



## Reforma Educacional: ¿Control de Constitucionalidad o Reforma Constitucional?

Se trata de una sentencia que, en primer lugar, fragiliza constitucionalmente esta reforma educacional. Ello ocurre no sólo por el empate 5-5, sino también porque la sentencia no se hace cargo de los precedentes relevantes, generando un cuadro de incertidumbre jurídica.

De manera reciente, el Tribunal Constitucional (TC) en STC Rol Nº 2787-15, ha acogido parcialmente el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de senadores en relación al 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 Nº 9366-04)<sup>1</sup>. Si bien técnicamente el requerimiento fue “acogido parcialmente” -dado que una mayoría 7-3 estuvo a favor de declarar inconstitucional la norma relativa al uso de la garantía de la libertad de enseñanza en el marco de una acción antidiscriminación de la Ley Zamudio-, las cinco infracciones sustantivas alegadas -en materia de admisión, obligación de los establecimientos particulares subvencionados de constituirse bajo una sola y única personalidad jurídica, prohibiciones excesivas en materia de uso de la subvención, prohibición de apertura de nuevos establecimientos educacionales y la obligación impuesta a los sostenedores de ser propietarios o comodatarios del inmueble para acceder a la subvención- fueron todas rechazadas al producirse un empate 5-5 entre los ministros, que fue dirimido por el Presidente.

Se trata de una sentencia que, en primer lugar, fragiliza constitucionalmente esta reforma educacional. Ello ocurre no sólo por el empate 5-5 -dado que el 50% del TC estuvo por declarar la inconstitucionalidad de las cinco infracciones sustantivas alegadas-; sino también porque la sentencia no se hace cargo de los precedentes relevantes, generando un cuadro de incertidumbre jurídica.

La sentencia no sólo modifica radicalmente 20 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, sino que de facto se convierte en una reforma constitucional como, por lo demás, lo denuncian los cinco ministros que estuvieron por acoger el requerimiento.

Con mucha facilidad se invoca por parte de los ministros que estuvieron por rechazar el requerimiento, el ya frágil precedente de Administrador Provisional de fines de noviembre de 2014 -uno en que en varias normas tuvo que utilizarse el voto dirimente del Presidente-, que difícilmente puede aplicarse a este caso y los ministros no entregan fundamentación alguna de su procedencia y se limitan a citar considerandos de aquella. En segundo lugar, la sentencia, no sólo modifica radicalmente 20 años de jurisprudencia del TC en esta materia, sino que de facto se convierte en una reforma constitucional como, por lo demás, lo denuncian los cinco ministros que estuvieron por acoger el requerimiento. Finalmente, en algunas de las normas impugnadas -prohibiciones excesivas en materia de uso de la subvención y prohibición de apertura de nuevos establecimientos particulares subvencionados- la invitación a la autoridad administrativa a complementar creativamente la ley es sumamente amplia.

Afortunadamente, como se verá, queda un contundente voto por acoger el requerimiento de los ministros Peña, Aróstica, Romero, Brahm y Letelier que pasará a la historia como una defensa sólida, coherente y muy bien argumentada, en el campo educacional, de los principios que sustentan una sociedad libre.

## **1. Requerimiento constitucionalidad para el control preventivo de proyectos de ley**

El artículo 93 de la Constitución Política de la República (CPR) establece en su inciso primero numeral tres que es atribución del Tribunal Constitucional resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley. Asimismo, la referida norma en su inciso cuarto establece que el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las cámaras o de una cuarte parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto.

## **2. Argumentos de la requirente**

En primer lugar, los requirentes sostienen que el proyecto de ley, al prohibir que los establecimientos educacionales que obtengan aportes estatales, seleccionen a sus alumnos conforme a criterios que garanticen su derecho a organizar y mantener el proyecto educativo, estableciendo un sistema de postulación y admisión aleatorio, sin perjuicio de otras disposiciones que (preferencia que se otorga a hermanos de alumnos, a



Se prohíbe la apertura de nuevos establecimientos subvencionados, salvo la concurrencia de dos condiciones excepcionales, lo que viola la libertad de enseñanza, el derecho a la educación, el principio de proporcionalidad en la regulación de derechos fundamentales, la igualdad ante la ley y el principio de reserva legal.

hijos de trabajadores del establecimiento y al 15% de estudiantes prioritarios; la aplicación gradual de dicha prohibición; etc.) infringe la libertad de enseñanza, el derecho de los padres a elegir y la igualdad ante la ley.

En segundo lugar, al obligarse a los nuevos sostenedores a constituirse conforme a una cierta y determinada persona jurídica, sin fines de lucro, forzando también a los actuales a transferir su calidad de sostenedor a entidades de esa naturaleza, se infringe la garantía constitucional de libertad de enseñanza en cuanto a libertad de organización de un establecimiento educacional.

Tercero, el proyecto, mediante una fórmula prohibitiva, señala taxativamente los fines a que puede destinarse no sólo el aporte estatal, sino todos los recursos que perciba el sostenedor, afectando en su esencia la autonomía de los establecimientos como también la libertad de enseñanza al cambiar la lógica del uso de la subvención. Asimismo, se viola el principio de reserva legal al hacerse uso de conceptos indefinidos, vagos e imprecisos que quedan entregados a la total definición por parte del reglamento, y en algunos casos, a normas generales de la Superintendencia de Educación.

En cuarto lugar, se prohíbe la apertura de nuevos establecimientos subvencionados, salvo la concurrencia de dos condiciones excepcionales determinadas por la autoridad administrativa, lo que viola la libertad de enseñanza, el derecho a la educación, el principio de proporcionalidad en la regulación de derechos fundamentales, la igualdad ante la ley y el principio de reserva legal.

En quinto lugar, se impugna la constitucionalidad de aquellas normas que establecen la obligación de ser propietario (o comodatario) del inmueble donde funciona el establecimiento, prohibiéndose a los sostenedores que ingresen al sistema subvencionado una vez en vigencia la ley, arrendar; como asimismo aquellas que establecen, respecto de los sostenedores que están hoy dentro del sistema, una rígida regulación del contrato de arrendamiento, prohibiéndose en todo caso, en algún momento, que el arrendador sea persona relacionada, salvo que no posea fines de lucro; y, por último en este ámbito, la regla que 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

---

Comienza la sentencia sosteniendo que en materia de selección no se trata únicamente de verificar aisladamente el punto de la selección sin mirar los efectos normativos que se han producido en la práctica.

estudiantes considerado el total de establecimientos de su dependencia”. En estos casos se invoca la libertad de organización de los establecimientos educacionales garantizada en la Constitución y la garantía de igualdad ante la ley.

Finalmente, se impugna la norma que autoriza a las personas que hayan sido directamente afectadas por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria, en el ámbito educacional, para interponer la acción establecida en la Ley N° 20.609. Sin embargo, se prohíbe fundar la razonabilidad de la distinción, exclusión o restricción, que motivó la acción, en el numeral 11° del artículo 19 de la Constitución, sin perjuicio de lo establecido en la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza. Con ello se ve infringida la igualdad ante la ley. Este argumento, que no será desarrollado a continuación fue acogido por un contundente 7-3, siendo, sin embargo, un elemento adjetivo de la controversia.

### 3. Voto por rechazar requerimiento

Comienza la sentencia que finalmente se impuso con el voto dirimente del Presidente del TC, ministro Carmona, al que se sumaron ministros Fernández, García, Hernández y Pozo, sosteniendo que en materia de selección no se trata únicamente de verificar aisladamente el punto de la selección sin mirar los efectos normativos que se han producido en la práctica, lo que ya desde el Mensaje se manifiesta a través de la diversa evidencia sobre la relevancia de la proscripción del fenómeno de selección (considerando 1°), la que se corresponde con análisis comparados de la educación chilena en relación a países de la OCDE midiendo calidad y equidad en la educación (considerando 2°) y en la literatura nacional (considerando 3°). Sostienen posteriormente que, en coherencia con el artículo 5° inciso segundo, de la Constitución, corresponde indagar en el estándar internacional en materia de derechos humanos acerca de esta libertad, que lleva a 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 (considerandos 8° a 10°).

Para este voto, 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, sostienen, 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



Guían la decisión del voto en esta materia el que la Constitución no se refiere expresamente a la subvención; que el legislador tiene un amplio poder configurativo; que el objeto de la gratuidad no es garantizar el lucro o la libertad de enseñanza y que la calidad de la educación está comprendida dentro del derecho a la educación, entre otros.

autorregulación en el marco de su autonomía organizativa. Es por ello que no se viola la libertad de elección de los padres sino que la realiza (considerandos 11° a 28°). Tampoco la prohibición de selección vulnera la igualdad ante la ley, dado 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 (considerando 30°).

En segundo lugar, el voto sostuvo 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 (considerando 41°), a lo que se suma el que en STC Rol 2731 (Administrador Provisional, considerando 162°) el TC estableció que la libertad de enseñanza no es un fin en sí misma y que está concebida para dar cauce al derecho a la educación. Dicho derecho exige que el Estado tenga los instrumentos destinados a garantizar su “desarrollo y perfeccionamiento”. 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 (considerando 42°). Asimismo, no se trata de una cuestión novedosa dado que opera para el sistema universitario desde 1981 (considerando 47°).

En tercer lugar, el voto por rechazar sostuvo que no vulnera la Constitución la afectación de la subvención, entre otras razones porque se enmarca dentro de la actividad de fomento del Estado (considerando 50°). Por lo demás, la subvención educacional cuenta con diversos elementos configurativos en la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, se otorga a los establecimientos que cumplen las exigencias legales previstas y es sólo un medio entre otros previstos (considerando 51°). Guían la decisión del voto en esta materia el que la Constitución no se refiere expresamente a la subvención; que el legislador tiene un amplio poder configurativo; que el objeto de la gratuidad, dentro del cual se enmarca la subvención, no es garantizar el lucro o la libertad de enseñanza y que la calidad de la educación está comprendida dentro del derecho a la educación, entre otros (considerando 52°).



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

---

Respecto de la constitucionalidad del requisito de ser propietario o comodatario del inmueble para ser beneficiario de la subvención, este grupo de ministros sostiene que toda la cuestión planteada radica esencialmente en definir la constitucionalidad de una prohibición legal de celebrar un determinado acto o contrato.

En definitiva, sostendrá que resulta difícil imaginar que el listado taxativo establecido en el proyecto excluye algún propósito educativo, al ser una enumeración exhaustiva y completa (considerando 57°). Es más, los argumentos de los requirentes absolutizan la libertad de enseñanza (considerando 61°).

En cuarto lugar, desde la perspectiva de la norma que establece requisitos para quien por primera vez solicite subvención, se sostiene que estamos ante una modificación a la Ley de Subvenciones (considerando 65°), que no es la primera vez que una norma legal introduce condiciones para la entrega de una subvención (considerando 66°), que la normativa actual ya establece una serie de requisitos (considerando 67°) y que exigencias de este tipo no son ajenas a nuestro ordenamiento jurídico (considerando 68°). Así, quien pide la subvención por primera vez tiene una mera expectativa de que la obtenga si cumple los requisitos legales y reglamentarios, pudiendo el interesado optar por la educación no reconocida por el Estado, porque no se le niega su derecho a abrir establecimientos (considerando 71°). Desde la perspectiva formal el llamamiento al reglamento para regular el ámbito territorial que se considerará para definir la demanda insatisfecha, el procedimiento y los requisitos que deben cumplirse (considerando 72°), estamos ante uno que tiene en la norma suficiente densidad y precisión, no vulnerándose el criterio de esencialidad para analizar la relación ley-reglamento asentado en el tribunal (considerando 73°).

Finalmente, respecto de la constitucionalidad del requisito de ser propietario o comodatario del inmueble para ser beneficiario de la subvención, este grupo de ministros sostiene que 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 (considerando 79°). Sostienen que conviene recordar que la Constitución no contiene normas específicas acerca de la prohibición legal de celebrar actos y contratos salvo la establecida en el artículo 19 N° 23 (considerando 80°) que, por lo demás, existen en nuestra legislación una serie de prohibiciones legales de adquisición de bienes (considerando 81°) y que existen otras relativas a la persona de los otorgantes (considerando 82°).





Para los ministros el proyecto introduce regulaciones intrusivas de gran intensidad y que constituyen una radical innovación respecto del marco jurídico existente, a lo que se suma que la Constitución no es neutra en esta materia.

Ello lleva a concluir que es apresurado y vago sostener que el legislador no puede prohibir a ninguna persona celebrar contratos como el de arrendamiento (considerando 84°), se trata de una técnica ampliamente utilizada en el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de fines de interés público (considerando 86°) y que carece de sustentación metodológica alegar que se está ante una infracción al test de proporcionalidad (considerando 98°). No deja de ser interesante que, al concluir esta parte, se sostenga que los cuestionamientos en torno al trato diferenciado en materia de régimen de excepción aplicable a establecimientos con menos de 400 alumnos, carecen de suficiente densidad argumentativa, impidiendo al Tribunal pronunciarse (considerando 100°), aunque la distinción pueda ser discutible en su mérito (considerando 101°).

#### **4. Voto por acoger requerimiento**

La sentencia por acoger el requerimiento contó con el apoyo de los ministros Peña, Aróstica, Romero, Brahm y Letelier. Comienza el voto con un conjunto de potentes consideraciones generales que establecen el marco de análisis de la evaluación posterior de cada infracción que seguramente trascenderá en la historia de la defensa, en el ámbito de la educación, de los principios que inspiran una sociedad libre.

En este sentido, para los ministros el proyecto introduce regulaciones intrusivas de gran intensidad y que constituyen una radical innovación respecto del marco jurídico existente (considerando 2°), a lo que se suma que la Constitución no es neutra en esta materia (considerando 3°). En efecto, “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 Presidente de la República” (considerando 3°). Asimismo, “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” (considerando 4°).

---

Se trata de una sentencia de la mayor relevancia y sus tres déficits más relevantes son la incertidumbre jurídica que deja, el tratarse de una reforma constitucional encubierta y el hecho de que legitima, en temas relevantes, una convocatoria amplia al reglamento.

Para la Constitución, la libertad de enseñanza constituye una libertad especialmente protegida y, por tanto, el margen de apreciación, deferencia o libertad legislativa no es elevado ante el control de constitucionalidad (considerando 6°). Asimismo, sostienen que 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 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 (considerando 9°), como también utilizar el poder económico del Estado como título de intervención jurídica para modificar el comportamiento de ciertos establecimientos de enseñanza particulares (considerando 13°).

En síntesis, y en términos generales, las interferencias estatales impugnadas son inconstitucionales, entre otras razones, porque: (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 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 (considerando 16°).

## 5. Conclusión

Se trata de una sentencia de la mayor relevancia y sus tres déficits más relevantes son la incertidumbre jurídica que deja, el tratarse de una reforma constitucional encubierta y el hecho de que legitima, en temas relevantes, una convocatoria amplia al reglamento. En efecto, respecto de lo primero, estamos ante una sentencia completamente diferente al precedente de Administrador Provisional, donde la mayoría sostuvo expresamente que estábamos ante un cambio de precedente en materia de administradores provisionales.





ISSN: 0718-2090

[www.lyd.org](http://www.lyd.org)

---

FICHA\*:

Rol N° 2787-15, de 1 de abril 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, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva.

Así, era esperable que en este caso se hiciera lo mismo: más que citar precedentes convenientemente emplazados, se dijera que se cambiaba la jurisprudencia existente por más de dos décadas en materia de libertad de enseñanza. Lo lamentable de lo anterior, es que invita a la litigación en otras sedes y a que una nueva mayoría revierta esta decisión, no generándose un precedente sólido.

En segundo lugar, el desconocimiento al texto expreso de la Constitución y 20 años de jurisprudencia del Tribunal hacen que, de facto, estemos ante más bien una reforma constitucional, lo que es curioso en momentos en que se cuestiona que el TC estaría actuando en estos casos como una “tercera cámara” que, utilizando la Constitución, impide las reformas legales impulsadas por algunos sectores. Tercero, es una mala señal que en temas relevantes el TC de carta blanca al reglamento en cuanto regula un derecho fundamental lo que requiere de criterios estrictos que en este caso no se cumplen.

<sup>1</sup> Debemos dejar constancia que José Francisco García, Coordinador de Políticas Públicas LyD fue uno de los dos abogados patrocinantes del requerimiento.