



Jardines Infantiles: Libertad de Asociación y Lucro

Especialmente relevante resulta la prevención de cuatro ministros que forman parte de la mayoría -Aróstica, Brahm, Letelier y Bronfman (suplente)-, quienes dejan consagrado un razonamiento poderoso para el futuro: constreñir los aportes del Estado sólo a personas jurídicas sin fines de lucro es una limitación que excede el marco constitucional referente a las limitaciones a la libertad de enseñanza.

A comienzos del pasado mes -y sólo un día después de emitir su fallo STC Rol N° 2787-15 que acogió parcialmente el requerimiento parlamentario contra la reforma educacional¹- el Tribunal Constitucional (TC) mediante STC Rol N° 2779-15, se pronunció en sede de control preventivo obligatorio respecto del proyecto de ley que crea la autorización de funcionamiento de jardines infantiles otorgada por el Ministerio de Educación y modifica otros cuerpos legales que indica (Boletín N° 8859-04; hoy Ley N° 20.832).

La sentencia es interesante dado que, si bien por una cuestión de forma -haberse aprobado la norma pertinente por un quórum menor al exigido para las leyes orgánicas constitucionales- se declara inconstitucional la regla que establecía que para recibir aportes regulares del Estado, dichas instituciones educacionales deberán “ser personas jurídicas sin fines de lucro y”¹. El resultado práctico es que, a diferencia de lo establecido en la sentencia sobre la reforma educacional, en este ámbito el lucro y la libertad de asociación en sentido amplio sí son permitidas, ajustándose la Carta Fundamental. Con todo, en voto de prevención (al interior de la mayoría), los ministros Aróstica, Brahm, Letelier y Bronfman (suplente) sostuvieron que constreñir los aportes del Estado sólo a personas jurídicas sin fines de lucro es una limitación que excede el marco constitucional referente a las limitaciones a la libertad de enseñanza, limitaciones entre las cuales no se subsume ni se divisa que se pueda hacer el que una persona organizada como persona jurídica sin fines de lucro, atente contra la moral, las buenas costumbres, el orden público y contra la seguridad nacional. Se trata no sólo de una interpretación constitucional conforme a la actual Carta, sino una coherente con una sociedad libre y plural que hace posible fórmulas más amplias de libertad de asociación en materia educacional.

Ya en la sesión del Senado de fecha 6 de enero, cuando el senador señor Allamand, antes de la votación de las enmiendas introducidas en segundo trámite constitucional al inciso segundo del artículo 2º del proyecto, hizo reserva expresa de constitucionalidad, en el sentido de que esta disposición debía ser aprobada con quórum de ley orgánica constitucional.

1. Control preventivo obligatorio de constitucionalidad

El artículo 93º de la Constitución Política de la República (CPR), en su inciso primero, establece en su numeral primero que es atribución del Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación. Desde el punto de vista procedimental, el inciso segundo de la referida norma establece que la Cámara de origen, enviará al TC el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso.

2. La sentencia

En lo sustantivo comienza la mayoría -compuesta por los ministros Peña, Aróstica, Romero, Brahm, Letelier y Bronfman (suplente)- sosteniendo que, durante el debate parlamentario, se plantearon cuestiones de constitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 2º del proyecto de ley, por lo que, siguiendo la doctrina sentada en sentencia Rol N° 2755, entre otras, este Tribunal examinará si ellas revisten o no naturaleza orgánica constitucional y, en caso de que así fuere, si se trata de disposiciones compatibles con la Constitución (considerando 10º).

La cuestión de constitucionalidad se suscitó durante la discusión del proyecto. Ya en la sesión del Senado de fecha 6 de enero, cuando el senador señor Allamand, antes de la votación de las enmiendas introducidas en segundo trámite constitucional al inciso segundo del artículo 2º del proyecto, hizo reserva expresa de constitucionalidad, en el sentido de que esta disposición debía ser aprobada con quórum de ley orgánica constitucional. Lo anterior fue fundamentado, básicamente, en el hecho de que el nuevo inciso propuesto implicaba una exigencia adicional para el sostenedor de estar constituido como persona jurídica sin fines de lucro, lo que, sostuvo, guarda relación con el artículo 46 de la Ley General de Educación, D.F.L. N° 2, del Ministerio de Educación, de 2010, por lo que, tratándose de disposiciones que modifican leyes orgánicas constitucionales tienen el mismo carácter. El senador señor Coloma realiza idéntica reserva (considerando 12º).

Prosigue la sentencia sosteniendo que, para esclarecer si la disposición aludida precedentemente (en particular la frase “ser personas jurídicas sin fines de lucro y”) reviste o no un carácter orgánico constitucional en razón de si constituye o no un requisito para el reconocimiento oficial,



Para la mayoría, resulta indiscutible que exigir al sostenedor de un establecimiento de educación parvularia constituirse como persona jurídica sin fines de lucro para poder recibir aportes regulares del Estado constituye una innovación que restringe el alcance de la noción de reconocimiento oficial y, por ende, afecta los requisitos para su obtención.

debe dilucidarse, previamente, la noción de “reconocimiento oficial” (considerando 14°). Así, para verificar si se establece un nuevo requisito para el reconocimiento oficial, noción sustantiva que va más allá de un carácter meramente formal, resulta necesario aludir a aquel derecho cuyo ejercicio se entiende vinculado al concepto de “reconocimiento oficial”, al punto de formar parte de éste (considerando 14°). Si se considera, como es el caso a juicio del Tribunal, que el beneficio de la subvención es un tipo de “aporte regular del Estado”, el establecimiento de un nuevo requisito para esto último constituye, en último término, la consagración de una limitación o requisito para el ejercicio de un derecho que define, en parte, lo que es el reconocimiento oficial y, por consiguiente, regula una materia propia de ley orgánica constitucional (considerando 15°).

Para la mayoría, resulta indiscutible que exigir al sostenedor de un establecimiento de educación parvularia constituirse como persona jurídica sin fines de lucro para poder recibir aportes regulares del Estado para su operación y funcionamiento (tal como se aprecia de la disposición bajo análisis) constituye una innovación que restringe el alcance de la noción de reconocimiento oficial y, por ende, afecta los requisitos para su obtención (considerando 16°). Asimismo, una restricción o requisito limitativo al ejercicio de un derecho que define y le da contenido a la noción de reconocimiento oficial deviene, por lógica, en el establecimiento de un nuevo requisito para el reconocimiento oficial, lo cual es una materia propia de ley orgánica constitucional en virtud de la última oración del inciso quinto del N° 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Dado lo anterior, la frase “ser personas jurídicas sin fines de lucro y” constituye un nuevo o innovador requisito al reconocimiento oficial y, por ende, es una disposición de naturaleza orgánica constitucional que requiere ser controlada en su constitucionalidad por este Tribunal (considerando 17°).

Adicionalmente, sostienen, precisando el sentido de un precedente anterior (STC Rol N° 771), que las normas que determinen y regulan la subvención serán o no materia de ley orgánica constitucional según si otorgan derechos (ampliando las posibilidades de ejercer el derecho a impetrar la subvención) o, por el contrario, si los preceptos restringen o limitan el ejercicio de dicho derecho. La disposición del proyecto objeto del presente análisis es de aquellas que reducen el ejercicio de derechos que, como se ha manifestado con anterioridad, constituyen un rasgo que define la noción misma de “reconocimiento oficial” (considerando 19°).

Los Ministros Aróstica, Brahm, Letelier y Bronfman (suplente) estuvieron, además, por declarar materia de ley orgánica e inconstitucional todo el inciso segundo del artículo 2° del proyecto, destacando dos argumentos sustantivos.

Concluye su razonamiento la mayoría estableciendo que al tratarse la frase “ser personas jurídicas sin fines de lucro y” del inciso segundo del artículo 2° del proyecto de ley analizado un nuevo requisito al reconocimiento oficial y, por lo tanto, una disposición de naturaleza orgánica constitucional que debe ser controlada en su constitucionalidad por este Tribunal, cabe verificar, como cuestión determinante, si en el proceso legislativo se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 66, inciso segundo, de la Constitución, esto es, que este tipo de normas requerirán para su aprobación, modificación o derogación de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio” (considerando 20°). Ello no sucede -al haber sido aprobada en el Senado con el voto favorable de sólo 19 de 38 senadores-, infringiéndose lo prescrito en la norma constitucional referida (considerando 21°). Habiéndose declarado la inconstitucionalidad de la frase analizada por el vicio formal constatado, y sin perjuicio de lo manifestado en la prevención correspondiente -que se analiza a continuación-, el Tribunal -siguiendo el criterio sentado, entre otros, en sentencia Rol N° 534 de 2006- no entra a examinar otros posibles vicios de constitucionalidad (considerando 22°).

Por otra parte, los Ministros Aróstica, Brahm, Letelier y Bronfman (suplente) estuvieron, además, por declarar materia de ley orgánica e inconstitucional todo el inciso segundo del artículo 2° del proyecto, destacando dos argumentos sustantivos. Primero, al tratarse de una modificación a la Ley General de Educación, al requerir que el sostenedor de un establecimiento de educación parvularia para obtener aportes del Estado debe estar organizado como persona jurídica sin fines de lucro, lo que limita por exclusión a otras personas para obtener fondos públicos (1°). Asimismo, sostienen que constreñir los aportes del Estado sólo a personas jurídicas sin fines de lucro es una limitación que pugna con lo establecido en la norma establecida precedentemente y que excede el marco constitucional referente a las limitaciones a la libertad de enseñanza, limitaciones entre las cuales no se subsume ni se divisa que se pueda hacer el que una persona organizada como persona jurídica sin fines de lucro, atente contra la moral, las buenas costumbres, el orden público y contra la seguridad nacional (2°).

3. Disidencia

La sentencia, respecto de esta materia, fue acordada con el voto en contra de los ministros Carmona y Fernández, quienes discreparon de que la frase declarada inconstitucional fuera materia propia de la ley orgánica constitucional aludida en el artículo 19, N° 11° de la Constitución, pues compromete el reconocimiento oficial, sobre la base



Sostienen los disidentes que la actividad que llevan a cabo los jardines infantiles no está sujeta a niveles de formalización equivalentes a los de un establecimiento educacional básico o medio.

de tres argumentos.

En primer lugar, señalaron que, en la actualidad, el servicio de jardines infantiles lo brindan tres grandes prestadores: la JUNJI (Junta Nacional de Jardines Infantiles); Integra, que es una fundación de derecho privado sin fines de lucro, que recibe financiamiento estatal; y, por último, terceros privados, que reciben aportes y transferencias.

Desde el año 2010, la Ley de Presupuestos de ese año (Ley N° 20.407), reiterada en las leyes de Presupuestos de los años siguientes, permite que la JUNJI transfiera recursos a jardines privados, siempre que sean entidades privadas sin fines de lucro y mantengan convenios de transferencia con ella. Hasta este momento, entonces, sostienen los disidentes, esta exigencia está consagrada en una normativa legal de rango común: la ley de Presupuestos (2°).

En segundo lugar, sostienen los disidentes que la actividad que llevan a cabo los jardines infantiles no está sujeta a niveles de formalización equivalentes a los de un establecimiento educacional básico o medio. En efecto, por una parte, voluntariamente los establecimientos pueden obtener el reconocimiento oficial si desean recibir subvención. Por la otra, se encuentra el empadronamiento que otorga la JUNJI, que es voluntario y sólo para efectos de la regulación del Código del Trabajo. El proyecto avanza en esa línea, porque exige que todos los establecimientos de educación parvularia cuenten con la autorización del Ministerio de Educación para funcionar.

Así, el proyecto distinguiría para los disidentes tres cosas diferentes: (i) establece esta autorización de funcionamiento para establecimientos de educación parvularia. En esto el proyecto innova, porque esta autorización antes no existía; (ii) alude al reconocimiento oficial, que se encuentra regulado en la Ley General de Educación; y (iii) el proyecto se refiere a los requisitos que debe cumplir un establecimiento de educación parvularia para recibir aportes regulares del Estado. Éste se encuentra regulado actualmente en la Ley de Presupuestos de cada año y en una norma administrativa. El proyecto hace de esta regulación algo permanente. Estos requisitos son dos: ser persona jurídica sin fines de lucro y contar con el reconocimiento oficial (3°).



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

A diferencia de lo establecido en la sentencia sobre la reforma educacional, en materia de jardines infantiles fórmulas más amplias de libertad de asociación, incluyendo la posibilidad de lucro, no sólo quedan permitidas, sino que pasan a ser una lectura correcta del mandato de la Carta Fundamental en materia de libertad de enseñanza.

No es, entonces, para obtener el reconocimiento oficial ni la autorización de funcionamiento que se exige ser persona jurídica sin fines de lucro, sostienen los disidentes: de una parte, porque el texto expresamente dice que es “para recibir aportes regulares del Estado”; de la otra, porque la norma establece dos requisitos para obtener esos aportes: tener el reconocimiento oficial y ser persona jurídica sin fines de lucro. Es decir, el propio precepto distingue ambos elementos, no cabe confundirlos. Lo que es propio de ley orgánica, de acuerdo al artículo 19, N° 11°, de la Constitución, son los requisitos para el reconocimiento oficial (4°).

Finalmente, en tercer lugar, así también lo ha entendido esta Magistratura, que ha distinguido entre los requisitos para obtener el reconocimiento oficial, y los requisitos para obtener la subvención. Citando precedentes anteriores se busca establecer la distinción entre normas que fijan el monto, clases y requisitos para impetrar la subvención, y otra vinculada al reconocimiento oficial.

Así, la determinación y la regulación de la subvención no es una materia que el artículo 19, N° 11°, de la Constitución reserve a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, y por lo demás, también citando un precedente del Tribunal, sostiene que las subvenciones son propias de la actividad de fomento, la que se encuentra regulada en el artículo 19, N° 22°, de la Constitución. Esa normativa permite que el Estado pueda establecer beneficios o gravámenes. Dichos beneficios pueden ser directos, si se transfieren recursos al beneficiario para financiar una actividad que se estima de interés público; o beneficios indirectos o franquicias, en que el Estado se priva de ingresos posibles. En este mismo fallo, el Tribunal sostuvo que al otorgar los beneficios directos, los que podían consistir en subvenciones, subsidios, crédito público, el legislador podía perfectamente establecer condiciones o requisitos para su obtención o mantención (5°).

4. Conclusión

A diferencia de lo establecido en la sentencia sobre la reforma educacional, en materia de jardines infantiles fórmulas más amplias de libertad de asociación, incluyendo la posibilidad de lucro, no sólo quedan permitidas, sino que pasan a ser una lectura correcta del mandato de la Carta Fundamental en materia de libertad de enseñanza. Especialmente relevante resulta entonces la prevención de cuatro ministros que forman parte de la mayoría -Aróstica, Brahm, Letelier y Bronfman (suplente)-, quienes dejan consagrado un razonamiento poderoso para el futuro:



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

FICHA*:

Rol N° 2779-15, de 30 de marzo de 2015. Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristián Letelier Aguilar y el Suplente de ministro señor Alan Bronfman Vargas.

constreñir los aportes del Estado sólo a personas jurídicas sin fines de lucro es una limitación que excede el marco constitucional referente a las limitaciones a la libertad de enseñanza, limitaciones entre las cuales no se subsume ni se divisa que se pueda hacer el que una persona organizada como persona jurídica sin fines de lucro, atente contra la moral, las buenas costumbres, el orden público y contra la seguridad nacional.

¹ Ver *Fallos Públicos* N° 56: “Reforma Educacional: Control de constitucionalidad o reforma constitucional?”. Disponible en línea en: <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/05/FP-56-Reforma-Educacional-Control-de-Constitucionalidad-o-Reforma-Constitucional-Abril2015.pdf>

² El texto de la mencionada disposición es el siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para recibir aportes regulares del Estado para su operación y funcionamiento deberán ser personas jurídicas sin fines de lucro y contar con el reconocimiento oficial a que se refiere el artículo 46 del decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio de Educación, promulgado el año 2009 y publicado el año 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 20.370, en los términos previstos en el artículo decimoquinto transitorio de la ley N° 20.529”.