



Rectificada conforme a resolución de 2 de abril de 2015, que rola a fojas 765.

000583

quinientos ochenta y tres

Santiago, primero de abril de dos mil quince.

**VISTOS:**

Con fecha 12 de marzo de 2015, un grupo de 10 senadores ha solicitado la declaración de inconstitucionalidad de todo o parte de las normas que indican del proyecto de ley contenido en el Boletín 9366-04, que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.

Se refieren latamente al proyecto de ley y señalan que entre los objetivos que se propone se encuentran el dar educación de calidad, reducir desigualdades y asegurar el ejercicio del derecho a la educación, traduciéndose en el término de la finalidad de lucro en establecimientos educacionales que reciben recursos públicos, el término de la selección escolar y la derogación del sistema de financiamiento compartido, autorizándose aportes voluntarios limitados y descontables de la subvención. Agregan que se elimina la selección para evitar toda forma de discriminación, sin que se pueda considerar el rendimiento escolar anterior y que, para resguardar la vinculación con el proyecto educacional, se exigirá una declaración expresa de adhesión.

Agregan que cuando la demanda de cupos sea mayor que la oferta, operará un sistema de admisión aleatorio, dentro del cual existirá una cuota de 15% de alumnos prioritarios por vínculos especiales con el establecimiento y con un régimen particular para los colegios denominados emblemáticos.

En cuanto al término del lucro, el proyecto acude al medio de exigir que los sostenedores adopten la forma de personas jurídicas sin fines de lucro. Infieren de





000584

*Quinientos ochenta y cuatro*

ello los requirentes que el sostenedor pasará a ser un mero administrador de la subvención, pues los recursos quedarán afectos a un fin determinado con regulaciones específicas acerca de su uso, prohibiéndose los pagos a personas relacionadas y facultándose a la Superintendencia de Educación para dictar normas de carácter general al respecto.

El proyecto establece que para acceder a la subvención es requisito ser propietario o comodatario del inmueble e infraestructura en que opera el plantel (aun cuando se establece un restrictivo régimen de excepciones) y se consagran los principios de no discriminación, no expulsión, prohibición de la cancelación de matrícula por situación socioeconómica, el fin al copago, apoyo a estudiantes de bajo rendimiento, información anual a la Superintendencia de Educación sobre el uso de recursos, entre otros contenidos preceptivos.



En cuanto al marco constitucional de la educación privada, se refieren extensamente a la autonomía de los cuerpos intermedios y a las garantías de la libertad de enseñanza en la Constitución Política, con especial énfasis en la autonomía organizativa y en el deber del Estado de financiar la educación básica y media para que sean gratuitas, lo que a la luz de las normas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no puede ser utilizado para limitar la libertad de los particulares en orden a establecer y dirigir establecimientos educacionales.

Exponen que la subvención es la concreción de los mandatos constitucionales, recalcando que el Estado le debe especial protección a la educación privada, en el marco del derecho de los padres a la libre elección del establecimiento educacional para sus hijos.



000585

*Opinión emitida, cinco*

Concluyen que establecer exigencias imprecisas, numerosas, poco definidas o sujetas al criterio de la Administración es contrario a la Constitución, vulnerándose el derecho de los padres a elegir establecimiento y el derecho a la educación. Consecuentemente, consideran vulnerada la garantía del pluralismo, que se hace efectiva al haber diversidad de proyectos y derecho de elección.

Posteriormente, se refieren extensamente a las líneas jurisprudenciales de este Tribunal en materia de libertad de enseñanza, en especial a los fallos roles N°s 352, 410, 423, 465, 771, 1361, 1363 y 2731, para concluir detallando los elementos que configuran el contenido esencial de la libertad de enseñanza, entre los cuales está la definición del ideario del establecimiento, del proyecto educacional, la definición de los medios para su logro, el régimen de dirección, administración y responsabilidad, las normas de orden y disciplina, el sistema de administración financiera y los vínculos con otras instituciones.



A continuación, se refieren al carácter taxativo de los límites que la Carta Fundamental establece para la libertad de enseñanza, concluyendo que se trata de un catálogo cerrado y no ampliable por el legislador.

En cuanto a la subvención, reiteran que es una obligación del Estado entregarla a los sostenedores, pues deriva del deber de financiar un sistema gratuito, cuestión que además se liga con el reconocimiento oficial.

Exponen que se concluye de la jurisprudencia que el legislador puede introducir cambios normativos en estas áreas, siempre y cuando tengan justificación legítima y utilicen medios adecuados y proporcionales.

Sostienen que si bien el proyecto no priva del reconocimiento oficial a establecimientos que lo tengan,



000586

*quinientos ochenta y seis*

sí establece nuevas condiciones para su mantención, estableciendo plazos para su cumplimiento. A fojas 18 y siguientes realizan una referencia a la evolución legislativa de las condiciones de acceso a la subvención, concluyendo que entre los años 2004 y 2011 se incorporaron nuevas condiciones y exigencias, especialmente en referencia a la organización interna de los establecimientos, agregando regulaciones nuevas a los requisitos ya existentes. Entre las fojas 20 y 22 señalan 27 exigencias que resultan del proyecto de ley en examen para poder acceder a la subvención, las cuales no se pueden caracterizar como requisitos mínimos, excediéndose así el legislador del marco constitucional, al dictar una normativa para la cual no está habilitado, vulnerando así los artículos 6º, 7º y 19, numerales 10º y 11º, de la Constitución Política de la República.



En cuanto al detalle de normas impugnadas, éste puede presentarse de la siguiente forma:

**Infracciones que se alegan.**

El libelo se estructura en base a los siguientes capítulos:

- En primer lugar, el artículo 2º, N° 5), letra f), y N° 6), y el artículo vigésimo sexto transitorio, referidos al nuevo proceso de admisión aleatoria con cuota preferencial y al término de la selección de estudiantes, estableciendo un sistema de postulación al efecto, así como las disposiciones relacionadas con dicha prohibición que contemplan su aplicación gradual, en el tiempo y en el territorio, y la normativa de excepción limitada y temporal, de acuerdo a lo que se dispondrá en un reglamento.

A fojas 46 señalan los requirentes que la prohibición de selección vulnera la libertad de enseñanza al impedirle al sostenedor optar por aquellos alumnos y



000587

*Quinientos ochenta y siete*

familias que adhieran efectivamente al ideario y proyecto educativo del establecimiento. Alegan que se vulneran de ese modo las garantías constitucionales de la igualdad ante la ley y de la libertad de los padres para elegir el establecimiento.

Señalan que el proceso de selección de alumnos es concreción del derecho de organizar y mantener colegios, que la selección se vincula estrechamente con la realización del ideario y que es parte del proyecto educativo, resultando idóneo elegir alumnos y familias que adhieran a él. Agregan que nada tiene de extraño seleccionar y que, por otra parte, el legislador ha adoptado suficientes normas para resguardar el principio de no discriminación y la transparencia. Afirman que es inconstitucional prohibir la selección de alumnos y que es más inconstitucional cuando el proceso es respetuoso de los derechos de los partícipes.



Agregan que la regulación legislativa debe estar al servicio de los derechos de las personas y que con estas normas se coarta un aspecto relevante de la libertad de organización y mantención del establecimiento, sustentada en la realización del proyecto educativo, pues la selección de familias comprometidas con él mal puede suplirse con la firma de un documento de adhesión, que no reemplaza la verdadera vinculación al proyecto.

Exponen que no hay estudios ni experiencias que acrediten la necesidad del cambio normativo que se introduce, al punto que los defensores de la reforma ya se encuentran anunciando que se modificará, justificando además su aplicación paulatina por la entidad de los cambios producidos.

Alegan asimismo que se vulnera el derecho de los padres a elegir, puesto que con el nuevo sistema, si no hay suficientes cupos disponibles, se aplicará el procedimiento aleatorio de admisión y si el estudiante no



000588

*quinientos ochenta y ocho*

resulta favorecido se le registrará en el establecimiento con vacantes más cercano a su hogar. Ello significa que si no hay cupos en el establecimiento elegido por los padres, mandará el azar y si ello no resulta entrará a elegir la autoridad administrativa, todo ello a menos que los padres busquen otro establecimiento donde existan cupos, desapareciendo completamente la libertad de elección por parte de los padres.

Consideran asimismo vulnerada la igualdad ante la ley, en tanto se instauraría una doble discriminación. En primer lugar, por medio de una igualación arbitraria, cuando se impide seleccionar estudiantes y familias por adhesión al ideario educativo, considerando irrelevante dicho factor, y en segundo lugar cuando la postulación queda entregada a un sorteo. Piden la inconstitucionalidad de las "normas contenidas en el proyecto de ley que prohíben la selección contenidas en sus artículos 2° N° 5) letra f) y N° 6) (en las partes que se han destacado) y vigésimo sexto transitorio."



- En un segundo capítulo, piden la inconstitucionalidad del artículo 1°, N° 9), letra b), artículo 2°, N° 1), letra a), artículo 2°, N° 5), letra a), y artículo segundo transitorio, referidos a la forma jurídica del establecimiento escolar, normas que obligarán al sostenedor a constituirse como persona jurídica sin fines de lucro para poder acceder al reconocimiento oficial, estableciendo además el plazo y régimen del período de transición para la vigencia de dicha condición, según se señala a fojas 30.

Argumentan que se excede el estándar fijado por este Tribunal en su sentencia Rol N° 1363 (referida a normas de la Ley General de Educación), que validó en esa época la exigencia de persona jurídica de giro único, señalando que podían ser con o sin fines de lucro, pero siempre de propósito único, en dispersión de votos y



000589

*quinientos ochenta y nueve*

razonando al límite de la constitucionalidad, frontera que hoy se ve sobrepasada.

Descartan que el hacer aportes a los privados pueda conferir al Estado mayores potestades regulatorias, sobre todo si el sostenedor tiene plena libertad para optar a recibirlos. Descartan ese argumento porque, de ser así, los recursos fiscales pasarían a ser patrimonio de los poderes públicos y no dinero fiduciariamente administrado por la autoridad, para fines de educación y libre enseñanza, ya que, como lo ha dicho este Tribunal en sus sentencias roles N°s 410 y 771, la subvención del Estado a la educación privada es una obligación ineludible, sin que pueda ser concebida como una moneda de cambio para imponer condiciones o requisitos que la autoridad considere oportunos.



Exponen que el legislador podría haber optado desde el inicio del sistema por obligar a formar personas sin fines de lucro; incluso podría examinarse si sería pertinente para sostenedores nuevos, mas es inconstitucional obligar hoy a una forma asociativa forzada a quienes ya tienen otra de forma legítima.

Argumentan que es desproporcionado el fin de terminar con el lucro, pues lo reprobable es la mala utilización y no el uso legítimo, que perfectamente puede ser regulado por el legislador (señalan, por ejemplo, que el proyecto fija un límite de renta de arriendo del 11% del avalúo fiscal, cuestión que perfectamente se podría haber generalizado).

Sostienen que se vulneraría el derecho a organizar el establecimiento, pues el cúmulo de condiciones que se establecen en el proyecto para poder acceder a la subvención hace que se termine con la libertad organizativa del sostenedor.



000590

*quinientos noventa*

- En un tercer capítulo, piden la inconstitucionalidad del artículo 2º, N° 3), referido al catálogo de usos permitidos que el sostenedor podrá dar a la subvención, especificando el detalle de normas e infracciones a fojas 31, normas que obligarán a los sostenedores a utilizar la subvención en fines educativos específicos e informar a la Superintendencia de Educación.

Se enuncia en esta normativa lo que se entenderá por fines educativos y los tipos de gastos y costos que se podrán abarcar, estableciéndose además facultades para la Superintendencia en la materia, la dictación de un reglamento, y un conjunto adicional de prohibiciones respecto de contratos y operaciones que se detallan en la normativa.



Se señala que el sostenedor se conceptualiza por el proyecto como un cooperador del Estado, recibiendo recursos afectos al objeto directo de educar y con un listado taxativo y restrictivo de operaciones permitidas y prohibidas. Los requirentes, citando la conceptualización de la libertad de enseñanza que este Tribunal realizara en el fallo Rol N° 410 (fojas 55 y 56), señalan que el proyecto cambia totalmente la lógica del uso de la subvención, pues hoy la autonomía constitucional del sostenedor le permite hacer todo lo no prohibido, con amplios espacios de disposición para él, y que con la nueva normativa casi todas las operaciones y contratos que impliquen uso de la subvención quedarán sujetos a restricciones, además de someterse a un reglamento y a las normas generales de la Superintendencia del ramo, órgano al que además se faculta para calificar si operaciones específicas son o no entre sujetos relacionados y si se verificaron o no a precio de mercado, llegando al absurdo de poder sancionarse condiciones más favorables.



000591

*Opinión Merenda, uno*

A fojas 35 y 57 señalan los requirentes que formularon una indicación para resguardar el uso del dinero, pero que la fórmula aprobada fue pasar a un régimen de prohibiciones y usos específicos, no sólo de la subvención, sino de todos los recursos que obtenga el sostenedor, agregando que finalmente la determinación de todo ello quedará en manos de la Administración, y no de la ley, por la vía del reglamento que deberá dictar la Superintendencia.

A fojas 57 dan por doblemente infringido el principio de reserva de ley, al existir un reenvío a normas reglamentarias y de la Superintendencia, regulándose esta materia con conceptos abiertos e indeterminados, con expresiones como "necesaria", "superior", "efectiva", "razonablemente proporcionada", "buen desarrollo", "útil", etc.



Señalan que en el fallo Rol N° 1710 este Tribunal declaró inconstitucional un reenvío normativo por ser demasiado amplio, concluyendo que el estándar de precisión y densidad exigible al legislador no estaba cumplido, circunstancia que consideran concurre en este caso.

- A fojas 60 piden que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 3°, 3° bis y 3° ter que se introducen o, en subsidio, lo que el tribunal determine. De igual forma señalan que, de acogerse este capítulo, deben declararse inconstitucionales los incisos cuarto y sexto del artículo 4° transitorio y el inciso cuarto del artículo 5° (a fojas 1 se pide la inconstitucionalidad de los textos completos de los artículos 4° y 5°).

- En el capítulo siguiente, piden la inconstitucionalidad del artículo 2°, N° 7), letra a), referido a la prohibición de abrir nuevos establecimientos (fojas 36), salvo que la Administración



000592

*Quinientos Noventa y dos*

lo autorice, siempre que se constate que existe demanda insatisfecha o que no hay proyecto educativo similar en el territorio respectivo, estableciéndose además la potestad de dictar un reglamento sobre este punto.

A fojas 60 señalan que esta norma viola el derecho a abrir, crear o formar establecimientos, además de la garantía del pluralismo, manifestada en la diversidad de proyectos e idearios y la libertad de elección del establecimiento.

Alegan vulnerado el derecho a la educación, en la medida que la subvención no es una concesión graciosa del Estado, sino que un verdadero deber, como se señala en la sentencia Rol N° 410, exponiendo a fojas 62 que no puede existir una interpretación distinta, para concluir que los requisitos para acceder a la subvención deben ser de carácter mínimo, evitando que se transformen en una barrera para acceder a la educación, que es un derecho social que requiere colaboración de terceros, ya que es la subvención lo que asegura el ejercicio del derecho para el que no lo puede costear.

Agreden que a la luz de lo razonado por este Tribunal en sus sentencias roles N°s 410 y 423 los límites constitucionales de la libertad de enseñanza son taxativos y en este proyecto se han excedido.

Denuncian que se instaura una discriminación arbitraria entre los que ya acceden a la subvención y los que quieren ingresar al sistema por primera vez, pues el trato es distinto y se dificulta más allá de lo razonable el acceso a la subvención.

Nuevamente denuncian una doble infracción a la reserva de ley, señalando que en libertad de enseñanza lo reglamentario sólo puede ser adjetivo, de acuerdo a lo razonado por este Tribunal en su sentencia Rol N° 423. Agregan que los factores territorio y demanda insatisfecha, al no definirse, dejan a la potestad





000593

*Quinientos Noventa y tres*

reglamentaria en un espacio de discrecionalidad, delegando la regulación de procedimientos y requisitos, sin estándares precisos ni objetivos, limitando así el ejercicio de un derecho fundamental.

Agregan que el inciso tercero vulnera la garantía de reserva de ley al no establecer el procedimiento que resultará en el rechazo de una solicitud de subvención. Solicitan además a fojas 68 la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2º, numeral 7), letra b).

- En el capítulo siguiente, solicitan la inconstitucionalidad del artículo 2º, N° 5), letra e), así como de los artículos tercero transitorio (nada en negrilla), cuarto transitorio (nada en negrilla) y quinto transitorio. El artículo 2º, en esta parte, establece el requisito de ser propietario o comodatario del inmueble para acceder a la subvención, además de fijar los requisitos del contrato y establecer el régimen de excepción, a fojas 36 y siguientes.



En el articulado transitorio en referencia se establece el plazo para el cumplimiento de esta obligación, distinguiendo a los que ya sean establecimientos con o sin fines de lucro (3º); el régimen temporal de supervivencia de los arrendamientos vigentes y las limitaciones (4º), además del régimen de supervivencia y transformación de los arriendos para establecimientos de 400 o menos alumnos, creándose un derecho de compra preferente para el sostenedor o para el Estado.

Señalan los requirentes que se impide a los nuevos sostenedores arrendar, lo cual es inconstitucional *per se*. Agregan que a los sostenedores vigentes se les prohíbe arrendar a persona relacionada, salvo que no tenga fin de lucro, con un régimen todavía más excepcional para colegios de 400 o menos alumnos. Estiman



000594

*Quinientos noventa y cuatro*

que el legislador no puede impedir a persona alguna, menos a un cuerpo intermedio, la celebración de arriendos, aun cuando sea razonable y legítimo propender a la adquisición del inmueble, agregando que no se justifica la diferencia de trato y que por ende es un caso de discriminación arbitraria.

A fojas 68 señalan que se viola el derecho a organizar y mantener establecimientos y el principio de proporcionalidad, en tanto la limitación no es idónea ni necesaria para el fin que se pretende, en el marco del principio de menor lesividad de las limitaciones al ejercicio del derecho, propio de un examen de proporcionalidad, reiterando que establecer el 11% de avalúo como renta máxima de arriendo sí es una regla idónea. Exponen que la prohibición de contratar con personas relacionadas tiene el mismo vicio, infringiéndose el derecho de organizar y mantener establecimientos, no superándose tampoco el test de adecuación propio de la metodología de la proporcionalidad.



Denuncian discriminación arbitraria porque a los sostenedores nuevos se les prohíbe arrendar y a los antiguos sí se les permite bajo ciertas condiciones, reiterando que prohibir arriendos es inconstitucional. Agregan que la excepción para los colegios de menos de 400 alumnos es todavía más discriminatoria, pues tener 399 o 401 alumnos marcará un régimen diferente, sin que exista razón que lo justifique.

- En el capítulo siguiente requieren la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1º, N° 7), letra c), que habilita al directamente afectado para interponer la acción antidiscriminación arbitraria de la Ley N° 20.609, declarando que no se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en el artículo 19, N° 11º, de la Constitución,



000595

*quinientos noventa, cinco*

sin perjuicio de lo dispuesto por la convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. A fojas 72 plantean los requirentes que prohibir que se justifique un trato distinto en base al ejercicio de un derecho fundamental es inconstitucional.

Finalmente, en el petitorio solicitan tener por interpuesto "requerimiento de inconstitucionalidad en contra de los preceptos o parte de ellos que se han indicado del proyecto de ley que regula la admisión de los estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos que reciben aportes del Estado (Boletín N° 9366-04), por los fundamentos que se han expuesto en esta presentación, admitirlo a tramitación, declararlo admisible y, en definitiva, acogerlo y declarar, total o parcialmente, que dichos preceptos son inconstitucionales".

#### **Adhesión de un grupo de Diputados.**

A fojas 87, un grupo de diputados que constituyen más de un cuarto de los miembros en ejercicio de la Cámara, invocando los artículos 44, 61 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se hacen parte y piden tener por reproducido el requerimiento de los senadores, al que adhieren en todas sus partes.

En síntesis, reiteran y argumentan sobre la inconstitucionalidad de las siguientes normas del proyecto:

1) Artículo 2°, N° 3), en cuanto a los usos o fines educativos de la subvención. Norma descrita en el Capítulo 1, numeral 1.5, letra C (páginas 31 y siguientes), y cuya infracción a la Constitución es latamente tratada en el Capítulo III, numeral 3.3 (páginas 54 y siguientes), argumentando sobre la libertad de enseñanza, libertad de elección del establecimiento y





000596

*Quiminto Morenta, seii*

autonomía escolar, sin la cual no puede existir libertad de enseñanza. Se refieren al uso de la subvención y su incidencia en el reconocimiento oficial, pudiendo derivar en la revocación del mismo a partir de las normas del proyecto.

2) Artículo 2º, N° 7), letra a), relativo a la prohibición de apertura de nuevos colegios subvencionados, salvo que se verifique una condición determinada a sola voluntad de la Administración. Norma descrita en el Capítulo 1, numeral 1.5, letra D (páginas 35 y siguientes), y cuya infracción a la Constitución es latamente tratada en el Capítulo III, numeral 3.4 (páginas 59 y siguientes). Argumentan que se afecta el derecho de abrir establecimientos y de escoger por parte de los padres, quedando además entregada la apertura a la autoridad administrativa. Señalan que con la nueva normativa los padres pierden la libertad de elegir establecimiento.



3) Artículo 1º, numeral 7), letra c), referido a la acción antidiscriminación, cuya inconstitucionalidad piden porque restringir por ley el alcance del artículo 19, N° 2º, de la Constitución Política es a su juicio inconstitucional. Norma descrita en el Capítulo 1, numeral 1.5, letra F (páginas 41 y siguientes), y cuya infracción a la Constitución es latamente tratada en el Capítulo III, numeral 3.6 (páginas 71 y siguientes). Señalan que se está dejando sin efecto la garantía de la libertad de enseñanza, que se va más allá de dejar sin efecto lo dispuesto el inciso tercero del artículo 2º de la Ley N° 20.609, impidiendo el ejercicio legítimo de la libertad de enseñanza al nunca ser fundamento de una distinción razonable.

Solicitan se les tenga por parte y se acoja el requerimiento.



000597

*quinientos noventa, siete***Admisión a trámite y admisibilidad.**

Acogido a tramitación el requerimiento en votación dividida, posteriormente se declaró su admisibilidad, se tuvo por adherido al grupo de diputados y se confirió traslado a los órganos constitucionales interesados.

**Audiencias Públicas.**

Además se convocó a audiencia pública a las instituciones, organizaciones y grupos interesados, concurriendo ante este Tribunal un total de 14 comparecientes, en representación de organizaciones interesadas:

|   |  |  |
|---|--|--|
|   | Camila Vallejo Dowling y Leonardo Vilches Yáñez                              | Partido Comunista de Chile   |
|   | Giorgio Jackson  | Movimiento Revolucionario Democrática  |
|   | Arturo Fernandois Vöhringer  | Fundación Libertad y Desarrollo  |
|   | Héctor Mery Romero   | Fundación Jaime Guzmán   |
|   | Rodrigo Bustos Bottai  | Instituto de Derechos Humanos  |
|   | Rodrigo Díaz Ahumada   | FIDE   |
|   | Dafne Concha Ferrando  | Coordinadora de Padres y Apoderados por el Derecho a la Educación                          |
|   | Julio Alvear Téllez, José Manuel Díaz de Valdés e Ignacio Covarrubias Cuevas | Centro de Justicia Constitucional de la Univ. del Desarrollo                               |
|   | Raúl Figueroa Salas  | Fundación Acción Educar  |
| 0 | Gonzalo Muñoz  | Ministerio de Educación  |
| 1 | Gregory Elacqua  | Instituto de Políticas Públicas, Facultad de Economía y Empresa de la Univ. Diego Portales |
| 2 | Daniel Hojman  | Ministerio de Educación  |
|   | Eduardo Escalona Vásquez   | Colegios Particulares de Chile, A.G.   |





000598

*Quinientos noventa, ochocientos*

|   |                          |  |
|---|--------------------------|--|
| 3 |                          |  |
| 4 | Eduardo Escalona Vásquez | Sostenedores de Colegios Particulares Subvencionados |

**Traslado sobre el fondo.**

Evacuando el traslado conferido sobre el fondo del conflicto de constitucionalidad formulado, mediante un escrito de 194 páginas la Presidenta de la República, el Ministro de Hacienda, la Ministra Secretaria General de la Presidencia y el Ministro de Educación solicitaron el rechazo del requerimiento.



Dieron extensa cuenta de las normas impugnadas y del contenido del requerimiento, refiriéndose en detalle a que la prohibición de selección por rendimiento anterior ya existía hasta sexto básico, sin que se considerara inconstitucional. Se refieren en detalle a las ideas matrices del proyecto de ley. A este respecto señalan que se modifica la Ley General de Educación, la Ley de Subvenciones Educativas, la Ley N° 20.529, referida al aseguramiento de la calidad, y la Ley sobre Subvención Escolar Preferencial.

Exponen acerca de la segregación e inequidad del sistema educacional existente en Chile y la necesidad de promover igualdad e integración, terminando con la segregación que se realiza a través del financiamiento compartido y la selección de estudiantes, mecanismos que profundizan la brecha de desigualdad, que se verá enfrentada mediante la gratuidad y la igualdad de acceso.

Exponen que los establecimientos con fines de lucro ahorran en calidad según la experiencia comparada y que el fin al lucro asegurará que cada peso que se destine a educación será gastado en ello y no en intereses particulares de los sostenedores.



000599

*Quinientos noventa y nueve*

Señalan que la gratuidad, no discriminación, diversidad e inclusión son ejes de este proyecto, conjuntamente con asegurar el buen uso de la subvención. Concluyen que las ideas matrices y la tramitación del proyecto se ajustaron plenamente a la Constitución.

A continuación se refieren a los defectos formales del requerimiento, señalando que carece de fundamentación, que no tiene exposición clara de sus fundamentos de hecho y derecho, que utiliza una deficiente técnica de impugnación, al presentar ambigüedades y confusiones, lo cual impide fijar la competencia específica de este Tribunal, identificar con certidumbre el conflicto sometido a su conocimiento y formular un contradictorio y una defensa certera y completa al no ser claro de qué hay que defenderse, vulnerándose el principio de bilateralidad y contradicción.

Exponen que si bien a fojas 22 se anuncia que se recurrirá a la técnica de las negritas para destacar precisamente las normas impugnadas, ello posteriormente no se hace en varias normas que detallan, por lo cual no se comprende en qué consistiría lo que se pide.

Agregan que la argumentación usada es falaz y carente de lógica, sosteniendo la plena constitucionalidad de las normas impugnadas.

Exponen que se formulan alegaciones de mérito, cuya ponderación está vedada al Tribunal Constitucional, pues el legislador goza de amplia autonomía de configuración del derecho de libertad de enseñanza, que no se ve vulnerado, pues una cosa es el derecho de abrir y mantener establecimientos y otra cosa es el acceso a la subvención estatal.

En el capítulo siguiente, se refieren lata y específicamente a las normas constitucionales involucradas, en especial al derecho a la educación y sus





000600

*Reisiento*

relaciones y diferencias con la libertad de enseñanza, denunciando que los requirentes tienen confusiones graves al respecto.

Plantean que la educación es un derecho social, de titularidad de los estudiantes, refiriéndose a su contenido, al derecho - deber de los padres y la obligatoriedad de la enseñanza, entre otros temas.

Se refieren asimismo a la garantía de acceso y financiamiento estatal de la educación gratuita, que abarca los niveles parvulario, básico y medio, y exponen que la prestación pública y privada de la educación con fondos públicos no se encuentra definida en la Constitución, por lo que es una determinación entregada al legislador, que debe determinar las modalidades del servicio educativo. Exponen así que no existe un derecho constitucional a recibir la subvención, por lo que el requerimiento no puede fundarse en dicha falacia, aun cuando el régimen de subvenciones tenga antecedentes que se pueden remontar al año 1834.



Examinan la subvención y el reconocimiento oficial en tanto instrumentos de intervención que tiene el Estado en materia educacional, ambos claramente diferenciables, señalando que los requirentes se apoyan reiterativamente en el fallo Rol N° 410 de este Tribunal, en tanto señala que otorgar la subvención no es una decisión discrecional ni magnánime de la Administración, pero que omiten señalar que el acceso a dichos recursos va asociado al cumplimiento de la legislación regulatoria sobre la materia, dirigida al cumplimiento del fin de la subvención, en una clara reserva de ley de bases.

Sostienen que el Estado tiene el deber de financiar educación gratuita, mas no el de pagar fines de lucro privado a pretexto de ello, agregando que existe el deber constitucional de la comunidad de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.



000601

*seiscientos uno*

Exponen en amplio detalle los elementos, contenido, límites y caracteres de la libertad de enseñanza. En cuanto a los límites que señala la Constitución Política (moral, buenas costumbres, orden público y seguridad nacional), exponen que son conceptos jurídicos indeterminados, respecto de los cuales el legislador goza de un amplio margen de configuración, pero que requieren necesariamente de actividad legislativa que precise su significado específico.

Desarrollando la relación entre derecho a educación y libertad de enseñanza, señalan que el reconocimiento oficial es un acto administrativo, una autorización, que involucra una facultad de certificar y que alcanza a la educación formal o regular.

En cuanto a la subvención, señalan que es una entrega gratuita y a fondo perdido de recursos públicos, sin restitución, un traspaso de recursos desde lo público a lo privado, legitimado por un fin específico que afecta a los recursos.

Señalan que en la relación subvencional la Administración puede exigir la realización de la actividad comprometida, puede modificar la subvención, revocar su otorgamiento, exigir reintegro y ejercer potestades sancionatorias.

Detallan a fojas 310 los principios que regirían el otorgamiento de subvenciones: legalidad, igualdad, transparencia y procedimiento bajo modalidades regladas, de concurso o asignación directa.

Concluyen que no existe derecho constitucional a recibir subvención y que regular el derecho a la educación no viola la libertad de enseñanza.

Por otra parte, se refieren latamente a la garantía de igualdad, en tanto derecho de amplia recepción. Aluden a la no discriminación en materia escolar, evidenciando





000602

*vecientos dos*

que el proyecto materializa los mandatos constitucionales sobre la materia, y finalmente se refieren al examen de proporcionalidad, usando al efecto los estándares jurisprudenciales de este Tribunal, para concluir que la regulación que se introduce es constitucionalmente legítima.

A fojas 324 se refieren en específico a las acciones afirmativas como materialización del principio de igualdad y no discriminación, dirigidas a grupos postergados, con la finalidad de compensar o corregir su situación. Invocan el conjunto de acciones afirmativas que en diversas áreas contempla el derecho chileno, para detallar las que este Tribunal ha validado en diversas sentencias.



Reiteran que el sistema educacional chileno es uno de los más segregados, lo que impide que opere el denominado efecto par, derivado de la integración de alumnos en diversa situación, en condiciones que, en sentido contrario, se utiliza la selección por adhesión al proyecto como un elemento para discriminar, a pesar de que desde la dictación de la Ley General de Educación se explicita el principio de no discriminación en la materia. Nuevamente verifican un examen de proporcionalidad, señalando que la Constitución es un cuerpo normativo coherente y desarrollando que los derechos fundamentales son un mandato de optimización, por lo que en caso de conflictos de derechos no se puede jerarquizar entre ellos, para reiterar que es el examen de proporcionalidad la metodología de solución, refiriéndose a él y a sus diversas etapas y subjuicios en doctrina y jurisprudencia.

En un capítulo siguiente se aborda la constitucionalidad del fin a la selección de estudiantes, señalando que es un fortalecimiento y no una vulneración de la libertad de enseñanza y del derecho a elegir de los



000603

*veintientos tres*

padres, concretando y potenciando el principio de igualdad, en concordancia con el derecho internacional, al posibilitar que sean los padres quienes elijan entre los establecimientos y no estos últimos quienes excluyan, agregando que la libertad de enseñanza no es un fin en sí mismo, sino un medio para asegurar el derecho a la educación, con cuya finalidad argumentan que el sistema que se instaura ha dado buenos resultados en otros países. Así, se pondrá término a todas las discriminaciones odiosas que se escudaban en la selección, con un sistema gratuito y con pleno respeto a la libertad de enseñanza.



A continuación se refieren a la obligación de constituir personas jurídicas sin fines de lucro, sosteniendo que en dicho tópico se tergiversa la jurisprudencia de este Tribunal por parte de los requirentes, pues lo señalado por aquél en el fallo Rol N° 1363 acerca de la forma jurídica del sostenedor fue razonado en torno a los requisitos para acceder al reconocimiento oficial y no respecto de los elementos necesarios para percibir la subvención. Además señalan los requirentes que el legislador tenía un amplio abanico de opciones entre las cuales optar, lo cual contradice su libelo y refleja que buscan ventilar cuestiones de mérito, agregando que la obligación estatal es financiar un sistema gratuito y no entregarles en blanco la subvención a los sostenedores, por lo que la opción del legislador es idónea y proporcionada, sobre todo si se tiene a la vista que la subvención siempre ha estado afecta a fines educativos y que no se innova en esa materia, sino que sólo se explicita ese fin de diversas formas, motivo por el cual mal podría haber una inconstitucionalidad como la que se denuncia.

En cuanto a la amplia capacidad del legislador para regular el acceso y condiciones de las subvenciones, el



000604

*veinticuatro*

Poder Ejecutivo invoca una reserva de ley emanada del numeral 22° del artículo 19 de la Constitución Política, conjuntamente con el numeral 2° del artículo 63, señalando que los requirentes erradamente quieren excluir la colaboración de la potestad reglamentaria en esta materia, lo que no es acertado a la luz de lo resuelto por este Tribunal en sus sentencias roles N°s 254, 325 y 771.

Exponen que se está frente a una reserva de ley de carácter relativo y que los preceptos impugnados tienen la densidad normativa suficiente, pues las finalidades, medios, limitaciones y espacios de uso de la subvención son claros, por lo cual no se puede sostener que exista un reenvío en blanco, siendo totalmente legítima la remisión a instrucciones de la Superintendencia de Educación para completar la normativa en sus aspectos específicos.

En cuanto a los requisitos para acceder por primera vez a la subvención, se plantea que no se restringe el derecho a abrir establecimientos, que no se discrimina y que los requirentes tienen una confusión, ya que la norma solamente establece criterios de racionalidad y utilidad en el gasto fiscal, agregando que los requirentes no tienen un derecho constitucional a un procedimiento reglado. Exponen que no todos los establecimientos hoy tienen derecho a subvención, por lo que mal podrían todos los establecimientos nuevos tener el derecho a reclamarla.

Descartan la doble infracción a la reserva de ley, pues las normas no tienen déficit de densidad normativa y existen normas supletorias en materia de procedimientos administrativos que aseguran el pleno respeto de los derechos del administrado.

En cuanto a la exigencia de que el sostenedor sea propietario o comodatario del inmueble para poder acceder





000605

*Seiscientos cinco*

a la subvención, desarrollan latamente lo que consideran el recto sentido del derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, el que no consideran vulnerado, pues la exigencia se ajusta a la necesidad de resguardar el uso de los recursos para fines educativos, en una norma proporcionada, sin que corresponda verificar control de mérito a su respecto.

Señalan que no existe discriminación arbitraria por parte de las normas que se impugnan, a propósito de lo cual nuevamente desarrollan el principio de igualdad, concluyendo que no existe inconstitucionalidad y constatando la necesidad de regular la relación del sostenedor con el inmueble.

En el capítulo final, se refieren a la prohibición de discriminar invocando la libertad de enseñanza, con cuyo motivo analizan en detalle la Ley N° 20.609, para concluir que la norma cuestionada redundante en una regla evidente que garantiza la igualdad, pues la discriminación escolar no puede ser tenida por legítimo ejercicio de la libertad de enseñanza, cuya invocación además no se impide, sino que solamente se restringe.

Finalmente, tras un extenso capítulo de conclusiones, de 11 fojas, solicitan el rechazo del requerimiento.

**Otras actuaciones.**

Con fecha 23 de marzo, el Poder Ejecutivo acompañó tres informes en derecho en abono de sus alegaciones.

**Autos en relación y vista de la causa.**

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación y con fecha 24 de marzo se verificó la vista de la causa en la que alegaron, por los senadores requirentes, el abogado Miguel Ángel Fernández González; por los diputados adherentes, el abogado Jorge





000606

*Revisión de*

Barrera Rojas, y por el Poder Ejecutivo, la abogada Paulina Veloso Valenzuela.

**CONSIDERANDO:**

**I. EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDO A LA DECISIÓN DE ESTA MAGISTRATURA.**

**PRIMERO:** Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Constitución Política de la República, es atribución de este Tribunal "resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;"

**SEGUNDO:** Que, asimismo, sobre la base de lo señalado en el inciso cuarto del referido precepto constitucional, "el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación";

**TERCERO:** Que, en virtud de las normas constitucionales citadas y de las correspondientes contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, un grupo de senadores que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado, representados por la senadora Ena Von Baer Jahn, ha deducido un requerimiento de inconstitucionalidad en contra de los artículos (o parte de ellos): 2°, N° 5), letra f), y N° 6), y vigesimosexto transitorio; artículo 1°, N° 9), letra b); artículo 2°, N° 1), letra a); artículo 2°, N° 5), letra a), y artículo segundo transitorio; artículo 2°, N° 3); artículo 2°, N° 7),





000607

*seiscientos siete*

letra a); artículo 2º, N° 5), letra e); artículos tercero transitorio, cuarto transitorio y quinto transitorio; y artículo 1º, N° 7), letra c), contenidos en el proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, correspondiente al Boletín N° 9366-04;

**CUARTO:** Que, en concepto de los requirentes, las objeciones de constitucionalidad que afectan a las disposiciones que indican del proyecto de ley referido precedentemente, dicen relación con las siguientes normas de la Carta Fundamental: a) el artículo 19, N° 11º, que consagra la libertad de enseñanza, incluyendo el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, así como el derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos; b) el artículo 19, N° 2º, que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, disponiendo, al mismo tiempo, que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"; c) el artículo 19, N° 10º, que consigna, como deberes del Estado, el de financiar un sistema gratuito con el objeto de asegurar el acceso de toda la población a la educación básica y media y el de otorgar especial protección al derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos; d) el artículo 19, N° 26º, que asegura la protección a la esencia de los derechos que el legislador regule, complemente o limite; y e) el artículo 19, N° 3º, en aquella parte que garantiza el derecho a defensa jurídica y a un procedimiento racional y justo;

**QUINTO:** Que, en el petitorio de su presentación, los senadores requirentes han solicitado que este Tribunal admita a trámite el requerimiento deducido, lo declare admisible y, en definitiva, lo acoja declarando, total o parcialmente, que los preceptos impugnados del proyecto de ley son inconstitucionales;





000608

*vecientos och*

**SEXTO:** Que, para abocarse al juzgamiento que se le ha solicitado, esta Magistratura circunscribirá su pronunciamiento exclusivamente al examen de constitucionalidad de los preceptos impugnados del proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, en la forma indicada por los requirentes en su libelo, declarando su conformidad o disconformidad con la Carta Fundamental, con los efectos previstos en el inciso segundo del artículo 94 de la Carta Fundamental, pues ésta es precisamente la competencia específica que le asigna el artículo 93, inciso primero, N° 3°, en relación con el inciso cuarto de la misma Constitución Política;

## II. ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA.

**SÉPTIMO:** Que el Tribunal, en empate de votos, y con el voto dirimente de su Presidente, rechazará 5 de los 6 capítulos de impugnación, acogiendo sólo, parcialmente, el capítulo VI, referido a la norma contenida en el artículo 1°, N° 7, letra c), del proyecto de ley de que se trata. Las razones para acoger parcialmente se consignarán en el capítulo que sigue;

**OCTAVO:** Que en lo que dice relación con las impugnaciones referidas a los artículos 2°, N° 5), letra f), y N° 6), y artículo vigesimosexto transitorio; artículo 1°, N° 9), letra b), artículo 2°, N° 1), letra a), artículo 2°, N° 5), letra a), y artículo segundo transitorio; artículo 2°, N° 3); artículo 2°, N° 7), letra a); artículo 2°, N° 5), letra e); artículos tercero transitorio, cuarto transitorio y quinto transitorio del proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, ellas serán rechazadas por haberse producido empate de votos entre los miembros del Tribunal, dirimiendo el conflicto el voto de su





000609

*Seiscientos noventa*

Presidente conforme prevé el artículo 8º, letra g), de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

En consecuencia, el Capítulo IV de esta sentencia consignará los votos por rechazar y por acoger el requerimiento de autos -con sus respectivos fundamentos-, antes de incluirse la resolución del presente conflicto constitucional;

**III. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1º, N° 7), LETRA C), DEL PROYECTO DE LEY.**

**NOVENO:** Que los senadores requirentes sostienen que el artículo 1º N° 7), letra c) del proyecto de ley vulnera los números 2º y 3º del artículo 19 de la Constitución Política de la República. El primero porque, en opinión de los senadores, constituye una diferencia arbitraria que el legislador sustraiga "a uno de los derechos fundamentales como sustento de una decisión que se reputa discriminatoria pero que, precisamente, por hallarse basada en ese derecho, adquiere razonabilidad, justicia y legitimidad." (fs. 73). Y, el segundo, porque los requirentes estiman que se vulnera el derecho a defensa y a un procedimiento racional y justo, pues el precepto impugnado impide "que se esgrima, válidamente, cualquiera de los derechos asegurados en la Constitución para sostener las alegaciones del interesado." (fs. 73);





000610

*seiscientos diez*

**DECIMO:** Que, en consecuencia, lo impugnado por los senadores es la prohibición de fundar razonablemente en la libertad de enseñanza, distinciones, exclusiones o restricciones que importen discriminación en el ámbito educacional y que sean reclamadas mediante el ejercicio de la acción de no discriminación arbitraria establecida en la Ley N° 20.609;

**DECIMOPRIMERO:** Que, a su vez, en la adhesión al requerimiento formulada por un grupo de diputados, se añade que el precepto impugnado vulneraría, además, la garantía de la libertad de enseñanza en su esencia, contrariando el artículo 19 N° 26° de la Carta Fundamental, toda vez que impide al juez ponderar "si se estaba frente al ejercicio legítimo de la garantía constitucional de la libertad de enseñanza, para efectos de dar lugar a la exclusión del inciso 3° del artículo 2° de la Ley 20.609, pudiendo no darla en caso contrario." (fs. 104). Luego agrega que "aun cuando estemos frente al ejercicio legítimo de la libertad de enseñanza, esta distinción, nunca será considerada una distinción razonable, y siempre se entenderá como discriminación arbitraria en los términos del artículo 2° de la ley 20.609, lo cual es manifiesta y abiertamente inconstitucional por vulnerar lo prescrito en el artículo 19 N° 26°, por cuanto estamos frente a un precepto legal que afecta la libertad de enseñanza en su esencia, e impone condiciones y requisitos que impiden clara y manifiestamente su libre ejercicio." (fs. 104).

**DECIMOSEGUNDO:** Que en las observaciones formuladas al requerimiento, S. E. la Presidenta de la República afirma que esta norma se enmarca dentro de una serie de preceptos que tienen por fin evitar que se discrimine arbitrariamente a los alumnos y sus familias en el ámbito educacional, y así crear comunidades educativas más inclusivas por parte de los establecimientos





000611

*veinte once*

educacionales. Para tal efecto, "el legislador ha extendido la competencia de la Ley N° 20.609 a los casos de discriminación en el ámbito educativo, y ha restringido solo a ciertas situaciones la posibilidad de invocar la libertad de enseñanza como un motivo válido para discriminar." (fs. 383). Afirma que en el funcionamiento normal de la sociedad, los derechos fundamentales de las personas entran en conflicto, siendo "deber de los poderes del Estado, armonizar los derechos constitucionales, dentro de los ámbitos propios de competencias de cada una de estas ramas del Estado" (fs. 383).

En relación con las impugnaciones de los diputados adherentes al requerimiento, estima que el legislador no ha traspasado su competencia, "sino que simplemente ha regulado derechos en cuanto a su ejercicio, lo que le está permitido expresamente por la Constitución según el artículo 19 N° 26, siempre que no afecte los derechos en su esencia, ni imponga condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio." (fs. 383). Argumenta que se trata de una simple restricción a la libertad de enseñanza ya que "lo que hace el Proyecto de Ley es permitir solo en las tres hipótesis reconocidas por la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (sexo de los alumnos, religión o idioma y establecimientos particulares) el que se invoque como una forma legítima de discriminación el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 19 N° 11° de la Constitución. Fuera de estas hipótesis el proyecto establece que no es razonable invocar la libertad de enseñanza como un motivo para distinguir, excluir o restringir en el ámbito educativo." (fs. 383 y 384). Así, afirma que no se ha afectado el artículo 19 N° 26° de la Carta Fundamental, porque dentro del núcleo esencial de la libertad de enseñanza -y fuera de él- no se incluye un derecho a discriminar. Pero, al





000612

*veintidos*

mismo tiempo, sostiene que "no es que no sea posible invocar la libertad de enseñanza para fundar legítimamente una discriminación en el ámbito educacional, sino que simplemente se han restringido a los casos en que ello es posible, en virtud de una ponderación que el propio legislador hizo de los diversos derechos en juego." (fs. 385).

En cuanto a las impugnaciones formuladas por los senadores requirentes, la Presidenta de la República alega que no se infringe el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 19 N° 2° de la Constitución, pues el legislador no ha impedido que "se invoque como una justificación válida para discriminar en el ámbito educativo la libertad de enseñanza, sino que solamente restringe las situaciones en que ella puede ser invocada para estos efectos." (fs. 384). Como ya se explicó, tal decisión responde a una armonización plausible del legislador que ha querido "dar preponderancia al derecho a los padres a elegir, y en caso de que la familia o el o la alumna sean discriminados, no permitir que se invoque por parte de la institución de educación el ejercicio legítimo de la libertad de enseñanza como argumento de racionalidad." (fs. 384).

Por último, el Ejecutivo también solicita que se deseche el requerimiento de los senadores en aquella parte que estiman vulnerado el número 3° del artículo 19 de la Constitución Política, pues el hecho de que no sea posible invocar, en el ámbito educacional, el ejercicio legítimo de la libertad de enseñanza como una justificación razonable para discriminar "no impide que en todas las situaciones se invoque dicha libertad para discriminar, sino que solamente restringe los casos en que ello es posible con el objeto de impedir una vía para la discriminación." (fs. 385);





000613

*seiscientos trece*

**DECIMOTERCERO:** Que, en consecuencia, el conflicto constitucional que se ha planteado ante este Tribunal consiste en determinar: 1º) si es que el artículo 1º N° 7), letra c), del proyecto de ley examinado impone efectivamente una "restricción" al ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de enseñanza; 2º) si, afirmado lo anterior, podemos sostener que estamos frente a una restricción al ejercicio de la libertad de enseñanza autorizada por la Carta Fundamental; 3) si la restricción al ejercicio del aludido derecho, que impone el precepto reprochado, afecta el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a defensa y a un procedimiento racional y justo, consagrados en los números 2º y 3º del artículo 19 constitucional; y 4) si la restricción diseñada por el legislador al ejercicio de la aludida libertad afecta, además, al derecho en su esencia, o impide su libre ejercicio, en los términos que consagra el artículo 19 N° 26º de la Constitución Política;

**DECIMOCUARTO:** Que, en base a lo sostenido en autos por S.E. la Presidenta de la República, corresponde determinar, en primer lugar, si estamos frente a una "restricción" a un derecho fundamental y, específicamente, a la libertad de enseñanza.

Sobre el particular, cabe tener presente que esta Magistratura ha definido el alcance del vocablo "restringir" en contraste con la voz "suspender" al pronunciarse sobre la ley orgánica constitucional de los estados de excepción. En dicha oportunidad, precisó que "será posible distinguir en la aplicación de la ley lo que sean "restricciones" a una determinada garantía constitucional por limitarse a "circunscribir o reducir a menos límites" temporalmente el ejercicio de un determinado derecho amparado por esa garantía, y la "suspensión" de ese determinado derecho al impedirse temporalmente su ejercicio, o al dejar temporalmente sin





000614

*Seiscientos Catorce*

vigor todos los derechos contenidos en esa garantía. En otros términos, habrá suspensión no sólo cuando se impida del todo temporalmente el ejercicio de la garantía constitucional misma, sino también en aquellos casos en los cuales se impida temporalmente del todo el ejercicio de un determinado derecho amparado por esa garantía." (STC Rol N° 29, c. 7°).

Conforme a la jurisprudencia reseñada, la restricción a un derecho fundamental supone imponerle límites temporales, ya sea en la forma o en el fondo. No obstante, una limitación extrema de un derecho fundamental puede envolver una suspensión del mismo al llegar a impedir su ejercicio.

IV. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 2°, N° 5), LETRA F), Y N° 6), Y ARTÍCULO VIGESIMOSEXTO TRANSITORIO; ARTÍCULO 1°, N° 9), LETRA B), ARTÍCULO 2°, N° 1), LETRA A), ARTÍCULO 2°, N° 5), LETRA A), Y ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO; ARTÍCULO 2°, N° 3); ARTÍCULO 2°, N° 7), LETRA A); ARTÍCULO 2°, N° 5), LETRA E); ARTÍCULOS TERCERO TRANSITORIO, CUARTO TRANSITORIO Y QUINTO TRANSITORIO DEL PROYECTO DE LEY.

A. VOTO POR RECHAZAR.

Los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Francisco Fernández Fredes, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Nelson Pozo Silva estuvieron por rechazar el requerimiento respecto de los artículos 2°, N° 5), letra f), y N° 6), y artículo vigesimosexto transitorio; artículo 1°, N° 9), letra b), artículo 2°, N° 1), letra a), artículo 2°, N° 5), letra a), y artículo segundo transitorio; artículo 2°, N° 3); artículo 2°, N° 7), letra a); artículo 2°, N° 5), letra e); artículos tercero transitorio, cuarto transitorio y quinto





000615

*Cientos quince*

transitorio del proyecto de ley, sobre la base de las siguientes consideraciones:

**I.- EL CONTEXTO DE LA REFORMA ESCOLAR: SELECCIÓN Y SEGREGACIÓN.**

1°. Que cabe argumentar primeramente acerca del punto de partida de este proyecto de ley. Esta deliberación del Congreso Nacional se da en un contexto en donde no se trata únicamente de verificar aisladamente el punto de la selección sin mirar los efectos normativos que se han producido en la práctica. El Mensaje consigna ciertas evidencias sobre la relevancia de la proscripción del fenómeno de selección. Es así como:

"la experiencia internacional muestra que la existencia de lucro, selección y copago, tal como hoy existen en nuestro sistema, es una singularidad ausente de los sistemas educativos de los países desarrollados (OCDE 2004, 2013) (p. 9). La evidencia muestra que los sistemas actuales de selección se han convertido en uno de los principales mecanismos para que los establecimientos escojan a los estudiantes con mayor capital cultural, económico o social (Elacqua y Santos, 2013). En efecto, los mejores resultados de los establecimientos que seleccionan se deben primordialmente a la composición socioeconómica de los alumnos y no a la efectividad de sus procesos educacionales (Carrasco et al., 2014; Valenzuela y Allende, 2012; MacLeod y Urquiola, 2009; Contreras et al., 2011). (p. 15). Por el contrario, la evidencia muestra que promover la integración tiene efectos positivos para la calidad de la educación, aumentando la motivación y el rendimiento de estudiantes de menor nivel socioeconómico, sin afectar el rendimiento de aquellos de mayor ingreso (Kahlenberg, 2012; Bellei, 2011). (p. 16). En efecto, en los países en donde se aplica la selección temprana se amplían las





000616

*veinte dieciséis*

brechas de desempeño educativo entre niveles socioeconómicos (OCDE, 2010), por lo que al permitir la se promueve la desigualdad y la segregación escolar. (p. 16)";

2°. Que esta evidencia se corresponde con análisis comparados de la educación chilena en relación a países de la OECD midiendo calidad y equidad en la educación.

"La competencia entre las escuelas no necesariamente es del tipo que incrementa la productividad, porque es más fácil para las escuelas competir seleccionando a los estudiantes que son buenos para iniciar con ellos. A las escuelas privadas en Chile se les permitió seleccionar a sus estudiantes hasta hace poco tiempo, mientras que a las escuelas municipales no (cuadro 1). Como consecuencia, en lugar de esforzarse por aumentar los resultados de aprendizaje de sus alumnos, las escuelas privadas podían competir simplemente tratando de atraer a los niños que son más fáciles de enseñar. De hecho, evidencia de encuestas de la década de 1990 sugiere que las escuelas privadas utilizaron entrevistas de padres, pruebas de acceso y otras herramientas que ayudan a seleccionar a los estudiantes con características que influyen positivamente en el rendimiento, tales como el entorno socioeconómico (Parry, 1996; Gauri, 1998). Datos del SIMCE de 2002 sugieren que las escuelas privadas también eran más propensas que las escuelas municipales para expulsar a los estudiantes que repiten un grado (Bellei, 2005). Además, existe evidencia de que los padres eligen las escuelas a que asisten niños con antecedentes similares a los suyos, reforzando así los efectos de la selección (Elacqua et al., 2006; Gallego y Hernando, 2009). [...] Cuando las escuelas son capaces de obtener mejores resultados simplemente mediante la atracción y retención de estudiantes con mayor capacidad, esto debilitará la presión por agregar





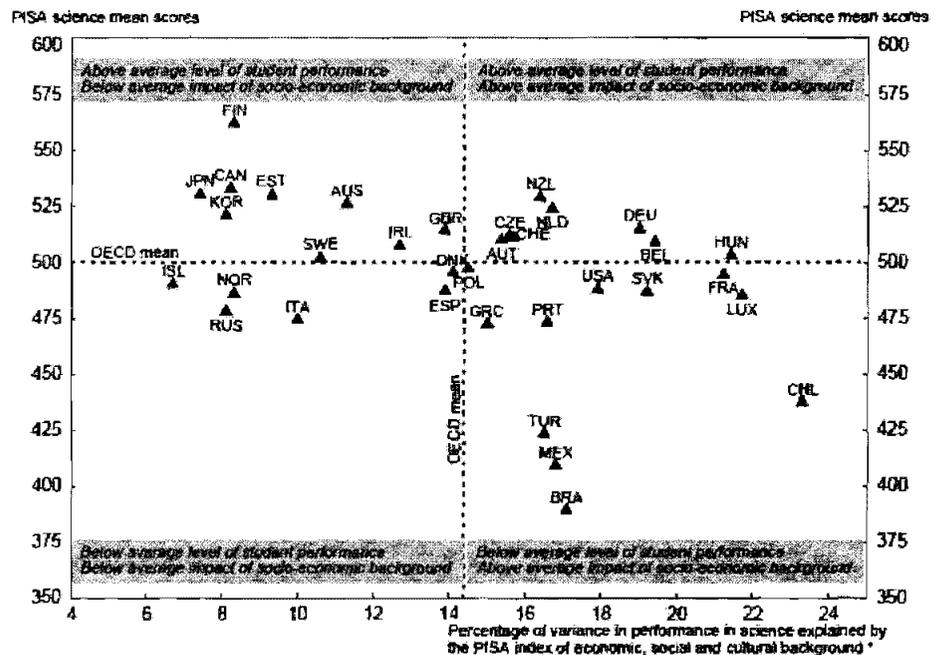
000617

Seiscientos diecisiete

valor, no importando si la clasificación se produce a través del activo descreme de las escuelas o por medio de la auto-selección en el lado de la demanda." (Brandt, Nicola (2010): Chile: climbing on giants' shoulders: better schools for all chilean children. OECD, Economics Department Working Papers N° 784. Traducción libre).

El gráfico siguiente ahorra comentarios acerca de los bajos resultados chilenos y las enormes brechas socioeconómicas:

Figure 6. Quality and equity of education



Source: OECD PISA Results 2006.

3°. Que la evidencia nacional también se ha manifestado en ese sentido, asumiéndose alguna de las posiciones en diálogo:

"Por el lado de la oferta, es claro que la existencia de barreras de entrada en las escuelas es incompatible con un sistema de libre elección basado en un subsidio a la demanda. En otros países con diseños similares como Holanda, Bélgica y Suecia, la educación subvencionada (pública y privada) es gratuita y las escuelas están obligadas a no seleccionar a sus





000618

*Seiscientos dieciocho*

estudiantes. Por lo tanto, para garantizar un sistema donde los padres tengan una verdadera libertad de elegir se deben eliminar dichas restricciones. Esta decisión está justificada por investigaciones recientes que encuentran que una parte importante de la segregación escolar en Chile está explicada desde el lado de la oferta. Por ejemplo, en otro de los artículos incluidos en esta serie, Flores y Carrasco (2013) muestran que las preferencias de los padres dependen de las restricciones a la elección que enfrentan, principalmente el precio de las escuelas locales, y que las diferencias en las preferencias por calidad entre padres de distinto nivel socioeconómico se reducen cuando se consideran tales restricciones. Por otro lado, las políticas públicas desde el lado de la oferta tendrían menores costos de implementación que aquellas que restringen las decisiones de las familias, ya que la libre elección es percibida como un derecho por muchos padres y ha sido una característica histórica del sistema educativo chileno. La pregunta fundamental entonces es cómo eliminar las barreras de entrada en la práctica." (Elacqua, Gregory; Santos, Humberto (2013): Los efectos de la elección escolar en la segregación económica en Chile: Un análisis georreferenciado. Documento de Referencia, Agosto 2013, Espacio Público, pp. 29-30).

En tal sentido, cabe constatar que uno de los objetivos del proyecto de ley apunta a las escuelas integradas y a la inclusión social. Al interior del aula, tal proceso apunta a la dimensión positiva del "efecto par o compañero", lo cual no es necesariamente compartido por todos:

"Además, tampoco puede dejarse de considerar que en algunos estudios donde el efecto compañero aparece significativo también hay evidencia de que opera asimétricamente. Ello en la práctica significa que si se eliminara en los colegios la posibilidad de hacer





000619

*veintidos*

separación por habilidad, los estudiantes más hábiles serían relativamente más perjudicados de lo que se beneficiarían los estudiantes menos hábiles." (Beyer, Harald (2007): «Algunas notas sobre selección educacional» En Brunner, J.J., y Peña, C. (coords.), *La reforma al sistema escolar: aportes al debate* (Santiago, Universidad Diego Portales) p. 234-35);

4°. Que, en esta perspectiva, la idea de selección en el sistema escolar chileno no se da aislada de componentes fácticos que permiten enjuiciarla sin apreciar en toda su magnitud los efectos inconstitucionales que produce;

**1. CONFLICTO CONSTITUCIONAL: LA LIBERTAD DE LOS PADRES DE ESCOGER EL ESTABLECIMIENTO PARA SUS HIJOS Y LA IGUALDAD.**

5°. Que el proyecto de ley regula la prohibición de someter la admisión de los estudiantes a procesos de selección por parte de los establecimientos, puesto que le corresponde a los padres y sus familias la libertad de elegir el colegio correspondiente a los proyectos educativos de su preferencia. A su turno organiza una modalidad de admisión y los procedimientos respectivos que concretan esta isonomía. En cambio, los requirentes cuestionan parcial, aunque sustantivamente, las normas que regulan el proceso de admisión postulando la erradicación de toda intervención estatal en el mismo. Para ello, solicitan del Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2°, numeral 5), literal f), y numeral 6), en las partes ennegrecidas, así como del artículo 26° transitorio del proyecto. En tal sentido argumentan que la prohibición de selección incluida en el proyecto impide "totalmente al sostenedor optar por aquellos alumnos y familias que adhieran, efectivamente, al ideario educativo" (fs. 46).





000620

*Seiscientos Veinte*

Esta norma vulneraría entonces la libertad de enseñanza, pues los procesos de selección constituyen procedimientos idóneos para el "correcto desenvolvimiento del establecimiento" (fs. 46) y forman parte de los derechos de organizar y mantener establecimientos educacionales que la Constitución asegura como el núcleo esencial de la libertad de enseñanza. Además, vulnera el derecho de los padres a elegir el establecimiento educacional de sus hijos, pues si no existen suficientes cupos los estudiantes serán sometidos a un proceso de admisión aleatorio y finalmente será la autoridad administrativa y no los padres quien elija el establecimiento, a menos que éstos forzosamente tengan que optar por uno en que existan cupos (fs. 50). Finalmente, estos preceptos vulnerarían la igualdad ante la ley doblemente: por igualación arbitraria cuando impiden a los establecimientos seleccionar a estudiantes y familias que adhieran convincentemente al ideario educativo del plantel y, por otro lado, cuando la postulación queda entregada a un sorteo. "En efecto, es contrario a la Constitución tanto introducir una diferencia arbitraria como impedir que se tengan en consideración aquellas que resultan razonables." (Fs. 51). Los dos derechos constitucionales los examinaremos partiendo por el ejercicio de los padres de la libertad de elegir el establecimiento educacional para sus hijos y concluiremos con el examen de la igualdad a la luz de la no selección;



**2.- LA LIBERTAD DE LOS PADRES DE ESCOGER EL ESTABLECIMIENTO EDUCACIONAL PARA SUS HIJOS.**

6°. Que la Constitución dispone que "los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho" (artículo 19, numeral 10°, inciso tercero, de la Constitución). En general, este derecho - deber funda la posición



000621

*veintientos Veinticuero*

preeminente y decisiva de los padres en los procesos educativos formales, informales y no formales de enseñanza. Como lo ha sostenido este Tribunal, "en cuanto derecho de los padres, es una facultad de obrar frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendieran dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos, que se traduce en la elección del establecimiento de enseñanza en que tendrá lugar la enseñanza formal y en las acciones educativas que realice el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes. Y en cuanto deber constitucional se traduce en obligaciones de hacer, las que existen tanto en la enseñanza formal en que los padres han de colaborar con la acción educativa del establecimiento que eligieron para sus hijos, como en la enseñanza informal en que no pueden eludir la responsabilidad educativa que les incumbe" (STC Rol N° 740, considerando 15°);



7°. Que el artículo 19, numeral 11°, inciso cuarto, establece que "los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos". Los artículos 4°, inciso tercero, y 8°, inciso segundo, de la Ley General de Educación (N° 20.370) reiteran la misma norma sin desarrollos adicionales. En general, existe un conjunto de normas infra-constitucionales que suponen una relación ya existente entre un establecimiento educacional específico y los padres. Pero casi nada se dice sobre la etapa previa, clave que supone reconocer el derecho de optar de los padres por un colegio de su preferencia. Sólo el artículo 10, literal b), de la Ley N° 20.370 en uno de sus incisos recuerda que "son deberes de los padres, madres y apoderados educar a sus hijos e informarse sobre el proyecto educativo y normas de funcionamiento del establecimiento que elijan para éstos; apoyar su proceso educativo; cumplir con los compromisos asumidos con el establecimiento educacional; respetar su normativa interna y brindar un trato respetuoso a los



000622

*veintidos*

integrantes de la comunidad educativa." Por tanto, pone el énfasis en el deber de los padres de conocer el proyecto educativo del colegio y la reglamentación interna del mismo, como consecuencias genéricas de una admisión ya realizada. En consecuencia, resulta patente que sobre esta libertad constitucional de los padres existe una retórica reiterativa de reconocimientos, pero sin regular una forma o procedimiento que permita el ejercicio efectivo de tal libertad, máxime si es deber estatal "otorgar especial protección al ejercicio de este derecho" (artículo 19, número 10°, de la Constitución);

8°. Que, por tanto, corresponde, en coherencia con el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, indagar en el estándar internacional en materia de derechos humanos acerca de esta libertad, el mismo que los propios requirentes estiman vulnerado a fs. 7.

Ya desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 26 preceptúa en su inciso tercero que "los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos", existe un reconocimiento de esta libertad, el que se concreta en su especificación por los Pactos respectivos;

9°. Que el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) asegura que "los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones." Más allá de la dimensión de resguardo de la libertad religiosa, no controvertida en autos, cabe analizar en qué consiste la





000623

*veintiocho*

libertad reconocida a los padres de escoger colegios diversos a los estatales, recurriendo a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptada en el 21er. período de sesiones en diciembre de 1999. El antiguo Comité ONU interpreta que "el segundo elemento del párrafo 3 del artículo 13 es la libertad de los padres y tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las públicas, "siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe". Esa disposición se complementa con el párrafo 4 del mismo artículo 13, que afirma "la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza", siempre que satisfagan los objetivos educativos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13 y determinadas normas mínimas. Estas normas mínimas pueden referirse a cuestiones como la admisión, los planes de estudio y el reconocimiento de certificados. Las normas mínimas, a su vez, han de respetar los objetivos educativos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13.

Finalmente, los artículos 28 y 29 de la Convención de Derechos del Niño reconocen un conjunto de derechos en la esfera de la educación y la enseñanza de los niños, pero sin vincularlos a la libertad de los padres de escoger un establecimiento educacional para ellos;

10°. Que del estándar internacional en materia de derechos humanos podemos colegir que el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional para sus hijos tiene un reconocimiento que enfatiza reglas adicionales al mero ejercicio de la libertad por parte de los padres. Se pone particular atención en que uno de los modos de satisfacer tal libertad es posibilitando una oferta no estatal de educación, siempre que ésta cumpla con determinadas reglas mínimas, entre otros asuntos,





000624

*veinticuatro*

acerca de la admisión a los colegios, según lo manifiesta la interpretación del Comité de Naciones Unidas acerca del artículo 13 del PIDESC. En síntesis, se trata de una libertad indelegable puesto que la exclusiva titularidad reside en los padres o tutores legales que son los únicos llamados a escoger para y por sus hijos. Ahora bien, es un deber de ellos, porque carecen de la libertad de no educar a sus hijos. Es el ejercicio de opciones que se da en el mejor interés de los niños y, por lo mismo, esta libertad no autoriza a los padres a privar de la educación a sus hijos o pupilos en los niveles primarios y básicos, como contrapartida del deber estatal de provisión gratuita de servicios educacionales. Por lo mismo, ésta es una titularidad que acentúa los derechos y deberes del artículo 19, numeral 10°, de la Constitución, consagrados para los padres. De lo anterior se desprende que no existe un derecho implícito de los establecimientos educacionales para sustituir esa libertad. Sólo es consistente con el ejercicio de tal opción la existencia de información que permita que esta libertad se dé en un marco de consentimiento y adhesión a un ideario educativo que los padres conozcan realmente. Pero estos actos preparatorios de comunicación, por parte de los establecimientos de enseñanza, no les otorgan a éstos el derecho a relevar la opinión preferente de los padres. E, incluso, en esa condición nada impide que el Estado fije las reglas mínimas que configuren los procesos de admisión. Sin embargo, resulta evidente que el estándar internacional de los derechos humanos en la materia es insuficiente para explicar todos los alcances del ejercicio de esta libertad de los padres, lo que requiere que se manifieste la actividad estatal del legislador para concretar ese mandato constitucional;

**3.- LEGISLAR PROHIBIENDO LA SELECCIÓN, EN LÍNEA DE PRINCIPIO, NO VULNERA LA LIBERTAD DE LOS PADRES DE**





000625

*Seiscientos Veinticinco*

ESCOGER UN ESTABLECIMIENTO DE EDUCACIÓN, SINO QUE LA  
REALIZA.

11°. Que, de lo dicho anteriormente, se deduce que no existe una limitación basada en algún derecho fundamental reconocido tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, que proscriba la posibilidad de que el legislador regule los procesos de admisión a los colegios. Resulta claro, no obstante, que regular las admisiones no es sinónimo de proscribir la selección. Simplemente que los procesos de admisión no constituyen un derecho ínsito de los establecimientos educacionales para su autorregulación en el marco de su autonomía organizativa;



12°. Que, por lo mismo, no es propia del ámbito de la organización de un establecimiento educacional la capacidad de disponer reglas generales que rijan los procesos de admisión en cualquiera de los niveles, por tratarse de un evidente asunto de interés público. Lo anterior está lejos de cercenar las libertades de los propios establecimientos, puesto que el propio artículo 13 del PIDESC les garantiza que "nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado" (artículo 13.4 del PIDESC). En tal sentido, cabe indicar que los principios del párrafo 1 "reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para



000626

*Veintiseis*

participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz" (artículo 13.1 del PIDESC). Es el propio tratado el que, al garantizar la pervivencia de un sistema escolar pluralista, ratifica la dimensión de competencia estatal de los procesos de admisión;

13°. Que, por lo anteriormente enunciado, cabe analizar el modo en que el legislador dispone en el proyecto de ley el proceso de admisión y verificar si respeta la libertad de los padres para escoger el establecimiento de enseñanza de preferencia para sus hijos;

**4.- EL PROYECTO DE INCLUSIÓN ESCOLAR SOBRE LA BASE DE LA NO SELECCIÓN.**

**a.- Principios generales de la no selección.**

14°. Que el sistema de admisión que establece el proyecto de ley busca garantizar la transparencia, equidad e igualdad de oportunidades, así como velar por el derecho preferente de los padres, madres o apoderados de elegir el establecimiento educacional para sus hijos. Por tal razón prohíbe que en los establecimientos subvencionados o que reciban aportes regulares del Estado se considere el rendimiento pasado o potencial de los estudiantes, o se exija la presentación de antecedentes socioeconómicos del postulante y su familia (artículo 1°, N° 6, del proyecto que sustituye el artículo 12 de la Ley General de Educación). Mediante la introducción de los nuevos artículos 7° bis, 7° ter, 7° quáter, 7° quinquies, 7° sexies y 7° septies en el DFL N° 2 de 1998, del Ministerio de Educación, se crea un nuevo sistema de admisión que garantiza la accesibilidad universal, la





000627

*Seiscientos Veintisiete*

educación inclusiva, la equidad y la no discriminación arbitraria;

**b.- La postulación en el Registro del Ministerio de Educación.**

15°. Que este proceso contaría con dos etapas: una de postulación y otra de admisión. La primera etapa se realiza a través de un registro, en que los padres, madres y apoderados, de manera presencial o remota, inscriben a sus hijos y postulan a varios establecimientos educacionales, señalando un orden de preferencia;

16°. Que durante esta etapa se prohíbe que las entrevistas con padres o apoderados constituyan un requisito o exigencia para la postulación, así como la aplicación de pruebas de admisión de cualquier tipo o la solicitud de antecedentes vinculados al desempeño académico, condición socioeconómica o familiar, o cualquier cobro asociado a la postulación de los estudiantes. Por el contrario, los padres, madres y apoderados pueden solicitar información a los establecimientos sobre su proyecto educativo y proceso de admisión, así como solicitar entrevistas informativas. Del mismo modo, los sostenedores pueden organizar encuentros públicos de información, con anterioridad a los procesos de postulación, en los que presenten a la comunidad sus proyectos educativos. La realización de estos encuentros debe informarse al Ministerio de Educación, para que éste los difunda;

17°. Que, finalizadas las postulaciones, el Ministerio de Educación debe informar a los establecimientos educacionales los criterios prioritarios con los que ha de cumplir cada uno de los postulantes, los que explicamos a continuación;





000628

*vecientos Veintiocho*

**c.- La admisión por los colegios bajo criterios tasados.**

18°. Que la segunda etapa, la de admisión, es realizada por los establecimientos educacionales, conforme a las siguientes reglas: (1) Si los cupos disponibles son suficientes en relación al número de postulantes, todos los estudiantes deben ser admitidos; (2) Si los cupos disponibles son menores que el número de postulaciones, los establecimientos deben considerar los criterios de prioridad en orden sucesivo con que cumple cada estudiante, para su incorporación directa; (3) Si los postulantes prioritarios son más que las vacantes disponibles, se debe aplicar un procedimiento aleatorio entre ellos, definido por el establecimiento o aplicando voluntariamente el mecanismo que para estos efectos pondrá a su disposición el Ministerio de Educación; (4) Si aplicando los criterios de prioridad aún quedan cupos disponibles, el establecimiento debe emplear un procedimiento aleatorio, de entre los mecanismos que ponga a su disposición el Ministerio de Educación;

19°. Que los criterios de prioridad definidos por el proyecto, en orden sucesivo, son los siguientes: a) Existencia de hermanas o hermanos que postulen o se encuentren matriculados en el mismo establecimiento. b) Incorporación del 15% de estudiantes que presenten condiciones de vulnerabilidad socioeconómica. c) La condición de hijo o hija de un profesor o profesora, asistente de la educación, manipulador o manipuladora de alimentos o cualquier otro trabajador o trabajadora que preste servicios permanentes en el establecimiento educacional. d) La circunstancia de haber estado matriculado anteriormente en el establecimiento educacional al que se postula, salvo que el postulante hubiere sido expulsado con anterioridad del mismo;





000629

*Seiscientos Veintinueve*

**d.- La no admisión de estudiantes en las preferencias paternas: postulaciones directas y subsidiarias.**

20°. Que, con la información entregada por los establecimientos, el Ministerio de Educación revisará que no se presenten admisiones de un mismo estudiante en distintos establecimientos educacionales y velará por que los cupos se vayan completando acorde a las prioridades de los padres, madres o apoderados, de manera que los postulantes queden en su más alta preferencia. Si durante este proceso de revisión el Ministerio de Educación constata que un postulante no ha sido admitido en ninguna de las opciones escogidas, debe proceder a registrar a dicho estudiante en el establecimiento educacional más cercano a su domicilio que cuente con cupos disponibles, salvo que hubiere sido expulsado de dicho establecimiento educacional, caso en el cual será registrado en el siguiente más cercano a su domicilio, y así sucesivamente;



21°. Que, en cualquier caso, si el postulante no ha sido admitido en ninguna de las opciones escogidas o si por cualquier causa los padres, madres o apoderados no han participado en los procesos de postulación, éstos pueden solicitar a la Secretaría Regional Ministerial de Educación correspondiente que les informe sobre los establecimientos que, luego de haber realizado el proceso de admisión, aún cuenten con cupos disponibles. En este caso, los padres y apoderados deben postular directamente en dichos establecimientos, con la misma prohibición respecto de pruebas de selección o exigencia de antecedentes. Los establecimientos deben registrar estas postulaciones e informarlas al Ministerio de Educación;

**e.- Establecimientos educacionales con criterios selectivos a partir del 7° básico.**



000630

*vecientos treinta*

22°. Que tratándose de establecimientos cuyos proyectos educativos tengan por objeto principal desarrollar aptitudes que requieran especialización temprana, o cuyos proyectos sean de especial o alta exigencia académica, el Ministerio de Educación excepcionalmente puede autorizar la aplicación de procedimientos especiales de admisión, a partir de 7° año de la educación básica o su equivalente;

23°. Que la autorización sólo puede otorgarse para un 30% de las vacantes, conforme a sus características. En el caso de establecimientos de especial o alta exigencia, serán autorizados para aplicar el procedimiento especial de admisión entre aquellos postulantes que pertenezcan al 20% de los alumnos de mejor desempeño escolar en sus establecimientos de procedencia. Para el caso de los establecimientos educacionales cuyo proyecto educativo desarrolle aptitudes que requieran una especialización temprana, la mencionada autorización se pronunciará específicamente sobre las pruebas que pretenda aplicar el establecimiento, las que evaluarán exclusivamente las aptitudes señaladas y no medirán, directa o indirectamente, características académicas. Con todo, los antecedentes o pruebas a aplicar no pueden considerar, directa o indirectamente, otras características, sean socioeconómicas, religiosas, culturales o de otra índole, que puedan implicar alguna discriminación arbitraria;

**f.- Reforma gradual en el tiempo, por ciclos y por regiones y liceos emblemáticos.**

24°. Que las normas transitorias del proyecto de ley establecen que el Presidente de la República determinará la fecha en que comience la implementación de este sistema de admisión con gradualidades temporales, por ciclos y regiones;





000631

*veinte y uno*

25°. Que respecto de los establecimientos educacionales que de acuerdo a un reglamento dictado por el Ministerio de Educación cumplan con características históricas, de rendimiento académico destacado dentro de su región, que sean gratuitos, que presenten una demanda considerablemente mayor a sus vacantes y que hayan establecido procedimientos de selección académica a la fecha de publicación de la ley, ellos iniciarán sus procesos de admisión de acuerdo a la gradualidad territorial y a determinados porcentajes de admisión;

26°. Que este proyecto de ley viene a desarrollar un procedimiento para la aplicación de un principio de no selección que está actualmente consagrado hasta 6° básico por la Ley N° 20.370. Por tanto, resulta incoherente sostener que el modelo de no selección para todos los niveles es inconstitucional, si está vigente el mismo sistema de interdicción de la selección hasta 6° básico, sin que se haya impugnado su vigencia hasta la fecha mediante un conjunto amplio de recursos que la legislación contempla;

27°. Que, en síntesis, el respeto de la libertad de elegir el establecimiento educacional por parte de los padres incluye un procedimiento que la hace efectiva. Las preferencias son tenidas en cuenta a lo largo de diversas etapas del proceso de postulación y admisión. De esta legislación y del precepto constitucional del artículo 19, numeral 11°, no se deduce un "derecho a escoger un determinado establecimiento" sino que la libertad de hacerlo. La escasez de la oferta de enseñanza de calidad determinará que las opciones se vean reducidas en la práctica, cuestión que implicará trasladar las preferencias de los padres a aquellas escuelas que tengan cupos disponibles dentro de las que suceden a la de su predilección. Sin embargo, habrá una





000632

*Seiscientos treinta y dos*

merma de tal libertad sólo en el caso de que no haya vacantes disponibles o no se haya postulado. En tal sentido, esta libertad en esos casos puntuales cede frente al deber de los padres de educar a sus hijos. Incluso, en ese escenario y con los cupos disponibles, hay procedimientos que privilegiarán las opciones de los padres en los colegios que resten;

28°. Que, como hemos sostenido, no siendo un derecho de los establecimientos educacionales el definir los procesos de admisión y siendo una libertad de los padres el escogerlos, el legislador ha articulado un procedimiento que privilegia, casi siempre, esas preferencias y cuando no lo hace, se funda en el desarrollo del deber de educación de los padres. Lo único que falta por definir es si el procedimiento legal escogido vulnera la igualdad ante la ley;

**5.- LEGISLAR PROHIBIENDO LA SELECCIÓN, EN LÍNEA DE PRINCIPIO, NO VULNERA LA IGUALDAD ANTE LA LEY.**

29°. Que los requirentes han puesto hincapié en que la prohibición de la selección impone una forma de "igualación por no diferenciación" que afecta la posibilidad de considerar distinciones razonables en el proceso de admisión. Por tanto, en el juicio de igualdad hay que identificar por qué se debe diferenciar cuando el legislador no ha querido hacerlo. ¿Existen factores de distinción que justifiquen procedimientos selectivos distintos a los ya considerados en el proyecto de ley? Recuérdese que el legislador los regula para el caso de establecimientos cuyos proyectos educativos tengan por objeto principal desarrollar aptitudes que requieran especialización temprana, o cuyos proyectos sean de especial o alta exigencia académica. Pero, en estos casos, no admite selección integral sino que limitada a determinadas ponderaciones. Sin embargo, los requirentes





000633

*seiscientos treinta y tres*

no cuestionan estas admisiones especiales, sino que su reproche se dirige a la regla general relativa a todos los establecimientos. Por tanto, superadas las distinciones en atención al mérito, a la vocación artística o deportiva, ¿qué criterios de distinción quedan en pie para estimar que la no diferenciación es inconstitucional?;

30°. Que partiremos con el criterio identificado en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, adoptadas en el 21er. período de sesiones, de diciembre de 1999, relativo a los límites del artículo 13.3 y 13.4 del PIDESC. Ahí se advierte que "en aplicación de los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades y participación real de todos en la sociedad, el Estado tiene la obligación de velar por que la libertad consagrada en el párrafo 4 del artículo 13 no provoque disparidades extremadas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad." Esto implica que las prestaciones educativas del sistema de provisión mixta, garantizadas por los tratados respectivos, no pueden generar desventajas en la enseñanza para determinados colectivos sociales. El punto es que esas disparidades se han producido y no es posible eludir la segregación social en la que ha derivado el proceso de selección;

31°. Que en el juicio de constitucionalidad de la ley sólo hay que dimensionar la plausibilidad de los argumentos para considerar que el legislador ha adoptado criterios razonables para no diferenciar. Lo anterior importa una carga de la prueba muy severa para sostener cuán racionales pueden ser esas distinciones, argumentos que los requirentes no sostienen en este proceso constitucional. Tratándose de procesos de admisión de niños en establecimientos educacionales subvencionados o





000634

*veinte y tres, Cuatro*

con aportes fiscales, resulta claro que no se puede considerar su condición socioeconómica, su religión, su raza, su etnia, sus apellidos, su procedencia, entre otros criterios, porque simplemente "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (artículo 1° de la Constitución). Como no se pueden "seleccionar" niños sobre la base de sus potencialidades (cuestión hoy prohibida), la estrategia de encontrar a las familias y a sus patrones culturales da lugar a fórmulas indirectas de selección. La historia familiar y la herencia cultural supondrían una forma de selección que, a primera vista, resulta incompatible con la igualdad de oportunidades para todos. Por lo demás, estas diferenciaciones son modos incompatibles con el desarrollo inclusivo de una sociedad democrática;



32°. Que, por último, resulta evidente que no pueden sostenerse criterios que distingan, en los procesos de selección para colegios subvencionados y con aportes estatales, factores directos que permitan preferir a unos niños sobre otros. Tales factores constituyen normalmente discriminación. Por lo mismo, se han eludido mediante una serie de hábitos y prácticas culturales indirectas que permiten a los establecimientos seleccionar familias de un modo incompatible con el "pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida" (artículo 19, numeral 10°, de la Constitución). El proyecto de ley bajo examen se inserta en objetivos constitucionalmente legítimos: igualdad en dignidad y derechos desde el nacimiento, promoción del bien común, igualdad de oportunidades, inclusión social, promoción de los grupos desaventajados y desarrollo democrático. Por lo tanto, cabe desestimar el requerimiento en este punto;



000635

*Seiscientos treinta y cinco*

II. OBLIGACIÓN DE CONSTITUIRSE COMO PERSONAS JURÍDICAS SIN FINES DE LUCRO O DEL ESTABLECIMIENTO QUE SE CREE EN EL FUTURO, DE CONSTITUIRSE COMO TAL: (ART. 1º, Nº 9, LETRA B; ART. 2º, Nº1, LETRA A; ART. 2, Nº5, LETRA A, Y ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO).

33º. Que en su petición los requirentes, sustentados en la noción de la libertad de enseñanza, específicamente en cuanto al derecho de "organizar" establecimientos educacionales que señala el artículo 19 Nº 11, en su párrafo primero y en el Nº 26 del mismo artículo Constitucional, postulan que los citados preceptos de proyecto bajo examen afectarían la esencia de dicho derecho o impedirían su libre ejercicio.

Agregan los impugnadores que el proyecto impone a los sostenedores de colegios subvencionados la obligación de adoptar una precisa y determinada forma jurídica, consistente en constituirse como personas jurídicas sin fines de lucro.

En abono ello, los demandantes de la declaración de inconstitucionalidad sostienen que esta magistratura en su sentencia Rol Nº 1363, fijó el sentido y alcance de esta normativa constitucional a propósito de la obligación impuesta por el legislador, en orden a que los sostenedores debían tener giro de educación único, puesto que esa exigencia se encuentra en el límite de lo autorizado por el constituyente, lo que permitía adoptar cualquier tipo de personalidad jurídica, respetando así el derecho a organizar el establecimiento educacional.

Agregan en consideración a lo anterior que la exigencia consagrada en el proyecto de ley - a su juicio - cruza el límite ya dispuesto por esta Magistratura. De modo que la nueva exigencia no puede justificarse en el mayor aporte fiscal a los establecimientos, pues la subvención es un medio que el Estado utiliza para cumplir el deber que la Constitución le impone; y no configura un





000636

*seiscientos treinta y seis*

aporte discrecional entregado a la mera magnanimidad del Estado, como tampoco le confiere a este último una mayor potestad regulatoria respecto de los destinatarios de dichos aportes.

Los pretendientes consideran eventualmente admisible que el legislador exija a los nuevos sostenedores constituirse como personas jurídicas sin fines de lucro, pero estima inconstitucional someter a esta exigencia a establecimientos educacionales ya existentes que han actuado bajo múltiples fórmulas asociativas y; que ahora, son compelidos a obrar bajo una fórmula única;

34°. Que, en forma previa, debemos indicar que, en los últimos años: "el problema de la interpretación constitucional parece estar en el centro de la teoría jurídica. Una de las razones de aquello es el carácter de supralegalidad que se reconoce a las constituciones contemporáneas: la interpretación constitucional es, así, una interpretación superior a la de las otras normas; o, si se quiere decir de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidades para la interpretación de todas las otras normas; establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en inconformidad) con la Constitución" (Manuel Atienza, Los Límites de la Interpretación Constitucional, en obra colectiva compilada por Rodolfo Vázquez, Editorial Fontamara, México, 2006, pág. 187 y siguientes);

35°. Que, en el mismo sentido: "casi nunca las grandes ideas nacen de la erudición, sino de la fricción, de la ruptura de lo que pensábamos, de la subversión. En el derecho constitucional esta fricción se ha producido muy particularmente con la resistencia al poder, de la clase que sea. El problema reside en que la implantación de las nuevas ideas necesita que no languidezca la





000637

*veinticinco treinta y siete*

fricción y eso no es posible. Por esta razón, se debaten por algún tiempo entre dos lógicas" (Ricardo Martín Morales, Las Propiedades Paradójicas del Derecho Constitucional, Ediciones Civitas-Thomson Reuters, España, 2013, pág. 52);

36°. Que, sobre la materia, los interesados citan la sentencia Rol N°1363-2009, lo cual constituye un error relevante pues realizan la asimilación de dos instituciones de diversa naturaleza. En el fallo citado se hace referencia al requisito de contar con un sostenedor de giro único para obtener el reconocimiento oficial de un establecimiento educacional específicamente, en el entendido de la necesidad de ser una persona jurídica de derecho privado cuyo objeto social único sea la educación, y en cambio, el debate de autos, el tema está circunscrito a los requisitos para impetrar la subvención. Por tanto, la sentencia aludida estaba referida al tránsito impuesto por el legislador desde una persona natural hacia una persona jurídica, como requisito para acceder a la condición de sostenedor educacional. En cambio, aquí simplemente se especifica la naturaleza de dicha personalidad jurídica;

37°. Que cabe recordar, igualmente, que la libertad de enseñanza dice relación con la libertad de las personas para entregar o transmitir a otros sus conocimientos, con un determinado método y objetivos, ya sea de manera formal o informal, pudiendo para ello abrir, organizar y mantener establecimientos de enseñanza diferentes a los estatales.

Las normas impugnadas por los requirentes se refieren a aquella calidad con que debe contar el sostenedor para acceder a la subvención general, entendida como un aporte del Estado para cumplir con su deber constitucional de financiar un sistema de educación gratuito, de tal manera que la normativa en revisión no





000638

*veinte y ocho*

obsta, en sentido alguno, a que estos establecimientos ejerzan su libertad de enseñanza dentro de los ámbitos establecidos por la ley;

38°. Que por su parte la obligación que asiste al Estado en los términos que indica el numeral 10° del artículo 19 constitucional, es financiar un sistema gratuito para el segundo nivel de educación parvularia y para los niveles básicos y medios de educación general, asegurando el derecho de todas las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (STC Rol N°771-2007);

39°. Que el fin de la normativa contenida en el proyecto es evitar el lucro en la actividad educacional para dar un marco sustentable que permita asegurar el derecho a una educación de calidad, reducir las desigualdades y garantizar, de manera efectiva, la libertad de los padres para elegir la educación de sus hijos. No es posible entender el fin al lucro sin el mejoramiento de calidad. Sobre este tópico cabe destacar, que esta Magistratura ya ha declarado que la finalidad de mejorar la calidad de la educación es claramente una finalidad que legítimamente puede perseguir el legislador (STC Rol N°1363-2009);

40°. Que el objetivo de evitar el lucro es generar un marco o arquitectura normativa sustentable que permita el asegurar el derecho a una educación de calidad, tendiente a reducir desigualdades, y resguardar de manera efectiva la libertad de los padres; en la elección de la educación para sus hijos. El término del lucro, en cuanto argumento positivo de respaldo a este derecho a la educación de calidad, apunta al mejoramiento de ésta, pero a la vez reafirmar los objetivos de naturaleza constitucional de la igualdad y no discriminación, tal como se señaló en la sentencia de





000639

*vecientos treinta y nueve*

este Tribunal Rol N° 1363, de 2009, en su motivación decimonona;

41°. Que la exigencia de que los sostenedores cuenten con una personalidad jurídica sin fines de lucro para acceder a la subvención estatal, tiene por propósito que los recursos sean administrados por entidades cuyos fines se concentren en la prestación de un servicio educativo con estándares de calidad y ajenos a motivaciones de otra índole.

Como se ha consignado anteriormente, los requirentes consideran admisible que el legislador exija a nuevos sostenedores constituirse como personas jurídicas sin fines de lucro, pero estiman inconstitucional someter a esta exigencia a establecimientos educacionales existentes, que han actuado bajo múltiples fórmulas asociativas durante décadas y que ahora son compelidos a obrar bajo una sola de ellas. Al respecto cabe expresar; que aceptar dicha postura implicaría validar un trato discriminatorio y arbitrario, pues situaría a los actuales sostenedores en una posición ventajosa respecto de los nuevos que quieran ingresar al sistema.

No es más que un argumento absurdo pensar que esto desincentivaría la creación de nuevos establecimientos educacionales; que, tal como indica el proyecto, satisfagan la demanda de matrícula que los actuales establecimientos no logran atender y claramente obstaculiza la mejora en la calidad de la educación que el legislador persigue con este proyecto de ley, fundado en antecedentes empíricos nacionales y la experiencia en la materia de otros países;

42°. Que, además, debe considerarse que esta Magistratura (en STC Rol N° 2731, en su considerando 162°), estableció que la libertad de enseñanza no es un fin en sí misma y que está concebida para dar cauce al





000640

*Seiscientos cuarenta*

derecho a la educación. Dicho derecho exige que el Estado tenga los instrumentos destinados a garantizar su "desarrollo y perfeccionamiento" (artículo 19 N° 10°, de la Constitución). Igualmente señaló, que la libertad de enseñanza no está al margen de las regulaciones que puede imponer el legislador, que la hagan posible y conciliable con el derecho a la educación. Esa libertad no es inmune a las normas que pueda establecer la ley, teniendo para ello presente, que en materia de educación superior el lucro ya se encuentra excluido;

43°. Que, en el ámbito de la experiencia internacional, se evidencia que Chile es uno de los pocos países que permite a los sostenedores de los establecimientos educacionales utilizar recursos públicos para satisfacer sus intereses particulares; y por ello, la supresión del lucro constituye una medida concreta de progresión en el aseguramiento de la garantía de gratuidad del sistema, tal como prescribe nuestra Carta Fundamental (artículo 19, N° 10 párrafo quinto) y contempla el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emanado de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2.200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966 (publicada en el Diario Oficial con fecha 27 de mayo de 1989);

44°. Que el legislador tiene derecho a establecer la forma jurídica de la personalidad de los receptores de fondos públicos subvencionados. Justamente, tal derecho dimana de la naturaleza del título subvencional como lo determina el artículo 19, numeral 22° de la Constitución. Se ha de regular por ley y se ha de determinar a favor de qué sector y actividad se trata de fomentar. En segundo lugar, deviene de la propia condición de sector regulado que tiene la actividad de la enseñanza en todos sus niveles y que ya





000641  
*veicientos cuarenta y uno*

había sido determinada en su constitucionalidad por la Sentencia Rol N° 1363 del Tribunal Constitucional;

45°. Que en tal circunstancia, no resulta novedosa la normativa para la determinación en sectores regulados. Es el legislador el que fija la forma que adoptan las personas jurídicas en el ámbito bancario, financiero, de instituciones de salud previsional, de administradoras de fondos de pensiones, etc. En todos ellos no hay problemas de constitucionalidad que se deriven del modo en que la ley le ha impuesto requisitos para que operen en esos ámbitos;

46°. Que la forma jurídica hace al fondo. Si la determinación del legislador es cumplir una regla que elimina el copago y establece normativas que apuntan al uso pleno de las subvenciones estatales en cuestiones educativas, resulta coherente con el proyecto que la forma jurídica exigida sea el de personas jurídicas sin fines de lucro. Si es que hay alguna razón para que se estime inconstitucional esta forma es porque objeta el fondo. Sea porque no desea recibir la subvención estatal sea porque la impugna en sus modalidades de uso, en cuyo caso no es ésta la razón de fondo que cuestiona la forma jurídica. La titularidad del establecimiento educacional bajo forma de persona jurídica sin fines de lucro es un instrumento lógico o normativo para amparar la actividad educativa en torno a ciertos fines públicos que se derivan de la enseñanza formal;

47°. Que, finalmente, esta cuestión no es tan novedosa, ya que el sistema universitario opera con formas de personas jurídicas sin fines de lucro desde 1981. No obstante, resulta claro que nada de las formas afecta el ejercicio de libertades sustantivas en el mundo universitario: ni la libertad de enseñanza ni la libertad de cátedra. Pero la forma sí es esencial para la





000642

*Seiscientos Cuarenta y dos*

percepción de fondos públicos que permitan, según lo dispone la Constitución, el señalamiento de "las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento" (artículo 19, numeral 11° de la Constitución);

### III. NO VULNERA LA CONSTITUCIÓN LA AFECTACIÓN DE LA SUBVENCIÓN.

48°. Que los requirentes impugnan el numeral 3 del artículo 2° del proyecto, que introduce cuatro artículos al D.F.L. N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos. Dicho precepto establece, en resumen, la afectación al cumplimiento de fines educativos de los recursos percibidos por concepto de subvención educacional.

Los requirentes sostienen que las infracciones constitucionales en que se incurre en dichos preceptos, son dos. Por una parte, se afecta la libertad de enseñanza, en cuanto la normativa aprobada impacta sustantivamente la facultad de organizar que tiene el sostenedor respecto de los dineros que reciba a título de subvención. El proyecto cambia la lógica actual de que se puede hacer todo aquello que no esté prohibido, a un listado en que sólo pueden destinarse dichos dineros a lo que esté permitido. Por la otra, afecta el principio de reserva legal, toda vez que los preceptos convocan a reglamentos del Presidente de la República o a facultades normativas de la Superintendencia de Educación;

49°. Que, antes de entrar al análisis del fondo del problema, queremos dejar sentadas dos variables. De un lado, la manera en que el Tribunal Constitucional ha entendido la subvención. Del otro, los criterios interpretativos que guiarán esta decisión;





000643

*Seiscientos cuarenta y tres*

50°. Que, en cuanto a lo primero, hay que partir por señalar que la subvención, en general, se enmarca dentro de la actividad de fomento del Estado, a que se refiere el artículo 19, N° 22°, de la Constitución. En el lenguaje de este precepto constitucional, corresponden a beneficios del tipo directo. Recordemos que este precepto separa los beneficios de los gravámenes y los beneficios los clasifica en directos e indirectos. La subvención es un beneficio directo, toda vez que transfiere recursos al beneficiario para financiar una actividad que se estima de interés público (STC 1295/2008). La subvención es una transferencia en dinero, sin obligación de reembolso, para favorecer el desarrollo de una actividad económica. Se trata de transferencias que no son un regalo sino una donación modal, condicionada al cumplimiento de determinados fines para recibir los recursos correspondientes y al logro de ciertos resultados que se estiman valiosos (STC 1295/2008).

La misma jurisprudencia ha señalado que al otorgar estos beneficios, el legislador puede perfectamente establecer condiciones o requisitos para su obtención o para su mantención, a fin de lograr la finalidad pública que se busca alcanzar con la transferencia. Ello implica, en ciertos casos, restricciones de derechos (STC 1295/2008);

51°. Que, específicamente, en lo que se refiere a la subvención educacional, este Tribunal ha establecido los siguientes elementos configurativos de la misma. Por de pronto, se trata de un beneficio económico que el Estado otorga a los establecimientos que cumplen las exigencias previstas en la normativa legal respectiva (STC 771/2007). Enseguida, ha sostenido que la legislación sobre subvenciones es un medio, entre otros posibles, que el Estado utiliza para cumplir el deber que





000644  
*seiscientos Cuarenta y Cuatro*

la Constitución le impone en el artículo 19, N° 10°, en el sentido de concurrir a financiar un sistema gratuito (STC 771/2007). A continuación, el Tribunal ha sostenido que para recibir la subvención, los establecimientos están obligados a cumplir determinadas exigencias legales (STC 410/2004). Asimismo, ha sostenido que otorgar la subvención no es una decisión de cumplimiento discrecional y librada a la magnanimidad del Estado. Por el contrario, se trata de una obligación ineludible, cuya justificación radica en la importancia excepcional que tiene la educación (STC 410/2004). Del mismo modo, ha sostenido que la subvención permite articular la cooperación público-privada para asegurar la educación gratuita (STC 410/2004). Además, este Tribunal ha sostenido que la subvención no es suficiente para que las entidades educacionales puedan cumplir su cometido. De ahí que puedan realizar otros cobros (STC 410/2004). Finalmente, en cuanto a la norma que la regula, esta Magistratura ha sostenido que su monto, clase y requisitos para impetrarla no tienen el carácter de una ley que regule un derecho constitucional. La determinación regulatoria de la misma no es parte del reconocimiento oficial (STC 771/2007). La ley de subvenciones se encuentra en el marco del artículo 63, N° 20, de la Constitución. En el sentido de que no tiene una disposición específica que funde su ámbito, pero aborda un asunto esencial en que el legislador puede intervenir, estableciendo las bases del ordenamiento jurídico correspondiente (STC 771/2007);

52°. Que la segunda variable que queremos dejar establecida antes de hacernos cargo del reproche, se vincula a los criterios interpretativos que guiarán nuestra decisión.

En primer lugar, la Constitución establece una serie de principios a propósito del derecho a la





000645

*seiscientos cuarenta y cinco*

educación: la obligatoriedad ("la educación básica y la educación media son obligatorias"; "el segundo nivel de transición (de la educación parvularia) es obligatorio"; la gratuidad ("debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto"); accesibilidad ("destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población"); plenitud ("la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida"); participación ("es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación").

En segundo lugar, la Constitución no se refiere expresamente a la subvención. En el artículo 19, N° 10°, establece que el Estado financiará un sistema gratuito para la educación básica, media y para la educación parvularia, a partir del nivel medio superior.

Como el propio Tribunal lo ha señalado, las subvenciones son sólo un medio, entre otros posibles, que el Estado utiliza para obtener la gratuidad.

Por lo mismo, de la obligación del Estado en cuanto a financiar un sistema gratuito ("debiendo el Estado financiar"), no se infiere que la subvención sea el único medio para lograr tal objetivo, porque es el legislador el que debe diseñar el sistema correspondiente; ni que sea automática. El otorgamiento de la subvención implica petición y procedimiento administrativo destinado a examinar ésta, y el cumplimiento de los requisitos para percibirla, los que define el legislador.

En tercer lugar, el constituyente confiere al legislador un amplio poder configurativo. De un lado, porque no establece en un numeral específico del artículo 63 la materia de ley relativa a "crear subvenciones". Por eso, en la STC 771/2008, el Tribunal la residenció en el artículo 63, N° 20. Por lo mismo, es una ley de bases, que sólo aborda lo medular de una regulación, entregando el resto a la potestad reglamentaria administrativa (STC





000646

Seiscientos Cuarenta y seis

370/2003). Del otro, porque le encarga diseñar un sistema gratuito. La expresión "sistema" implica un conjunto estructurado de elementos entrelazados entre sí. Por lo mismo, abarca el régimen de ingreso y de salida, los derechos y obligaciones, su monto, clase y requisitos. La subvención, por tanto, es plenamente regulable.

En cuarto lugar, el objeto de la gratuidad, dentro del cual se enmarca la subvención educacional, no es garantizar el lucro o la libertad de enseñanza. Su objeto es asegurar la educación básica, la educación media y la educación parvularia, en la parte que la Constitución garantiza en este último nivel. La Constitución utiliza la expresión "con tal objeto". Por lo mismo, fija o establece la finalidad que eventualmente pueda tener una subvención estatal. Es un mandato constitucional, entonces, la afectación de estos fondos.

En quinto lugar, la subvención no se enmarca dentro del artículo 19, N° 11°, de la Constitución, es decir, bajo la libertad de enseñanza. Al contrario, ella se estructura sobre la base de una libertad para abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. En tal sentido, el privado que desea abrir un establecimiento, debe poder mantenerlo con cargo a sus ingresos. Mantener es costear las necesidades, sostener o proveer lo necesario para ello. Si el particular desea, en cambio, ingresar al sistema gratuito de educación, debe someterse al régimen que diseñe el legislador para tal efecto. No se puede invocar la libertad de enseñanza para abrir y organizar, y no para mantener el establecimiento. Si el establecimiento quiere ingresar al sistema gratuito, se desplaza hacia el artículo 19, N° 10°, esto es, el derecho a la educación. El régimen subvencional puede ser reconducido al artículo 19, N° 10°. En el marco del artículo 19, N° 11°, la mantención corre por cuenta del establecimiento, no del Estado.





000647

*seiscientos Cuarenta y siete*

En sexto lugar, esta Magistratura ha sostenido que la calidad de la educación está comprendida dentro del derecho a la educación. Por lo mismo, la finalidad de mejorar dicha calidad es de aquellas que legítimamente puede perseguir el legislador (STC 1361/2009, 1363/2009 y 2731/2014); asimismo ha señalado que la libertad de enseñanza debe encauzarse hacia el derecho a la educación, porque no es un fin en sí misma (STC 2731/2014);

53°. Que, finalmente, hay que examinar la afectación de la subvención.

Partamos por señalar que la subvención educacional es dinero público. Nuestro sistema contempla todo un mecanismo destinado a garantizar que estos dineros se empleen en la finalidad prevista por el legislador: la rendición de cuentas. Uno de los aspectos centrales de ese examen es que el gasto "corresponda al objeto para el cual fueron destinados los fondos" (artículo 98, letra d), Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República).

No se advierte razón para que la subvención educacional esté exceptuada de esta regla de afectación de los fondos, si se trata de platas públicas, establecidas año a año en la Ley de Presupuestos de la Nación;

54°. Que, enseguida, la propia definición dogmática de las subvenciones apunta hacia la afectación. La subvención es un beneficio directo, en el lenguaje de la Constitución (artículo 19, N° 22°). En otras latitudes se utiliza la expresión "ayudas públicas".

William García define la subvención como "toda transferencia patrimonial no devolutiva, realizada por la administración a favor de un particular, vinculada a la realización por éste de una conducta calificada de interés público." (La subvención en el derecho





000648

*seiscientos sesenta y ocho*

administrativo; Librotecnia, Santiago, 2011, p. 115). Por su parte, Luis Cordero señala que "es una atribución patrimonial no reintegrable, no devolutiva, o, en la terminología más usual, 'a fondo perdido' y es una atribución 'afectada' en el sentido de que vincula al beneficiario a dar cumplido destino a lo percibido, según la finalidad material que se persiga con su otorgamiento". Jorge Bermúdez, por su parte, señala que "la subvención es el aporte que otorga la Administración a fondo perdido, para que el particular desarrolle una actividad o prestación determinada." (Derecho Administrativo General. Segunda edición, Santiago, LegalPublishing, 2011, pág. 300).

En la subvención hay tres elementos fundamentales (García Machmar, William; ob.cit., págs. 117 y siguientes). En primer lugar, el elemento objetivo. La subvención consiste en una transferencia patrimonial que el beneficiario no está obligado a devolver. Eso la diferencia del crédito público. En segundo lugar, la subvención tiene un elemento subjetivo, porque da origen a una relación jurídica entre dos sujetos. De un lado, la entidad pública que tiene asignada en su presupuesto la transferencia, sujeta o no a concurso. Del otro, el sujeto beneficiario. Esto es, la persona natural o jurídica que recibe la subvención previo cumplimiento de los requisitos legales. Finalmente, se encuentra el elemento teleológico. La subvención se encuentra orientada a la realización de una actividad de interés público. Ello obliga al beneficiario a desplegar una determinada conducta, a cumplir ciertos deberes, fiscalizables por parte de la entidad concedente. Estos deberes tienen que ver con aplicar los fondos entregados en la finalidad prevista por el legislador.

La afectación de la subvención es reconocida por nuestra doctrina. Así, para Cordero (ob.cit., pág. 479), "los elementos característicos de toda subvención son:





000649

*Cien Cuarenta y nueve*

(a) atribución patrimonial (en dinero o especie); (b) otorgada sin contraprestación directa del beneficiario, y (c) afecta a la realización de una acción por parte del beneficiario, encaminada al fomento de una actividad pública". En el mismo sentido se expresa Bermúdez, para quien "también es necesario que exista un procedimiento de control, en caso de que el acto atente contra el objeto, condiciones y finalidad de la subvención" (ob.cit., pág. 301). Para Gladys Camacho (Tratado de Derecho Administrativo, tomo IV, Santiago, Abeledo Perrot, 2010, pág. 393), la relación jurídica subvencional "sitúa a la persona beneficiaria en una relación de sujeción especial que incide de forma singular en la actuación que realiza, imponiéndole como carga el cumplimiento de una determinada actividad de interés público, determinando que la no ejecución de ese comportamiento supone el incumplimiento de su obligación, debiendo restituir la correspondiente subvención";

55°. Que la actual Ley de Subvenciones (D.F.L. N° 2/Mineduc/1998) sigue rigurosamente este modelo. Por de pronto, entiende la subvención como una disposición patrimonial, pues se paga mensualmente por el Ministerio de Educación (artículo 15, inciso primero). Enseguida, se trata de recursos que no deben devolverse por parte del sostenedor (artículo 5°, inciso primero). A continuación, intervienen dos sujetos: el Ministerio de Educación y el sostenedor (artículos 2° y 15). Este último queda sujeto a una relación jurídica especial, que comprende un haz de obligaciones y deberes (artículo 6°) y el derecho a percibir la subvención en tiempo y forma (artículos 8° y 9°, inciso primero). Además, la subvención está afecta a una finalidad: crear, mantener y ampliar establecimientos educacionales (artículo 2°).

Para fiscalizar el cumplimiento de esos fines, el legislador (Ley N° 20.529) diseña dos instrumentos. Por





000650

*Cincuenta*

una parte, la rendición de cuentas públicas del uso de recursos (artículos 54, 55, 56, 76 a), 77 a)). Por la otra, la fiscalización de la Superintendencia de Educación (artículos 48, 49, 51, 66, 73). Entre las sanciones que puede aplicar la Superintendencia se encuentra la privación temporal de la subvención, que puede ser total o parcial (artículo 73, c)), o la privación definitiva de la subvención (artículo 73, d));

56°. Que ahora estamos en condiciones de hacernos cargo del reproche. Las normas impugnadas establecen la afectación de dos maneras. Por una parte, consignando que los dineros por concepto de subvención "estarán afectos al cumplimiento de los fines educativos". Por lo mismo, sólo pueden destinarse a todo aquello que tenga "por objeto directo y exclusivo el cumplimiento de dichos fines". Por la otra, listando las operaciones que se entienden comprendidas dentro de los fines educativos y estableciendo restricciones para operaciones con personas relacionadas. El proyecto establece también que toda sustracción o destino a una finalidad diferente de los fines educativos genera obligación de reintegro;



57°. Que lo primero que debemos señalar es que en ese listado se encuentra comprendido todo lo que tiene que ver con la gestión un establecimiento. Desde luego, con el pago de compromisos: remuneraciones, suministros, deuda (artículo 3°, inciso segundo, letras i), ii), v), viii) ix)). Enseguida, con todo lo que tenga que ver con los costos de administración, operación y reparación (artículo 3°, inciso segundo, letras iii) y vii). Además, se permite la inversión en activos no financieros (artículo 3°, inciso segundo, letra vii)). A continuación, se declara lícitos dos tipos de operaciones genéricamente: todos los gastos que tengan que ver con mejoras de la calidad del servicio educativo; todos los



000651

*Seiscientos cincuenta y uno*

gastos del proyecto educativo (artículo 3°, inciso segundo, letras x) y xi)).

Resulta difícil imaginar que en este listado exista algún propósito educativo al margen o no considerado por el legislador. Se trata de una enumeración exhaustiva y completa. Obviamente no están considerados los elementos que pueden originar lucro;

58°. Que lo segundo que debemos señalar es que existen distintas justificaciones para una medida de esta naturaleza. Por de pronto, el hecho de que el mismo proyecto establezca que los sostenedores tienen que estar organizados como entidades sin fines de lucro, es lógico que a continuación se preocupe de garantizar que eso efectivamente se cumpla. La forma que el legislador estableció para tal propósito es enumerar lo que considera como no lucro. Es decir, como dineros destinados a fines educacionales;



59°. Que asimismo el legislador, paulatina pero sistemáticamente, ha establecido restricciones al uso de los recursos públicos que comprende la subvención. Baste señalar la Ley N° 20.529, del año 2012, que estableció la rendición de cuentas (artículo 49), la que debe ser pública e incluir un informe consolidado de los recursos (artículo 49). El proyecto se enmarca dentro de esta línea de reforzamiento de la finalidad educacional de la subvención;

60°. Que, además, dichas medidas tienen justificación en el logro de la calidad de la educación. Esta, como ya se indicó por esta Magistratura (STC 1361/2009, 1363/2009, 2731/2014), es parte del derecho a la educación. El legislador considera que para lograr tal finalidad legítima, los sostenedores de establecimientos educacionales deben destinar dichos fondos íntegramente a



000652

*seiscientos cincuenta y dos*

fines educativos, evitando la desviación de estos recursos para fines lucrativos;

61°. Que, en tercer lugar, consideramos que no se vulnera la posibilidad de organizar el establecimiento educacional que garantiza la libertad de enseñanza. Por de pronto, porque la afectación es una consecuencia de incorporarse al sistema subvencional. En la actualidad, los sostenedores tienen una serie de obligaciones por ese solo hecho (artículo 6°, Ley de Subvenciones). Ello revela que el legislador puede establecer requisitos para la obtención de la subvención. Si el sostenedor quiere mantener su plena libertad organizativa, su camino es no pedir la subvención. Dicha posibilidad de establecer requisitos o condiciones, que impliquen restricciones de derechos, ha sido validada por esta Magistratura (STC 1295/2008).



Enseguida, en el argumento de los requirentes parece existir una absolutización de la libertad de enseñanza. Conforme a esta interpretación, el legislador no podría establecer ningún tipo de regulación respecto a la facultad de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. Sin embargo, esto no es efectivo. Primero, porque toda actividad está sujeta a las normas legales que la regulan. No existe ninguna regla constitucional que permita inferir que los establecimientos educacionales están al margen de las regulaciones del legislador. Segundo, porque este Tribunal ha dicho expresamente que el legislador puede establecer el monto, clases y requisitos para obtener la subvención (STC 771/2007); y que el legislador puede regular todo lo que tenga que ver con abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales (STC 2731/2014). En la interpretación de los requirentes, parece existir una concepción de la libertad de enseñanza que la hace un fin en sí misma, no una libertad destinada a dar cauce al



000653

*Seiscientos cincuenta y tres*

derecho a la educación (STC 2731/2014). Tercero, porque la regulación a que debe someterse el establecimiento que opta por la subvención, es consecuencia de dicha opción. La Constitución establece que el legislador debe diseñar un sistema destinado a asegurar la gratuidad;

62°. Que tampoco consideramos que se vulnere la reserva legal, por las remisiones que hacen los artículos reprochados al reglamento que debe dictar el Presidente de la República o a las facultades normativas de la Superintendencia de Educación.

En primer lugar, ambas convocatorias podría el legislador haberlas omitido e igual las autoridades correspondientes podrían haber ejercido su potestad normativa. Por un lado, el Presidente de la República tiene la potestad reglamentaria consagrada a nivel constitucional (artículo 32, N° 6). En tal sentido, el legislador no puede prohibirlas. Por su parte, las facultades normativas de la Superintendencia de Educación están establecidas no solamente en el precepto reprochado, sino en la Ley N° 20.529 (artículo 49, letra m)), que faculta a la Superintendencia para impartir instrucciones y para aplicar e interpretar administrativamente la normativa educacional. Evidentemente, dichas normas administrativas no pueden modificar la normativa legal ni ir más allá de lo que puede ser un complemento indispensable, fundado en la naturaleza técnica de la materia (STC 2643/2015 y 2644/2015). Se trata, por lo demás, de facultades de ejercicio reglado y controlado.

En segundo lugar, no corresponde el alegato de reserva legal. Primero, porque esta Magistratura sostuvo que la Ley de Subvenciones es una ley de bases (STC 254/1997, 370/2003, 480/2006, 2069/2012). Por eso, la enmarcó en el artículo 63, N° 20, de la Constitución (STC 771/2007). Como toda ley de esta naturaleza, por





000654

*Seiscientos cincuenta y ocho*

definición implica un margen de colaboración mayor para la potestad reglamentaria del Presidente de la República (STC 370/2003). Segundo, porque las subvenciones se encuentran establecidas, como recursos públicos, en la Ley de Presupuestos de la Nación. Y esta Magistratura ha reconocido la flexibilidad presupuestaria, con amplia intervención administrativa (STC 254/1997). Tercero, porque los requirentes no han demostrado por qué estaríamos frente a una reserva absoluta de ley en que la potestad reglamentaria se restringe. Finalmente, porque este Tribunal tiene asentada la tesis de que es posible y lícito que la potestad reglamentaria colabore con la ley (STC 325/2001); la Constitución diseña un régimen que armoniza la potestad legislativa con la potestad reglamentaria (STC 370/2003); y que la actividad se regule por ley no excluye la colaboración reglamentaria (STC 480/2006);



63°. Que tampoco observamos en este caso los criterios que el Tribunal ha considerado como peligrosos en la intervención administrativa: la deslegalización, las cláusulas abiertas, la inseguridad (STC 370/2003). Por una parte, porque los elementos esenciales de la regulación se encuentran establecidos por el legislador. La intervención administrativa es para efectos adjetivos o secundarios. Por la otra, el sistema de la legislación educacional implica una subordinación a leyes, reglamentos e instrucciones. Esa es la legalidad que le corresponde fiscalizar a la Superintendencia de Educación (artículo 48, Ley N° 20.529). Por lo mismo, el sostenedor se encuentra sometido a este complejo marco normativo, sin que pueda alegar una especie de prohibición de regulación administrativa.

Por lo demás, no corresponde que esta Magistratura, en este tipo de requerimiento, lleve a cabo un control de ejercicio de potestades, propio del control de la



000655

*Seiscientos Cincuenta y cinco*

administración, y no un control de atribuciones, propio del control del legislador (STC 2069/2012). Un eventual abuso de parte de la autoridad administrativa corresponde que se corrija por otra vía y en otra oportunidad.

**IV. LA EVALUACIÓN PREVIA A LA ENTREGA DE LA SUBVENCIÓN NO VULNERA LA CONSTITUCIÓN.**

64°. Que los requirentes impugnan el artículo 2°, N° 7, del proyecto de ley, que establece requisitos para quien por primera vez solicite la subvención.

Los requirentes sostienen que dicho precepto, en primer lugar, vulnera la libertad de enseñanza, porque exige requisitos para abrir establecimientos, más allá de lo razonable. En segundo lugar, los requirentes sostienen que afecta también el artículo 19, N° 10°, porque condiciona la subvención, siendo ésta una contribución obligatoria del Estado. En tercer lugar, afecta la igualdad ante la ley, porque establece una diferencia entre los nuevos establecimientos y los antiguos. Sólo los nuevos quedan sujetos a la nueva exigencia. Finalmente, afecta la reserva legal, pues la norma contiene elementos discrecionales y no regula el procedimiento en el caso de negativa de la autoridad;



65°. Que, antes de entrar a hacernos cargo de esta argumentación, queremos realizar una serie de puntualizaciones.

La primera es que la norma impugnada se introduce como una modificación a la Ley de Subvenciones (D.F.L. N° 2/1998/Educación). Específicamente, introduce unos incisos al artículo 8° de dicho cuerpo legal. Este precepto regula la entrega de las subvenciones. Para tal efecto, establece que tiene que existir una solicitud; que ésta debe ser resuelta por el Ministerio de Educación en un plazo máximo de 90 días para que se otorgue el



000656

*Seiscientos cincuenta y seis*

beneficio; y que deben reunirse los requisitos legales y reglamentarios.

Como se observa, el actual artículo 8° concibe que la subvención no es automática, pues debe pedirse, analizarse y concederse. La entrega, de acuerdo al mismo precepto, puede ser por resolución expresa o por silencio positivo después de transcurridos los 90 días desde la fecha de la solicitud;

66°. Que la segunda puntualización consiste en que no es la primera vez que una norma legal introduce requisitos o condiciones para la entrega de la subvención, estableciendo una fecha de separación. Así, por ejemplo, la Ley N° 19.979, que estableció el régimen de Jornada Escolar Completa, condicionó la entrega de la subvención a que todos los establecimientos educacionales que impetraran por primera vez la subvención a contar del 2005, debían funcionar en el régimen de Jornada Escolar Completa;



67°. Que, del mismo modo, la actual normativa que regula la subvención establece, en su artículo 6°, una serie de requisitos. Dicho precepto señala: "para que los establecimientos de enseñanza puedan impetrar los beneficios de la subvención, deberán cumplir con los siguientes requisitos:". El artículo establece doce requisitos que deben cumplir dichos establecimientos. Algunos los deben cumplir antes, como tener el reconocimiento oficial, y otros después. Estos últimos apuntan a distintas variables sobre el funcionamiento del establecimiento, tanto desde el punto de vista educativo como de la organización del establecimiento.

Por eso el artículo 8°, que es donde se insertan los preceptos impugnados, señala que el beneficio de la subvención se entrega "siempre que se reúnan los requisitos legales y reglamentarios";



000657  
*Seiscientos cincuenta y siete*

68°. Que la tercera puntualización es que exigencias de este tipo no son ajenas a nuestro ordenamiento jurídico. Toda la regulación de las autorizaciones apunta en este sentido. En ellas, como este Tribunal lo ha señalado (STC 467/2006, 1410/2010), la autoridad verifica los antecedentes antes de otorgarlas, para efectos de cautelar el interés público que lleva asociada una actividad eventualmente riesgosa. Baste señalar lo que sucede con las AFP (D.L. N° 3500, artículo 24); con las compañías de seguros (D.F.L. N° 251/1931, Hacienda, artículo 39); con los Bancos (D.F.L. N° 3/1997, Hacienda, artículo 31); con las Isapres (artículo 24 de la Ley N° 18.933). En los bancos, la Superintendencia debe verificar que la empresa bancaria "se encuentra preparada para iniciar sus actividades y, especialmente, si cuenta con los recursos profesionales, tecnológicos y con los procedimientos y controles para emprender adecuadamente sus funciones".



Dicha cautela de la autoridad opera sin necesidad de que existan fondos públicos comprometidos, sino dineros de terceros: ahorristas, cotizantes, asegurados. Mayor debe ser la diligencia si hay recursos públicos involucrados;

69°. Que de acuerdo al estudio de Grau, Hojman y Mizala (Destructive Creation: School turnover and Educational Attainment, Serie de Documentos de Trabajos, N° 396, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile, 2015), entre el año 1994 y el 2012 se abrieron 3.770 establecimientos y se cerraron 2.151. El 81% de esa cifra de apertura corresponde a colegios particulares subvencionados. En cuanto al cierre, el 52% es de establecimientos públicos y el 33% de particulares subvencionados. Gran parte de los colegios se cerraron por una baja cantidad de matrícula (114 estudiantes en promedio). Los establecimientos que siguen funcionando



000658  
*veinticinco cincuenta y ocho*

tienen un promedio de 336 estudiantes. Los establecimientos que se cierran, son aquellos que atienden a alumnos de estrato socioeconómico bajo, con malos niveles de desempeño en la prueba Simce. El cierre de los colegios aumenta en un 50% las probabilidades de repetir un curso y en un 79% las probabilidades de abandonar de manera anticipada la educación;

70°. Que, por otra parte, es necesario describir brevemente la norma impugnada. Esta se aplica a los establecimientos que piden por primera vez subvención. Establece tres requisitos para otorgar la subvención. Por de pronto, tiene que haber una resolución fundada del Ministerio de Educación. Enseguida, esta decisión debe ser ratificada por el Consejo Nacional de Educación, por mayoría absoluta de sus miembros. Asimismo, para otorgar el beneficio, el Ministerio debe considerar que exista una demanda insatisfecha de matrícula por dos causales. Por una parte, que no pueda ser cubierta por medio de otros establecimientos educacionales que reciban subvención. Por la otra, que dicha cobertura no pueda ser llevada a cabo porque no existe un proyecto educativo similar en el territorio en el que el nuevo establecimiento pretende desarrollarse. Para el establecimiento de dichos parámetros, la autoridad sólo puede considerar a los establecimientos que tengan el carácter de gratuitos.

Como la normativa impugnada sólo agrega estos incisos al actual artículo 8°, sigue existiendo la regla que establece que la subvención debe solicitarse; que el Ministerio tiene 90 días para otorgarla; y que sólo debe otorgarla si se cumplen los requisitos legales y reglamentarios;

71°. Que ahora estamos en condiciones de hacernos cargo de los reproches que se formulan en el requerimiento. Partiremos por la desigualdad ante la ley.





000659

*veinticinco cincuenta y nueve*

El requerimiento sostiene que se hace un distingo arbitrario entre los nuevos y los antiguos establecimientos.

Consideramos que la comparación no es pertinente. Los establecimientos a los que se les concedió la subvención, tienen el derecho a percibirla, como dice el artículo 8° de la Ley de Subvenciones. Por lo mismo, a ellos no se les toca. Al contrario, la existencia de un establecimiento con subvención en el territorio en que operará el nuevo, es un parámetro para negar la subvención al nuevo. Sólo que se condiciona a los nuevos establecimientos. Distinguir entre los nuevos y los antiguos establecimientos no es una distinción ajena a la ley de subvenciones. Ya se anotó cómo la ley que creó la Jornada Escolar Completa, hizo la distinción entre establecimientos en funcionamiento antes del 2005 y los que pedían la subvención después.

Enseguida, mientras el que percibe la subvención tiene un derecho sobre ella, condicionado al cumplimiento de las obligaciones a que se compromete (artículo 6°, D.F.L. N° 2/1998, Educación), quien pide la subvención por primera vez tiene una mera expectativa de que la obtenga si cumple, como dice el artículo 8°, que no se modifica por el proyecto, los requisitos legales y reglamentarios. Se trata, por tanto, de una distinción razonable y objetiva.

Finalmente, no es una distinción intolerable para el destinatario, es decir para quien pide la subvención, porque no se le niega su derecho a abrir establecimientos. El reconocimiento oficial no está condicionado a la obtención de la subvención (artículo 46, Ley General de Subvenciones). Y el interesado puede optar por la educación no reconocida por el Estado (artículo 45, Ley General de Educación). Distinto es que para obtener la subvención el interesado deba tener el





000660

*Veiscientos sesenta*

reconocimiento oficial (artículo 6° letra a), Ley de Subvenciones);

72°. Que tampoco consideramos que se vulnere la reserva de ley. El reglamento a que se refiere el precepto que se impugna tiene un doble requisito. Por una parte, debe llevar la firma del Ministro de Educación y del Ministro de Hacienda. Por la otra, existe una remisión, pues la ley determina su contenido. El llamamiento que hace la ley al reglamento es para regular tres aspectos: el ámbito territorial que se considerará para definir la demanda insatisfecha por matrícula; el procedimiento; y los requisitos que deben cumplirse.

Los requirentes sostienen, en los términos formulados, que el reglamento afecta la reserva de ley;

73°. Que, al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que el artículo 8° de la actual Ley de Subvenciones establece que para obtener la subvención, los interesados deben cumplir los requisitos definidos en dos tipos de normas: los establecidos en la ley y los establecidos en el reglamento. La legitimidad del reglamento es evidente. De hecho, existe un reglamento que complementa la ley: el D.S. N° 8144/1980, Educación, que reglamenta el antiguo D.L. N° 3476.

En segundo lugar, los establecimientos subvencionados están sujetos a la fiscalización de la Superintendencia de Educación. A ésta le corresponde fiscalizar la normativa educacional. Esta comprende las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la Superintendencia (artículo 48, Ley N° 20.529). La actividad de los establecimientos se desarrolla bajo normas administrativas.

En tercer lugar, ya se indicó en otra parte de esta sentencia que la subvención educacional se enmarca en una doble reserva relativa de ley. Por un lado, este Tribunal ha establecido que la Ley de Subvenciones es una ley de





000661

*vecientos sesenta y uno*

bases. Por lo mismo, se estructura sobre la base de la convocatoria al reglamento (STC 370/2003). Por el otro, al financiarse la subvención con recursos públicos, contemplados en la Ley de Presupuestos, se le transmite a ella la flexibilidad presupuestaria, con amplia intervención administrativa (STC 254/1997).

En cuarto lugar, la norma tiene suficiente densidad y precisión. Por de pronto, establece las causales para la negativa, y los órganos administrativos que deben intervenir. Hay que considerar que no solamente interviene el Ministerio de Educación, sino que también el Consejo Nacional de Educación. Además, la convocatoria que hace la ley al reglamento abarca aspectos muy específicos: territorio, procedimiento y requisitos.

En relación a que no se define el procedimiento, hay que considerar dos cosas. De un lado, a que de acuerdo al artículo 63, N° 18, de la Constitución, sólo es materia de ley definir las bases de un procedimiento administrativo. Estas leyes, por tanto, dejan un amplio margen a la colaboración reglamentaria. Del otro, hay que considerar que el actual artículo 8° de la Ley de Subvenciones, donde se insertan las disposiciones impugnadas, no contempla un procedimiento más elaborado. Y no ha merecido reproche. Sobre todo porque hay un reglamento que regula una parte de esta materia: el D.S. N° 8144/1980/Educación.

Lo esencial de la regulación se encuentra definido en la ley. La esencialidad para analizar la relación ley-reglamento es un criterio asentado en este Tribunal y lo ha aplicado en materias tan sensibles como los delitos (STC 24/1984, 468/2006, 1011/2007), la sanción administrativa (STC 325/2001, 480/2006, 2264/2012), la propiedad (370/2003 2643/2015, 2644/2015) y en materia tributaria (STC 718/2007, 759/2007, 773/2007, 1234/2008).





000662

*seiscientos sesenta y dos*

Por lo demás, un eventual ejercicio abusivo del reglamento abre las vías para que la Contraloría o los tribunales puedan objetar dicha regulación;

74°. Que otro reproche que formulan los requirentes dice relación con que un condicionamiento, como el establecido en el proyecto de ley, afecta la naturaleza de contribución obligatoria de la subvención. Al respecto, cabe señalar que la subvención educacional, en nuestro sistema jurídico, no es automática, sino que debe pedirse a la autoridad administrativa. Y ésta debe otorgarla sólo si se cumplen determinados requisitos. No hay un derecho a obtener la subvención si no se cumplen esos requisitos. Esos requisitos son los que imponen la ley y la propia autoridad administrativa, tal como ya lo hemos señalado y lo indica el actual artículo 8° de la Ley de Subvenciones.



Enseguida, para aquellos a quienes la autoridad les concedió la subvención, surge el derecho de percibirla. Respecto de ellos hay una contribución obligatoria. De ahí que la Ley de Presupuestos no pueda ser discutida en relación a los gastos que establezcan leyes permanentes. Estos no pueden ser disminuidos ni por el Congreso (artículo 77 constitucional, inciso segundo). Y debe tenerse en cuenta que el D.L. N° 1263 autoriza al Ejecutivo a ordenar pagos, excediéndose de las sumas consultadas en la Ley de Presupuestos, para devolver derechos que el Estado debe reintegrar por cualquier causa (artículo 28, N° 2). Pero para aquellos que no han obtenido la subvención, hay una mera expectativa, sujeta al cumplimiento de los requisitos para obtenerla.

A continuación, hay que considerar, como se dijo en otra parte de esta sentencia, que la subvención se enmarca dentro de un sistema concebido para asegurar la gratuidad en la educación básica, en la educación media y en ciertos niveles de la educación parvularia. Pero ese



000663

*vecientos sesenta y tres*

sistema debe ser diseñado por el legislador. La subvención está prevista para asegurar la provisión de una educación de calidad, no para garantizar la libertad de enseñanza, es decir, el emprendimiento individual o colectivo. La subvención se inserta dentro del derecho a la educación. El propósito final de éste es que todas y cada una de las personas logren el pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida (artículo 19 constitucional, N° 10°, inciso segundo). La subvención no está diseñada para mantener establecimientos educacionales, sino sólo en la medida que éstos contribuyan a materializar el derecho a la educación, que es lo que justifica que obtengan la subvención;

75°. Que, finalmente, tampoco consideramos que se afecte la libertad de enseñanza. Específicamente, el derecho a abrir establecimientos educacionales.

En primer lugar, porque nuestro ordenamiento jurídico separa el reconocimiento oficial de la obtención de la subvención. De acuerdo al artículo 46 de la Ley General de Educación, pueden obtener reconocimiento oficial no sólo establecimientos que aspiren a obtener una subvención, sino también aquellos totalmente privados, que se mantienen con sus propios recursos. El derecho de abrir establecimientos educacionales está asociado al reconocimiento oficial.

La norma impugnada no modifica la Ley General de Educación, sino que modifica la Ley de Subvenciones. Su propósito no es condicionar el reconocimiento oficial. Su objetivo es condicionar la obtención de subvenciones.

En segundo lugar, la norma es plenamente justificable, dada la actual situación, en que los privados piden la subvención desde su propio interés individual; desde la libertad de enseñanza. En cambio, la norma enfoca el problema de la apertura de los colegios desde el derecho a la educación. De ahí la exigencia de





000664

*veinticinco sesenta y cuatro*

que haya una demanda insatisfecha, porque los actuales establecimientos están completos (la matrícula no puede ser cubierta) o porque no hay un establecimiento educacional con un proyecto educativo como el que se pretender aportar. Hay, por tanto, una evaluación o examen del nuevo establecimiento inserto en los actuales.

Se trata de evitar el cierre del establecimiento, por ser inviable, por falta de alumnos, por mal rendimiento, por no proyectarse en el largo plazo.

El cierre del establecimiento no es algo que interese únicamente al sostenedor, sino a toda la sociedad. La tutela de ese interés público se encarga por el proyecto de ley a la autoridad.

La sociedad se encuentra empeñada en un proceso de mejoramiento de la calidad de la educación. En esa línea se enmarcan la ley de la Jornada Escolar Completa (Ley N° 19.979), la creación de la Agencia de la Calidad y de la Superintendencia de Educación (Ley N° 20.529), la ley de la Subvención Preferencial (Ley N° 20.248). Como una continuidad de ese esfuerzo, se suma este proyecto de ley, por la no selección, el no lucro, la afectación de la subvención.

La normativa busca, entonces, mejorar la calidad de la educación, por la vía de controlar la asignación de las subvenciones. Hasta ahora, los requisitos en materia de subvenciones tenían que ver con condiciones habilitantes (por ejemplo, haber obtenido el reconocimiento oficial), con condiciones del establecimiento (infraestructura, recursos, personal). Pero ahora se suma uno más, que es la inserción del nuevo establecimiento en los ya existentes.

Se procura evitar que los nuevos establecimientos no produzcan un valor agregado o distinto a los establecimientos existentes. No tiene mucho sentido otorgar subvención a otro establecimiento igual a los anteriores o duplicatorio de ellos. En cambio el nuevo,





000665

*seiscientos sesenta y cinco*

que tiene un proyecto educativo distinto, asegura el pluralismo.

El Estado tiene perfecto derecho a evaluar a dónde van destinados los recursos públicos. El legislador ha ponderado que la demanda insatisfecha de establecimientos es lo que habilita la entrega de subvenciones para un nuevo establecimiento.

Mientras los establecimientos actuales permitan "asegurar el acceso de toda la población" (artículo 19, N° 10°, inciso cuarto), es decir, que la demanda esté satisfecha, el legislador puede establecer condiciones o requisitos destinados a garantizar el derecho a la educación, por la vía del control de la entrega de las subvenciones.

Finalmente, y como ya se indicó, esta Magistratura ha validado que la ley establezca el monto, la clase y los requisitos para impetrar una subvención (STC 771/2007). Por lo mismo, no vemos reproche a que la ley establezca otra condición para obtener la subvención;

**V. CONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DE SER PROPIETARIO O COMODATARIO DEL INMUEBLE PARA SER BENEFICIARIO DE LA SUBVENCIÓN.**

76°. Que, en este capítulo, el requerimiento de los señores Senadores se dirige en contra del artículo 2°, N° 5), letra e), permanente, y de los artículos transitorios tercero, cuarto y quinto del proyecto de ley, reprochando, puntualmente, que la prohibición de arrendar el inmueble que sirve de infraestructura al establecimiento educacional respecto al sostenedor que ingrese al sistema subvencionado una vez en vigencia la ley, *"es, claramente, inconstitucional"* (sic), sin desarrollar mayormente por qué ello sería así. Apuntan además que, en segundo lugar, respecto de los sostenedores que están actualmente dentro del sistema de





000666

*Seiscientos sesenta y seis*

subvenciones educacionales, se regula el contrato de arrendamiento mediante la prohibición, aplicable desde algún momento, de que el arrendador sea persona relacionada, a menos que no posea fines de lucro. Y se indica, por último, que se establece un régimen regulatorio más excepcional todavía, respecto de los sostenedores que, al inicio del año escolar 2014, gestionaban establecimientos educacionales con una matrícula no superior a 400 estudiantes, considerando el total de alumnos de su dependencia;



77°. Que los Senadores requirentes piensan que "el legislador no puede prohibir a ninguna persona - y menos a las que la Constitución garantiza autonomía y derecho a organizarse - que celebre contratos de arrendamiento, forzándola a ser dueña del inmueble donde desarrolla su actividad" [los guiones son nuestros], aun cuando ello sea un fin legítimo. En ese sentido, apuntan asimismo que ellos estiman que "sí está dentro de la competencia legislativa regular los contratos de arrendamiento en esta materia, atendido que permite garantizar la continuidad de los estudios de los alumnos y evita la distracción de los recursos públicos, pero para ello no es idóneo prohibir la suscripción de dichos contratos con personas relacionadas de cualquiera naturaleza y tampoco tiene justificación fijar en 400 el criterio que permite aplicar la segunda alternativa de regulación excepcional, pues no se advierte cuál es el fundamento racional que justifica la demarcación en el estatuto jurídico que enfrenta un establecimiento educacional que tiene 399 estudiantes de frente al que tiene 401" (pp.40-41 del requerimiento);

78°. Que, más adelante (pp.68-72), el requerimiento intenta cobijar sus ideas en el artículo 19, N° 11°, inciso primero, de la Constitución, en cuanto asegura "el derecho de organizar y mantener



000667  
*seiscientos sesenta y siete*

establecimientos educacionales"; al paso que también invoca la norma y principio de no discriminación arbitraria, contemplada en el artículo 19, N° 2°, de la Constitución;

79°. Que, como puede apreciarse, toda la cuestión planteada radica esencialmente en definir la constitucionalidad de una prohibición legal de celebrar un determinado acto o contrato, cual es el arrendamiento, sea absolutamente, sea en relación a determinadas personas o bajo ciertas condiciones, y las demás medidas legales derivadas de ello, para establecerlo de modo jurídicamente coherente;

80°. Que, en este punto, conviene recordar desde ya que la Constitución no contiene normas específicas acerca de la prohibición legal de celebrar actos y contratos, salvo la establecida en el artículo 19, número 23°, de la Constitución, según la cual se asegura a todas las personas: "23°.- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución.

Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes";

81°. Que, evidentemente, las limitaciones constitucionales tienen que ver, entonces, con la facultad de adquirir bienes en dominio, de toda clase, mas no con la prohibición de celebrar otro tipo de actos y contratos que no sirvan de título traslativo u originario conducentes a un modo de adquirir, como el arrendamiento. Menos aun cuando ello se establece para





000668

*veinte y ocho*

propender a la adquisición de dominio privado, retrayendo el dominio público. Tal limitación - que no una prohibición constitucional, salvo los casos allí señalados - consiste en que sólo una ley de quórum calificado, fundada en exigencias de interés nacional, puede imponer limitaciones y requisitos (y, por esa vía, prohibiciones) para adquirir el dominio de ciertos bienes. Es así como, por ejemplo, existen en nuestra legislación inconcusos casos de prohibiciones legales de adquisición de bienes, de frecuente aplicación práctica. A saber:

i. El artículo 7° del D.L. N° 1939, de 10 de noviembre de 1977, dispone que: "Por razones de interés nacional se prohíbe adquirir el dominio y otros derechos reales o ejercer la posesión o tenencia de bienes raíces situados total o parcialmente en las zonas del territorio nacional, actualmente declaradas fronterizas en virtud del decreto con fuerza de ley N° 4, de 1967, del Ministerio de Relaciones Exteriores, a los nacionales de países limítrofes salvo que medie la autorización prevista en el inciso tercero del presente artículo.

La prohibición a que se refiere el inciso anterior se extenderá a las sociedades o personas jurídicas con sede principal en el país limítrofe, o cuyo capital pertenezca en un 40% o más a nacionales del mismo país o cuyo control efectivo se encuentre en manos de nacionales de esos países. Esta disposición no regirá respecto de los bienes raíces a que se refiere el artículo 19 de la ley N° 19.420.

El Presidente de la República, mediante decreto supremo fundado en razones de interés nacional, podrá eximir, nominativa y expresamente, a nacionales de países limítrofes, de la prohibición precedente y autorizarlos para adquirir o transferir el dominio u otros derechos reales a la posesión o tenencia de uno o más inmuebles determinados, situados en zonas fronterizas.





000669

*Seiscientos sesenta y nueve*

El decreto respectivo será expedido por intermedio del Ministerio del Interior y deberá ser suscrito también por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional, debiendo consultar dentro de sus fundamentos, informes del Estado Mayor de la Defensa Nacional y de la Dirección de Fronteras y Límites del Estado.

Las autorizaciones referidas no conferirán privilegio de ninguna especie, no pudiendo invocarse, bajo pretexto alguno, para sustraerse de las leyes chilenas y de la jurisdicción de los tribunales nacionales." [Lo destacado es nuestro].

ii. El artículo 22 del Código de Minería dispone que: "Toda persona puede hacer manifestaciones o pedimentos y adquirir concesiones mineras en trámite o constituidas, o cuotas en ellas, o acciones en sociedades regidas por este Código.

Por exigirlo el interés nacional, se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior:

1°. Los Ministros de las Cortes de Apelaciones, los Jueces y Secretarios de los Juzgados de Letras en lo Civil, los Conservadores de Minas, y los empleados de tales Juzgados y Conservadores, respecto de terrenos o concesiones situados, total o parcialmente, dentro de los respectivos territorios jurisdiccionales o de sus oficinas, o de acciones de las referidas sociedades, dueñas de dichas concesiones;

2°. Los funcionarios del Estado o de sus organismos o empresas que, en razón de sus cargos, tengan intervención en la constitución de concesiones mineras o acceso a información de carácter geológico o minero, o relativa a descubrimientos mineros, hasta un año después de haber dejado el cargo, y

3°. El cónyuge no divorciado perpetuamente y los hijos de familia de las personas mencionadas en los números anteriores.





000670

*Seiscientos setenta*

Con todo, las personas mencionadas en el inciso anterior podrán adquirir por sucesión por causa de muerte o en virtud de un título anterior al hecho que da origen a la prohibición." [Lo destacado es nuestro].

iii. El Decreto Ley N° 2186, de 9 de junio de 1978, Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, establece en su artículo 2°, inciso cuarto, que: "El bien cuya expropiación se encuentre en estudio se hará intransferible una vez cumplidos los trámites a que se refieren los incisos precedentes y, en consecuencia, no podrá ser objeto de acto o contrato alguno, ni aun de venta forzada en pública subasta, que importe enajenación o gravamen del mismo, que afecte o limite su dominio, posesión o tenencia, o que impida o dificulte su toma de posesión material. Los actos y contratos celebrados en contravención a esta norma serán nulos y no podrán ser invocados en contra del expropiante, bajo ningún pretexto o circunstancia. Si el bien fuere enajenado, total o parcialmente, los trámites de la expropiación se continuarán con el propietario, como si no se hubiese enajenado." [Lo destacado es nuestro].

iv. La Ley General de Bancos - DFL N°3 de Hacienda, de 19 de diciembre de 1997 -, en su artículo 36, señala que: "Por exigirlo el interés nacional, ninguna persona podrá adquirir directamente o a través de terceros, acciones de un banco que, por sí solas o sumadas a las que ya posea, representen más del 10% del capital de éste, sin que previamente haya obtenido autorización de la Superintendencia.

Las acciones que se encuentren en la situación prevista en el inciso anterior y cuya adquisición no haya sido autorizada no tendrán derecho a voto.

Si el poseedor de dichas acciones es una sociedad de cualquier tipo, sus socios o accionistas no podrán ceder un porcentaje de derechos o de acciones en su sociedad, superior a un 10%, sin haber obtenido una





000671

*seiscientos setenta y uno*

autorización de la Superintendencia. La transferencia sin autorización privará a la sociedad titular de acciones del banco del derecho a voto en éste.

Para determinar las relaciones entre dos o más sociedades que posean acciones del banco se aplicarán las circunstancias a que se refiere el N° 2 del artículo 84. La Superintendencia, mediante normas generales, podrá excluir de estas obligaciones a las sociedades en que, por su gran número de socios o accionistas u otros factores, pueda presumirse que no tienen una influencia significativa en sus decisiones.

La Superintendencia sólo podrá denegar tal autorización, por resolución fundada, si el peticionario no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 28." [Lo destacado es nuestro];



82°. Que, aparte de estas prohibiciones que atañen al bien mismo objeto de un eventual contrato, existen otras relativas a la persona de los otorgantes, tanto en el ámbito privado como público. En efecto, en el Derecho Privado, tales prohibiciones se estatuyen en general por la vía de las denominadas incapacidades especiales, con fundamento general en el artículo 1447, inciso tercero, del Código Civil, según el cual: "Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos." A este propósito, útil es recordar la conocida prohibición absoluta de celebrar el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente o entre el padre o la madre y el hijo sujeto a patria potestad (artículo 1796 del Código Civil), o la establecida entre mandante y mandatario, salvo autorización específica (artículo 2144 del Código Civil). Pero también cabe recordar aquí que no es efectivo que le esté vedado al legislador prohibir la celebración de alguna determinada categoría de contratos



000672

*Cincientos sesenta y dos*

a ciertas personas. Por el contrario, ya nuestro Código Civil, en 1857, declaraba que hay objeto ilícito "en todo contrato prohibido por las leyes" (artículo 1466, acápite final), sancionando su ejecución o acuerdo con la nulidad absoluta (artículo 1682, inciso primero). Pues bien, el propio Código Civil refiere casos de contratos de general aplicación que se prohíbe celebrar a personas que se encuentran en la situación que precisan las respectivas normas, como sucede, v. gr., con el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona (artículo 1463), *inter alia*;

83°. Que, asimismo, en el ámbito del Derecho Administrativo, tales limitaciones mantienen para el funcionario público el nombre de prohibiciones, que, junto a las inhabilidades e incompatibilidades, configuran el estatuto personal de la probidad administrativa, cuya infracción puede conducir a hacer efectiva la responsabilidad administrativa (conforme a los artículos 56 y siguientes y, además, 63 y siguientes de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, además del artículo 4° de la ley N° 19.886, de 30 de julio de 2003, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, o, incluso, la responsabilidad penal, fundamentalmente por la vía de la configuración del delito de negociación incompatible (artículo 240 del Código Penal);

84°. Que, en esas condiciones, es a todas luces apresurado y vago sostener - como lo hacen los requirentes - que el legislador no puede prohibir a ninguna persona celebrar contratos como el de arrendamiento. Como se ve, tales prohibiciones ya existen desde antaño, basadas en diversos referentes, y





000673

*seiscientos setenta y tres*

no se han cuestionado constitucionalmente hasta el presente;

85°. Que, específicamente en el ámbito del Derecho Comercial, son múltiples las figuras legales que prohíben u obligan a celebrar determinados actos o contratos, como, por ejemplo, en el ámbito bancario o de mercado de valores. Sin ir más lejos, las clásicas normas sobre encaje bancario implican la prohibición de realizar operaciones de crédito de dinero sobre ese capital radicado, limitando con ello el giro bancario y el efecto multiplicador del dinero, por razones de orden público económico. Así también la prohibición de préstamos relacionados, sea en favor de parientes o directivos del Banco. Conocida es igualmente la normativa contemplada en el extenso artículo 84 de la Ley General de Bancos (el ya citado DFL N°3, de Hacienda, de 19 de diciembre de 1997), que contiene las restricciones fundamentales para el negocio bancario, en las cuales *inter alia* se prohíbe la concentración accionaria, los negocios relacionados y el crecimiento inmobiliario, obligándole a vender dentro del plazo de un año los bienes raíces que adquiriera el Banco en ejecución judicial de sus créditos (artículo 84, 5), letra b));

86°. Que, así las cosas, queda comprobado que la prohibición de celebrar contratos, en general o en especial, es una técnica ampliamente utilizada en el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de fines de interés público, siendo adecuada o idónea casualmente para ello. Sólo resta establecer si existiría otra técnica menos gravosa y si sus efectos positivos superan en ponderación el peso de tales limitaciones;

87°. Que, a efectos de dilucidar si la prohibición de arrendamiento es una medida legislativa necesaria, en el sentido de ser concretamente subsidiaria





000674

*veinte y siete, cuatro*

por cuanto no exista otra eficaz disponible, es menester visualizar los fines del proyecto de ley, en orden a lograr una gestión más eficiente de la subvención estatal para educación, evitando su distracción hacia otros fines particulares y dando continuidad al servicio de educación, según el mismo requerimiento reconoce;

88°. Que, en esa perspectiva, debe recordarse que "...no es el Estado quien debe educar a los ciudadanos, sino que - con criterios de justicia distributiva - debe ayudar a financiar la enseñanza de todos ellos, bajo condiciones de gratuidad. Y el Estado puede cumplir dicha obligación tanto a través de establecimientos educativos no estatales, como estableciendo escuelas que junto con aquéllas aseguren la escolarización total de los educandos. Para ello, se precisa que en los casos de gratuidad obligatoria esa enseñanza la financie el Estado... Por ende, una vez sentado el principio de pluralismo de los centros educativos, y de la función del Estado de potenciarlos o fomentarlos, es precisa la necesidad de ayuda económica y subvenciones públicas a la enseñanza privada. En efecto, los poderes públicos no pueden limitarse sólo a la creación de centros oficiales o públicos de enseñanza, sino que han de potenciar, financiar y fomentar las propuestas educativas que nazcan o que respondan a demandas sociales incuestionables." (Cfr. FLORES RIVAS, Juan Carlos, "Derecho a la Educación. Su contenido esencial en el derecho chileno", en Estudios Constitucionales, año 12, N°2, 2014, pp. 129 y 130);



89°. Que, por consiguiente, debe existir claridad en cuanto a que la Constitución manda en la materia que "la educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población" (artículo 19, N° 10°, inciso



000675

*veinticinco setenta y cinco*

quinto, primera parte, de la Constitución). Sin embargo, ese sistema gratuito con financiamiento estatal - no necesariamente total - es uno pero no el único sistema de educación, constitucionalmente válido, aunque debe existir obligatoriamente;

90°. Que, consecuentemente, la subvención es una manifestación de la potestad administrativa de fomento del Estado, que consiste en la transferencia en dominio a fondo perdido (vale decir, sin obligación de restituir o devolver) de determinados valores dinerarios hacia entidades privadas, con el objeto de que sean destinados por éstas a la consecución de un fin público (es decir, no son de libre disponibilidad). Así las cosas, como han precisado lúcidamente nuestros predecesores en esta Magistratura Constitucional, sin desconocer su naturaleza jurídica de institución de Derecho Público, "...[A]l otorgar estos beneficios, el legislador puede perfectamente establecer condiciones o requisitos para su obtención o para su mantención, para lograr la finalidad pública que se busca obtener con la transferencia. Estas transferencias no son un regalo, sino una donación modal o condicionada al cumplimiento de determinados fines para recibirlos y al logro de ciertos resultados que se estiman valiosos. Ello implica, en ciertos casos, restricciones de derechos" (Cfr. sentencia rol N° 1.295-08, considerando nonagésimo. (Lo destacado es nuestro);

91°. Que el concepto de modo, como elemento accidental del acto jurídico, incluso administrativo, permite entenderlo como la carga impuesta al beneficiario de una liberalidad, con raigambre en el artículo 1089 del Código Civil, según el cual: "Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un





000676  
*seiscientos setenta y seis*

modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada." Todo lo cual implica la facultad de establecer condiciones al beneficiario de la subvención, asociadas al cumplimiento efectivo del fin público que se persigue;

92°. Que, constitucionalmente, tales beneficios directos modales tienen fundamento preciso en el artículo 19, N°22°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en la medida que establece que: "Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos" [lo destacado es nuestro]. En la especie, el sector o actividad es la educación, en su faz económica, como soporte para el efectivo ejercicio de un derecho social;



93°. Que, en ese orden de ideas, la prohibición legal del arrendamiento, con las otras restricciones económicas secundarias derivadas, se incardina en un conjunto de modificaciones a la Ley de Subvenciones (dispuestas por su repercusión en el efectivo ejercicio del derecho a la educación), tales como que sólo la educación sin fines de lucro recibirá subvención, acentuación del objeto del financiamiento estatal y del rol del sostenedor, regulación de las OTP, listado de operaciones prohibidas, prohibición de operaciones relacionadas, obligación de reintegro de fondos distraídos de su fin y sanciones penales por ello, autorización de trabajo en red, obligación de información, deber de organizarse como persona jurídica sin fin de lucro y, desde allí, a un conjunto de normas relativas a la infraestructura inmobiliaria;



000677

*veintidos setenta y siete*

94°. Que, si bien se mira, entonces, la reforma no persigue estatizar ni suprimir la libertad de enseñanza, en el aspecto de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales; ni, mucho menos, discriminar. Se trata sólo de ajustar la institucionalidad económica de educación para - en este punto - lograr un solo objetivo central: que las subvenciones se utilicen para fines educacionales y que no se retiren como utilidad marginal, o se destinen a gastos personales o figurativos, no relacionados con el giro educacional, que incrementen las utilidades del sostenedor o de personas cercanas. Así, no será ya posible arrendar indefinidamente, para crear por esa vía un gasto operacional que permita rebajarlo de la base imponible (que ya no existirá en cuanto persona jurídica sin fin de lucro), en circunstancias que, de facto, es un retiro de utilidades; en vez de, con el mismo dinero subvencionado, en un plazo relativamente breve, adquirir el dominio y suprimir del todo ese gasto;



95°. Que, por otra parte, cabe señalar que internacionalmente ha señalado el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, a través de su Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que *"Ningún Estado Parte tiene la obligación de financiar las instituciones de enseñanza privadas establecidas con arreglo a los párrafos 3 y 4 del artículo 13, pero si un Estado decide hacer contribuciones financieras a instituciones de enseñanza privadas, debe hacerlo sin discriminación basada en alguno de los motivos prohibidos"* (E/C. 12/1999/10, de 8 de diciembre de 1999, párrafo 54) (énfasis nuestro).

En orden al derecho a recibir educación, el aludido organismo internacional ha apuntado cuatro "características interrelacionadas" del proceso



000678  
seiscientos setenta y ocho

educacional: su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. La más relevante, para nuestros efectos, es la accesibilidad, que comprende a su vez tres dimensiones: no discriminación, accesibilidad material y accesibilidad económica.

La no discriminación significa que la educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos vulnerables de hecho o de derecho, sin discriminación por motivos de raza, sexo, edad u origen étnico, todas categorías de discriminación universalmente consideradas tales en el derecho comparado. En tanto que, de conformidad a la dimensión de accesibilidad económica, "la educación ha de estar al alcance de todos";



96°. Que, entonces, tanto en la órbita del Derecho Internacional Convencional, cuanto en el ámbito de la Constitución formal, el derecho a la libertad de enseñanza no comporta una obligación consecuente del Estado de concurrir al financiamiento de la educación particular, ni siquiera de aquella reconocida oficialmente, desde que, para tener derecho a la subvención -como se ha desarrollado latamente en el apartado correspondiente de esta resolución- se deben cumplir requisitos que la hacen accesible sólo a quienes los cumplen, pero no a todos los eventuales interesados;

97°. Que, como ya se ha relacionado, la prohibición que se impone en la reforma legal en revisión, tiene su fundamento en la existencia de discriminaciones en el proceso de selección de alumnos y en el uso deficiente de los recursos públicos destinados a la educación, que se busca optimizar excluyendo la posibilidad de lucrar con la educación. De allí que el derecho a la libertad de enseñanza no puede abordarse separadamente de la educación, pero sólo en cuanto el Estado, responsable de "otorgar especial protección al ejercicio de este derecho" (artículo 19, numeral 10°,



000679

*seiscientos setenta y nueve*

inciso tercero), debe preocuparse de garantizar el marco valórico de no discriminación descrito precedentemente, que el legislador procura cautelar, acorde a la argumentación que se desarrolla especialmente en el Mensaje de la iniciativa controlada;

98°. Que, en el escenario descrito, la pretensión de que la obligación de ser propietario o comodatario de los inmuebles en que funciona el colegio, representaría una flagrante infracción al test de proporcionalidad popularizado por ALEXY, carece de sustentación metodológica. Se sostiene que no sería idóneo ni necesario que, para el objetivo de garantizar la continuidad de los estudios y evitar el uso indebido de recursos públicos, se proscriba la posibilidad de que el sostenedor sea simplemente arrendatario de la infraestructura física en que funciona el colegio, proporcionándose al efecto argumentos que abonarían la plausibilidad de incorporar esa modalidad contractual haciéndola compatible con el nuevo diseño, tales como la sujeción de la renta a un límite del 11% del avalúo fiscal, la fijación de un plazo máximo de ocho años para los arrendamientos y otras, por cierto vinculadas al mérito del proyecto y que, en esa perspectiva, son de exclusivo resorte del legislador, sin que quepa a esta instancia de control de constitucionalidad discurrir sobre su dimensión constitucional;

99°. Que, descartada la concurrencia de estos dos elementos que forman parte inescindible del denominado principio de proporcionalidad, no cabe sino concluir que éste no ha sido violentado en el caso de la especie por el legislador y que, consecuentemente, no se está en presencia de ninguna inconstitucionalidad derivada de la exclusión de la categoría contractual de la locación como alternativa abierta a los sostenedores;





000680

*seiscientos ochenta*

100°. Que, además, los otros reproches que se formulan al proyecto de ley, en lo tocante a los regímenes transitorios de excepción aplicables (artículos tercero, cuarto y quinto transitorios), en los casos de establecimientos que ingresen bajo la vigencia de la ley reformada al sistema, o cuyos arrendamientos provengan desde antes (inicio del año escolar 2014), o que tengan menos de 400 alumnos de matrícula total, según la hipótesis normativa legal, están planteados en términos difusos y carentes de la suficiente densidad argumentativa, como para que esta Magistratura esté en situación de apreciar en ellos un fundamento razonable, lo cual en materia constitucional no puede ser suplido por aplicación del principio "iura novit curia", ya que las causales de inconstitucionalidad son de derecho estricto y no pueden ser suplidas por el conocimiento de este Tribunal;

101°. Que, por cierto, el mérito del proyecto podrá controvertirse, así como el tipo y límites cuantitativos de las excepciones transitorias, pero todo ello corresponde al legítimo margen de apreciación del legislador y no puede ser censurado por inconstitucional, en tanto se mantenga - como ocurre en la especie- dentro de límites razonables, aunque puedan ser discutibles en cuanto a su mérito. En este punto, el Poder Legislativo tomó una de las opciones regulatorias disponibles, y tiene la facultad constitucional de hacerlo.

#### B. VOTO POR ACOGER.

La Ministra señora Marisol Peña Torres, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán, la Ministra señora María Luisa Brahm y el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar estuvieron por acoger el requerimiento respecto de los artículos 2°, N° 5), letra f), y N° 6), y artículo vigesimosexto





000681

*veintiocho mil ochenta y uno*

transitorio; artículo 1º, N° 9), letra b), artículo 2º, N° 1), letra a), artículo 2º, N° 5), letra a), y artículo segundo transitorio; artículo 2º, N° 3); artículo 2º, N° 7), letra a); artículo 2º, N° 5), letra e); artículos tercero transitorio, cuarto transitorio y quinto transitorio del proyecto de ley, sobre la base de las siguientes consideraciones:

#### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

1º. Que en el centro del debate constitucional subyace una diferente concepción acerca del rol del Estado y de los particulares respecto de la prestación del servicio educacional. ¿Es la educación una actividad que la Administración pueda asumir como propia? ¿Son los establecimientos de educación subvencionada parte de la red pública de educación? ¿Es la educación, más que un servicio de interés general, un servicio público del cual los colegios subvencionados deben ser considerados como meros gestores del mismo? ¿Es la enseñanza una actividad que el Estado pueda asumir como propia? La respuesta a las interrogantes planteadas, como se explicará, es negativa;

2º. Que el Proyecto de Ley introduce regulaciones intrusivas de gran intensidad y que constituyen una radical innovación respecto del marco jurídico existente, así como de la interpretación constitucional que ha sostenido este Tribunal con anterioridad sobre la libertad de enseñanza, derecho constitucional que está en el centro de la controversia de autos;

3º. Que la Constitución Política de la República que actualmente nos rige no es neutra en esta materia. El Proyecto de Ley se sustenta en valores y disposiciones propias de una Constitución distinta que, a la fecha, no existe, más allá de algunas aspiraciones de cambio constitucional en este ámbito expresadas por la





000682

*veinte y dos*

Presidenta de la República. De hecho, el Proyecto vulnera varios principios fundacionales de la Constitución actualmente vigente, los cuales confluyen en el derecho que se les asegura a todas las personas a "abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales";

4°. Que la interpretación constitucional inherente a la labor jurisdiccional de este Tribunal no puede hacer caso omiso del tenor de sus disposiciones. Se podrá estar de acuerdo o no con el texto de la Constitución vigente. La deliberación y eventual controversia sobre su contenido es legítima. Y, precisamente, ése es el ámbito natural en el que, si fuera el caso, debería producirse el debate. La interpretación constitucional tiene límites y las disposiciones reprochadas en el requerimiento no tienen sustento, en nuestra opinión, en la Constitución vigente;



5°. Que en el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, el cual es inherente a la libertad de enseñanza ("La libertad de enseñanza incluye ..."), confluye de manera específica una variedad principios y reglas constitucionales. En dicha garantía se refleja, entre otros, el principio de la autonomía de los cuerpos intermedios (incluyendo la libertad involucrada en dicha noción), el derecho de asociación y el derecho a desarrollar actividades económicas (entendido como la oferta de servicios educacionales), el derecho de propiedad (connatural al derecho a organizar y mantener), y el derecho a la educación y, consiguientemente, el derecho de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos y de los hijos a recibir educación (y, por ende, ser usuarios de los servicios educacionales ofrecidos). En este sentido, y en términos generales, la Constitución (en los numerales 10 y 11 del artículo 19) resguarda, entre otros aspectos, una "libertad para" contribuir al desarrollo de



000683  
*seiscientos ochenta y tres*

la educación, para ejercer el deber y derecho preferente a educar a sus hijos y para escoger dónde hacerlo. Igualmente, la Constitución asegura a las personas una "libertad de" no ver limitado (salvo ciertas excepciones) su derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos que brinden educación y de no verse constreñido por intervenciones estatales que estén orientadas a propagar tendencias político partidistas;

6°. Que, de acuerdo a la Constitución, la libertad de enseñanza constituye una libertad especialmente protegida y, por consiguiente, las prohibiciones, restricciones y regulaciones que limitan o afectan su ejercicio deben ser escrutadas de manera estricta o exigente. Es decir, el margen de apreciación, deferencia o libertad legislativa no es elevado ante al control de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas que este Tribunal debe acometer;



7°. Que, tal como ya se esbozó con anterioridad, resulta claro que "abrir" y "mantener" un establecimiento educacional, en los términos que asegura la Constitución, significa garantizar la libertad para iniciar -y, por ende, para desarrollar- las funciones de enseñanza en cualquier nivel de educación (reconocida o no reconocida por el Estado), de acuerdo al proyecto que desee impartir. Las limitaciones de "(...) la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional" constituyen un margen que persigue, justamente, fortalecer la libertad de ejercicio de la enseñanza. A su vez, la palabra "organizar" utilizada en la garantía constitucional incorpora la facultad de administrar y la asociación con la "libertad" de enseñanza subraya la autonomía con que se tiene derecho a ejercer la organización o administración de establecimientos educacionales. La especialidad del reconocimiento unido a la libertad reconocida para su desenvolvimiento permite



000684

*veintiocho mil ochenta y cuatro*

entender que se está en presencia de un "derecho a abrir, organizar y mantener" fuertemente protegido;

8°. Que, ciertamente, la libertad de enseñanza no garantiza un ejercicio absoluto del derecho. El hecho que exista una libertad de enseñanza "reforzada" en la Constitución no implica que sean, en principio, inadmisibles interferencias por ley a dicho derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. Efectivamente existe un margen constitucional para la regulación de la libertad de enseñanza, y no resultan inadmisibles las interferencias públicas en el ejercicio del derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. Sin embargo, hay que distinguir el nivel de tolerabilidad constitucional según el grado de intensidad de la intervención estatal. En algunos casos, ésta constituirá una limitación sólo tolerable si se sustenta en alguna de las cuatro causales señaladas en el inciso segundo del numeral undécimo del artículo 19 de la Constitución. En contraste, cuando la interferencia estatal no adquiere una intensidad tan elevada, se requiere que la regulación sea restringida en su alcance, sea específica y precisa, no sea objeto de remisiones abiertas a normas reglamentarias (y órganos de administración) y, por último, estén acompañadas de sistemas eficaces y legítimos de control. Los espacios de discrecionalidad permitidos por vía regulatoria legal, así como, en general, el grado de intensidad de la intervención, deben ser acotados (en tiempo y forma) de modo de no desnaturalizar el mencionado derecho y quedar, en definitiva, al arbitrio de la autoridad;

9°. Que, por el contrario, las disposiciones objetadas en su constitucionalidad por el requerimiento dan cuenta de una regulación (muchas veces prohibitiva) que es de una intensidad tal que se traduce en medidas lesivas innecesarias y desproporcionadas. El Proyecto de





000685

*seiscientos ochenta, cinco*

Ley, en lo referido a las disposiciones reprochadas en el requerimiento, no presenta una simple regulación al ejercicio de la libertad de enseñanza. Al contrario, sus disposiciones buscan limitarla hasta convertirla en algo parecido a una concesión de la autoridad;

10°. Que, en efecto, ya pesar de lo manifestado previamente y de que el inciso primero, del numeral 11°, del artículo 19 de la Constitución hace referencia a establecimientos educacionales sin distinción de si se trata de servicios educacionales reconocidos oficialmente o no, se plantea por quienes han presentado posturas divergentes con el requerimiento que el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales se referiría sólo a aquella educación informal no reconocida por el Estado. La esencia de dicho derecho, de acuerdo a la posición crítica del requerimiento, se reduciría a la posibilidad de poder impartir educación de contenido libre (en aquel espacio desregulado que posibilita la enseñanza no reconocida oficialmente) sin que el Estado se lo impida. Así, no existiría un derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales para proporcionar educación reconocida por el Estado;

11°. Que, del mismo modo, se plantea que no cabe sostener que el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales tiene alguna vinculación con la ayuda económica del Estado en materia educacional;

12°. Que la visión precedente desconoce la relación armónica existente entre el artículo 19, N° 10° y el 11° de la Constitución. En efecto, (a) el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales implica el reconocimiento constitucional de que la educación -sin distinciones- puede ser tanto pública como particular (artículo 19, N° 11°, inciso primero). Si, a su vez, (b) el Estado debe asegurar el





000686

*seiscientos ochenta y seis*

acceso a la educación básica y media -las cuales son obligatorias- (artículo 19, N° 10°, inciso quinto), y (c) el deber de brindar acceso sólo puede cumplirse a través de la oferta complementaria de servicios educativos de particulares, los cuales, como parte de la comunidad, tienen el deber de contribuir a su desarrollo (artículo 19, N° 10°, inciso séptimo) y el Estado, como contrapartida, tiene la obligación de fomentar su desarrollo (artículo 19, N° 10°, inciso sexto), se desprende que (d) el Estado tiene el deber de apoyar económicamente, en la medida de sus posibilidades, el derecho (y deber) a que las personas se eduquen en los niveles considerados como obligatorios por medio de la provisión de educación particular (formalmente reconocida), en el ejercicio del derecho de los padres de elegir (artículo 19, N° 11°, inciso cuarto) y sobre una base que no implique discriminación arbitraria alguna (artículo 19, N° 2, inciso segundo);

13°. Que, en contraste con lo recién manifestado, el Proyecto distorsiona de manera incompatible con la Constitución el deber de canalizar (sin discriminación arbitraria) ayuda económica hacia establecimientos educacionales particulares. En efecto, lo que propugna el Proyecto es la utilización del poder económico del Estado como título de intervención jurídica para modificar el comportamiento de ciertos establecimientos de enseñanza particulares que reciben, por la vía del derecho a elección de los padres a favor de sus hijos, una subvención pública. La lógica detrás del Proyecto, en lo que concierne a este punto -y que constituye un pilar central del diseño propuesto-, es una propia de una relación jurídica privada basada en prestaciones recíprocas. Este Proyecto avanza hacia una privatización jurídica de la intervención del Estado en un ámbito en donde su capacidad económica (a través de la entrega de subvenciones educacionales) debe entenderse





000687

*seiscientos ochenta y siete*

constitucionalmente vinculada a un deber y no a una atribución discrecional meramente voluntaria. De acuerdo a la lógica del Proyecto ya no le bastaría a los establecimientos educacionales particulares a los cuales se les canaliza la ayuda económica pública con dar cumplimiento a los estándares sustantivos específicos exigibles a todo colegio reconocido oficialmente. En virtud de una serie de intensas regulaciones -las cuales exceden la esencia del derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales- se permite un trato diferenciado injustificado entre establecimientos particulares afectos al poder económico del Estado y el resto de los colegios. No puede desconocerse que los sostenedores, por el hecho de recibir subvención estatal, no quedan excluido del goce de garantías constitucionales que la Constitución asegura a todas las personas;

14°. Que, tal como se expresa en el requerimiento (fojas 52 y 53): "sostener que el aporte de recursos por parte del Estado le confiere a éste una mayor potestad regulatoria respecto del destinatario de dichos aportes [y] sujetarse a los requisitos y condiciones dispuestos por el legislador (...) [en esa argumentación] subyace una concepción de los recursos fiscales como patrimonio de los poderes públicos y no como dinero fiduciariamente administrado por las autoridades, en representación de la ciudadanía". En definitiva, y como se subraya en el requerimiento, "la subvención, en el caso del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, no constituye la moneda de cambio que le permite al Estado, sea legislador o Administrador, imponer las condiciones o requisitos que estime del caso - incluso, como en el Proyecto, aunque no sean idóneos para la consecución de fines que pueden ser lícitos, como es evitar el abuso - pues, en este ámbito, su otorgamiento constituye el cumplimiento de una obligación cuyo destinatario final, es decir, titulares del derecho





000688

*Seiscientos ochenta y ocho*

correlativo, son los alumnos y familias, a través del establecimiento de enseñanza subvencionado;

15°. Que, como se desarrollará más adelante, el Proyecto de Ley contempla las siguientes regulaciones (prohibitivas o imperativas): (i) la obligación de transferencia de la calidad de sostenedor a persona jurídica sin fines de lucro o de constituirse como tal; (ii) la prohibición de selección de los estudiantes que ingresan al establecimiento educacional; (iii) la prohibición de apertura de nuevos colegios subvencionados, salvo que se verifiquen condiciones determinadas a la sola voluntad de la Administración; (iv) la obligación del sostenedor de utilizar todos los aportes que reciba en fines taxativamente especificados en la ley; (v) la obligación de ser propietario o comodatario del inmueble o, en determinadas situaciones, de arrendar el inmueble en que funciona el establecimiento educacional sujeto a estrictas restricciones, o, en ciertos casos, de enajenar en favor del Estado el inmueble donde funciona el establecimiento con un precio máximo fijado por la ley; y (vi) la prohibición de que se justifique una diferencia razonable fundada en un derecho fundamental;

16°. Que, en síntesis, y en términos generales, las interferencias estatales precedentemente mencionadas son inconstitucionales, entre otras razones, por aquellas básicas indicadas a continuación: (a) los nuevos impedimentos legales coartan alguno de los tres derechos que incluye la libertad de enseñanza (derechos a abrir, organizar y mantener) consagrada en el artículo 19, N° 11°, inciso primero; (b) para prohibir el ejercicio de tales derechos no hay otras causales que las taxativamente enumeradas en 19, N° 11°, inciso segundo (contrariar la moral, las buenas costumbres, el orden público o la seguridad nacional); (c) ninguno de los





000689

*Seiscientos ochenta y nueve*

nuevos impedimentos que crea el proyecto pueden encuadrarse dentro de estas causales; y (d) las restricciones dispuestas resultan desproporcionadas: en algunos casos carecen de idoneidad y, en otros, no son indispensables, generando, por ende, lesiones innecesarias (frente a alternativas más benignas) en el ejercicio de derechos constitucionales;

17°. Que, por último, cabe tener presente la siguiente nota sobre la naturaleza de los controles de constitucionalidad preventivos: el carácter abstracto del control preventivo que realiza el Tribunal al conocer un requerimiento, en virtud del artículo 93 N° 3 de la Constitución, no impide tener en consideración - para efectuar el juicio de constitucionalidad - el efecto de las normas sometidas a revisión. Por esta razón, el análisis que realiza este Tribunal debe tener siempre a la vista que el carácter de constitucional o inconstitucional de una disposición sólo se aprecia a la luz de los efectos que plausiblemente producirá su aplicación. Con este criterio se han analizado y argumentado por parte de los Ministros que suscriben el voto por acoger, por ejemplo, los efectos constitucionales de regulaciones como la franja electoral en las elecciones primarias (rol N° 2487, considerando 40°), la obligación de transmitir campañas de utilidad o interés público por televisión (rol N° 2541, considerando 25°), y el proyecto que sustituye el sistema electoral (rol N° 2777, considerando 21°).





000690

*veinte noventa*

## II. PROHÍBE SELECCIÓN DE ALUMNOS.

18°. Que, a este respecto, debe partirse de una esencial afirmación: a pretexto de regular la subvención que el Estado debe otorgar en materia educacional, ninguna ley puede marginar a los sostenedores de establecimientos escolares que reciben este aporte fiscal de los derechos y garantías que -a todos los educadores sin excepción- asegura el artículo 19, N° 11°, de la Carta Fundamental.

Dado que la señalada subvención tiene por objetivo "promover" los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza, según mandato obligatorio del artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución, entonces dicho vehículo de fomento y consolidación no puede utilizarse para minusvalorar o excluir la plena aplicación de tales derechos, sin desvirtuar su propia aptitud fortalecedora e infringir -además- el artículo 19, N° 26°, de la misma Constitución Política.

Por eso, como para acceder al referido subsidio los interesados deben cumplir determinadas exigencias legales, en sentencia Rol N° 410, del año 2004, el Tribunal Constitucional tuvo buen cuidado de prevenir que estas condiciones y requisitos deben ser adecuadas y proporcionadas, al punto de que, por su intermedio, no se puede llegar hasta subordinar directa o indirectamente el ejercicio pleno de la libertad de enseñanza (considerando 26°);

19°. Que, en términos amplios, la Carta Fundamental asegura a todas las personas "la libertad de enseñanza", añadiendo -en forma no menos vasta- que ésta "incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales" (inciso 1°). Y enseguida, con pareja amplitud, el texto supremo agrega que esa libertad "no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional" (inciso 2°).





000691

*seiscientos noventa y uno*

Habiendo configurado el Constituyente de tal manera amplia esa libertad de enseñanza, a fin que no se la prive de eficacia real ni se la haga objeto de depreciación gradual, entonces su comprensión y alcance ha de regirse por aquel principio *-favor libertatis-* que lleva a interpretar extensivamente las disposiciones atinentes a los derechos y garantías de las personas. Como recoge desde antiguo el Digesto, "cuantas veces es dudosa la interpretación de la libertad, debe responderse siempre a favor de la libertad" (50.17.20. Pomponio 7 ad Sab.);

20°. Que sólo una interpretación formalista y literal de los derechos que incluye la libertad de enseñanza, como si éstos pudieran consistir más en la expresión que en la sustancia, podría no advertir *-ínsita en ellos-* la facultad connatural para llevar a cabo procesos de selección, respecto a quienes postulan a un determinado establecimiento educacional.

Lo propio deriva de la incapacidad de los padres para educar directamente a sus hijos, según les ordena la naturaleza y la Constitución (artículo 19, N° 10°, inciso 3°), cuando se requieren conocimientos que superan sus reales posibilidades para brindar una formación más cabal, momento a partir del cual a esos padres no les cabe sino delegar este deber en los profesores y sostenedores de un establecimiento educacional. A quienes les es dable este acto de adopción, consistente en recibir como hijo a quien de suyo no lo es, tras un proceso voluntario de acogimiento y afiliación;

21°. Que, inveteradamente, se ha reconocido que el derecho que le asiste a sus titulares para "mantener" establecimientos educacionales, esto es para conservar un colegio o liceo en su ser, comprende la posibilidad de darle permanencia a aquellas características, orientaciones y énfasis que autónomamente se han trazado.





000692

*veintiuno noventa y dos*

Lo que -a su vez- les permite implementar métodos de admisión y selección acordes con ese ideario o proyecto educativo, en el cual les es lícito comprometer a la familia y al futuro estudiante.

Asimismo el legislador ha admitido que es válido seleccionar, puesto que las leyes N°s 20.370 (artículo 12) y 20.248 (artículo 6, letra b) únicamente impiden que, en los procesos de admisión entre el primer nivel de transición y el sexto básico, se consideren el rendimiento y los antecedentes familiares, por razones de buen orden educacional, vinculadas a la inmadurez que, hasta dicho grado, presentan habitualmente los educandos y al hecho de que las exigencias a ese nivel no ameritan ponderar tales elementos de juicio.

Pero más allá de esa acotada excepción, se entiende -a contrario- que la selección forma parte intrínseca del legítimo ejercicio de la libertad de enseñanza y que, además, redundará en provecho del propio estudiante;

22°. Que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el artículo 19, N° 2, inciso segundo, de la Constitución, no prohíbe a las autoridades hacer diferencias, sino que establecer "diferencias arbitrarias", esto es, sin razonable justificación. Para lo que interesa, pues, el proyecto de ley cuestionado impide hacer lo que la Constitución permite, que es abrir procesos de selección objetivos y transparentes, allí donde es necesario adjudicar vacantes limitadas, sobre la base de parámetros pertinentes de diferenciación.

Desde el punto de vista constitucional, es insostenible argüir que el mérito personal de los estudiantes, por ejemplo, habría de configurar un criterio de distinción abusivo o ajeno al proceso educacional, en circunstancias que las aptitudes requeridas para superar exigencias cada vez mayores son





000693

seiscientos noventa y tres

las únicas que, luego, les podrán ser demandadas para acceder a la vida laboral o profesional. Por eso la misma Carta enseguida preceptúa que: "Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal", en el propio artículo 19, a propósito de la protección al trabajo (N° 16, inciso 3°);

23°. Que, si bien al legislador le está dado innovar hacia el futuro, no es menos cierto que las leyes prohibitivas de conductas explícitamente permitidas y consideradas constitucionales con anterioridad, requieren una vigorosa justificación racional; al menos lo suficiente para salvar un atendible reparo de sesgo y de abuso de autoridad.

Acorde con el principio de probidad, recogido en el artículo 8° constitucional, en este caso pesa sobre el legislador la carga de acreditar antecedentes objetivos y razonables que permitan sostener que la selección de alumnos es contraria a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o a la seguridad nacional, o que ella es causa de una mala calidad educacional, en los términos del citado artículo 19, N° 11°, de la Carta Fundamental.

Las cáusticas evaluaciones formuladas en la materia por distintos expertos, así como otros aspectos de mérito político vertidos a favor del presente proyecto de ley pero que no le corresponde al Tribunal Constitucional evaluar, dan cuenta de que este estándar jurídico, que obliga a fundamentar y justificar especialmente las leyes que vienen a limitar, restringir o afectar de cualquier modo el legítimo ejercicio de derechos preexistentes, que se gozaban pura y simplemente, no se ve satisfecho en el presente caso;

24°. Que, en este sentido, tampoco es atendible el argumento de que los procesos de selección, amparados en la libertad de enseñanza, atenten per se contra el





000694

*seiscientos noventa y cuatro*

derecho de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, puesto que ambos derechos -si son ejercidos legítimamente- están llamados a regir en plenitud y sin anularse.

Ratifica esta complementariedad el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando luego de propugnar "la libertad de los padres y, en su caso de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas" (artículo 13, N° 3), señala que: "Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 (objetivos de la educación) y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado" (artículo 13, N° 4);

25°. Que la libertad de enseñanza pierde respaldo constitucional sólo cuando deja de ejercerse legítimamente, esto es ahí donde se implementan métodos de selección que no revisten el carácter de transparentes, objetivos y no discriminatorios. Lo que debe dar lugar a las sanciones o correcciones que sugiera cada concreto caso.

Empero, de esos casos individuales anómalos, no se puede inferir que la normativa actualmente vigente se preste para abusos generalizados, al extremo de justificar la caducidad de un derecho constitucional, y de sustituir la racionalidad de un procedimiento concursal por una selección confiada al azar o -en su defecto- a la discrecionalidad ministerial;

26°. Que, en efecto, el proyecto de ley impugnado estatuye que si un estudiante no resulta





000695

*Seiscientos Noventa, cinco*

admitido en el establecimiento al que postuló por falta de vacantes, se debe arbitrar un mecanismo aleatorio; añadiendo que, en el evento de no resultar admitido en ninguna de las opciones escogidas, el Ministerio de Educación procederá a registrar a dicho estudiante en el establecimiento más cercano a su domicilio que cuente con cupos disponibles, todo ello según un reglamento que habrá de expedirse a través del mismo Ministerio de Educación.

Por contraste, en sentencia Rol N° 226, de 1995, el Tribunal Constitucional explicó muy precisamente lo que significa la autonomía de los grupos intermedios o entes asociativos a que se refiere el artículo 1°, inciso tercero, del texto supremo, diciendo en su considerando 29° que:

"Dicha autonomía, para cumplir sus propios fines específicos, implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más conveniente a sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo, y sin más limitaciones que las que imponga la Constitución, es decir las que derivan de la moral, el orden público y la seguridad del Estado (artículo 19, N°s 15°, y 23°), no interviniendo la autoridad pública sino en la medida que infrinjan el ordenamiento y el propio estatuto o ley social" (criterio reiterado en sentencias roles N°s 2358 y 2509, entre varias, de este Tribunal);

27°. Que lo anterior condice con esa facultad de "organizar" establecimientos educacionales que asegura a todas las personas el citado artículo 19, N° 11°, inciso primero, de la Constitución. La cual entraña la posibilidad de construir, configurar y establecer dichos





000696

*seiscientos noventa y seis*

recintos para lograr un proyecto o ideario educativo merced a la coordinación de los medios y las personas adecuadas, autónomamente determinadas, es decir sin que a este respecto quepa intromisión de personas ajenas a dicha comunidad, ni interferencias que vulneren esa libertad de decisión que compete a sus propias autoridades (Eduardo Soto Kloss, "Derecho Administrativo. Temas Fundamentales", 2009, pp. 60-66).

Misma facultad que resulta lesionada en este caso, cuando a los señalados establecimientos educacionales se les obliga a recibir como miembros, en calidad de nuevos alumnos, a quienes imponga el órgano ministerial, sobre la base de criterios que éste ha de definir en un propio reglamento gubernamental;



28°. Que, por las razones precedentemente expuestas y demás expresadas en el requerimiento parlamentario de autos, la impugnación contra el proyecto de ley de que se trata (Boletín N° 9366-04), atinente al presente capítulo, forzosamente debió acogerse.

Procediendo a declarar inconstitucionales los preceptos o enunciados de dicho proyecto que se indican a continuación: las palabras "o potencial" en el artículo 1°, N° 6), inciso primero; el artículo 2°, N° 5, letra f), en su integridad; el artículo 2°, N° 6, en las partes que se individualizan a fs. 23 a 28, y el artículo vigésimo sexto transitorio;

### III. PROHIBICIÓN DEL LUCRO PARA LOS SOSTENEDORES.

A) La posibilidad de lucrar es consustancial al derecho a emprender una actividad o servicio educacional de uso obligatorio y de acceso garantizado.

29°. Que la intervención estatal reflejada en las disposiciones impugnadas, es muy intensa e intrusiva, al punto de establecer, en el caso de la imposibilidad de



000697

*Seiscientos noventa, siete*

lucrar, una prohibición limitativa del ejercicio de un derecho constitucional. La prohibición del lucro para los sostenedores de establecimientos de enseñanza subvencionados que proveen un servicio educativo obligatorio vulnera el inciso primero del numeral undécimo del artículo 19 de la Constitución;

30°. Que la posibilidad de lucrar (o de percibir una contraprestación por el desarrollo de una actividad, sea de interés público o no) es consustancial al derecho a emprender y desarrollar un proyecto educativo, el cual tiene un claro e inmediato sustento en la letra de la Constitución actualmente vigente: "el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales";

31°. Que, efectivamente, no constituye una regla general el derecho a emprender una actividad con ayuda económica del Estado. No obstante, y como se ha argumentado precedentemente en este voto por acoger, el apoyo económico a la actividad de prestación de servicios educacionales obedece a un deber del Estado. En presencia de una prestación obligatoria y de acceso garantizado, en donde la participación particular constituye un complemento necesario, la subvención pública resulta ser un elemento inherente al derecho a emprender proyectos educativos con reconocimiento formal;

B) "La Constitución asegura a todas las personas el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales".

32°. Que cabe preguntarse cuál es el alcance de la expresión "personas" con que se encabeza todo el listado de garantías enumeradas en el artículo 19 de la Constitución. Si se tiene en consideración lo manifestado en el apartado A), estimamos que no resulta compatible con la Constitución limitar de manera tan extensa el





000698

*Seiscientos noventa y ocho*

alcance de los sujetos ("personas") a los cuales se les aseguran derechos de jerarquía constitucional;

33°. Que prohibir el lucro para aquellas personas que desarrollan o esperan desarrollar una actividad prestacional educativa implica interferir, no ya en el contenido del servicio que se presta o prestará, sino directamente (y de manera muy intensa) en el sujeto prestador. Si ha resultado discutible la exigencia de que el prestador se constituya como persona jurídica con objeto exclusivo (condiciones que pueden tener una vinculación más directa con los aspectos operativos de la actividad prestacional), extender la limitación a impedir que el sujeto sostenedor pueda perseguir una retribución o lucro por su actividad constituye una condición estructural no operativa;

34°. Que este tipo de condición estructural prohibitiva tiene, por su naturaleza, un carácter mucho más intrusivo, inflexible, permanente y menos focalizado que restricciones conductuales, las cuales (ciertamente) no por esa sola característica son necesariamente compatibles con la Constitución;

**C) ¿Existe una vinculación directa y necesaria entre el lucro y la calidad de la educación al punto de justificar una limitación?**

35°. Que dado que el inciso segundo del numeral undécimo del artículo 19 de la Constitución asegura que "[l]a libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional", resulta procedente preguntarse qué tipo de intervenciones estatales constituyen una limitación y cuáles no;

36°. Que, independiente del grado de amplitud con que se entienda el término "regulación", cuando la





000699

*Seiscientos noventa y nueve*

Constitución hace referencia a la voz "limitación" está denotando un alto grado de interferencia pública. Por consiguiente, cuando existe una intervención estatal muy intrusiva y gravosa, como las disposiciones del Proyecto referidas al lucro, se está ante una limitación que, en el ámbito educacional, restringe las posibilidades de intervención estatal. Y si se está ante una limitación, como en este caso, la Constitución es clara para indicar aquel ámbito residual constituido por cuatro excepciones taxativas, las cuales no se aprecia cómo podrían vincularse con la prohibición objeto de análisis;

37°. Que, a mayor abundamiento, la disposición referida al lucro, la cual constituye una prohibición limitativa, de carácter estructural y altamente gravosa, carece de fundamento justificatorio (que haya sido proporcionado por el legislador) sobre su carácter necesario para alcanzar el fin perseguido por el legislador: la calidad. De hecho, no se ha justificado la existencia de una vinculación directa y necesaria entre el fin al lucro y una mayor calidad de la educación;

**D) ¿Qué justificación existe para tratar de forma radicalmente diferente a los prestadores de un servicio educacional?**

38°. Que el criterio diferenciador para el establecimiento de la prohibición del lucro a los sostenedores es la percepción de excedentes o lucro, lo que constituye una clasificación basada en un elemento débil de distinción. La debilidad del factor de distingo radica en que el lucro es un elemento de la esencia de una actividad en que se ofrece un servicio por el cual existe demanda y que goza de protección constitucional en el artículo 19, N° 21, inciso primero y, especialmente, en el artículo 19, N° 11, inciso primero de la Constitución;





000700

setecientos

39°. Que si a este elemento débil de distinción se asocia una consecuencia previsiblemente muy gravosa, como ocurre en este caso (ver fojas 137 a 152 del cuaderno especial), se incurre en una diferencia de trato arbitraria incompatible con el inciso segundo del artículo 19, N° 2 de la Carta Fundamental. Así como constituye una discriminación arbitraria tratar de manera diferente a quienes son iguales, también lo es tratar de manera muy diferente a aquellos que no presentan diferencias sustanciales. Esto último es particularmente atingente si se tiene en consideración que el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales goza de una fuerte protección constitucional y el escrutinio debe ser uno estricto;

**E) Argumento analógico relativo a la prohibición del lucro en establecimientos de educación superior: razonamiento con base legal y respecto de una actividad constitucionalmente no obligatoria.**

40°. Que, por último, la posición a favor del rechazo del requerimiento subraya como argumento la prohibición del lucro en las instituciones de educación superior. Dicho argumento debe descartarse. Se trata, en primer lugar, de un razonamiento sustentado en una disposición de rango legal, no en un parámetro de jerarquía constitucional;

41°. Que, asimismo, dicha argumentación no repara en la siguiente diferencia: la actividad prestadora de servicios de educación superior, en contraste con la escolar (básica y media), no se encuentra caracterizada (en virtud de texto expreso de la Constitución) como "obligatoria" y de acceso garantizado (artículo 19, N° 10, inciso quinto);





000701

*setecientos uno*

F) Existe pronunciamiento anterior de este Tribunal en virtud del cual se descarta la posibilidad de prohibir el lucro.

42°. Que, por último, cabe recordar lo afirmado en la sentencia rol N° 1363, la cual se pronunció sobre la disposición de un Proyecto de Ley que exigía que el sostenedor estuviera organizado como persona jurídica con objeto de giro único. Dicha sentencia (no voto disidente) constituye un precedente jurisprudencial claro, específico y pertinente. En efecto, el considerando 22° de la misma señala que "la norma no exige ninguna personalidad jurídica concreta. Establece sólo que se trate de 'personas jurídicas de derecho privado'. Por tanto, el establecimiento puede adoptar la forma de persona jurídica con fines de lucro, incluyendo todas las formas reguladas de sociedades, o sin fines de lucro, o sea, Corporaciones y Fundaciones. Las formas específicas de organización, serán definidas por el que quiera tener un establecimiento con reconocimiento oficial dentro de esta amplia gama. La única limitación, es que dicha persona jurídica tenga 'objeto social único', es decir, exclusivo. Ese objeto debe ser 'la educación'". Con ello se excluyen, agrupaciones multipropósitos;"



G) Conclusión.

43°. Que, en consideración a lo expuesto, las siguientes disposiciones del Proyecto (en las partes individualizadas en el requerimiento) son inconstitucionales por vulnerar el artículo 19, N° 11°, inciso primero, y el artículo 19, N° 2°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República: el artículo 1°, N° 9, letra b); el artículo 2°, N° 1, letra a); el artículo 2°, N° 5, letra a), y el artículo 2° transitorio;



000702

setecientos dos

IV. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2° N° 3) DEL  
PROYECTO DE LEY. FINES EDUCATIVOS

44°. Que los senadores requirentes han impugnado, por otra parte, el artículo 2° N° 3) del Proyecto de Ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado (Boletín N° 9366-04);

45°. Que, al fundamentar su reproche en este punto, los actores sostienen que "los preceptos del Proyecto impugnados cambian la lógica del uso de la subvención. Hoy el sostenedor, en uso de su autonomía reconocida constitucionalmente, puede hacer con la subvención todo aquello que no se encuentra prohibido expresamente, pudiendo decidir en qué, cómo y cuándo gastar los recursos de la subvención, sin perjuicio de estar sujeto a una serie de exigencias legales que apuntan a garantizar la eficiencia y el correcto uso de estos recursos." (Fojas 56). Agregan que "casi la totalidad de las restricciones (por ejemplo, la prohibición de contratar con personas relacionadas), y quedando todas las materias comprendidas en este ámbito (operaciones, restricciones, etc.) sometidas a la regulación de un reglamento del Ministerio de Educación, sin perjuicio de las normas de carácter general que pueda dictar la Superintendencia de Educación." (Fojas 56). Todo ello, además, facultando a la Superintendencia de Educación para determinar si algún gasto específico se ajusta a los fines educativos establecidos en la ley e imponiéndole el deber de determinar si cada una de las operaciones realizadas por los sostenedores, sin importar su naturaleza, se realizan entre personas no relacionadas y de acuerdo a las condiciones de mercado. Este nuevo marco regulatorio, a juicio de los requirentes, "vacía de contenido el derecho de organización que garantiza la





000703

*setecientos tres*

Carta Fundamental y la jurisprudencia de SSE. a todos los sostenedores." (Fojas 57);

46°. Que, en las observaciones al requerimiento, S.E. la Presidenta de la República ha afirmado que el proyecto de ley no innova en esta materia, pues la subvención escolar siempre ha estado afecta a fines educativos que ahora el proyecto simplemente viene a explicitar. Agrega en sus argumentaciones que "la normativa de subvenciones no corresponde a un cuerpo legal que tenga por finalidad regular el ejercicio de un derecho constitucional, sino que, más bien, viene a hacer efectiva la realización del deber estatal de proveer un sistema de financiamiento para la concreción del derecho a la educación, cuya titularidad corresponde a todos los educandos en situación de formación parvularia, básica o media." (Fojas 356). Por esa razón, "el Estado posee plenas atribuciones para delinear la forma y prioridades en que se utilizarán los recursos económicos que provea." (Fojas 356). En la especie, explica que tal delimitación estaría dada por la forma de invertir ciertos recursos, lo que no sería incompatible con el ejercicio del derecho a organizar un establecimiento educacional, ya que: "El sostenedor podrá continuar administrando el establecimiento conforme a los principios o creencias a que adscribe, contratar al personal docente y administrativo que se requiera, dictar normas de convivencia de la comunidad educativa, pero en cuanto a los recursos económicos estos deberán destinarse exclusivamente a los fines que el mismo sostenedor persigue, esto es, la entrega de una prestación que realiza el derecho de educación de los educandos." (Fs. 357).

En cuanto a la segunda impugnación, esto es, a la infracción de la reserva legal, el Ejecutivo ha





000704

setecientos cuatro

argumentado que tal reserva, en el caso de los derechos en cuestión, es de carácter relativo, lo que permite complementar las cuestiones de detalle mediante un reglamento de ejecución sobre todo teniendo en consideración que las subvenciones son instrumentos de la administración financiera del Estado. Asimismo, la Presidenta de la República ha alegado que la disposición impugnada en el proyecto de ley tiene la suficiente densidad normativa que exige el principio de reserva legal, ya que se trata "de una disposición que fija principios, criterios e incluso reglas, que constituyen una delimitación legal suficiente para el debido ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, que dado el carácter técnico de la materia justifica la colaboración de un reglamento ad hoc." (Fojas 361).



Por último, sostiene el órgano requerido que la remisión a instrucciones de la Superintendencia es legítima, ya que "en la normativa nacional se aprecian diversos casos de superintendencias dotadas de atribuciones para impartir esta clase de instructivos o normas de nivel infra-legal." (Fojas 361). Reitera que el precepto impugnado tiene la suficiente densidad normativa, dejando una acción residual al órgano fiscalizador el que, en cualquier caso "siempre puede interpretar con carácter general la "normativa educacional", conforme dispone la ley N° 20.529." (Fojas 362);

47°. Que, en consecuencia, se trata de determinar si la nueva regulación que introduce el proyecto de ley en materia de destino para fines educativos de las subvenciones y aportes de todo tipo que se entregan a los sostenedores de establecimientos de enseñanza, vulnera uno de los elementos de la esencia de la libertad de enseñanza, asegurada en el artículo 19, N° 11°, constitucional, como es la facultad de "organizar"



000705

*setecientos cinco*

tales establecimientos. Al mismo tiempo, si la remisión que el proyecto de ley efectúa a un reglamento y a instrucciones impartidas por la Superintendencia de Educación en esta materia se conforma con los estándares constitucionales;

48°. Que un primer punto a dilucidar tiene que ver con la afirmación efectuada en autos por el Poder Ejecutivo en orden a que la subvención que el Estado entrega a los sostenedores que cooperan con el Estado en la prestación del servicio educacional y la normativa pertinente no incide en el ejercicio de un derecho fundamental sino que sólo en un deber del Estado.

Esta primera afirmación debe ser desvirtuada en forma categórica.

En primer término, porque la ley sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales (D.F.L. N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998) señala que: *"El régimen de subvenciones propenderá a crear, mantener y ampliar establecimientos educacionales cuya estructura, personal docente, recursos materiales, medios de enseñanza y demás elementos propios de aquella proporcionen un adecuado ambiente educativo y cultural."* (Artículo 2°, inciso primero).

En consecuencia, el propio legislador entiende que la subvención escolar resulta indispensable para "abrir" y "mantener" establecimientos educacionales, aspectos ambos que forman parte de la esencia de la libertad de enseñanza, según se ha razonado en el considerando vigesimoprimer de la sentencia recaída en estos autos. Es decir, que las facultades de "abrir" (o crear) y de "mantener establecimientos educacionales formen parte de la esencia de la libertad de enseñanza no significa otra cosa que se erigen como límites indisponibles frente al legislador. Por lo demás, "el legislador que concretiza





000706

setecientos seis

en el ámbito de los derechos fundamentales los límites conforme a la esencia regula límites que existen desde el principio." (Häberle, Peter. "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales". Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p.57).

En segundo lugar, porque el artículo 45, inciso primero, de la Ley N° 20.370, Ley General de Educación, define el reconocimiento oficial del Estado a los establecimientos educacionales que impartan enseñanza en los niveles de educación parvularia, básica y media como "el acto administrativo en virtud del cual la autoridad confiere a un establecimiento educacional la facultad de certificar válida y autónomamente la aprobación de cada uno de los ciclos y niveles que conforman la educación regular y de ejercer los demás derechos que le confiere la ley." (Énfasis agregado).

A su turno, el artículo 46 se refiere a los requisitos para aspirar al reconocimiento oficial, entre los cuales su letra a) contempla "tener un sostenedor" que será responsable del funcionamiento del establecimiento educacional agregando que: "Todos los sostenedores que reciban recursos estatales deberán rendir cuenta pública respecto del uso de los recursos y estarán sujetos a la fiscalización y auditoría de los mismos que realizará la Superintendencia de Educación."

Así, la posibilidad de solicitar la entrega de recursos estatales -vía subvención u otros aportes- está estrechamente ligada al reconocimiento oficial, al punto que, probablemente quien aspira a ser sostenedor planteará la solicitud respectiva sólo ante la posibilidad de recibir esos recursos para el apoyo de su emprendimiento que, de otra manera, y con sus propios medios, no podría llevarse a cabo.





000707

*setecientos siete*

Luego, bajo el punto de vista explicado, no caben dudas que la subvención o aporte estatal a los establecimientos de enseñanza se relaciona estrechamente con aspectos de la esencia de este derecho fundamental como son los de abrir y mantener tales establecimientos.

Un tercer argumento para no compartir lo aseverado por S.E. la Presidenta de la República en cuanto a la naturaleza jurídica de la subvención escolar tiene que ver con el deber que el artículo 19, N° 10°, inciso final, de la Constitución Política impone a la comunidad en orden a *"contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación."* No se puede aspirar a dar concreción efectiva a este deber si se solicita a los sostenedores particulares que asuman un esfuerzo desmedido que no suponga algún tipo de apoyo del Estado.

Fue en esta línea de razonamiento que este Tribunal afirmó, en su sentencia recaída en el Rol N° 410 que: *"En ligamen con el derecho a la educación ejercido a través de la enseñanza formal, es de la mayor importancia realzar el esfuerzo compartido que fluye del numeral 10° del artículo 19 de la Constitución ya transcrito. Efectivamente, el inciso quinto de aquel precepto impone al Estado el deber de financiar un sistema gratuito de educación básica y media, destinado a asegurar su acceso a toda la población. Y, confirmando la participación que incumbe a la comunidad en la concreción de esta actividad de bien común, el inciso final del numeral 10° establece que ella ha de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación."* (Considerando 8°);

49°. Que aclarada la estrecha relación que existe entre subvención escolar y las facultades de la esencia de la libertad de enseñanza debe sostenerse que no se cuestiona el hecho de que, comprometiendo la subvención escolar, el destino de fondos públicos, no sea





000708

*setecientos och*

necesario asegurar su correcta utilización. Ese aspecto ya está contemplado en la actual Ley sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos cuyo Título IV, Párrafo 1°, regula las infracciones y sanciones que acarrea el incumplimiento de dicha ley y de su reglamento. Entre ellas, por ejemplo, se contempla, como infracción grave, el incumplimiento de la obligación del establecimiento de informar anualmente a la comunidad, con copia a la Superintendencia de Educación, sobre la forma en que se utilizaron los recursos, el avance del proyecto educativo y su contribución al mejoramiento de la calidad de la educación, pudiendo los padres y apoderados, en todo momento, formular ideas y proposiciones al respecto (artículo 50 inciso segundo, letra b), en relación con el artículo 26, inciso quinto);

50°. Que, bajo la perspectiva explicada, no parecería cuestionable que la norma impugnada sostenga que: *"Estos recursos (los que provienen de subvenciones y aportes del Estado) estarán afectos al cumplimiento de los fines educativos y sólo podrán destinarse a aquellos actos o contratos que tengan por objeto directo y exclusivo el cumplimiento de dichos fines."* (Inciso primero del nuevo artículo 3° del D.F.L. N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998). El problema radica en que el inciso siguiente -que introduce el proyecto de ley- define, a través de un listado taxativo, qué tipo de operaciones realizadas por el sostenedor serían las únicas que permitirían entender que el financiamiento recibido del Estado se destinaría a fines educativos. En su numeral xi), la nueva norma alude a "Gastos consistentes con el proyecto educativo del o los establecimientos educativos", lo que parece abrir el referido carácter taxativo. No obstante, la norma agrega -en su inciso final- que: *"Un reglamento del Ministerio de Educación, que deberá ser firmado por el Ministro de*





000709

*setecientos nueve*

Hacienda, regulará las materias de que trata este artículo, sin perjuicio de las normas de carácter general que respecto de estas materias deberá dictar la Superintendencia de Educación";



51°. Que es imposible que el legislador pueda imaginar o prever -en forma casuística- todas aquellas situaciones que pueda enfrentar el sostenedor de un establecimiento de enseñanza y que hagan necesario destinar fondos provenientes de la subvención o aporte estatal. De esta forma, si alguna de esas necesidades emerge y no está contemplada en el listado contenido en la nueva normativa, el sostenedor que haya invertido en ella los fondos provenientes de la subvención, no sólo incurrirá en una conducta ilícita al tenor del nuevo artículo 38 ter del aludido D.F.L. N° 2, sino que, además, puede verse expuesto a la imposibilidad de "mantener" el establecimiento de enseñanza respectivo afectándose, así, un elemento de la esencia de la libertad de enseñanza, tal y como ha explicado este Tribunal en la sentencia Rol N° 410 (considerando 10°);

52°. Que, tal como lo afirmara la sentencia, en estos autos (considerando vigesimonoveno), no pueden restringirse o limitarse los derechos que la Constitución asegura a todas las personas si de dicha restricción o limitación se sigue una afectación del derecho en su esencia, pues ello se encuentra prohibido por el numeral 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Por esta razón, quienes suscriben este voto acogerán el requerimiento de autos en esta materia;

53°. Que, finalmente, la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 2°, N° 3), del proyecto de ley de que se trata exige hacerse cargo de la eventual infracción a la reserva legal en materia de derechos fundamentales que pudiera derivarse de su contenido.



000710

setecientos diez

En este sentido, debe recordarse que el nuevo inciso final del artículo 3° del D.F.L. N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998, remite a un reglamento de ese Ministerio, que deberá ser firmado por el Ministro de Hacienda, la regulación de las materias de que trata dicho artículo (incluyendo el listado de operaciones que suponen destinar la subvención escolar a fines educativos). Lo anterior, sin perjuicio de las normas de carácter general que respecto de estas materias deberá dictar la Superintendencia de Educación;

54°. Que la norma aludida infringe, a juicio de los Ministros que suscriben este voto, el principio de la reserva legal de los derechos fundamentales que encuentra su fundamento en el artículo 19, N° 26°, de la Constitución Política, lo que debe llevar también a acoger el requerimiento en este punto, según se explicará.

En efecto, dicha norma es clara al exigir que sean los "preceptos legales" los llamados, por mandato de la Constitución, a regular, complementar o limitar las garantías que ella establece y en los casos en que lo autoriza. La sentencia de este Tribunal recaída en el Rol N° 239, señaló justamente que *"es principio general y básico del derecho constitucional chileno la "reserva legal" en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referentes al derecho de reunión en lugares de uso público (...)." (Considerando 9°).*

En sentencia Rol N° 465 precisó, por su parte, que *"tratándose del desarrollo del ejercicio de los derechos constitucionales en el ordenamiento jurídico, si bien la intervención de la potestad reglamentaria subordinada de ejecución no está proscrita, su procedencia exige la*





000711

*setecientos once*

conurrencia de ciertas condiciones. Las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de "determinación" y "especificidad". El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad (...)." (Considerando 25°);

55°. Que, en la especie, puede constatarse que el listado de operaciones que el sostenedor de un establecimiento de enseñanza puede únicamente desarrollar para cumplir el destino a "fines educativos" de la subvención escolar está concebido en términos tan amplios, en varios de sus acápites, que su aplicación queda entregada a lo que discrecionalmente determine la autoridad administrativa. Así ocurre, a modo de ejemplo, con el contenido de las acápites iii) (gastos de las dependencias de administración del o los establecimientos educacionales); iv) (costos de aquellos servicios que estén asociados al funcionamiento y administración del o los establecimientos educacionales), vii) (gastos asociados a la mantención y reparación de los inmuebles y muebles a que se refieren los numerales anteriores) y xi) (gastos consistentes con el proyecto educativo del o los establecimientos educacionales).

En consecuencia, no se cumplen los estándares de "determinación" y "especificidad" de la norma legal para convocar legítimamente la intervención de la potestad reglamentaria de ejecución, lo que termina afectando, en definitiva, la seguridad jurídica, pues un sostenedor queda expuesto a ser sancionado o, incluso, a no poder mantener el establecimiento de enseñanza en base a una determinación del cumplimiento de los "fines educativos" que depende discrecionalmente de la autoridad administrativa.





000712

setecientos doce

V. PROHIBICIÓN DE APERTURA DE NUEVOS COLEGIOS  
SUBVENCIONADOS, SALVO QUE SE VERIFIQUEN CONDICIONES  
DETERMINADAS A LA SOLA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

A) Naturaleza del servicio educacional y rol del  
Estado y de los particulares respecto de su prestación.

56°. Que las condiciones que las disposiciones pertinentes del Proyecto establecen operan como si la educación fuera un servicio público sujeto a una concesión pública que otorga un derecho ex novo al peticionario interesado en abrir y desarrollar un establecimiento educacional subvencionado;

57°. Que en parte alguna de la Constitución se dispone o se desprende que los establecimientos de educación subvencionada sean parte de una pretendida red pública de educación. Una interpretación armónica del "derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales" (artículo 19, N° 11°, inciso primero) con el resto de las normas contenidas en los numerales décimo y undécimo del artículo 19 de la Constitución no permiten, sin apartarse de ésta, asumir que la enseñanza es una actividad que el Estado pueda asumir como propia y que los establecimientos de enseñanza subvencionados deben ser considerados como meros gestores de una actividad de titularidad pública;

58°. Que, en efecto, las funciones del Estado en materia educacional son las siguientes: (i) otorgar especial protección al derecho preferente (y deber) de los padres; (ii) asegurar el acceso de toda la población a la educación básica y media; (iii) financiar un sistema gratuito dirigido al fin anterior; (iv) fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; y (v) establecer los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media, velando por su cumplimiento. Esta última función del





000713

*setecientos trece*

Estado dice relación, fundamentalmente, con requisitos técnico-educativos para los diversos ciclos de aquella enseñanza considerada como obligatoria. Como se puede apreciar, el sistema constitucional relativo a la educación y libertad de enseñanza no proporciona sustento para que el legislador le permita al Estado controlar y dirigir (como si fuera el titular de la provisión del servicio educacional obligatorio) tan intensamente la posibilidad de abrir nuevos establecimientos educacionales que reciban subvención;

**B) Establece una condición de muy difícil cumplimiento y que, por tanto, limita el ejercicio del derecho a abrir establecimientos educacionales.**

59°. Que el texto pertinente del Proyecto de Ley sometido a control de constitucionalidad ante este Tribunal establece, como condición para la creación de nuevos colegios particulares subvencionados, un sistema de aprobación previa basado en dos requisitos: i) la existencia de "demanda insatisfecha" en la provisión de servicios educacionales, y ii) la inexistencia de "proyectos educativos similares";

60°. Que, en primer lugar, en lo referido al requisito de "demanda insatisfecha", es posible prever que esta condición limita severamente la apertura de nuevos establecimientos educacionales subvencionados. De acuerdo a los antecedentes no controvertidos que se presentaron durante la tramitación de este requerimiento (fojas 108 del cuaderno especial), si se considera un criterio de demanda insatisfecha, prácticamente en ninguna comuna del país se podrá autorizar la creación de nuevos colegios subvencionados;

61°. Que, en segundo lugar, en lo que respecta a la condición de inexistencia de proyectos educativos similares, el efecto es similar a lo que es previsible





000714

*setecientos catorce*

que genere la condición anterior. Según los antecedentes no controvertidos que obran en autos (a fojas 111 del cuaderno especial), sólo en el 7% de las comunas del país se podría instalar un nuevo colegio laico, y en el 30% de las comunas uno de carácter confesional;

62°. Que de lo anterior se desprende que el Proyecto de Ley no establece solo restricciones, sino limitaciones profundas a la libertad de enseñanza, al resultar muy difícil la posibilidad de autorizar la apertura de establecimientos educacionales financiados con subvención. Al igual que con la mayoría de las restricciones que impone el Proyecto, éstas no se enmarcan en ninguna de las excepciones que contempla el artículo 19, N° 11°, inciso segundo, de la Constitución;

**C) La limitación restringe las posibilidades de cobertura y calidad del sistema, así como la elección de los padres del establecimiento de enseñanza.**

63°. Que el fundamento esencial para la imposición de la interferencia estatal objeto de análisis es incrementar la calidad de la educación. Sin embargo, la limitación propuesta en el Proyecto para ejercer el derecho de abrir establecimientos educacionales restringe la posibilidad de elevar la calidad educativa por la vía de la incorporación de nuevos colegios;

64°. Que una medida como la propuesta tiene como efecto evidente limitar la oferta de servicios educativos y, por lo tanto, afectar la cobertura de un servicio obligatorio para los usuarios (estudiantes) y cuyo acceso o disponibilidad debe asegurarse;

65°. Que, como consecuencia de lo expuesto previamente, los padres tendrán menos opciones para ejercer su derecho constitucional a elegir el establecimiento educacional para sus hijos;





000715

*setecientos quince*

66°. Que, por lo tanto, es posible concluir que la disposición bajo análisis resulta inidónea para satisfacer los fines declarados y, en cualquier caso, lesiva para el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes constitucionales. No se encuentra acreditado de modo alguno la necesidad de las medidas propuestas como único mecanismo posible para alcanzar los objetivos buscados;

**D) Doble discriminación arbitraria.**

67°. Que limitación propuesta en el Proyecto incurre en una doble diferenciación arbitraria: (i) la que distingue entre establecimientos educacionales (nuevos interesados) que reciben subvención pública en relación a aquellos que no la perciben; y (ii) la que discrimina entre establecimientos en actual funcionamiento (incumbentes) y los nuevos interesados (o desafiantes);

68°. Que respecto a la primera clasificación que distingue según si se percibe o no una subvención pública, es posible sostener, como ya se ha hecho, que no existe base constitucional para que el Estado realice discrecionalmente una diferenciación por la vía de su poder económico. Todo lo contrario. Asimismo, la percepción de ayuda económica del Estado constituye un elemento exógeno no relacionado con la identidad intrínseca que tienen los establecimientos educacionales que imparten educación formal reconocida. El percibir una subvención no hace diferentes a los colegios, especialmente de cara al ejercicio del derecho de abrirlos, organizarlos y mantenerlos. Por consiguiente, y nuevamente, es posible aseverar, como ocurre en este caso, que se incurre en una discriminación arbitraria al tratar de manera diferente a quienes son iguales o, a lo





000716

*setecientos dieciseis*

sumo, tratar de manera muy diferente a aquellos que no presentan diferencias sustanciales;

69°. Que, en lo que respecta a la diferencia de trato entre los establecimientos educacionales en actual funcionamiento ("incumbentes") en relación a los nuevos interesados (o desafiantes), también es posible advertir una violación del artículo 19, N° 2, inciso segundo, de la Constitución. En efecto, si se atiende al tantas veces aludido derecho a abrir establecimientos educacionales, es posible afirmar, por aplicación lógica, que carece de justificación distinguir según si el establecimiento subvencionado se encuentra en actual funcionamiento o no. Si, además, se asume que ambos tipos de establecimientos educacionales están obligados a cumplir con los mismos requisitos técnico-educativos, menos justificación tiene la distinción, lo que, además, se agrava debido a la significativa diferencia de trato que la medida limitativa implica;

70°. Que, finalmente, el argumento para justificar la diferencia recién aludida consistente en la eficiencia y eficacia del uso de recursos fiscales limitados debe rechazarse. Ya se ha señalado que el Estado debe financiar una subvención en la medida de sus posibilidades, lo que significa que su monto puede variar. Lo que no le está permitido al Estado es discriminar arbitrariamente con el fin de racionalizar la ayuda económica que debe dispensar en materia educacional;

**E) Doble infracción al principio de reserva legal.**

71°. Que el Proyecto dispone, en lo pertinente, que "[u]n reglamento del Ministerio de Educación, que deberá llevar la firma del Ministro de Hacienda, determinará el ámbito territorial a que hace referencia el inciso segundo y establecerá los procedimientos y





000717

*setecientos diecisiete*

requisitos para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo" (énfasis agregado);

72°. Que es posible advertir que las dos condiciones esenciales para poder -por primera vez- abrir y desarrollar la actividad educacional subvencionada constituyen nociones complejas (como todo análisis respecto de la oferta y demanda en un mercado) y de baja precisión a nivel legal;

73°. Que la delegación legislativa carece de suficiente densidad normativa en lo referido a los requisitos. El espacio discrecional otorgado a la Administración para desarrollar nociones como las de demanda insatisfecha e inexistencia de proyectos educativos similares es excesivamente amplio;

74°. Que, además de lo anterior, se vulnera el principio de reserva legal en lo referente a los procedimientos. En efecto, en el Proyecto de Ley no se regula el procedimiento en virtud del cual se aceptará o rechazará la solicitud de otorgamiento de una subvención. La naturaleza de la medida limitativa en comento hace necesario la existencia de un procedimiento específico distinto de aquel general y básico contenido, por ejemplo, en la Ley N° 19.880;

75°. Que, en definitiva, compartimos el análisis realizado por el Centro de Justicia Constitucional: "(...) el proyecto de ley ha sido muy poco cuidadoso, pues ha abierto un espacio innecesario para una suerte de configuración reglamentaria de la libertad de enseñanza, dejando este derecho a disponibilidad de la Administración (...) En definitiva, los márgenes señalados por la ley son suficientemente indeterminados como para que la autoridad administrativa puede, a su entender, impedir el ejercicio de la libertad para abrir nuevos





000718

*setecientos dieciocho*

establecimientos educacionales." (foja 98 del cuaderno especial);

76°. Que, finalmente, cabe hacer presente que es el artículo 19, N° 26, de la Constitución, que señala que las limitaciones no deben afectar la esencia de los derechos, y en todo caso, deben ser establecidas por normas de jerarquía legal, el que da sustento al reproche de inconstitucionalidad anterior;

#### F) Conclusión.

77°. Que, por lo anteriormente señalado, el artículo 2° N° 7, letra a) del Proyecto de Ley es inconstitucional por vulnerar el artículo 19, N° 11°, inciso primero, el artículo 19, N° 2°, inciso segundo, y el artículo 19, N° 26, de la Constitución Política de la República;

#### VI. PROHIBICIÓN DE ARRENDAR EL INMUEBLE DONDE FUNCIONA EL ESTABLECIMIENTO EDUCACIONAL.

Artículo 2°, letra E) del Proyecto que obliga a la entidad sostenedora a funcionar en un establecimiento de su propiedad o tenerlo a título de comodatario.

78°. Que la supremacía constitucional, como tantas veces ha señalado este Tribunal, en diversas sentencias, consiste en que las normas jurídicas, órganos del Estado, toda persona, institución o grupo deban someterse a los principios, valores y reglas que la Constitución Política de la República establece, conforme a lo cual "ni el legislador es soberano ni la administración libre, pues aquél carece de otro poder que el conferido expresamente por la Constitución y del cual no puede desprenderse si no cuando ella lo permite. De manera que, la función legislativa es subconstitucional, porque está subordinada a la Carta Fundamental" (José





000719

*setecientos diecinueve*

Luis Cea Egaña, "Hermenéutica Constitucional", Revista Chilena de Derecho, Vol. 11 N° 1). Conforme a ello, el órgano competente, al redactar una norma jurídica, el primer cuidado que debe tener, es que ella se ajuste y respete lo que la Constitución prescribe;

79°. Que el inciso tercero, del artículo 1°, de la Constitución Política dice: "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos". Así, nuestro ordenamiento jurídico ha elevado a rango constitucional el denominado "principio de subsidiariedad" que básicamente consiste en que ninguna sociedad superior, como el Estado, puede arrogarse ámbito de acciones de las entidades menores;

80°. Que una de las facultades, por antonomasia, de las sociedades intermedias entre el hombre y el Estado es que se gobiernen por sí mismas para conseguir sus fines específicos, excepcionalmente la autoridad interviene en ellas, si por diversas razones no pueden lograr tales fines. Precisamente, el derecho a la educación, garantía constitucional establecida en el numeral 10, del artículo 19, de la Carta Fundamental, impone al Estado fomentar el desarrollo de la educación, derecho que engarzado con la garantía de la libertad de enseñanza, y en relación al principio de subsidiariedad, hace que los particulares tengan plenas facultades para crear y mantener centros de enseñanza, cuyo objeto sea la educación, sin interferencia de autoridad, salvo para instituir requisitos mínimos de exigencia, a través de normas objetivas y de general aplicación;

81°. Que, respecto a la libertad de enseñanza, el texto constitucional impone limitaciones referidas sólo a la moral, las buenas costumbres, el orden público,





000720  
*Dieciséis Veinte*

y la seguridad nacional. Toda otra restricción en el ejercicio de esta garantía, que no se fundamente en aquellas, es contraria a la Constitución;

82°. Que la libertad de enseñanza comprende varios derechos, entre los cuales está el de abrir establecimientos educacionales, derecho que comprende la facultad para impartir educación conforme a planes con requisitos mínimos contenidos en la Ley Orgánica Constitucional de Educación, el derecho a tener una metodología de enseñanza conforme a la opción que adopte el sostenedor en su proyecto, consecuencia de lo investigado y concluido por las ciencias de la educación; derecho a contratar los profesores de acuerdo al ideal que el proyecto educacional ostente y, desde luego, a promover los principios y valores que se quieran proyectar en los educandos. Ello requiere el apoyo de los medios materiales pertinentes, tales como, el inmueble donde funciona el establecimiento educacional, los laboratorios, la biblioteca, las canchas deportivas, entre otros;

83°. Que el proyecto de ley, al obligar al sostenedor tener la calidad de propietario o comodatario del inmueble donde funciona la unidad educativa, le impone un requisito que no tiene relación con las limitaciones que la Constitución autoriza, y que son de carácter taxativo.

Así, al excluir la ley la posibilidad que el sostenedor celebre un contrato de arrendamiento, impone una limitación que no se aviene con alguna infracción a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o a la seguridad nacional;

84°. Que, junto con lo anterior, la obligación que se crea vulnera íntegra y flagrantemente el inciso tercero del artículo 1° del texto constitucional, al





000721

*setecientos Veintuno*

intervenir la autoridad administrativa en el autogobierno de todo proyecto educacional subvencionado, imponiéndole instrumentos jurídicos específicos, reduciendo a límites menores la potestad que permite a los particulares regular sus relaciones jurídicas, facultad que les permite originar su propio estatuto convencional, y que en este caso concreto se afecta severamente;

85°. Que, como ha declarado este Tribunal Constitucional, "tal principio de autonomía de la asociación correlativo a la subsidiariedad estatal, es de aplicación amplia, cubriendo entre muchos otros, a los establecimientos privados o particulares de enseñanza, sean o no subvencionados. Con dicha capacidad de regirse por sí mismos en lo docente o pedagógico, administrativo y económico, los establecimientos aludidos quedan habilitados por la Constitución para ejercer plenamente la libertad de enseñanza, sin intervención o injerencia indebida del Estado ni de terceros, los cuales son, en tal sentido, ajenos a ellos" (Rol N° 410, considerando 26°), aptitud jurídica que la disposición legal examinada en su constitucionalidad, no respeta, y ciertamente infringe;



86°. Que, en otro orden de cosas, y sin entrar al mérito de la ley, aspecto que no le corresponde al Tribunal Constitucional, estos sentenciadores pueden advertir situaciones que el legislador omitió o no tuvo a bien repararlas, y que dicen relación con la posibilidad de que estando inhabilitado el sostenedor subvencionado para arrendar un inmueble, celebre un contrato de comodato, y a la vez pueda contraer obligaciones como arrendatario mediante una convención privada, dando origen a lo que en doctrina civil se denomina "simulación relativa", esto es, que bajo la apariencia de un acto jurídico determinado, la verdad es que existe otro distinto; también puede ocurrir que esta disposición de



000722

*Setecientos Veintidos*

prohibición de arrendamiento, de lugar a situación de triangulaciones, en que una persona natural vinculada al proyecto educativo contrate el arrendamiento del inmueble y esa persona lo entregue en comodato al sostenedor;

87°. Que si con la prohibición que se impone al sostenedor, de celebrar contratos de arrendamiento sobre el inmueble que ocupará para desarrollar su proyecto educacional se quiere evitar toda posibilidad de mal uso de la subvención que recibe del Estado, la Ley Orgánica Constitucional General de Educación, y otros cuerpos legales, contienen instrumentos para evitar aquello, sin perjuicio de otras facultades que la administración del Estado tiene para fiscalizar el correcto uso de los fondos públicos entregados al sostenedor, a título de subvención;



88°. Que, por consiguiente, la imposición de la disposición de comprometer al educador, a tener el inmueble, como propietario o comodatario, es enteramente contraria a la Constitución, por las razones expuestas precedentemente;

**Artículo 3° Transitorio que vincula la transformación en personas jurídicas sin fines de lucro con la obligación de adquirir un inmueble**

89°. Que, en relación con el artículo 3° transitorio que obliga al sostenedor, junto con la transformación, en persona jurídica sin fines de lucro, adquirir el inmueble dentro del plazo de 3 años contado desde que haya obtenido su personalidad jurídica, obligación que conforme a su naturaleza restringe a límites menores el desempeño del sostenedor en su proyecto, crea una situación de inseguridad jurídica inadecuada a las limitaciones que la libertad de enseñanza impone en el artículo 19, N° 11°, de la Constitución Política de la República;



000723

*setecientos Veintitres*

90°. Que, a los sostenedores que actualmente ostentan tal calidad, se les otorguen plazos perentorios, es alterar, íntegra y completamente, el autogobierno que la Constitución, en su artículo 1°, dice amparar, mandato legal que se aleja totalmente de la autonomía de que deben gozar los denominados cuerpos intermedios;

91°. Que, en el caso de un proyecto educacional de cualquier nivel, la autonomía consiste en la libertad de autorregularse, y que en este ámbito se puede distinguir la autonomía académica, administrativa y económica definidas todas en el artículo 75 de la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza. La primera, está relacionada, en términos generales, con la facultad de desarrollar planes y programas, ejecutarlos, y evaluar sus resultados; contratar profesores, calificar su desempeño, y respetar la libertad de cátedra, entre otros. En el ámbito administrativo, resolver por el sostenedor el acto jurídico que sea posible para llevar a cabo el proyecto.



Que el Estado, a través de la Ley otorgue un tiempo perentorio para adecuarse de las condiciones bajo las cuales debe funcionar un establecimiento educacional, claramente es una intromisión inconstitucional en un cuerpo intermedio, porque no respeta lo establecido por la Carta Fundamental en el inciso tercero, de su artículo 1°;

**Artículo 4° Transitorio que permite arrendar a establecimientos existentes bajo condiciones referidas en dicha disposición**

92°. Que esta disposición transitoria consagra un sistema regulatorio que altera sustancialmente la pretensión de la Constitución de respetar el principio de subsidiariedad, al inmiscuirse en la forma jurídica que



000724

*setecientos veinticuatro*

el sostenedor debe adoptar en relación con el inmueble en que funcionará el colegio, liceo o escuela.

No se puede preterir que un ente educacional subvencionado es un grupo intermedio que como tal, y por mandato de la Constitución, puede exigir del Estado la obligación de promoverlo, respetarlo y garantizar su autonomía, situación que de la sola lectura de la disposición transitoria se colige que ello no ocurre. Verbigracia, fijar un máximo de renta mensual de arrendamiento y determinar las condiciones del contrato respecto a las mejoras, constituyen una clara contravención al principio de la autonomía de los cuerpos intermedios, que ampara y consagra la Ley Fundamental;

93°. Que "La autonomía de los cuerpos asociativos se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismos; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse, fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar, por sí mismos y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata" (STC Rol N° 184, considerando 7°).

La Ley General de Educación, como la Ley de Subvención Escolar Preferencial, imponen a los establecimientos educacionales subvencionados exigencias específicas, las que ponderadas razonablemente, se adecúan a los principios y garantía constitucional de autogobierno de los entes intermedios y de libertad de enseñanza respectivamente, lo que no ocurre con esta modificación legal, dado que las normas contenidas en ella afectan, en forma esencial, tanto la autonomía como la garantía constitucional referida;





000725

*setecientos veinticinco*

Artículo 5° Transitorio que impone condiciones a los sostenedores que al inicio del año escolar 2014, gestionen establecimientos educacionales con una matrícula no superior a 400 estudiantes considerando el total de establecimientos de su dependencia.

94°. Que el requerimiento de los senadores comparecientes ante este Tribunal Constitucional, impugna la constitucionalidad de esta disposición por carecer de justificación razonable, como fijar en 400 estudiantes el criterio que permite aplicar la segunda alternativa de regulación excepcional;

95°. Que, en efecto esta disposición 5° transitoria configura un régimen especial, aplicable a los sostenedores de establecimientos subvencionados que cuenten con una matrícula inferior a 400 alumnos al inicio del año escolar 2014, sistema de excepción que faculta al sostenedor para mantener el contrato de arrendamiento con una persona relacionada hasta por un plazo de 6 años, y vencido el referido plazo los sostenedores podrán celebrar "un contrato de uso de infraestructura para fines educacionales" del bien raíz en que funcione el establecimiento educacional, sujeto empero a ciertas reglas especificadas en la disposición;

96°. Que, efectivamente, lo primero que llama la atención es la cifra de 400 estudiantes con que debía contar el establecimiento al inicio del año escolar 2014. No se advierte en los fundamentos del proyecto un razonamiento que responda a un criterio objetivo la cifra en que se determina por la Ley la aplicación de este sistema al cual se puede acoger el sostenedor, situación que podría contravenir lo dispuesto en el artículo 19, N° 2°, inciso segundo, de la Constitución en el sentido que ni la Ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. Lo anterior, porque, tal como





000726

*setecientos Veintiseis*

lo expresan los requirentes en el libelo respectivo, podría ocurrir que el sostenedor de un establecimiento educacional que tuviere 401 alumnos quede al margen de la aplicación de este sistema;

97°. Que en cuanto al sistema que se crea para los sostenedores que cumplan el requisito mínimo de alumno para que tengan acceso a él, tal como los regímenes que se analizan precedentemente, desde la perspectiva de su adecuación a la Constitución, por las mismas razones aquí expuestas vulnera el texto de la Carta Fundamental, tanto en lo que se refiere a la autonomía de los grupos intermedios como a la libertad de enseñanza, particularmente cuando se crea un nuevo acto jurídico, cuya naturaleza pareciera ser un contrato de arrendamiento bajo el nombre "de contrato de uso de infraestructura para fines educacionales", dado que las instituciones del derecho son lo que son conforme a los elementos que las distinguen, y no se transforman en otra cosa por el cambio de nombre; el arrendamiento es un contrato que tiene dos elementos esenciales, el bien arrendado y el precio que se paga por ello, que si se paga periódicamente se llama renta. Por consiguiente, si el propietario de un bien inmueble se obliga a entregar el uso de éste a un sostenedor educacional, que es más bien el goce del mismo, estaremos frente a un contrato de arrendamiento, aunque esta disposición 5° transitoria hable de contrato de uso; distinta es la destinación exclusiva que se le da al inmueble y que no puede ser otra que su uso para fines educacionales;



98°. Que parece útil recordar que la libertad de enseñanza, en lo que respecta a los medios de apoyo de la función educacional, como ya se ha expresado supra, contiene necesariamente la existencia de un inmueble, cuyo título puede ser traslativo de dominio o de mera tenencia; que la libertad de enseñanza entonces comprende



000727

*setecientos Veintisiete*

, en este aspecto, el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual el sostenedor podrá celebrar los actos y contratos pertinentes para el mayor éxito del proyecto educacional que impulsa. Debido a ello, es que este régimen especial, aplicable a los sostenedores que tengan 400 o menos alumnos, infringe el principio de autonomía de la voluntad reseñada, y por ende, vulnera la libertad de enseñanza, puesto que lo contiene. De tal manera que, esta disposición 5° transitoria es con nitidez contraria a la Constitución Política, por no acatar lo dispuesto en el inciso tercero, del artículo 1° y en el numeral 11° de su artículo 19;

99°. Que adecuado es recordar que un proyecto educacional constituye una comunidad, integrada por profesores, administrativos, alumnos y apoderados, donde la participación es un elemento central en la sociedad democrática donde está inserta. Al regular, a través de sistemas restrictivos, la autonomía del órgano educacional, no sólo constriñe la participación comunitaria, si no que la inhibe y diluye al crear normas jurídicas de clara intervención estatal, y por ende contrarias a la subsidiariedad del Estado establecida en el Capítulo I de la Carta Fundamental.



Por consiguiente, la Ministra señora Marisol Peña Torres, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán, la Ministra señora María Luisa Brahm Barril y el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar, estuvieron por acoger el requerimiento también en esta parte, y declarar inconstitucionales el artículo 2°, N°5 letra e) y los artículos 3°, 4° y 5° transitorios del proyecto de ley, referidos a la prohibición de arrendar inmueble por parte del sostenedor, y que establece regímenes excepcionales.

**SE RESUELVE:**



000728

setecientos Veintiocho

1) Que se acoge el requerimiento de fojas uno, sólo en cuanto se declara inconstitucional aquella parte de la norma contenida en el artículo 1º, N° 7), letra c), del proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado (Boletín N° 9366-04), modificatoria del artículo 13 de la Ley General de Educación, y que señala: "Para estos efectos no se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en el numeral 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República", la que deberá eliminarse de su texto.



2) Que se rechaza el requerimiento de fojas uno en lo que se refiere a los artículos 2º, N° 5), letra f), y N° 6), y artículo vigesimosexto transitorio; artículo 1º, N° 9), letra b); artículo 2º, N° 1), letra a); artículo 2º, N° 5), letra a), y artículo segundo transitorio; artículo 2º, N° 3); artículo 2º, N° 7), letra a); artículo 2º, N° 5), letra e); artículos tercero transitorio, cuarto transitorio y quinto transitorio del proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado (Boletín N° 9366-04). Acordado el rechazo del requerimiento en este punto resolutivo, por haberse producido empate de votos, con el voto dirimente del Presidente del Tribunal, de acuerdo a lo dispuesto en la letra g) del artículo 8º de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

La Ministra señora Marisol Peña Torres, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán, la Ministra señora María Luisa Brahm y el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar previenen que



000729

*setecientos Veintinueve*

concurrerán a la decisión de acoger el requerimiento en lo que se refiere al artículo 1º, N° 7), letra c), del proyecto de ley, y que estuvieron por declarar inconstitucional, en los términos señalados por éste, aquella oración que señala *"Para estos efectos no se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en el numeral 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, sin perjuicio de lo establecido en la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza"*. Lo anterior por las razones adicionales que se consignan a continuación:

1º. Que estos previnientes coinciden plenamente con la opinión de la doctrina especializada, en cuanto a las nociones de limitación y restricción de derechos, pues *"en un sentido amplio, ambas expresiones (restricción y limitación) son sinónimas y comprenden los supuestos en que hay una intervención legislativa en el derecho fundamental que en alguna medida comprime o reduce sus posibilidades de ejercicio o disfrute. Pero en sentido estricto, la limitación puede aplicarse a los supuestos en que el legislador concretiza una barrera prefigurada u ordenada por la propia Constitución, tal como acabamos de ejemplificar (art. 9.2 LF o 57 CRVB). La restricción en sentido estricto es algo más que la limitación, ya que como el propio significado del verbo restringir lo sugiere, implica un mayor acortamiento o reducción del derecho, lo cual consistiría en que la injerencia legal adquiere carácter constitutivo o cuasi-constitutivo y no simplemente declarativo."* (Casal, Jesús María. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Editorial Legis, Venezuela, 2010, p. 58).

También suele decirse que, desde un punto de vista tradicional, las restricciones únicamente pueden emplearse para aludir a aquéllas que se conforman con la





000730  
setecientos treinta

Constitución. Desde una óptica más dinámica, suele privilegiarse la presunción de constitucionalidad de la ley que impone límites a los derechos fundamentales, salvo que haya sido declarada expresamente su inconstitucionalidad (Ob. cit., p. 45). En el fondo, y ya sea que se adopte una perspectiva tradicional o dinámica, la legitimidad de las restricciones a un derecho fundamental dependerá de que respeten el marco trazado por la Constitución respecto del derecho de que se trate, pues una conclusión contraria supondría subordinar la vigencia del principio de supremacía constitucional al ordenamiento jurídico derivado;



2°. Que, bajo los parámetros explicados, debe examinarse el artículo 1°, numeral 7), letra c), del proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos que reciben aportes del Estado, y que ha sido impugnado en estos autos.

La norma aludida señala: "Los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria en el ámbito educacional podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria establecida en la ley N° 20.609. Para estos efectos no se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en el numeral 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, sin perjuicio de lo establecido en la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza." (Énfasis agregado).

Efectivamente, la Ley N° 20.609 establece medidas contra la discriminación creando una acción especial que puede ser deducida por los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria (artículo 3°).



000731  
seiscientos treinta y uno

La discriminación arbitraria es definida por la ley referida en su artículo 2° como "toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República de Chile o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentre vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o la etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad." Agrega que: "Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público" para concluir señalando que: "Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima." (Énfasis agregado);



3°. Que, como puede observarse, lo que hace el precepto impugnado por los senadores requirentes es modificar la Ley N° 20.370, Ley General de Educación, en el sentido que una distinción, exclusión o restricción que, hasta hoy, se consideraba razonable o no arbitraria, por basarse en el ejercicio legítimo de la libertad de



000732

setecientos treinta y dos

enseñanza, permitiendo enervar la acción de no discriminación arbitraria, dejaría de serlo.

En consecuencia, cuando se deduzca una acción de no discriminación arbitraria, un establecimiento educacional, titular de la libertad de enseñanza, verá restringido o limitado el ejercicio de su derecho, pues, respecto de la acción contemplada en la Ley N° 20.609, esto es en forma temporal, no podrá invocarse su ejercicio legítimo, reduciendo su ámbito de acción. Bajo esta perspectiva, resulta evidente que la modificación incluida en el proyecto de ley analizado importa una restricción o limitación al ejercicio de la libertad de enseñanza dando respuesta a la primera de las interrogantes planteadas en el considerando 13° de la sentencia de autos;



4°. Que, sentado lo anterior, corresponde hacerse cargo de la segunda interrogante formulada por este sentenciador en el sentido de preguntarse si la restricción (o limitación) que el precepto impugnado del proyecto de ley impone al ejercicio de la libertad de enseñanza, tiene cobertura constitucional.

Al respecto, cabe recordar que "en la democracia constitucional, la regla sigue siendo la libertad y su limitación la excepción." (Casal, Ob. Cit., p. 32).

La aludida afirmación supone reconocer que "si un derecho está reconocido en la Constitución y ella misma lo configura o delimita, es difícil aceptar que uno de los poderes constituidos lo restrinja". En otras palabras, "de nada sirve que el constituyente haya sido generoso al plasmar derechos fundamentales, si lo que éstos prometen es recortado severamente por los poderes constituidos, hasta el punto de poner en duda su lealtad constitucional." (Casal. Ob. Cit., pp. 32-33).



000733

setecientos treinta y tres

Con todo, la propia Constitución puede abrir la puerta para que la ley limite los derechos por ella asegurados. Ello ocurre cuando la misma Carta efectúa una remisión al legislador en tal sentido a propósito de un derecho específico. Por ejemplo, cuando el artículo 19 N° 6° indica que "las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas." (Énfasis agregado). O bien, en el caso de una cláusula general contenida en la Constitución que permita al legislador limitar los derechos fundamentales. Ello ocurre, precisamente, en el artículo 19 N° 26°, cuando se permite que los preceptos legales "limiten" las garantías que ésta establece y en los casos en que ella lo autoriza. En este punto, sin embargo, el legislador está afecto a una doble prohibición: no puede afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio;



5°. Que, en el mismo sentido explicado, el profesor Humberto Nogueira, explica que: "La Constitución delimita y fija los límites de los derechos y posibilita la regulación de ellos a través de la ley, como lo establecen los artículos 63, 64 y 32 N° 6, sin que el legislador pueda afectar su contenido esencial, como lo establece el artículo 19 N° 26° de la Constitución." (Nogueira, Humberto: Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista Ius et Praxis, 11 (2): 15 - 64, 2005 p. 20). Agregando luego que: "La Constitución siempre prefigura el derecho y lo determina en su contenido esencial, pero en ciertas ocasiones no realiza su configuración, la cual deja en manos del legislador en los casos que ella expresamente autoriza." (Ob. cit. p. 21);



000734

*setecientos treinta y cuatro*

6°. Que, así, la posibilidad que se le reconoce al legislador para establecer limitaciones o restricciones a un derecho fundamental están estrechamente relacionadas con el contenido del derecho en su configuración constitucional. Y es que muchos derechos fundamentales son reconocidos en términos amplios como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la seguridad social y con el derecho de sindicarse (artículo 19 N°s 18° y 19° de la Carta Fundamental) sin que, además, estén afectos a límites específicos sino que sólo a la cláusula general de limitación contenida en el numeral 26° de la Constitución. Otros derechos, en cambio, aparecen prefigurados en su contenido esencial y alcances por la propia Ley Suprema;



7°. Que la libertad de enseñanza, consagrada en el artículo 19 N° 11° constitucional, se ubica precisamente en el grupo de aquellos derechos que han sido prefigurados por el Constituyente, determinando su contenido esencial, al señalar, en su inciso primero, que "incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales". Así lo reconoció la sentencia de este Tribunal recaída en el Rol N° 410 afirmando que "en las tres facultades nombradas se condensan, por consiguiente, los elementos definitorios e inafectables, que tal libertad abarca, de modo que el respeto y protección de ellos es lo que requiere siempre la Constitución." (Considerando 10°).

Además, esa norma constitucional precisa que "la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional." (Inciso segundo).

En consecuencia, si el Constituyente ha reconocido que la libertad de enseñanza no tiene más limitaciones que las por él mismo descritas, no puede el legislador legítimamente restringir su ejercicio si no es sobre la base de alguna de las limitaciones que expresa y



000735

Setecientos treinta y cinco

taxativamente el mismo ha fijado, las que además deben ser interpretadas restrictivamente dado su carácter excepcional. Como ha sentenciado esta Magistratura, "la locución "no tiene otras limitaciones que" las cuatro enunciadas, utilizada en él, demuestra que se trata de un listado cerrado o taxativo, inexedible mediante interpretaciones extensivas o analógicas, dado que los derechos fundamentales deben ser siempre respetados y promovidos, criterio de hermenéutica aún más inobjetable a la luz de los preceptos, ya insertados, y que obligan al Estado a financiar un sistema gratuito de enseñanza básica y media, como asimismo a fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles." (STC Rol N° 410, c. 13°).



En otros términos, en el caso de la libertad de enseñanza, la Constitución ha previsto y precisado de manera definitiva el derecho, determinando sus contenidos y sus contornos o fronteras (Nogueira: Ob. Cit. p. 24), las cuales no pueden ser alterados por el legislador sin afectar la esencia del derecho consistente, esencialmente, en abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales;

8°. Que, al analizar el artículo 1°, numeral 7), letra c), del proyecto de ley puede constatarse que la restricción que impone al ejercicio de la libertad de enseñanza, impidiendo esgrimirla para justificar la razonabilidad de una distinción que enerve la acción de no discriminación arbitraria, no encuentra asidero constitucional.

En primer término, porque el imperativo que pesa sobre los órganos del Estado de respetar y promover el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política), prohibiendo las discriminaciones o diferencias arbitrarias (artículo 19 N° 2°, de la misma Carta), no puede subordinar ipso iure la plena efectividad de otros derechos fundamentales



000736

setecientos treinta y seis

igualmente asegurados a todas las personas en el artículo 19 constitucional. Afirmar lo contrario importaría fomentar una interpretación que le asignara a ciertos derechos fundamentales una preeminencia jerárquica sobre otros sin que ello tenga asidero en la Ley Suprema, lo que esta Magistratura no puede compartir.

En segundo lugar, porque afirmar la primacía que el artículo impugnado propugna significa desconocer el contenido y alcance del artículo 1º, inciso primero, de la Constitución Política, en el cual la libertad e igualdad de las personas, como atributos que le son consustanciales, están situados en un mismo nivel de importancia.

En tercer lugar, porque impedir que el legítimo ejercicio de la libertad de enseñanza pueda ser esgrimido por un establecimiento educacional como justificación razonable de una discriminación que se le imputa no puede ser amparado ni en la moral, ni en el orden público, ni en las buenas costumbres y, aún menos, en la seguridad nacional, únicos límites -como se ha dicho- que justifican restringir legítimamente el ejercicio de la aludida libertad.

La única duda que podría caber frente a lo afirmado se refiere al concepto de "orden público", dada su particular indeterminación. En este sentido, útil resulta recordar lo expresado en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que entendió dicho concepto como el "conjunto de normas y maneras de ser de un pueblo que configura su naturaleza esencial y las cuales no pueden ser afectadas, porque de serlo, se estaría afectando la estructura fundamental de un pueblo." (Citado por García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo. "Diccionario Constitucional Chileno". Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 55, Santiago, 2014, p. 681).





000737

setecientos treinta y siete

En el caso del diseño constitucional chileno, ese conjunto de normas y maneras de ser que configuran la naturaleza esencial de nuestro pueblo están reflejadas, esencialmente, en aquellos preceptos de la Constitución que establecen la estructura básica de su organización y proyección de futuro. Se trata, especialmente, de las normas contenidas en el Capítulo I de la Carta Fundamental, donde el respeto y promoción a "todos" (y no sólo a algunos) los derechos que la Constitución reconoce y consagra ocupa un rol preeminente, no sólo como límite al Bien Común (artículo 1º, inciso cuarto) sino que, también, como límite al ejercicio de la soberanía (artículo 5º, inciso segundo).

Así, ni siquiera un límite tan amplio a la libertad de enseñanza como es el del orden público puede cobijar una interpretación que sacrifique un derecho en pos de otro.

En cuarto lugar, porque no puede desconocerse que, en casos concretos, puede presentarse una colisión entre el derecho a la igualdad ante la ley y la libertad de enseñanza, sobre todo, porque un ejercicio abusivo o irresponsable de las facultades de organizar o mantener establecimientos de enseñanza, puede importar efectivamente una discriminación arbitraria. Pero ello no puede llevar a priori a sacrificar un derecho en pos de otro por todas las razones que ya se han expresado. Más bien, lo que corresponde, en este caso, es privilegiar la justicia del caso concreto confiada institucionalmente a los tribunales de justicia. Tal como ha dicho el profesor Jesús María Casal, "si la Constitución coloca en un mismo rango un conjunto de bienes o intereses jurídicos el intérprete debe en principio tratarlos como tal, por lo que el punto de partida para el análisis es el igual valor de los bienes constitucionalmente amparados. No ha de seguirse, por tanto, la vía rápida, pero expuesta al error, de solventar la colisión mediante la





000738

setecientos treinta y ocho

identificación, en abstracto, del bien que ostente un valor más alto (...) A los jueces no se les pide que digan cuál de los bienes contrapuestos es más importante, sino que resuelvan un caso teniendo en cuenta las circunstancias que lo dotan de sentido." (Casal, Ob. cit., pp. 164-165);

9°. Que, con todo, es necesario hacerse cargo del planteamiento formulado por S.E. la Presidenta de la República, en el sentido que la norma impugnada no establecería una restricción total a la libertad de enseñanza, pues deja a salvo las tres causales establecidas en la Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza que fue incorporada al ordenamiento jurídico chileno mediante Decreto Supremo N° 764, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 4 de noviembre de 1971.



El artículo 2° de dicha Convención indica que no se considerarán como discriminaciones a efectos de la misma Convención:

a) "La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino (...).";

b) "La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos (...).";

c) "La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público (...).";



000739

setecientos treinta y nueve

10°. Que la circunstancia de que la restricción impuesta al ejercicio de la libertad de enseñanza deje a salvo algunos aspectos de la misma no desvirtúa los razonamientos contenidos en el considerando 8° de esta prevención. En efecto, el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política impone el deber a los órganos del Estado -incluido el legislador- de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana asegurados tanto por la Constitución como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. La pregunta es ¿qué hacer cuando un tratado vigente consagra un derecho fundamental pero en términos más reducidos o limitados que la propia Constitución? ¿Cuál debe prevalecer?.

La respuesta puede encontrarse en el principio hermenéutico "pro homine" o "favor libertatis", según el cual al interpretarse derechos fundamentales debe tenerse en cuenta la necesidad de privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en este sentido, que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo (limitar lo menos posible el ejercicio de un derecho fundamental) debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro legítimo del objetivo." (Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985. Caso "Colegiación Obligatoria de Periodistas.");

11°. Que, así, el juez constitucional debe optar por privilegiar el cabal ejercicio de la libertad de enseñanza en los términos garantizados por la Carta Fundamental, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de que, en un caso concreto, un ejercicio abusivo de esa





000740

*setecientos Cuarenta*

libertad en desmedro de la igualdad ante la ley pueda ser efectivamente corregido en sede judicial;

12°. Que, después de haberse comprobado que la restricción que el artículo 1° N° 7), letra c), del proyecto de ley impone no se enmarca dentro de los límites configurados en el artículo 19 N° 11° de la Constitución Política, sólo resta analizar la eventual vulneración de otros derechos fundamentales como los invocados en el requerimiento y en el escrito de adhesión al mismo;

13°. Que, desde esta perspectiva, quienes suscriben este voto concluirán que la imposición de un límite o restricción como la que se ha analizado importa una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley, garantizado en el numeral segundo del artículo 19 constitucional. Lo anterior, porque sin justificación razonable -como se ha demostrado- se impone un tratamiento diferenciado o discriminatorio a los titulares de la libertad de enseñanza frente a los titulares de otros derechos fundamentales como los asegurados en los numerales 4°, 6°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que sí pueden ser invocados como justificación razonable para enervar una acción de discriminación arbitraria de acuerdo con el artículo 2° de la Ley N° 20.609;

14°. Que, de la misma forma, el precepto impugnado del proyecto de ley transgrede el artículo 19 N° 3° de la Ley Suprema desde el momento en que limita -sin justificación razonable- el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos -o tutela judicial efectiva en la nomenclatura constitucional española- restringiendo las posibilidades de defensa de quien es demandado en el contexto de la Ley N° 20.609, pues siendo titular de la libertad de enseñanza no podrá





000741

setecientos Cuarenta y uno

invocar su ejercicio como justificación razonable de la discriminación arbitraria que se le imputa. En otros términos, se trata de una restricción o limitación que constriñe severamente el acceso a la jurisdicción;

15°. Que, finalmente, estos previnientes concluirán que la misma norma del proyecto que se ha venido analizando transgrede el límite que impone al legislador el artículo 19 N° 26° constitucional, pues la restricción que ella contempla afecta la esencia de la libertad de enseñanza que, como se señaló, alude a la libertad de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

Cabe recordar, en este sentido, que esta Magistratura conceptualizó lo que se entiende por "esencia" de un derecho en su sentencia Rol N° 43 ejerciendo el control preventivo obligatorio de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos. En dicha ocasión afirmó que "un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible." (Considerando 21°);

16°. Que, en consecuencia, cabe preguntarse, ¿qué ocurre cuando el titular de la libertad de enseñanza es demandado conforme a la Ley N° 20.609 y está impedido de desvirtuar esa imputación demostrando la razonabilidad de la forma como lleva adelante su emprendimiento educacional? ¿No se afecta acaso su libertad de organizar su establecimiento educacional en una forma compatible con los límites que establece el artículo 19 N° 11°? ¿Qué ocurre cuando ese sostenedor está impedido de demostrar, por ejemplo, que la expulsión del alumno que alega haber sido objeto de una discriminación arbitraria transgredió frontalmente las normas de disciplina del establecimiento con riesgo, incluso, para el resto de los educandos? ¿No





000742

setecientos Cuarenta y dos

tiene derecho acaso ese sostenedor a que el juez sopesa las circunstancias y lo absuelva?;

17°. Que, de esta forma, estos previnientes estuvieron por acoger el requerimiento de los senadores requirentes en lo que se refiere a la impugnación del artículo 1° N° 7), letra c), del proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, correspondiente al Boletín N° 9366-04, en la forma planteada por los senadores requirentes, y en base a las vulneraciones constitucionales que se han analizado y, porque, por muy legítimo que sea el objetivo que persigue el legislador, no se justifica restringir el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de enseñanza en términos generales y *a priori* lesionando uno de sus atributos esenciales.



Los Ministros señores los Ministros señores Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza previenen que concurren a la declaración de inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 1°, N° 7), letra c), del proyecto de ley, modificatorio del artículo 13 de la Ley General de Educación, en la parte que señala: "*Para estos efectos no se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en el numeral 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República*", teniendo además presentes las siguientes razones:

**A.- CONFLICTO CONSTITUCIONAL: PROHIBIR POR LEY EL ESTABLECIMIENTO DE UNA DIFERENCIA FUNDADA EN UNA LIBERTAD RECONOCIDA CONSTITUCIONALMENTE.**

1°. Que la impugnación de los requirentes reside en el hecho de que por ley se sustraiga "a uno de los



000743

*setecientos cuarenta y tres*

derechos fundamentales [libertad de enseñanza] como sustento de una decisión que se reputa discriminatoria, pero que, precisamente, por hallarse basada en ese derecho, adquiere razonabilidad, justicia y legitimidad" (fs. 72);

2°. Que esta impugnación abarca todo el artículo 1°, numeral 7°, literal c), del proyecto de ley que indica que "[L]os directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria en el ámbito educacional podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria establecida en la Ley N° 20.609. Para estos efectos no se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en el numeral 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, sin perjuicio de lo establecido en la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza";

**B.- LA NUEVA ACCIÓN ANTIDISCRIMINACIÓN EN LA ESFERA EDUCATIVA.**

3°. Que este proyecto de ley inserta una nueva acción antidiscriminatoria en el ámbito educativo al interior de los procedimientos de la Ley N° 20.609, sobre antidiscriminación. Por tanto, hay cuatro ámbitos en esta norma de los cuales sólo tres constituyen una innovación. Primero, la creación de la acción misma. Segundo, la limitación de sostener diferencias apelando a la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 19, N° 11°, de la Constitución. En esta línea hay que precisar que la propia Ley N° 20.609 ya incorporaba esta materia al disponer en el inciso tercero de su artículo 2° que "[S]e considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en





000744

*setecientos cuarenta y cuatro*

los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima." Por tanto, el proyecto de ley priva de la consideración como fundamento razonable de distinción la invocación al artículo 19, N° 11°, de la Constitución. En tercer término, el proyecto incluye una excepción que admite diferencias razonables según se determine en la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza. Y, cuarto, al insertar esta acción "en la Ley N° 20.609", importa que los elementos procesales y orgánicos se dan en el marco de esta ley y con las formas y limitaciones que ésta tiene;



4°. Que del contraste entre la impugnación que origina el conflicto constitucional y la nueva norma del proyecto de ley, resulta evidente que sólo uno de los aspectos del proyecto aparece cuestionado, a saber, la limitación de fundar diferencias en un derecho constitucional. Si se trata de un reproche que apela a reglas de argumentación, es concluyente la ausencia de ella aplicable a todo el artículo y sólo le cabe a esta Magistratura, en un ejercicio interpretativo ponderado, limitar su estudio a la siguiente frase del artículo 1°, numeral 7), literal c), del proyecto de ley: "Para estos efectos no se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en el numeral 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República,";

**C.- LA LIMITACIÓN INTERPRETATIVA POR LEY GENERA UN PROBLEMA PROCESAL CON EL RECURSO DE PROTECCIÓN.**

5°. Que el ejercicio de la acción antidiscriminación ante el juez de letras del domicilio de quien interpone la acción o del que genera la acción u omisión causante de la discriminación, no implica que sea



000745

*setecientos cuarenta y cinco*

la única vía para reaccionar por este tipo de infracciones (artículo 3° de la Ley N° 20.609). La propia ley reconoce algo evidente, que es que la interposición y la admisibilidad del Recurso de Protección deriva en la inadmisión a trámite de la acción antidiscriminación (artículo 6°, literal a), de la Ley N° 20.609). Por tanto, el alcance de la restricción prohibitiva mediante ley de una invocación constitucional tiene efectos temporales limitados. En este sentido, la acción antidiscriminatoria resulta ser una especie de acción subsidiaria, en la medida que no se hayan ejercido recursos constitucionales o legales prioritarios o cuando los plazos de éstos para invocarlos estén vencidos. Por tanto, se podría advertir que el ejercicio de esta acción es parcialmente y no totalmente incompatible con, entre otros, el Recurso de Protección;

6°. Que, en esta perspectiva, resulta fundamental recordar que "[e]l que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números (...) 11°, (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes" (artículo 20 de la Constitución). En este sentido, el proyecto de ley implicaría que dentro de un lapso de tiempo (30 días, según el auto acordado del Recurso de Protección) una hipotética discriminación denunciada puede argumentarse como "diferencia razonable" en el ejercicio legítimo del artículo 19, N° 11°, de la Constitución. Transcurrido el plazo, tal posible argumentación desaparecería por





000746

*setecientos Cuarenta y seis*

decisión del legislador, limitando al juez de letras para no aceptar la acción ejercida;

**D.- LA PROHIBICIÓN PLANTEADA USA UNA TÉCNICA LEGISLATIVA QUE LIMITA UN CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE UN DERECHO.**

7°. Que el legislador en esta oportunidad opera en un sentido inverso al definido en la Ley N° 20.609. En este último caso, adoptó el criterio de determinar qué se entiende por "discriminación arbitraria" apelando a la interdicción de las distinciones, exclusiones o restricciones "cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad" (artículo 2°, inciso primero, de la Ley N° 20.609). Admitió como razonable, sin embargo, toda diferenciación sostenida o justificada "en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima" (artículo 2°, inciso tercero, de la Ley N° 20.609);

8°. Que, como se advierte, en el proyecto de ley impugnado la lógica es la inversa al privar de justificación la invocación de la libertad de enseñanza como fuente de discriminación, con la salvedad de aquellas autorizadas excepcionalmente por la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza. Una norma como la proyectada interpreta la Constitución, en el sentido que siempre la invocación del numeral 11° del artículo 19 será





000747

*setecientos Cuarenta y siete*

discriminatoria o una categoría sospechosa. Entonces, ¿es ley interpretativa constitucional?, ¿cumplió con sus quórum y control preventivo obligatorio para ello? Y si no se trata de una ley interpretativa, sino que su contenido simplemente limita el ejercicio de un derecho constitucional, ¿estamos, entonces, en un sistema constitucional con supremacía de la Constitución o supremacía de la ley?;

9°. Que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución tienen un contenido constitucionalmente protegido, en una perspectiva abstracta, con todo su programa normativo explícito e implícito. Lo anterior implica que el desarrollo del derecho y sus concreciones exigen un grado variable de intervención del legislador para la realización de su ámbito protegido. La libertad de enseñanza es uno de aquellos derechos que tienen tal carácter, con contenidos constitucionalmente explícitos y con desarrollos normativos que lo regulan (STC 2731). Por supuesto que los derechos y libertades no son ilimitados y son los conflictos constitucionales y legales los que revelan ese programa normativo que se actualiza frente a un problema. Normalmente, el límite se revelará ex post, esto es, una vez que cristaliza un conflicto y se advierte hasta dónde alcanza el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho y cómo, habitualmente, mediante un ejercicio ponderativo se determinará el peso relativo mayor de un derecho o regla sobre otra. Por lo mismo, los derechos y libertades tienen la máxima extensión prima facie para que el ejercicio de delimitación y limitación tenga presente toda la fuerza de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que se han dictado conforme a ella y estén vigentes en Chile. De esta manera, el modo en que el legislador limita ex ante, con antelación, ciertas interpretaciones fundadas en un

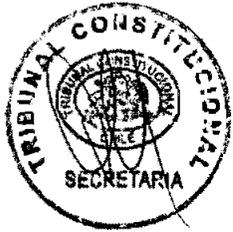




000748

*setecientos Cuarenta y ocho*

derecho constitucional constituye una técnica que cercena contenidos constitucionalmente protegidos de un derecho que desconocemos en toda su proyección. La única forma de saber si la invocación concreta del numeral 11° del artículo 19 de la Constitución es discriminatoria o no, es sometiéndola a un test de razonabilidad concreta. Por ende, esa implícita presunción de derecho sobre la que reposaría la norma proyectada, en el sentido de que su invocación siempre será discriminatoria o -lo que es lo mismo- nunca será razonable, configura una petición de principios y es por ende ilógica. El hecho de que se hayan fundado discriminaciones inaceptables en la libertad de enseñanza en el pasado no puede llevar a privar de razonabilidad de raíz a todas las interpretaciones correctas sobre la misma libertad. Esta cuestión es especialmente sensible en la evolución del juicio de igualdad. Cuestiones estimadas aceptables en el pasado, hoy son reprochadas por ser imposiciones de mayorías sobre minorías que construyeron aislamiento y segregación para colectivos minoritarios;



**E.- LAS DISTINCIONES DE LA CONVENCIÓN NO SON INCOMPATIBLES CON LA CONSTITUCIÓN.**

10°. Que, a mayor abundamiento, el proyecto de ley refiere a algunas especiales distinciones que son admisibles, así como delimita aquellas inaceptables. Es así como queda claramente reflejado en los artículos 1° y 2° de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de la UNESCO, de 1960, ratificada por Chile y publicada el 30 noviembre de 1971, por Decreto N° 764, del Presidente Salvador Allende:

**"Artículo 1:**

1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión,



000749

setecientos Cuarenta, nueve

limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:

a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;

b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;

c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o

d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

2. A los efectos de la presente Convención, la palabra "enseñanza" se refiere a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da.

Artículo 2°:

En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

a. La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un





000750

*setecientos cincuenta*

personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes;

b. La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia a esos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado, particularmente para la enseñanza del mismo grado;

c. La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado.";

11°. Que una expresión descriptiva y no analítica de estas normas (cuestión que excede esta sentencia) verificaría que ninguno de estos contenidos es incompatible con lo dispuesto por la Constitución, en su artículo 19, N°s 2°, 10° y 11°. Siendo parte potencial de su programa normativo, puede ser desarrollado en este y otros puntos, según ya veremos;

**F.- EL "EJERCICIO LEGÍTIMO" DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EXCLUYE LAS DISCRIMINACIONES DENUNCIADAS.**





000751

*Setecientos cincuenta y uno*

12°. Que la Ley N° 20.609 está estructurada en torno a erradicar las discriminaciones arbitrarias. Sin embargo, por el hecho de que la Constitución en su artículo 19, numeral 2°, autoriza las distinciones razonables y no arbitrarias, no es posible excluir toda distinción, diferencia o exclusión en la medida que sea constitucionalmente legítima. En tal sentido, la Ley N° 20.609 hace hincapié en que puede ser fuente de justificación de diferencia aquella derivada del "ejercicio legítimo de un derecho constitucional". Por lo mismo, cabe detenernos en el hecho de que un ejercicio legítimo de un derecho es aquel que se desarrolla de buena fe y que protege la honesta conducta que se ejecuta de conformidad a la finalidad del derecho o libertad. Normalmente, las distinciones en la esfera educativa que se estiman inaceptables van contra la ley o contra los contenidos constitucionalmente compatibles con esa libertad. La determinación definitiva de esta legitimidad reside en sede judicial, utilizando el mismo concepto, sea que se interponga el Recurso de Protección o la acción de antidiscriminación. Por tanto, en último término se está limitando la función jurisdiccional de resolver los conflictos entre derechos;



**G.- LA PROHIBICIÓN DE INVOCAR EL ARTÍCULO 19, N° 11°, DE LA CONSTITUCIÓN ES CONTRARIA A LOS CONTENIDOS QUE EL PROPIO PROYECTO DE LEY QUIERE PRESERVAR.**

13°. Que no es posible aislar un supuesto efecto inconstitucional de ciertas interpretaciones incompatibles con la igualdad y a la vez promover todos los contenidos de los derechos constitucionales del artículo 19, numerales 10° y 11°, de la Constitución. Lo anterior, porque esta Magistratura ha especificado recientemente el estrecho vínculo que existe entre los numerales 10° y 11° del artículo 19 de la Constitución (STC 2731). Por tanto, es perfectamente plausible que

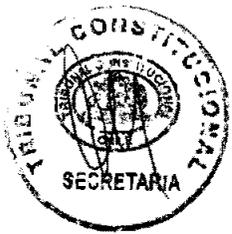


000752

*setecientos cincuenta y dos*

puedan existir conductas que discriminen en el ejercicio de ambos derechos y respecto de los cuales deben existir abiertas las garantías para su invocación y defensa. Por de pronto, tal hecho no es ninguna novedad. El propio Recurso de Protección cautela en exclusiva la libertad de enseñanza y no el derecho a la educación. Sin embargo, los tribunales no han tenido dificultad en verificar los puentes entre ambos derechos y terminar protegiendo contenidos que parecen, a primera vista, propios del derecho a la educación;

14°. Que, aun más sensible que esto, es que la libertad de enseñanza tiene titularidades muy diversas desde los establecimientos educacionales en general hasta los propios padres. Una de las libertades que este proyecto de ley cautela con especial intensidad es que "los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos" (artículo 19, numeral 11°, inciso cuarto, de la Constitución). En desarrollo de esta libertad, el proyecto configura reglas que promueven una desaparición temporal, por ciclos y territorialmente gradual, de la selección en los procesos de admisión a los establecimientos educacionales. Por tanto, durante un conjunto importante de años pervivirán modalidades diversas de selección y no selección y en ellas es plausible que haya padres que invoquen los derechos que hacen al conjunto de sus preferencias y opciones educativas. Pero, incluso, estando el proceso de no selección en régimen es completamente necesario proteger esta libertad frente a un conjunto de prácticas que podrían desvirtuar el ejercicio de estas preferencias de los padres o tutores, sean de origen estatal o privado. Recuérdese que el propio proyecto de ley permite la existencia de establecimientos educacionales cuyos proyectos educativos tengan por objeto principal desarrollar aptitudes que requieran una especialización





000753

setecientos cincuenta y tres

temprana o que sean de especial o alta exigencia académica y que determinan reglas y cuotas diferentes para la admisión. Por tanto, privarles de invocar esta libertad perjudica a todas las titularidades presentes en ese artículo, siendo incompatible con los criterios, valores y bienes jurídicos que quiere promover el propio legislador;

15°. Que, en consecuencia, cabe acoger parcialmente la declaración de inconstitucionalidad sólo en la parte del proyecto de ley que indica la frase del artículo 1°, numeral 7) literal c): "*Para estos efectos no se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en el numeral 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República*".

Lo anterior, por todos los fundamentos antes verificados en infracción del artículo 19, numerales 2°, 10° y 11°, de la Constitución.

El acogimiento de la impugnación formulada en contra de la disposición contenida en el artículo 1°, N° 7), letra c), del proyecto de ley bajo examen fue acordado con el voto en contra de los ministros señores Carlos Carmona Santander, Francisco Fernández Fredes y Nelson Pozo Silva, quienes lo sustentaron en las siguientes consideraciones:

1°. En opinión de estos disidentes, las facultades que confiere al sostenedor la libertad de enseñanza en orden a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, no puede servir de cobertura legítima para amparar discriminaciones arbitrarias como las contempladas en el artículo 2° de la Ley N° 20.609, toda vez que ello importaría el atropello de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado, como es el





000754

*Ciento cincuenta y cuatro*

de no ser discriminado arbitrariamente (numeral 2° del artículo 19 constitucional).

2°. En congruencia con lo anterior, el propio constituyente ha contemplado, en el párrafo segundo del numeral 11° del artículo 19 de la Carta Fundamental, el respeto al orden público como una limitación de la libertad de enseñanza y a los suscriptores de este voto no les caben dudas acerca de que la observancia de los derechos fundamentales como el de igualdad constituye una cuestión de orden público.

3°. A mayor abundamiento, la norma cuestionada, al prohibir que se invoque la libertad de enseñanza como motivo de discriminación razonable, no viene a ser sino el corolario lógico de la abolición de la selección en los establecimientos educacionales, establecida en este mismo proyecto, pues si se permitiera excluir alumnos o postulantes con fundamento en la libertad de enseñanza, se tornaría nugatoria o ineficaz la supresión de la selección de educandos.

4°. Por último, la disposición que la mayoría objeta no viene a ser sino una modificación del inciso tercero del artículo 2° de la Ley N° 20.609, lo que innegablemente le está permitido al legislador, toda vez que ello no entraña la inobservancia de norma constitucional alguna sino, por el contrario, la forma idónea para asegurar la prevalencia de un derecho fundamental.

Redactó la sentencia la Ministra señora Marisol Peña Torres, en tanto que las prevenciones, la disidencia, así como los votos de empate por acoger y por rechazar, fueron redactados por sus respectivos autores.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2787-15-CPT.





000755

setecientos cincuenta y cinco

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

Cermeño

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*



Letelier A

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por los Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm y señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

*[Handwritten signature]*