



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.186

28 de noviembre 2014

ISSN 0717-1528

INFRACCIONES CONSTITUCIONALES DE LA REFORMA EDUCACIONAL

- Advertimos cuatro infracciones precisas y graves a la Carta Fundamental en dicho proyecto, las que dicen relación con la naturaleza del sostenedor; las condiciones de acceso a la subvención; excepciones discriminatorias en materia de admisión; y restricciones a la apertura de establecimiento educacionales.
- Desatender estas prevenciones y no resolverlas adecuadamente en el plano legislativo, podría tener como consecuencia, no sólo la declaración de inconstitucionalidad por parte del TC en sede de control preventivo, sino ser parte de un proceso de judicialización masiva posterior.

MÁS INFORMACIÓN:

http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1180proyectoeducaci%C3%93ntraslac%C3%81mararccll71.pdf

http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1177indicacionesdelejecutivo_mpa_jarcc2.pdf

http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1172educacion_mpaaccl.pdf

En días recientes, la Comisión de Educación del Senado destinó parte de una sesión a escuchar a tres académicos respecto de las implicancias constitucionales de la reforma educacional (proyecto de ley que prohíbe el lucro, la selección y el copago). En este contexto, advertimos sobre cuatro infracciones precisas y graves a la Carta Fundamental en dicho proyecto, las que dicen relación con la naturaleza del sostenedor; las condiciones de acceso a la subvención; excepciones discriminatorias en materia de admisión; y restricciones a la apertura de establecimiento educacionales. Esta evaluación se da en el marco del trabajo del equipo de constitucionalistas afines a la Alianza que se conformó recientemente para asesorar a los senadores de Renovación Nacional y la Unión Demócrata Independiente sobre la necesidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional (TC) de no mediar cambios sustantivos ante las infracciones detectadasⁱ.

Y es que más allá del debate de mérito de política pública en este ámbito —y respecto del cual nos hemos pronunciado críticamenteⁱⁱ—, las nuevas reglas educacionales que están siendo introducidas por el proyecto deben ajustarse plenamente, de acuerdo al principio de supremacía constitucional, al estatuto constitucional aplicable, en particular a las reglas establecidas en



los numerales 10 (derecho a la educación) y 11 (libertad de enseñanza) del artículo 19 de la Constitución Política de la República (CPR). Bajo una interpretación sistemática y finalista de la CPR, metodología ampliamente utilizada por el TC, estas normas deben ser interpretadas a la luz de otras reglas directamente aplicables, en particular, aquellas contenidas en las bases de la institucionalidad, y más en concreto, en el artículo 1º que realza los principios de subsidiariedad y servicialidad del Estado.

El sostenedor pasa de ser un gestor y promotor de un determinado proyecto educativo a un administrador de recursos públicos, afectándose la garantía de la libertad de enseñanza.

CUATRO INFRACCIONES CONSTITUCIONALES GRAVES Y PRECISAS

En primer lugar, el proyecto conceptualiza al sostenedor como “un cooperador del Estado en la prestación del servicio educacional”, gestionando las subvenciones y aportes que establece el proyecto para el desarrollo de su proyecto educativo. Estos recursos 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, regulándose de manera taxativa un listado restrictivo de las operaciones que pueden realizarse en relación a aquellos.

Con todo, este marco regulatorio se vuelve aún más gravoso al establecerse que casi la totalidad de las operaciones señaladas estarán sujetas a diversas restricciones (por ejemplo, prohibición de contratar con personas relacionadas), y entregándose todas las materias comprendidas en esta norma (operaciones, restricciones, etc.) 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.

Bajo la norma propuesta, el sostenedor pasa de ser un gestor y promotor de un determinado proyecto educativo a un administrador de recursos públicos, afectándose la garantía de la libertad de enseñanza, especialmente en el artículo 19 N° 11 CPR, que la establece en los términos más amplios –la libertad de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales–, como asimismo el artículo 19 N° 10 CPR, en su inciso tercero, que consagra que los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, correspondiéndole al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia es contundenteⁱⁱⁱ. Por otra parte, la delegación amplia de la regulación de todas las materias a un reglamento del Ministerio de Educación, como asimismo a que se dicten normas de carácter general por parte de la Superintendencia



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.186

28 de noviembre 2014

ISSN 0717-1528

Es posible advertir un tratamiento discriminatorio a favor de un cierto tipo de establecimiento en perjuicio de otros, vulnerándose el artículo 19 N° 2 de la Constitución que garantiza la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, como asimismo la discrecionalidad.

del ramo, quebrantan el principio de reserva legal, esto es, que sean normas legales las que, siempre respetando el núcleo esencial, son las únicas habilitadas a regular los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

En segundo lugar, para efectos de poder recibir la subvención, se propone una serie de modificaciones e innovaciones a la Ley de Subvenciones. Por ejemplo, en caso de ser sostenedores particulares, estos deberán estar constituidos como corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro, personas jurídicas de derecho público o corporación educacional; debiendo destinar de manera íntegra y exclusiva el financiamiento que obtengan del Estado a fines educativos; que la entidad sostenedora acredite que el inmueble en que funciona el establecimiento educacional es de su propiedad y se encuentra libre de gravámenes, o lo usa a título de comodatario en conformidad a las reglas que ahí se establecen; entre otros.

En esta materia se configuran un “cúmulo de condiciones” que derivan en inconstitucionales lo que no sólo es contrario a la libertad de organización consagrada en el inciso primero del 19 N° 11 CPR, sino que obvia el que la subvención es una obligación del Estado ineludible, que no queda a su cumplimiento discrecional o a la magnanimidad del Estado, como lo ha sostenido el TC^{iv}. En efecto, la subvención garantiza el derecho a la educación, esto es, el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida (inciso segundo artículo 19 N° 10 CPR), a la vez que garantiza el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, cuyo ejercicio la Carta Fundamental obliga al Estado a otorgar “especial protección” (inciso tercero 19 N° 10 CPR). Por lo demás, el TC ha sostenido que si bien para recibir la subvención educacional dichos establecimientos se hallan obligados a cumplir determinadas exigencias legales, ellas deben ser “adecuadas y proporcionadas al control que ella lleva consigo”^v.

En tercer lugar, en materia de admisión, se establece que solamente los liceos con modalidad artística, previa autorización del Ministerio de Educación, podrán implementar su propio sistema de admisión y realizar pruebas de habilidades específicas, relacionadas a la especialidad. Junto con lo anterior, se señala que aquellos establecimientos que, atendidas sus 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



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.186

28 de noviembre 2014

ISSN 0717-1528

académica, podrán desarrollar un sistema de admisión propio entre aquellos postulantes que pertenezcan al 20% de los alumnos de mejor desempeño escolar, relativo a generaciones anteriores del establecimiento educacional de procedencia, en la forma que determine el reglamento.

Respecto de ambas reglas, es posible advertir un tratamiento discriminatorio a favor de un cierto tipo de establecimiento en perjuicio de otros, vulnerándose el artículo 19 N° 2 de la Constitución que garantiza la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, como asimismo la discrecionalidad.

¿Por qué no es posible considerar igual regla respecto de otro tipo de instituciones (no sólo artísticas)? En sistemas de admisión sobre la base de habilidades específicas es posible pensar en diversas áreas, por ejemplo, deportivas o sobre la base de necesidades especiales. Pero ampliar las excepciones sólo demuestra lo discriminatorio de la regla. Por otro lado, el criterio para determinar cuál colegio es “emblemático” y el cual no cumple con esta condición, es completamente discrecional –y queda entregado al reglamento–. No se hace extensivo este procedimiento especial a colegios como los “Bicentenario”.

Finalmente, la iniciativa establece restricciones a la apertura de nuevos establecimientos bajo ciertas condiciones. Así, tratándose de un establecimiento educacional, que por primera vez solicite el beneficio de la subvención, el Ministerio de Educación aprobará la solicitud sólo en caso que exista una demanda insatisfecha por matrícula que no pueda ser cubierta por medio de otros establecimientos educacionales que reciban subvención o aporte estatal en el territorio en el que pretende desarrollar su proyecto educativo.

Lo anterior implica infracciones precisas a la Carta Fundamental. Esta disposición vulnera la libertad de abrir establecimientos educacionales reconocida en el Artículo 19 N° 11 inciso primero. Asimismo, de acuerdo al inciso segundo del referido numeral, la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional, lo que ha sido caracterizado por el TC como “un listado taxativo, por lo que no son aplicables otras limitaciones por analogía”^{vi}. Adicionalmente, se genera un trato discriminatorio favorable a los establecimientos educacionales que no reciben la subvención



por primera vez, infringiéndose el artículo 19 N° 2 de la Constitución (igualdad ante la ley). Lo anterior se agrava al incorporarse un inciso tercero nuevo que establece que “Un reglamento del Ministerio de Educación, que deberá llevar la firma del Ministro de Hacienda, establecerá los procedimientos y requisitos para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo”, dejando entonces a la potestad reglamentaria la regulación del ejercicio de un derecho fundamental en términos que no son compatibles con el artículo 19 N° 26 de la CPR, la “cláusula de cierre” de derechos fundamentales.

LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL (OLVIDADA) DE BACHELET

Como ha recordado entre nosotros recientemente el profesor Sebastián Soto^{vii}, parece fundamental considerar el mensaje presidencial del 6 de junio de 2006 (Boletín N° 4.222-07), de la entonces Presidenta Bachelet, con el que inicia un proyecto de reforma constitucional que establece como deber del Estado velar por la calidad de la educación.

Este antecedente es relevante no sólo porque da cuenta de lo que podríamos denominar “la Doctrina Constitucional de la Presidenta Bachelet” –la que en esta materia reproduce casi íntegramente la Doctrina Constitucional del Presidente Lagos^{viii}–, sino porque muestra de manera fehaciente que a su juicio era necesaria una reforma constitucional al artículo 19 N° 11 inciso primero –que, como se ha señalado, establece la libertad de enseñanza en los términos más amplios, garantizando la apertura, organización y el mantener establecimientos educacionales–, para hacer frente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que entiende la libertad de enseñanza como una “autonomía que no admite regulación”.

En efecto, en la fundamentación de dicho proyecto, tras describirse la garantía del 19 N° 11 y como ha sido entendida por el TC, se señala, en forma crítica: “Sin embargo, el Tribunal ha entendido que la libertad de enseñanza equivale a autonomía... [cita jurisprudencia] De ahí que haya objetado, por ejemplo, la acreditación de directores... La misma visión de la libertad de enseñanza, como una autonomía que no admite regulación, la sostuvo el Tribunal con ocasión de una regulación reglamentaria, impugnada ante el Tribunal, en que el SEREMI de Educación tenía que verificar el cumplimiento de ciertos requisitos antes de otorgar el reconocimiento oficial para establecimientos de enseñanza parvularia”^{ix}.



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.186

28 de noviembre 2014

ISSN 0717-1528

Como corolario de lo anterior, se señala entonces “De ahí que la reforma que proponemos establezca que la libertad de abrir, organizar, y mantener establecimientos educacionales se haga ‘en conformidad a la ley’ ”.

Se trata de un antecedente de la mayor importancia dado que ayer, tal como hoy, muestra que cierto tipo de reformas masivas en el campo educacional, no son toleradas por el actual texto constitucional y la jurisprudencia del TC que se ha mantenido consistente en el tiempo.

EL RIESGO DE LA JUDICIALIZACIÓN MASIVA

Finalmente, desatender estas prevenciones y no resolverlas adecuadamente en el plano legislativo, podría tener como consecuencia, no sólo la declaración de inconstitucionalidad por parte del TC en sede de control preventivo, sino ser parte de un proceso de judicialización masiva posterior.

EN CONCLUSIÓN

Reproches de constitucionalidad respecto de una iniciativa legislativa requieren de un alto estándar de fundamentación, y en caso alguno puede ser considerado una etapa o herramienta más del juego político, o el que se pueda esgrimir ante meros problemas de implementación o prácticos, o ante diferencias en las concepciones de política pública en juego o sus consecuencias. Creemos que hemos presentado de manera contundente cuatro graves y precisas infracciones constitucionales presentes en el proyecto de reforma educacional del Gobierno.

Finalmente, desatender estas prevenciones y no resolverlas adecuadamente en el plano legislativo, podría tener como consecuencia, no sólo la declaración de inconstitucionalidad por parte del TC en sede de control preventivo, sino ser parte de un proceso de judicialización masiva posterior.



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.186

28 de noviembre 2014

ISSN 0717-1528

ⁱ Los miembros del equipo son los profesores de Derecho UC Miguel Angel Fernández, Arturo Fermandois, Alberto Vergara y José Francisco García.

ⁱⁱ Temas Públicos N° 1180 Proyecto de Ley de Educación tras su paso por la Cámara: Mucho peor, 17 de octubre de 2014.

ⁱⁱⁱ Por ejemplo, en el caso *Jornada Escolar Completa I* (STC Rol 410, de 2004), se sostuvo en el considerando 10° que: “la libertad de enseñanza supone el respeto y protección de la plena autonomía, garantizada por la Constitución en favor del fundador o sostenedor del establecimiento respectivo, para la consecución de su proyecto educativo, en los ámbitos docente, administrativo y económico, porque sin gozar de certeza jurídica en el cumplimiento de tales supuestos esenciales tampoco es realmente posible afirmar que existe aquella libertad”.

^{iv} Ver considerando 19°, STC Rol 410, de 2004.

^v Ver considerando 26°, STC Rol 410, de 2004.

^{vi} Ver considerando 13°, STC Rol 410, de 2004.

^{vii} En su reciente columna: <http://diario.latercera.com/2014/11/11/01/contenido/opinion/11-177275-9-confesion-de-parte.shtml>

^{viii} Ver Gobierno de Chile (Segpres): *Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006)*, pp. 208-213.

^{ix} Boletín N° 4.222, p. 11-12.