto es regular el fenómeno educativo, expresamente supone que esa normativa posee características particulares que la hacen especialísima respecto de otras clases de normativas y por ende, aporta un antecedente fundamental a la hora de pensar en la autonomía legislativa del Derecho Educacional chileno.

Y eso es precisamente lo que ha ocurrido con la Ley N° 20.529. En el inciso primero de su artículo 48, señala que:

¹³⁹ RÓMERO, Alfredo y ZÁRATE, Miguel. op.cit. p. 44.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

“Artículo 48.- El objeto de la Superintendencia será fiscalizar, de conformidad a la ley, que los sostenedores de establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado se ajusten a las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la Superintendencia, en adelante "la normativa educacional"(...).”

Podríamos decir entonces, sin temor a equivocarnos, que este artículo 48 es el artículo fundacional del Derecho de la Educación chileno, pues al prescribir expresamente la existencia de una normativa específica en materia educativa, el Legislador chileno consagra que la normativa educacional es una clase especial de normativa y la distingue explícitamente de otra clase de normas. Esta idea se reitera a propósito del inciso tercero y último del mismo artículo, que señala:

“Si en el ejercicio de sus atribuciones la Superintendencia toma conocimiento de infracciones a otras normas legales que no integran la normativa educacional, deberá informar a los órganos fiscalizadores correspondientes. La Superintendencia no podrá iniciar procesos sancionatorios por infracciones a normas legales que no integran la normativa educacional.

Así, al reconocer que hay normas que “no integran la normativa educacional”, el Legislador chileno supone entonces la existencia de una clase especial de normas que sí regulan específicamente el fenómeno educativo, consagrando explícitamente la autonomía legislativa de nuestro Derecho Educacional.

Ahora bien, la pregunta que se nos abre es ¿de qué hablamos cuando hablamos de “normativa educacional”? Siguiendo al art. 48 de la Ley N° 20.529, la normativa educacional es definida de una manera bastante genérica y en relación al objeto de la Superintendencia de Educación Escolar, órgano fiscalizador y parte integrante del sistema para asegurar calidad en la educación escolar chilena. Así, el artículo 48 señala que el objeto de la Superintendencia será fiscalizar que los sostenedores de establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado se ajusten “a las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la Superintendencia” definiendo a estas normas como aquellas que deberán entenderse en adelante como “la normativa educacional”.

En razón de esto, la redacción del citado artículo 48 nos lleva a la conclusión de que el concepto de “normativa educacional” que introduce la Ley N° 20.529 se encuentra circunscrito exclusivamente a las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la Superintendencia para regular a los sostenedores de establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado. Por tanto, para saber exactamente cuáles serían los cuerpos normativos que caben en la categoría de “normativa educacional”, debemos - según esta interpretación - ceñirnos estrictamente a las normas que regulan a los sostenedores. Allí, encontraremos un amplio rango de normas que van desde los números 10 y 11 del art. 19 de la Constitución Política de la República hasta la Ley General de Educación, la Ley de Subvenciones y la propia Ley sobre Aseguramiento de la Calidad, entre innumerables otros cuerpos legales, incluyendo tratados internacionales.

Sin duda, visto así, dicho concepto de “normativa educacional” introducido por la Ley N° 20.529 es incompleto y restringido. Esto pues se circunscribe solo a aquellas normas que regulan a los sostenedores de establecimientos educacionales pre-escolares y escolares reconocidos por el Estado, no incluyendo, por ejemplo, las normas relacionadas a la educación superior. Se da entonces la paradoja de que en la ley que regula gran parte del sistema educativo chileno (la Ley N° 20.370 General de Educación), hay normas que según el art. 48 de la Ley N° 20.529 son normativa educacional y otras que no, por ejemplo, aquellas relacionadas al procedimiento para obtener el reconocimiento oficial de instituciones de educación superior.

En razón de esto es que sostengo que la definición legal de “normativa educacional” contenida en la Ley N° 20.529 debe, a mi juicio, urgentemente expandirse. Sin perjuicio de lo anterior, es imposible restarle relevancia al hecho de que mediante la definición legal del art. 48 de dicho cuerpo normativos, las puertas de la autonomía legislativa del Derecho de la Educación chileno se abrieron para no volver a cerrarse. Dado su evidente carácter restringido, es preciso promover una tendencia a ampliar el rango de normas incluidas en la definición legal de “normativa educacional”. Esto debería lograrse, en principio, mediante el estudio sistemático de esta clase especial de normativa y sus principios, además de las modificaciones legales que se esperan para los próximos años en el contexto de la reforma educacional, sobre todo respecto a educación superior.

[2.3. Hacia una definición original del Derecho Educacional.](#)

Durante el desarrollo de esta Memoria he intentado entregar una argumentación jurídicamente aceptable de porqué considero que el Derecho Educacional es una rama del derecho chileno, especializada dentro del universo del Derecho Público y autónoma de otras ramas tales como el Derecho Constitucional o el Derecho Administrativo. El acápite anterior dejó en evidencia que el Derecho de la Educación chileno posee ya una autonomía suficiente respecto a otras ramas, pues tiene elementos tales que le permiten diferenciarse de ellas en un aspecto científico,

didáctico y legislativo. Por esta razón es que a estas alturas considero que se han entregado argumentos sólidos que defienden el hecho de que el Derecho Educacional chileno tiene todos los requerimientos doctrinarios para constituirse como una rama autónoma del derecho.

Como dijimos ya anteriormente, en Chile y a diferencia de otras latitudes, esta idea es relativamente novedosa. Sin embargo, existe un incipiente interés por el Derecho de la Educación, siendo el ya mencionado libro “Introducción al Derecho Educacional chileno” de los Profesores Miguel Zárate Carrazana y Alfredo Romero Labra, el primer y único intento cierto de definir qué es el Derecho Educacional en nuestro país, hasta el momento. En este sentido, es preciso recordar que los autores se refieren al Derecho de la Educación como:

“(...) un sistema de reglas y principios jurídicos que interactúan orgánicamente, para regular el acontecer educativo formal de nuestro país. Es decir, es un proceso dinámico de normativas que regula no solamente la educación en sí (enseñar y aprender), sino también a sus actores (instituciones y comunidad educativa), las relaciones que surjan entre ellos (derechos y deberes) y la necesaria protección de los derechos fundamentales que se identifican en dicha dinámica. Es el derecho que regula en su integridad el sistema educativo chileno”¹⁴¹

Si bien se valora y admira profundamente el esfuerzo de los Profesores Zárate y Romero por ser quienes dieron inicio formal a la discusión sobre esta nueva rama en el derecho chileno y por tanto, indirectamente inspiraron estas líneas, a continuación ofreceré una definición original de Derecho Educacional, que incluye en ella buena parte de las reflexiones que hasta el momento he desarrollado y que se propone, por supuesto de forma muy humilde, a fin aportar en la solución de ciertas contradicciones que hemos observado no solamente a propósito de la definición ofrecida por los autores chilenos, sino que también las que analizamos críticamente más arriba.

¹⁴¹ ROMERO, Alfredo y ZÁRATE, Miguel. op. cit. p. 46.

Más precisamente, con esta propuesta de concepto se busca salvar la omisión generalizada de la Doctrina respecto de la idea de autonomía como elemento central de la definición, en su materialización concreta en las tres dimensiones ya analizadas (científica, didáctica y legislativa) y además, en la falta de caracterización del concepto de “normativa educacional”.

Es por esto que propongo definir el Derecho Educacional chileno como una rama especializada del Derecho Público nacional, con autonomía científica, didáctica y legislativa de otras disciplinas, que comprende a la normativa educacional vigente y a los principios que la informan y cuyo objeto es la regulación jurídica del fenómeno educativo expresado éste en cada uno de los niveles de la educación formal, en la educación no formal y en la educación informal, durante toda la vida de las personas y con respeto irrestricto a los derechos educacionales consagrados en la Constitución Política de la República y, en lo pertinente, a los Tratados Internacionales ratificados por Chile.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: DERECHO EDUCACIONAL COMO UNA HERRAMIENTA ÚTIL EN LA ELABORACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN EDUCACIÓN.

Bien sabido es que a partir de las movilizaciones estudiantiles de 2001 y 2006, pero especialmente desde el movimiento estudiantil del año 2011, existe en nuestro país una sensación más o menos generalizada de que nuestro sistema educativo se encuentra en una profunda crisis. De forma transversal se dice que solucionar el conflicto educacional es una necesidad urgente para un país que lucha por el desarrollo, por la superación de la pobreza y de la desigualdad. También existe cierto consenso en que el debilitamiento intencional de la educación pública, a través de un set de políticas implementadas durante los últimos 30 años, en el marco de un proceso de modernización encaminado a consolidar un Estado de carácter subsidiario y bajo un ideario neoliberal, ha traído enormes y graves consecuencias

para la educación chilena, tanto en materia de calidad como en inclusión.¹⁴² Asimismo, la creación de un verdadero “mercado educativo” cuya eficiente racionalidad económica vendría a superar a la burocrática racionalidad estatal, ha debilitado la idea misma de “lo público” como una expresión de ciudadanía y democracia. Bajo esta premisa, las grandes decisiones educacionales de los últimos años se han tomado dentro de cuatro paredes, de espalda a las mayorías, con un fuerte autoritarismo tecnocrático y priorizando intereses económicos y empresariales, en el contexto de una educación que se entiende principalmente como mecanismo de desarrollo de capital humano avanzado e instrumental al sistema económico.¹⁴³

Durante los últimos años, el Movimiento Social por la Educación – integrado por diversos actores sociales que pujan por reformas estructurales a la educación chilena – ha sido capaz de fracturar los muros del modelo educativo chileno a través de un ciclo de lucha continuado, instalando discusiones que hace algunos pocos años habrían sido impensadas: desde gratuidad universal del sistema educativo, pasando por el fin al lucro en todos los niveles de enseñanza, la desmunicipalización, una nueva carrera profesional docente, una preocupación por re-interpretar el concepto de calidad que el neoliberalismo y sus teorías de management, accountability y capital humano avanzado, han instalado como forma de objetivar y medir cuantitativamente el aprendizaje; hasta la pregunta fundamental acerca de cuál es la educación que queremos para las futuras generaciones de chilenos y chilenas. Hoy, más que nunca, la discusión educacional se ha instalado en la agenda pública y se avizoran grandes reformas en la materia, lo que se ha acentuado con el advenimiento de un Gobierno de corte progresista cuya centralidad política ha sido impulsar reformas de carácter estructural, no sólo en materia educacional, sino también en materia tributaria, constitucional, laboral, previsional, etc. Sin ir más allá, durante enero de 2015 se aprobó en el Congreso Nacional una Reforma Escolar que

¹⁴² Para una mirada total a este proceso de modernización neoliberal, ver RUIZ ENCINA, Carlos. 2013. *“Conflicto social en el “neoliberalismo avanzado. Análisis de clase de la revuelta estudiantil en Chile”*. Buenos Aires, Argentina. CLACSO. 98p.

¹⁴³ Para un adecuado tratamiento de la transición de las ideas educacionales desde el paradigma republicano al paradigma neoliberal, ver RUIZ SCHNEIDER, Carlos. 2010. *“De la República al mercado”*. Santiago, Chile. LOM Ediciones. 174p.

modifica sustancialmente las reglas del juego que han de seguir los sostenedores de establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado: termina con el copago de las familias y con el lucro, además de terminar con la mayoría de las formas de selección. También ha habido modificaciones importantes al marco regulatorio de la Educación de Párvulos, durante este año 2016 se dio inicio a la implementación un nuevo Sistema de Desarrollo Profesional Docente y próximamente habrá cambios sustanciales en materia de organización administrativa de la educación escolar pública y en educación superior.

Entonces, teniendo presente el contexto en que se encuentra la discusión nacional sobre educación, ¿qué es lo que justifica el intento de configurar una nueva rama del derecho en este sentido?, ¿cuál es la finalidad de levantar estas banderas, en días donde el enfoque pareciera estar en reformas estructurales y no precisamente en la configuración de una nueva rama del derecho que las regule?

Desde lo estrictamente jurídico, el constituir una rama del derecho específica para un sector de la vida social permite describir mucho más acabadamente un campo determinado de estudio, constatar la coherencia y el sentido de las conductas humanas exigidas por la sociedad en ese ámbito particular de la vida y así, desde la teoría del Derecho, ofrecer modelos teóricos de solución para la resolución práctica de los conflictos que allí se generen.¹⁴⁴ En materia específicamente educacional, los conflictos son variados y no existe actualmente un método específico para la solución de problemas de carácter jurídico-educativo, pues no hay una sistematización ni estudio suficiente de la normativa educacional que lo permita. Por esta razón, se utilizan frecuentemente modelos teóricos de solución de conflictos propios de ramas tan disímiles como el Derecho Civil o el Derecho Administrativo, lo que contribuye a profundizar la falta de coherencia interna y la disgregación de la normativa educacional y de los principios que la informan (o que debiesen hacerlo).

Asimismo, en el contexto chileno, especialmente marcado por el proceso de Reforma Educacional, una cosa es cierta: cada una de las reformas educacionales que ya se

¹⁴⁴ VERGARA, Alejandro. op. cit. p. 972.

han iniciado y aquellas que de seguro se iniciarán durante los próximos años, necesitarán un exhaustivo análisis jurídico, toda vez que se materializarán necesariamente en robustas modificaciones al marco legal de la educación en Chile. Lo anterior no es un mero ejercicio especulativo sino que se basa en una realidad concreta: el sistema educativo chileno está formado por un gigantesco entramado normativo, estructurado sobre la base de leyes de todo rango, variados reglamentos, numerosísimos decretos y resoluciones, etc. Cualquier modificación estructural pasará necesariamente por variados cambios legales. Por esta razón, los equipos interdisciplinarios que formen parte del proceso de construcción legislativa y posterior aplicación de las reformas educacionales en todos los niveles, deberán conocer en profundidad las características de la normativa vigente en el área, para lo cual es del todo recomendable una debida sistematización y coordinación de ésta.

Pero en pos de avanzar hacia una técnica legislativa depurada y contribuir en buena forma al debate más propiamente jurídico sobre la cuestión educacional, los esfuerzos no debiesen limitarse exclusivamente a un proceso de sistematización de la normativa educacional, sino que deberían propender a la configuración de una rama del derecho capaz de aglutinar en su seno tanto a la norma positiva que regula el sector, como a los principios que la informan y que le dan un carácter propio, así como también, otorgar una comprensión sistemática y organizada de la estructura administrativa del aparato estatal destinado a la provisión de educación, desde las reparticiones que se encargan del diseño del sistema hasta los mismísimos establecimientos educacionales. Propender a esto, siguiendo nuevamente al Profesor Vergara Blanco, es parte fundamental del sistema de aplicación del Derecho y constituye una tarea que la Doctrina debe seguir realizando constantemente no solo en materia educacional, sino en otras muy diversas áreas de la vida regulada, por no decir en todas.¹⁴⁵

Sin perjuicio de lo anterior, completar dicha tarea es una empresa realmente titánica y por tanto está muy lejos de ser la pretensión de esta Memoria. El trabajo que se

¹⁴⁵ Ibíd. p. 967.

presenta en estas líneas pretendió estudiar de forma lo más acabada posible, pero con modestia, las condiciones de posibilidad para que un determinado conjunto de normas jurídicas y principios puedan ser considerados parte de una eventual rama del derecho chileno. Este esfuerzo se justifica, adicionalmente, en la medida que las reformas educacionales que se avizoran, merecen ser formuladas, analizadas, comprendidas y criticadas por profesionales del Derecho que sean capaces de al menos:

- (i) entender el fenómeno educativo como un proceso complejo, multifactorial e interdisciplinario de primera relevancia política, económica, social y cultural;
- (ii) reconocer en el Derecho una herramienta fundamental para una adecuada comprensión de este fenómeno y;
- (iii) lograr niveles de especialización jurídica en la materia que estén a la altura de los desafíos que implica reformar nuestro sistema educacional durante los próximos años.

El Derecho Educacional como rama autónoma del derecho, puede contribuir a darle una necesaria estructura y ordenación a la numerosa normativa educacional chilena, así como también, un tratamiento sistémico que sea capaz de identificar principios rectores propios que iluminen tanto la aplicación de la norma educacional como su interpretación en casos particulares y sobre todo, conflictivos.

Aquellos futuros profesionales que estén a cargo del sistema educativo nacional y que sean formados en esta nueva e incipiente rama, debieran ser protagonistas de los ajustes estructurales que se esperan para el sistema, ya sea desde el debate público y/o académico o desde ámbitos técnico-jurídicos, asesorando al Ministerio de Educación, a las Subsecretarías, Superintendencias y demás reparticiones relacionadas y desde donde se implementan las más diversas políticas públicas en el sector, siendo capaces de identificar tanto los problemas como las soluciones específicas que nacen a propósito del fenómeno educativo, cuyo tratamiento particular comienza a ser cada vez más problemático desde la perspectiva tradicional

y rígida del Derecho Civil, del Derecho Constitucional, del Derecho Administrativo o del Derecho Laboral.

Asimismo, conviene de sobremanera que quienes asesoren directamente a los Parlamentarios en la difícil misión de legislar sobre educación y también, todos quienes ejerzan funciones jurisdiccionales en los distintos Tribunales de la República, sean poseedores de una técnica jurídica depurada en la materia, tanto para legislar como para juzgar, cuestión que pasará necesariamente por una profundización de sus conocimientos específicos en el área.

Pero sin lugar a dudas, la finalidad creadora y ordenadora que puede tener el Derecho Educacional como rama del derecho, no supone en ningún caso que en su configuración se encuentre el germen de las transformaciones educacionales que hoy la sociedad chilena anhela. En este sentido, no hay que pedirle al Derecho más de lo que el Derecho puede dar. En su condición de herramienta, el Derecho expresa en sí el resultado de ciertas tensiones situadas espacial y temporalmente en lugares y momentos concretos o dicho de otro modo, correlaciones de fuerzas en plena lucha. Así es como lo que conocemos como “el Derecho chileno” no es más que aquella normatividad específica que en un determinado momento histórico se impuso como dominante por y para un grupo social específico. Llevado este análisis a materia propiamente educacional, el marco normativo que hoy rige la educación en Chile está trazado por la disputa entre la implementación de un proyecto de modernización neoliberal y los focos de resistencia a éste. Teniendo presente esto, es posible comprender mejor el por qué, dentro de un mismo marco legal, tenemos ejemplos claros de neoliberalismo en educación, como la Ley de Subvención Escolar Preferencial, que cristaliza la idea de focalización del gasto público y el financiamiento vía voucher a los establecimientos; y también tenemos trincheras de resistencia como el Estatuto Docente o la Ley N° 19.464 sobre asistentes de la educación, que representan logros gremiales concretos de ciertos sectores de trabajadores. Este carácter heterogéneo y muchas veces confuso de la normativa educacional, se explica entonces por razones que no son propiamente jurídicas, sino

políticas. Y al ser producidas políticamente, solo pueden ser superadas políticamente.

Es precisamente por eso que el Derecho Educacional, visto como una herramienta y más especialmente, como una herramienta para el cambio y la transformación del sistema educativo, debe estar siempre al servicio de la deliberación democrática y no convertirse nunca en un instrumento más para profundizar el autoritarismo tecnocrático que ha marcado las políticas públicas en educación durante casi 40 años. El peligro de la excesiva tecnificación es latente y un rasgo fundamental de la discusión que con esta Memoria se propone es precisamente que el desarrollo de esta disciplina vaya de la mano con la incesante tarea de democratizar las decisiones sobre los grandes temas del país. Sólo entonces, ensanchadas sus espaldas por acuerdos sociales amplios en torno a las grandes reformas educacionales que Chile necesita, es cuando el estudio del Derecho Educacional como tal se volverá indispensable para lograr un poderoso y eficaz marco regulatorio, acorde con las legítimas expectativas de una mejor educación para nuestro país y capaz de darle una solución técnicamente desarrollada a los conflictos de relevancia jurídica surgidos a propósito del fenómeno educativo.

BIBLIOGRAFÍA

1. ANDRADE, Lorenzo. 2009. "Estatuto Docente en su faceta de Estatuto Administrativo". Editorial Thomson Reuters Puntolex. Santiago, Chile. 331p.
2. ARCE, Celín. 2012. "Derecho Educativo". San José de Costa Rica, Costa Rica. Editorial Universidad Estatal a distancia (EUNED). [en línea] <http://books.google.cl/books?id=Z2skG-ddJDMC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> [consulta 19 de julio de 2016].
3. ARELLANO, Carlos. "Las grandes divisiones del Derecho". Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art1.pdf>> [consulta 19 de julio de 2016].
4. ATRIA, Fernando. 2014. "Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público". Santiago, Chile. LOM Ediciones. 329p.
5. BOAVENTURA, Edivaldo. 1996. "Um ensaio de sistematização do direito educacional". Revista de Informação Legislativa, a.33 n.131. Brasilia, Brasil. [en línea] < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176476/000512685.pdf>> [consulta: 20 de julio de 2016].
6. CARROZZA, Antonio y ZELEDÓN, Ricardo. 1990 "Teoría general e institutos de derecho agrario". Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 420p.
7. CISNEROS, Germán. 2000. "La interpretación de la ley". 3ª ed. México, D.F. Editorial Trillas. 163p.
8. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 13. [en línea] < http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN13> [consulta: 20 de julio de 2016].

9. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, SUSCRITO EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. 1969. [en línea] <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> [consulta: 15 de diciembre de 2016].
10. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. 2003. [en línea] < http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articulos-85606_recurso_1.pdf> [consulta: 15 de diciembre de 2016].
11. CONVENIO N° 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES DE LA CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1989. [en línea] < http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314> [consulta: 15 de diciembre de 2016].
12. CONVENCION RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA DE LA CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA. 1960. [en línea] <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> [consulta 15 de diciembre 2016].
13. CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Visto [en línea] < <http://unicef.cl/web/convencion/>> [consulta 15 de diciembre de 2016].
14. CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1979. [en línea] <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>> [consulta 15 de diciembre de 2016].

15. CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo. 2007. "El derecho a una educación de calidad". Anuario de Derechos Humanos. N° 3. pp. 173-181. [en línea] < <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13480/13748>> [consulta: 20 de julio de 2016].
16. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1948. [en línea] <http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml> [consulta: 15 de diciembre de 2016].
17. DI DIO, Renato Alberto Teodoro. "Contribuição à sistematização do direito educacional". p.28. Cit. en: JOAQUIM, Nelson. op.cit.
18. ESCOBAR, Edmundo. 1982 "El Derecho Educativo. El Derecho de la Educación o el Derecho en la Educación". En: Memoria del X Congreso Mundial ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. México, D.F. Universidad Autónoma de México. [en línea] < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/469/22.pdf>> [consulta 19 de julio de 2016].
19. FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. 2005. "La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional". Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Santiago, Chile. 146p.
20. FLORES, Juan Carlos. 2014. "Derecho a la educación: su contenido esencial en el derecho chileno" Estudios Constitucionales, Año 12, N° 2. pp. 109-136. [en línea] < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000200005> [consulta: 20 de julio de 2016].
21. GURVITCH, Georges. 2001. "Elementos de Sociología Jurídica". 2ª ed. Granada, España. Editorial Comares S.L. 267p.
22. HART, Herbert. L. A. 1961. "El concepto de Derecho". 3ª ed. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot. 332p.

23. HART, Herbert. L. A. 1970. "Teoría de Kelsen sobre la unidad del Derecho" [en línea] <
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/21/est/est8.pdf>>
[consulta 21 de julio de 2016].
24. INZUNZA, Jorge. 2009. "La constitución del derecho a la educación y la institucionalidad educativa en Chile: antecedentes para una polémica de 200 años." Observatorio Chileno de Políticas Educativas (OPECh). Programa EPE, FACSO Universidad de Chile. . Santiago, Chile. 143p. [en línea] <
<http://www.opech.cl/Libros/doc2.pdf>> [consulta: 19 de julio de 2016].
25. JOAQUIM, Nelson. 2009. "Direito Educacional Brasileiro-História, Teoria e Prática". [en línea] <<http://www.sateducacional.com.br/admin/cursos/uploads/sat.pdf>>
[consulta 19 de julio de 2015].
26. JORDAN, Tomás. 2009. "Elementos configuradores de la tutela jurisprudencial de los derechos educacionales en Chile". Estudios constitucionales, vol.7, n.1, 30p. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n1/art06.pdf> > [consulta 20 de julio de 2016].
27. KELSEN, Hans. 1949. "Teoría General del Derecho y del Estado". 3ª ed. México, D.F. Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones. 477p.
28. LATORRE, Ángel. 1991. "Introducción al derecho". 15ª ed. Barcelona, España. Editorial Ariel. 197p.
29. NOGUEIRA, Humberto. 2009. "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. pp. 209 - 269. 60p. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art07.pdf> > [consulta 20 de julio de 2016].
30. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1966. [en línea] <

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> > [consulta: 15 de diciembre de 2016].

31. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1966. [en línea] < <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>> [consulta 15 de diciembre de 2016].

32. PAEZ DE OLIVEIRA, Valtenio. 2013. "Derecho Educacional en el MERCOSUR. Lagunas jurídicas en las Leyes 26.206 de Argentina y 9.394 de Brasil". Edit. Dunken. Buenos Aires, Argentina. 192p. [en línea] <https://books.google.cl/books?id=DvQ4AAQBAJ&pg=PA29&lpg=PA29&dq=el+derecho+educacional+como+una+nueva+rama+del+derecho&source=bl&ots=C9RmtcJfj5&sig=tBchs7eeLv3S8bGANpi_ZmDULo&hl=es-419&sa=X&ei=q4mtVKCPMIHxepyPhlgO&ved=0CDAQ6AEwBA#v=onepage&q=el%20derecho%20educacional%20como%20una%20nueva%20rama%20del%20derecho&f=false> [consulta: 20 de julio de 2016].

33. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. 1996. "Manual de informática y derecho". Barcelona, España. Editorial Ariel. 222p.

34. RAZ, Joseph. 1986. "El concepto de Sistema Jurídico". México, D.F. Universidad Nacional Autónoma de México. 289p.

35. RUIZ ENCINA, Carlos. 2013. "Conflicto social en el "neoliberalismo avanzado. Análisis de clase de la revuelta estudiantil en Chile". Buenos Aires, Argentina. CLACSO. 98p.

36. RUIZ SCHNEIDER, Carlos. 2010. "De la República al mercado". Santiago, Chile. LOM Ediciones. 174p.

37. REDONDO, Jesús. 2007. "El derecho a la educación en Chile" Foro Latinoamericano de Políticas Educativas (FLAPE). Buenos Aires, Argentina. 97p. [en línea] <http://www.opech.cl/inv/investigaciones/08Chile_Derecho.pdf> [consulta: 20 de julio de 2016].

38. SORIA, Raúl. 2011. "Introducción al análisis del Derecho Educativo". [en línea] <http://www.mailxmail.com/curso-introduccion-analisis-derecho-educativo-1-3> [consulta 19 de julio de 2016].
39. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 27-02-1990. Sentencia Rol 102. Considerandos 8 a 11.
40. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19-07-1991. Sentencia Rol 130.
41. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 04-08-1998. Sentencia Rol 278. Considerando 11.
42. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 18-10-2001. Sentencia Rol 339. Considerando 10.
43. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 15-07-2002. Sentencia Rol 352. Considerando 18 y 29.
44. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 30-03-2006. Sentencia Rol 465. Considerandos 33 y 34.
45. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19-06-2007. Sentencia Rol 523. Considerandos 12, 14, 15, 21, 22, 24, 27 y 39.
46. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 13-05-2009. Sentencia Rol 1361. Considerandos 28 a 30, 39 y 40.
47. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 28-07-2009. Sentencia Rol 1363. Considerando 15 y 19.
48. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 20-01-2011. Sentencia Rol 1615. Considerandos 10 y 11.
49. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 10-09-2013. Sentencia Rol 2252. Considerando 41.
50. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 27-11-2014. Sentencia Rol 2731-2014. Considerandos 16, 27 y 162.

51. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19-05-2015. Sentencia Rol 2781. Considerando 27.
52. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 01-04-2015. Sentencia Rol 2787. Considerando Considerandos 41, 42, 44, 46, 51, 52, 61, 74 y 90.
53. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 21-12-2015. Sentencia Rol 2935. Considerandos 16, 23, 40, 41, 42, 48 y 49.
54. ULL Pont, Eugenio. 2003. "Derecho Público de la Informática". 2ª ed. actualizada. Madrid, España. Universidad Nacional de Educación a Distancia. 393p.
55. VALDÉS, Ramón. 1985. "El derecho tributario como rama jurídica autónoma y sus relaciones con la teoría general del Derecho y las demás ramas jurídicas". Montevideo, Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria. 42p.
56. VARGAS, Ernesto. 2012. "La configuración legal de la libertad de enseñanza: ¿un caso de captura regulatoria? Revista Derecho y Humanidades. N° 20. pp. 341-355. [en línea] <<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/34827/36530>> [consulta: 20 de julio de 2016].
57. VERGARA, Alejandro. 2014. "Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los "núcleos dogmáticos"." Revista Chilena de Derecho. Vol.41, N° 3, pp. 957-991. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n3/art08.pdf>> [consulta 19 de julio de 2016].
58. VIVANCO, 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 la agenda pública. Pontificia Universidad Católica de Chile. Año 2, N° 8, agosto. [en línea] <<http://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/123456789/1544/504465.pdf?sequence=1>> [consulta: 20 de julio de 2016].

59. ZÁRATE, Miguel. 2012. "Estatuto Docente: Indemnizaciones de los Profesores contratados del sector Municipal". Editorial LegalPublishing. Santiago, Chile. 132pp.
60. ZÁRATE, Miguel y ROMERO, Alfredo. 2013. "Introducción al Derecho Educativo Chileno". Santiago, Chile. Editorial Legalpublishing. 654p.

I. PRIMER PROGRAMA.

- a. Nombre del curso: Derecho Educacional.
- b. Profesor(es): Miguel Zárate, Alfredo Romero.
- c. Institución: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

1. Descripción del curso.

En los últimos 10 años se ha puesto en relieve a la educación como una de las áreas de mayor textura política, no sólo por su trascendencia desde el punto de vista humano, sino también por su importancia en la mantención del modelo de desarrollo de nuestra sociedad. Este fenómeno, que ha hecho trascender a la educación hasta situarla en un lugar relevante en la discusión pública, se explica principalmente en que los actores institucionales que participaron activamente en su actual conformación, perciben que en la acción de los movimientos sociales que buscan su cambio, hay un riesgo en la mantención de dicho modelo.

Quienes han liderado estos movimientos sociales han sido los estudiantes. En efecto, precisamente las movilizaciones estudiantiles provocaron importantes cambios legislativos después de cada episodio en los años 2006 y 2011, lo que se acompañó de un aumento hasta cierto punto relevante de la literatura jurídica sobre la materia. Lo anterior, lleva necesariamente a concluir que si bien la educación se vincula con una intrincada red de relaciones sociales y políticas, ésta se concretiza en otra red no menos compleja de normas jurídicas, las que van situando en distintos niveles lo que la sociedad, por medio de sus instituciones formales, pretende que sea. Luego, cualquier diagnóstico que se haga del sistema educacional chileno no está ajeno a definiciones jurídicas, cualquiera sea la forma que éstas adquieran.

¹⁴⁶ N del A. A sugerencia del Profesor Guía Sr. Enrique Navarro Beltrán, se incorporan 2 anexos correspondientes: I. Programa del curso “Derecho Educacional” impartido por los profesores Miguel Zárate y Alfredo Romero en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, durante el segundo semestre del año 2016; II. Programa del taller de memoria “Derecho de la Educación”, impartido por el profesor Francisco Zúñiga y su ayudante Flavio Quezada, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, desde el segundo semestre de 2013 al segundo semestre de 2016. Ver programa original en: http://web.derecho.uchile.cl/pregrado/2014_1/new/pro_d.php?recordID=1617. Se ha conservado redacción y ortografía original.

En este sentido, los estudiantes requieren conocer la legislación que da forma el proceso educativo, y que regulan sus actores, sus principios, su objeto, sus derechos y obligaciones, la estructura jurídica de la organización administrativa que es parte del sistema y sus principales procedimientos. Son esas herramientas las que este curso pretende entregar a los estudiantes.

El Derecho Educacional como rama reguladora del sistema educativo, se ocupa del estudio de los derechos fundamentales presentes en este proceso, de los órganos de la Administración del Estado presentes en esta área y de las relaciones entre éstos y la comunidad educativa. Los estudiantes, al finalizar el curso, habrán adquirido un conocimiento jurídico particular referido a estas cuestiones, aumentando su acervo general dado por el Derecho Constitucional y Administrativo.

2. Objetivos de aprendizaje.

- a. Que el estudiante comprenda y sea capaz de analizar el Derecho Fundamental de Educación y su evolución histórica, regulado principalmente el artículo 19° números 10 y 11 de la Constitución Política de la República.
- b. Que el estudiante conozca e identifique la legislación que compone el Derecho Educacional, el sistema educativo chileno (principios, sujetos y órganos intervinientes) y sus procedimientos administrativos más relevantes.
- c. Que el estudiante sea capaz comprender los últimos cambios legislativos en el ámbito educacional, considerando el objetivo de los proyectos y los fallos del Tribunal Constitucional, realizando análisis crítico sobre si éstos han transformado el actual escenario educativo.

3. Contenidos.

- a. Objetivo 1:

Comprender y analizar el Derecho Fundamental de Educación y su evolución histórica, regulado principalmente el artículo 19° números 10 y 11 de la Constitución Política de la República.

Contenidos:

En este aparato se analizan los conceptos básicos de esta disciplina y del sistema educacional chileno. Después de realizar una breve referencia a la historia de la normativa educacional y su evolución constitucional, se abordarán los derechos educacionales base, partiendo por su regulación en los principales tratados internacionales sobre la materia, la Constitución Política de la República, con especial énfasis en el contenido esencial del Derecho Educacional y la Libertad de Enseñanza.

b. Objetivo 2:

Conocer e identificar la legislación que compone el Derecho Educacional, el sistema educativo chileno (principios, sujetos y órganos intervinientes) y sus procedimientos administrativos más relevantes.

Contenidos:

En esta unidad se estudian las principales fuentes legales del sistema educacional desde la aquellas normas que establecen su diseño institucional, sus principios, actores, atribuciones, derechos y deberes; pasando por las que regulan su financiamiento (estatal y/o privado), para terminar en los principales procedimientos administrativos que contempla el sistema, como los de reconocimiento oficial, el derecho a impetrar el beneficio de la subvención y el acceso a la gratuidad en educación superior.

c. Objetivo 3:

Razonar acerca de los últimos cambios legislativos en el ámbito educacional, de los fallos del Tribunal Constitucional al respecto, y discutir sobre si estos han transformado el actual escenario educativo.

Contenidos:

En el desarrollo de cada una de las partes anteriores, se analiza, a su vez, las principales reformas legales al sistema escolar (Ley N° 20.845) y universitario (Ley

N° 20.890) de los últimos años, los fallos del Tribunal Constitucional al respecto y los proyectos de ley aún en tramitación.

4. Contribución al perfil de egreso.

El curso de Derecho Educacional contribuye en mayor medida a los siguientes cuatro aspectos del perfil de egreso:

- Advertir la complejidad del fenómeno jurídico, en sus diversas dimensiones, para así poder evaluar críticamente el Derecho existente.
- Principalmente, el curso busca que los estudiantes sean capaces, por un lado, de identificar, representar y exponer las principales instituciones que configuran el actual sistema educacional (objetivo 2 del programa) y, por otro, juzgar fundadamente el tratamiento constitucional y legal de los derechos fundamentales que configuran el proceso educativo (objetivo 1 del programa).
- Analizar problemas jurídicos, concretos o abstractos, identificando correctamente los hechos atinentes y las fuentes jurídicas relevantes.
- El curso expone a los estudiantes fallos del Tribunal Constitucional donde este se pronuncia sobre las actuales reformas legales al sistema educativo escolar y universitario (objetivo 3 del programa), con el fin de evaluar críticamente las soluciones jurídicas que el legislador ha pretendido imponer, dentro del actual escenario constitucional que regula el derecho a la educación y la libertad de enseñanza (objetivo 1 del programa).
- Diseñar estrategias de solución frente a esos problemas, que sean coherentes con el rol que les corresponde asumir.
- El conocimiento de la normativa educacional y sus actuales problemáticas, permitirá a los estudiantes utilizarla como una herramienta útil para la elaboración de políticas públicas consistentes con el marco jurídico constitucional y administrativo (objetivos 1 y 3 del programa), y para asumir eventualmente, con capacidad técnica,

la representación de sus destinatarios en los procedimientos más importantes que aquella contempla (objetivo 2 del programa).

5. Metodología.

La metodología consiste en la discusión en clase de los contenidos presentados de forma introductoria por el profesor (en clases expositivas), y estudiados, cuando corresponde, través de lecturas previas, asignadas para cada unidad del curso a principios del semestre.

A su vez, se realizarán discusiones sobre determinadas reformas al sistema educativo, junto a la participación de un experto externo que plantee sus principales problemáticas o cambios, que les permita realizar un breve trabajo escrito sobre algunos de los tópicos tratados en dicha sesión. Esto supone que los estudiantes, en grupos, busquen por sí mismos la información necesaria (normas, textos de doctrina o jurisprudencia) que les permita exponer sus principales puntos.

6. Evaluación.

La evaluación consistirá en:

- Primera evaluación (30%): La primera evaluación será escrita. El contenido corresponderá a la I Unidad (Introducción del Derecho Educacional), y la II Unidad (Bases del Derecho Educacional) en lo referente al Derecho fundamental de educación (Derecho a la Educación, Libertad de enseñanza).
- Segunda Evaluación (30%): La segunda evaluación será escrita. El contenido corresponderá a la II Unidad (Bases del Derecho Educacional) en lo relativo a las fuentes del Derecho Educacional, y la III Unidad (Principios del Derecho Educacional).
- Trabajo final (40%): Los Alumnos deberán elegir un tema a elección de entre aquellos que se propongan en atención a las materias desarrolladas en el curso, incluidas la IV y V unidades, trabajo que podrá realizarse hasta por un máximo de 3

alumnos, hasta 10 carillas de extensión, según el formato que se disponga para tal efecto.

7. Bibliografía

a) Bibliografía Obligatoria.

1.- ROMERO, Alfredo; ZARATE, Miguel. Introducción al Derecho Educacional Chileno. Editorial Thomson Reuters, 2013.

2.- BELLEI, Cristian, El gran experimento. Mercado y Privatización de la educación chilena. Editorial LOM, 2015

3.- SANDOVAL SEPÚLVEDA, Pablo, Derecho Educacional: nueva rama del derecho y herramienta útil en la elaboración de políticas en educación, Fundación Nodo XXI, octubre 2015.

4.- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Tratado de derecho constitucional. Editorial Jurídica. Segunda Edición, 2008.

* Se señalará las partes (páginas) pertinentes que los estudiantes deberán dar lectura.

b) Bibliografía Sugerida.

1.- ATRIA, Fernando; Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público. Editorial LOM. 2014.

2.- PISARELLO, Gerardo; Los Derechos sociales y sus garantías. Editorial Trotta. 2007.

3.- COTINO HUESO, Lorenzo; El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional, CEPC, 2012.

4.- DONOSO, Sebastián; El derecho a educación en Chile. Editorial Bravo y Allende Editores. 2013.

* Se señalará las partes (páginas) pertinentes que los estudiantes deberán dar lectura.

c) Dossier:

El curso contará con un dossier que contendrá lecturas (no obligatorias) que se recomendarán previamente a cada unidad del Programa, las que serán enviadas a los alumnos por medio de la secretaría de estudios. Este dossier contendrá, entre otros textos, los siguientes:

1.- BERTELSEN REPETTO, Raúl, La Libertad de Enseñanza: dos sentencias del Tribunal Constitucional, en FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo (director), Sentencias Destacadas 2004. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas (Santiago, 2005), pp. 157 – 193.

2.- CASTILLO, Luis, La Dimensión objetiva o prestacional del derecho fundamental a la educación, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 9 (2005), pp. 75 - 90.

3.- CASTILLO, Luis, La Dimensión subjetiva o de libertad del derecho a la educación, en Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos 50 (2004), pp. 551 – 576.

4.- FLORES RIVAS, Juan Carlos, Derecho a la educación. Su contenido esencial en el derecho chileno, en Revista Estudios Constitucionales 12 (2014) 2, pp. 109 – 136.

5.- FLORES RIVAS, Juan Carlos, Naturaleza y estatuto jurídico de la calidad de sostenedor educacional en el derecho chileno. Aspectos públicos y privados, en VERGARA BLANCO, Alejandro; BOCKSANG HOLA, Gabriel (editores), Público y privado en derecho administrativo. Actas de las VII jornadas de derecho administrativo (Santiago, 2011), pp. 95 – 122.

- 6.- FLORES RIVAS, Juan Carlos, La estabilidad de las subvenciones escolares en el derecho chileno (Tesis doctoral, Facultad de Derecho, de la Universidad de los Andes, Santiago, 2013).
- 7.- GONZÁLEZ SOTO, Pablo, Financiamiento de la educación en Chile, en VVAA, Financiamiento de la educación en América Latina (Santiago, 1998), pp. 161 – 187.
- 8.- GONZÁLEZ TUGAS, Juan Andrés, Breve análisis sobre la evolución jurídico-constitucional del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en Chile, en Revista de Derecho Público Iberoamericano 1 (2012), pp. 115 - 154.
- 9.- NOGUEIRA ALCALÁ, 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 14 (2008) 2, pp. 209 – 269.
- 10.- ZÁRATE CARRAZANA, Miguel, Hacia un concepto de derecho educacional, en Revista Derecho y Humanidades 21 (2013), pp. 111 – 128.
- 11.- ZÁRATE CARRAZANA, Miguel, El empleador. Una mirada desde el derecho educacional, en Revista Laboral Chilena 24 (2014) 11, pp. 87 – 93.
- 12.- ZÁRATE CARRAZANA, Miguel, Estatuto Docente. Indemnizaciones de los profesores contratados del sector municipal, Editorial Thomson Reuters, 2012.

II. SEGUNDO PROGRAMA

- a. Nombre del curso: Derecho de la Educación (taller de memoria).
- b. Profesor(es): Francisco Zúñiga, Flavio Quezada.
- c. Institución: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

1. Descripción del curso.

Desde los movimientos estudiantiles de 2006 y 2011 la ciudadanía, cada vez con mayor fuerza, está exigiendo repensar el sistema educativo nacional. Cumplir con dicha demanda requerirá, entre otras tareas, elaborar una teoría y dogmática jurídica de la regulación de la educación, a fin de comprenderla, en tanto fenómeno jurídico, lo que permitirá elaborar técnica jurídica para un nuevo modelo de educación.

Para ello, en el presente taller se estudiará y sistematizará el marco normativo de la educación en Chile, desde una triple perspectiva: (i) Derecho Internacional de los Derechos Humanos, (ii) Derecho Constitucional, y (iii) Derecho Administrativo.

2. Objetivos Generales.

El objetivo general del taller es ser una herramienta útil en el desarrollo de la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

De esta manera, se espera que los estudiantes sean capaces de (i) elaborar un proyecto de investigación bien fundamentado, en los tópicos del taller, que esté en condiciones de ser inscrito en el Departamento correspondiente y (ii) redactar un capítulo de la memoria consistente con ello.

3. Objetivos específicos.

- Conocer el procedimiento y normas para la elaboración de memorias y tesis de la Universidad de Chile.
- Analizar, sintetizar y problematizar los fundamentos, estructura y justiciabilidad de los Derechos Sociales Fundamentales.

- Analizar, sintetizar y problematizar la educación como fenómeno social e histórico.
- Analizar, sintetizar y problematizar el marco jurídico internacional y nacional de la educación.
- Conocer la historia del Movimiento Estudiantil en Chile y su incidencia en los cambios normativos de la educación.

4. Contenidos.

Capítulo I. Nociones sobre investigación jurídica.

1. Nociones teóricas.
2. Procedimiento, reglas y ejemplos de memorias para optar al grado de Licenciado en la Universidad de Chile.

Capítulo II. Los Derechos Sociales Fundamentales.

1. Fundamentación.
2. Desarrollo histórico.
3. Justiciabilidad.

Capítulo III. El derecho de la educación en el Derecho positivo chileno.

1. Visión general.
2. Derecho de la educación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ratificado y vigente en Chile.
3. Derecho de la educación en la Constitución Política de la República.
 - 3.a. Derecho a la educación.
 - 3.b. Libertad de enseñanza.
4. Derecho administrativo y Educación.

- 4.a. Actividad prestacional o de servicio público.
 - 4.b. Planificación administrativa.
 - 4.c. Regulación administrativa.
 - 4.d. Técnicas de intervención.
5. Marco legal de la educación.
- 5.a. Principios generales y marco general.
 - 5.b. Organización administrativa en materia educacional.
 - 5.c. La educación parvularia.
 - 5.d. La educación básica.
 - 5.e. La educación media.
 - 5.f. La educación superior.
 - 5.g. Modalidades educativas para la igualdad:
 - 5.g.1. Multiculturalidad y comunidades indígenas.
 - 5.g.2. Educación especial.
 - 5.g.3. Educación para adultos.
 - 5.h. Educación continua, en especial, para los trabajadores.
 - 5.i. Desarrollo científico, promoción de las artes y protección e incremento del patrimonio cultural del país.

Capítulo IV. Jurisprudencia nacional sobre derecho de la educación.

- 1. Jurisprudencia constitucional.
- 2. Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.
- 3. Jurisprudencia administrativa.

Capítulo V. Movimiento estudiantil chileno: pasado, presente y proyecciones.

5. Controles y ponderación de los mismos.

Las evaluaciones serán de dos tipo:

- Exposición de "idea de investigación" y entrega de proyecto de investigación (40%).
- Entrega de capítulo de memoria (60%).

6. Metodología.

El curso se dividirá en dos partes: la primera, en donde se entregarán contenidos mínimos para la comprensión del problema a investigar, mediante clases expositivas en que se promoverá la participación de los asistentes; y, una segunda, en la cual los estudiantes expondrán sus ideas de investigación y avance en la redacción de su memoria a fin que el curso someta a crítica constructiva la propuesta.

Para la aprobación del taller se exigirá un 75% de asistencia a las clases efectivamente realizadas.

7. Bibliografía del curso

AGUDO, Miguel. "El Derecho fundamental a la autonomía universitaria en la legislación española actual". En: PÉREZ, Javier. Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Navarra, Editorial Aranzadi, 2006.

ALDUNATE, Eduardo. "Derechos fundamentales". Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008.

ALVEAR, Julio. "Los proyectos de reforma constitucional en materia de educación: análisis de una incógnita". En Actualidad Jurídica, N° 25, 2012.

ARANGO, Rodolfo. "El concepto de derechos sociales fundamentales". Colombia, Editorial Legis, 2005.

BATES, Luis. "Derecho en la Educación". En: *Societas*, N° 12, Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, 2010.

CASAS, Lidia y CORREA, Jorge. "Descripción y análisis jurídico acerca del derecho a la educación y la discriminación". En: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 12, 2001.

COVARRUBIAS, Ignacio. "Comentarios a los proyectos de reforma constitucional que inciden en el derecho a la libertad de enseñanza". En: *Actualidad Jurídica*, N° 25, 2012.

ESPEJO, Nicolás. "Manual sobre justiciabilidad de derechos sociales para jueces de Iberoamérica". Santiago, Oxfam, 2009.

ESPINOZA, Patricio. "Derechos económicos, sociales y culturales: un caso de equilibrio precario entre la obligación constitucional, las restricciones presupuestarias y la desconfianza neoliberal". En: *Revista de Derecho Público*, N° 71, Universidad de Chile, 2009.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. "La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional". Santiago, Universidad de los Andes, 2005.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. "Recurso de protección y derechos sociales". En: *Derecho Mayor VI*, N° 6, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. "Los fundamentos de los derechos fundamentales". España, Editorial Trotta, 2001.

FIGUEROA, Rodolfo. "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica". En: *Revista Chilena de Derecho*, N° 36, Vol. 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009.

ÍÑIGUEZ, Andrea. "Notas y comentarios sobre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación en la Constitución de 1980". En: *Derecho Mayor*, Vol. 5, Universidad Mayor, 2006.

JORDÁN, Tomás. “Derechos educacionales en Chile”. En: AGUILAR, Gonzalo. Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno. Chile, Editorial Librotecnia, 2012.

JORDÁN, Tomás. “Elementos configuradores de la tutela jurisprudencial de los derechos educacionales en Chile”. En: Estudios Constitucionales: Revista Semestral de Estudios Constitucionales de Chile N° 7, Vol. 1, Universidad de Talca, 2009.

JORDÁN, Tomás. “La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena”. En: Estudios Constitucionales: Revista semestral de Estudios Constitucionales de Chile N° 5, Vol. 2, Universidad de Talca, 2007.

JORDÁN, Tomás. “La protección de los Derecho Sociales: modelos comparados de tutela jurisdiccional (España y Chile)”, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, N° 10, 2006.

MARTÍNEZ, José Luis. “El Estado a la Educación en los Estados Unidos de América”. En: Revista Española de Derecho Constitucional, N° 93, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

MARTÍNEZ, José Ignacio. “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”. En: Estudios Constitucionales: Revista semestral de Estudios Constitucionales de Chile, N° 8, Vol. 2, Universidad de Talca, 2010.

NAVARRO, Enrique. “Protección constitucional de los Derechos Sociales en Chile”. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010, Fundación Konrad Adenauer, 2010.

NOGUEIRA, Humberto. “Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú”. Santiago, Librotecnia, 2010.

NOGUEIRA, Humberto. “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”. En: Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Vol. 1, Universidad de Talca, 2003.

NOGUEIRA, Humberto. “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”. En: Estudios Constitucionales: Revista semestral de Estudios Constitucionales de Chile, N° 7, Vol. 2, Universidad de Talca, 2009.

VIDAL, Carlos. “Derecho a la Educación”. En: TEROL, Manuel. El Estado Social y sus exigencias constitucionales. España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2010.

ZÚÑIGA, Francisco. “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales”. En: Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 20, 2008.