

## VOTO DE MINORÍA DESTACADO 2015: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ROL 2787-15. REFORMA A LA EDUCACIÓN BÁSICA Y MEDIA

En sentencia Rol N° 2787-15, de 1 de abril de 2015, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre un requerimiento de un grupo de senadores contra el proyecto de ley iniciado en mensaje de la Presidenta de la República 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”. El requerimiento fue rechazado por el voto dirimente del Presidente del Tribunal, Ministro Carlos Carmona, tras haber obtenido igual número de votos tanto la aprobación como el rechazo. Por ello es que no estamos propiamente ante un voto de minoría pero que, por sus efectos, se le tiene por tal.

Como se sabe, el proyecto en cuestión concentró gran atención mediática por los cambios que introducía al sistema escolar en nuestro país. Se trató del primer proyecto del Gobierno que contenía reformas estructurales profundas en materia educacional y que se inspiraba en principios abiertamente discordantes con los que contempla la Constitución al proteger la libertad de enseñanza en el artículo 19 N° 11. El voto que se destaca a continuación muestra una lucidez argumentativa que explica las razones por las cuales, desde las bases axiológicas, el proyecto no satisfacía los estándares constitucionales.

La discusión legislativa del mensaje fue acompañada además de polémicas declaraciones que hicieron de este uno de los más relevantes de la primera mitad del Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet. Tal vez la más recordada es aquella del entonces Ministro de Educación, Nicolás Eyzaguirre, cuando afirmó que lo primero que había que hacer era bajar de “los patines” a la educación particular subvencionada: “Lo que tenemos actualmente es en una cancha enlosada un competidor corriendo con patines de alta velocidad y otro descalzo. El descalzo es la educación pública. Entonces me dicen, ¿por qué no entrenas más y le das más comida al que va descalzo? Primero tengo que bajar al otro de los patines”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La Tercera. 15.6.2014.

Es en este contexto en el que se debatió el proyecto de ley que fue finalmente objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El voto que se analiza a continuación fue suscrito por las ministras Peña y Brahm y los ministros Aróstica, Romero y Letelier.

En cerca de 50 fojas, los ministros disidentes desarrollan certeramente una serie de ideas constitucionales vinculadas con el rol del Estado, la relación armónica entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, las características admisibles de la regulación estatal en esta área, la imposibilidad de justificar que el Estado tiene mayor poder de intervención por traspasar recursos públicos, entre otros temas.

Entre los argumentos destacamos la forma en que los ministros disidentes plasman la libertad de enseñanza como un verdadero derecho para abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales y no como un derecho de segundo orden que se subordina a la decisión estatal, como pareciera ser la inspiración de los autores del proyecto. Sobre esa base construyen un razonamiento que descarta la posibilidad que los sostenedores deban renunciar a sus derechos fundamentales por el solo hecho de recibir subsidios estatales. No se trata entonces de meros administradores de la voluntad estatal sino de verdaderos promotores de proyectos educativos diversos.

Luego el voto se enfoca al análisis detallado de distintos aspectos del proyecto de ley. En lo que respecta a la prohibición de la selección de alumnos sostiene que no “es atendible el argumento de que los procesos de selección, amparados en la libertad de enseñanza, atenten per se contra el 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”.

Más adelante la sentencia se detiene en la prohibición del lucro para sostenedores afirmando que la posibilidad de lucrar es consustancial al derecho a emprender una actividad o servicio educacional de uso obligatorio y de acceso garantizado. Agrega además que no existe vinculación directa y necesaria entre el lucro y la calidad de la educación al punto de justificar tal limitación y que no es posible extender la prohibición de lucro que existe en la educación superior

pues ella se da respecto de una actividad constitucionalmente no obligatoria.

Posteriormente el fallo se concentra en la norma que exige destinar los recursos de la subvención a fines educativos, aquella prohíbe la apertura de nuevos establecimientos educacionales, salvo que medien ciertas condiciones que determina la sola voluntad de la administración y en la prohibición de arrendar el inmueble donde funciona el establecimiento educacional. En cada uno de esos temas desarrolla diversos argumentos para sostener la inconstitucionalidad de las normas. Entre los fundamentos que se utilizan se pueden encontrar la vulneración del principio de proporcionalidad, de la reserva legal y de la libertad de enseñanza, entre otros derechos.

Pero, sin duda, los considerandos iniciales son los más profundos desde la perspectiva dogmática y constitucional pues contienen el marco de referencia más abstracto que sirve de base para el juicio de constitucionalidad posterior en cada uno de las cuestiones de constitucionalidad que se solicita resolver. Por ello se transcriben a continuación<sup>2</sup>.

#### “CONSIDERACIONES PRELIMINARES

- 1 **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;
- 2 **Que el Proyecto de Ley introduce regulaciones intrusivas de gran intensidad y que constituyen una radical innovación** respecto del marco jurídico existente, así como

<sup>2</sup> Se mantiene el destacado de la sentencia.

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;

- 3 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 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, ese 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 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 constraído 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

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, esta constituirá una limitación solo 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 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 11º, 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 solo 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° 10º y el 11º 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° 11º, inciso primero). Si, a su vez, (b) el Estado debe asegurar el acceso a la educación básica y media –las cuales son obligatorias– (artículo 19, N° 10º, inciso quinto), y (c) el deber de brindar acceso solo 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° 10º, inciso séptimo) y el Estado, como contrapartida, tiene la obligación de fomentar su desarrollo (artículo 19, N° 10º, 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 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 este 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 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 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 solo 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°)”.