Sentencias Destacadas 2015
Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas

Primera edición de 500 ejemplares
mayo 2016

Registro Propiedad Intelectual
Inscripción Nº A-267703

ISBN: 978-956-7183-81-4

Derechos Reservados.

Toda reproducción total o parcial está prohibida
sin la debida autorización,
excepto para citas o comentarios.

Diseño e impresión:
Ediciones e Impresiones Copygraph
Carmen 1985 - Fono: 22505 3606

Sentencias Destacadas - 2015 -

Editores

Arturo Fermandois Vöhringer
Sebastián Soto Velasco
Libertad y Desarrollo

Consejo Editorial

Víctor Manuel Avilés Hernández
Universidad de Chile

Raúl Bertelsen Repetto
Universidad de los Andes

José Manuel Díaz de Valdés
Universidad del Desarrollo

Arturo Fermandois Vöhringer
P. Universidad Católica de Chile

José Francisco García García
Universidad Autónoma de Chile

Pablo Kangiser Gómez
Libertad y Desarrollo

Manuel Antonio Núñez Poblete
P. Universidad Católica de Valparaíso

Sebastián Soto Velasco
P. Universidad Católica de Chile

Sergio Verdugo Ramírez
Universidad del Desarrollo

Secretario de Redacción
Rodrigo Pérez de Arce Pimstein

LA GRATUIDAD DISCRIMINATORIA

JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS J.

RESUMEN: Este trabajo versa sobre el fallo del Tribunal Constitucional que declaró parcialmente inconstitucional el proyecto de Ley de Presupuestos que implementaba la gratuidad de la educación superior para algunos estudiantes. Concentrándose exclusivamente en el argumento acogido –la discriminación arbitraria sufrida por los estudiantes excluidos– se postula que la sentencia implicó un importante avance para la dogmática de la igualdad y no discriminación. La doctrina del Tribunal se simplifica, retornando a la razonabilidad como criterio esencial, el cual se operativiza en un test tripartito claramente explicado y aplicado al caso. Se destacan también otros aspectos del fallo, tales como la defensa que realiza del rol del Tribunal y del control de constitucionalidad de la ley, así como la vinculación del derecho de igualdad ante la ley al artículo 1° de la Constitución, y la utilización de un lenguaje antidiscriminatorio técnicamente más sofisticado. Se concluye lamentando que el legislador desconociera de este fallo, aprobando un nuevo proyecto de ley en la materia que mantuvo, en lo esencial, la evidente discriminación arbitraria contenida en el proyecto original.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Sentencia. 3. Comentarios 3.1 Igualdad, No Discriminación y Test de Racionalidad. 3.2 Otras Consideraciones Relevantes. 3.3 El Triste Epílogo. 4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El 21 de diciembre de 2015, el Tribunal Constitucional (el "TC" o el "Tribunal") dictó sentencia en la causa rol N°2935-15 (el "Fallo" o la "Sentencia"). Dada la materia sobre la que se pronunciaba –gratuidad de la educación superior– este fallo fue uno de los más importantes dictados por el Tribunal durante el año recién pasado.

En efecto, después de años de discusión, la Presidenta Bachelet intentaba cumplir una de sus principales promesas de campaña, otorgando educación superior gratuita a un porcentaje de la población. En razón de diversos factores políticos, el Gobierno decidió no enviar al Congreso un proyecto de ley especial sobre esta materia. Por el contrario, optó por utilizar, temporalmente al menos, la Ley de Presupuestos. Una vez aprobado el proyecto respectivo, un grupo de diputados recurrió al Tribunal, esgrimiendo dos argumentos

principales. El primero se refería a la forma o proceso: la Ley de Presupuestos no era el medio adecuado para introducir y regular la gratuidad universitaria. El segundo argumento era de fondo: el proyecto discriminaba al establecer los requisitos para acceder a la gratuidad.

El Tribunal se vio entonces obligado a intervenir en una materia de alto impacto mediático y político. Más aún, dada la inminencia de la puesta en ejecución de la Ley de Presupuestos, y la acuciante necesidad de claridad de todos los actores relacionados a la educación superior, el TC debía resolver el asunto en un período extraordinariamente breve. No obstante lo anterior, y dado el interés público comprometido, el Tribunal llamó a audiencias públicas para el 9 de diciembre de 2015, donde se presentaron 18 intervenciones por parte de diversas instituciones y grupos. Finalmente, el TC emitió un fallo en el que rechazó el vicio formal, pero acogió el sustancial, declarando que el proyecto en cuestión era inconstitucional por contemplar una discriminación arbitraria.

Sin perjuicio de reconocer la gran relevancia política de esta sentencia, en este comentario queremos destacar su importancia técnica. En efecto, la doctrina del TC en materia de discriminación arbitraria era algo confusa, superponiendo una serie de consideraciones no siempre de forma coherente. En contraste, este fallo establece una doctrina mucho más clara, y a nuestro juicio acertada, cuestión que permitirá otorgar mayor certeza a los distintos agentes jurídicos.

A continuación, sintetizaremos brevemente el fallo en comento, para luego concentrarnos en su fondo: la doctrina del Tribunal sobre la discriminación arbitraria. Posteriormente comentaremos otros elementos interesantes de la Sentencia, así como los hechos acaecidos después de su dictación.

2. LA SENTENCIA

El 23 de noviembre de 2015, un grupo de diputados presentó un requerimiento ante el TC en contra del Proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público del año 2016 (el "Requerimiento"). Se impugnaban por tal documento una serie de glosas que, en su conjunto, introducían la gratuidad de los estudios superiores para un grupo de la población (cinco primeros deciles de menores ingresos).

Para los diputados, el Proyecto presentaba diversos vicios de constitucionalidad, entre los cuales destacaban dos. El primero decía relación con la vulneración de la naturaleza de la Ley de Presupuestos, la que se trataría de una norma "*especialísima*", cuyo contenido estaría determinado directamente por la Constitución Política de la República (la "Constitución"), el cual "*está acotado a la estimación de ingresos y la autorización de los gastos del Estado, sin poder extenderse a otras materias*". Así, el Requerimiento denunciaba que se estaría utilizando la Ley de Presupuestos para "*regular áreas sustantivamente complejas de la vida nacional, como en este caso el financiamiento de la educación superior*", cuestión que "*excede con creces el restringido ámbito constitucional de esta peculiar ley*"[1]. Adicionalmente, introducir la gratuidad universitaria vía glosas presupuestarias constituiría una vulneración de las ideas matrices de la Ley de Presupuestos, y afectaría indebidamente la deliberación democrática en el Congreso, habidas las restricciones propias de la tramitación presupuestaria.

El segundo vicio consistía en la discriminación arbitraria sufrida por los estudiantes vulnerables que estudiaban en universidades privadas no incluidas en el Consejo de Rectores ("universidades No CRUCH"), o en Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica ("IP" y "CFT"). Ello, en razón de los requisitos adicionales que debían cumplir tales instituciones en relación a aquellas que sí estaban incluidas en ese Consejo ("universidades CRUCH"). En concreto, el Proyecto consideraba como "instituciones elegibles" para acceder al sistema de gratuidad, a las Universidades CRUCH que eximieran a sus estudiantes del pago del arancel y matrícula, siempre y cuando manifestaran su intención de entrar al sistema antes del 22 de diciembre de 2015. En el caso de las Universidades No CRUCH, se les exigía adicionalmente:

1 Estar acreditadas por al menos cuatro años.

2 Que, en cuanto fundaciones o corporaciones, sus miembros, asociados y beneficiarios no fueran personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro.

3 Contemplar en sus estatutos participación estudiantil o funcionaria en el gobierno universitario (al menos un representante de estudiantes o personal no académico, con derecho

[1] Requerimiento, p. 11.

a voz o voto, en algún órgano colegiado de la administración o dirección central).

4 Los requisitos precedentes debían hallarse cumplidos al 30 de septiembre de 2015.

5 En cuanto a los IP y CFT, se requería:

6 Estar constituidos como persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro (se agregarían después aquellos que manifestaran por escrito, antes del 22 de diciembre de 2015, su voluntad de transformarse en personas jurídicas sin fines de lucro).

7 Estar acreditados por al menos 4 años

8 Los requisitos precedentes debían hallarse cumplidos al 30 de septiembre de 2015.

A raíz de lo anterior, el Requerimiento denunciaba la existencia de una discriminación arbitraria en contra de los estudiantes de las Universidades No CRUCH y de los IP y CFT, ya que se les exigían requisitos que las Universidades CRUCH no debían cumplir, y en algunos casos, no podían cumplir. Además se fijaba una fecha de cumplimento de tales requisitos ya pasada, lo que impedía satisfacerlos a quien tuviese la intención de hacerlo.

En relación al vicio de discriminación denunciado por el Requerimiento, el Ejecutivo contestó que la implementación de la gratuidad requería progresividad (lo que sería propio de los derechos sociales –tales como la educación– de acuerdo al derecho internacional). Ello suponía criterios diferenciadores para asignar los recursos disponibles a los grupos más necesitados. En este caso, se estarían utilizando criterios objetivos al fijar las condiciones "más apropiadas" para cada grupo de instituciones superiores, las que se encontrarían en situaciones diferentes. Se trataría, por tanto, de estatutos distintos en que cada requisito sería razonable, impuestos en razón de los fines legítimos de calidad de la educación e igualdad de oportunidades. Afirmó también el Ejecutivo que el CRUCH "*reúne condiciones mínimas suficientes para asegurar una educación superior de calidad*", que las Universidades CRUCH "*se someten a un estatuto diverso de mayor control y regulación*"[2], y que la

[2] Observaciones al Requerimiento presentadas por la Presidenta de la República, pp. 110-111.

Ley de Presupuestos siempre ha distinguido entre tales instituciones y las Universidades No CRUCH. Respecto de estas últimas, se considera que la acreditación es un requisito de calidad, que la exclusión del lucro "*busca asegurar que los administradores no se apropien de los fondos*", y que el requisito de "*democracia interna*" respondería a un "*control interno de calidad*"[3].

El Tribunal decidió acoger en parte el Requerimiento. Es así como, por empate de votos y en virtud del voto dirimente del Presidente del TC, se rechazó que la Ley de Presupuestos no pudiese tratar la materia en comento. En contraste, por una mayoría de seis Ministros (y de siete en relación a un punto), se consideró inconstitucional la diferencia de trato impuesta a las distintas instituciones de educación superior, ya que constituían discriminaciones arbitrarias que vulneraban los artículos 1° y 19 N°s 2 y 26 de la Constitución. Nos centraremos a continuación en este segundo aspecto del Fallo.

En primer término, la Sentencia aclara lo que *no* está haciendo: no se está cuestionando el beneficio de gratuidad en sí, ni tampoco se modifican los requisitos personales y académicos impuestos a los estudiantes. Se afirma claramente, sin embargo, que "*la gratuidad en la educación superior tiene que enfocarse en la situación socioeconómica del estudiante y no en la institución a la que se adscribe*". Anuncia entonces el fondo del problema al señalar que:

> "lo que objeta esta Magistratura es que a dichos estudiantes vulnerables se les imponga para el goce de la gratuidad, consagrada en la Ley de presupuestos, condiciones ajenas a su situación personal o académica, como es el hecho de encontrarse matriculados en determinadas universidades, centros de formación técnica o institutos profesionales, estableciendo una eventual exclusión respecto de aquellos" (considerando 23°).

Para el TC, se generan entonces "*diferencias injustificadas entre estudiantes vulnerables que se encuentran en idéntica situación*", lo que vulnera el artículo 19 N° 2 de la Constitución. Peor aún por cuanto, al fijarse una fecha anterior a esta ley para el cumplimiento de los requisitos contenidos en ella, los estudiantes ya no tendrían la posibilidad de optar por una "*institución elegible*".

[3] Observaciones al Requerimiento presentadas por la Presidenta de la República, p. 111.

A continuación el TC se refiere al principio de igualdad y no discriminación arbitraria, cuyo fundamento es el reconocimiento constitucional de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, así como el deber del Estado de asegurarles su participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional (artículo 1° de la Constitución). Luego hace suya la definición desigualdad ante la ley de Enrique Evans de la Cuadra, que en lo medular señala que se trata del:

> "sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas en razón de la raza, la nacionalidad, del sexo, de la profesión, actividad y oficio y del grupo o sector social o categoría económica a que se pertenezca. Es natural que (...) la ley pueda hacer diferenciaciones entre personas o grupo, con el objeto de hacer establecer mayores o menores requisitos para el ejercicio de ciertos derechos (...) Pero el elemento de la esencia de esta garantía es la inadmisibilidad de discriminaciones arbitrarias (...) [esto es] "toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable" (considerando 27°).

El TC cita doctrina nacional para reafirmar que debe tratarse de igual manera a quienes se encuentran en la misma situación, y que para desviarse de esta regla se necesita acreditar racionalidad. También cita doctrina comparada para destacar la noción de la igualdad como generalidad (normas jurídicas dirigidas a todos y no a privilegiados o discriminados), así como la importancia de la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Posteriormente el TC revisa la doctrina de sus precedentes en materia de igualdad ante la ley, recordando que

> "las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes (...) La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición" (considerando 31°).

Agregando que:

> "no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada personas o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo" (considerando 32°).
>
> Por tanto, concluye que el primer test que debe superar una diferencia para no ser arbitraria es que sea razonable y que se aplique a todos los que se encuentran en la misma situación. Agrega que utilizar la razonabilidad como estándar en esta materia es una constante en los fallos del TC.

A continuación se aboca al examen de racionalidad de la norma impugnada, para el cual identifica tres elementos esenciales: la finalidad del legislador; la diferencia de trato y el criterio de diferenciación ("*por qué el Estado les va a financiar la gratuidad a unos y a otros no*"). Respecto al primer elemento, el TC recurre a la historia fidedigna para identificar el fin como "*alcanzar la* 'gratuidad para los alumnos vulnerables", así como "[asegurar]*la* 'calidad' *de la enseñanza que recibirán*". El segundo elemento, la diferencia de trato, "*consiste en que algunos estudiantes vulnerables obtendrán el beneficio de gratuidad de su educación superior, en circunstancias que otros no tendrán acceso a tal beneficio*". El tercer elemento, el criterio de diferenciación, se refiere a las instituciones elegibles para acceder al sistema de gratuidad, vale decir, el factor para distinguir entre estudiantes vulnerables serían algunas calidades o características de las instituciones en que estudiarán.

Una vez identificados los tres elementos, el Tribunal procede a cotejar si existe la debida relación entre ellos, concluyendo que no es el caso. Señala primero que, si el fin era proveer educación superior gratuita a los alumnos vulnerables, no sería racional elegir como criterio de diferenciación la pertenencia al CRUCH de la universidad en que aquellos estudiarían, ya que eso significaría excluir a cerca de la mitad de quienes se pretende beneficiar. Tampoco sirve este criterio –pertenencia al CRUCH– para asegurar la calidad de la educación gratuita a ser proveída, ya que se trataría de una generalización inaceptable vinculada a prejuicios o estereotipos.

En cuanto al criterio del mínimo de cuatro años de acreditación, este no se relacionaría en forma alguna al fin de proveer educación gratuita a los estudiantes vulnerables. Sí se vincularía al otro fin, cual es asegurar la calidad de esa educación, constituyendo un elemento objetivo para determinar dicha calidad. Sin embargo, al exigirse solo a las universidades No CRUCH, se producía el resultado de que la utilización del criterio en cuestión excluye a aproximadamente la mitad de quienes se desea beneficiar.

En relación al criterio de la triestamentalidad o participación estudiantil o funcionaria en el gobierno universitario, se declara que aquel "*no presenta conexión directa alguna*" con ninguna de las dos finalidades señaladas, cuestión que nuevamente vulnera la racionalidad exigida.

Así, la Sentencia declara que:

> "ninguno de los tres criterios de diferenciación se relaciona en forma adecuada y directa con los fines declarados por el legislador. De ello se deduce que no existe racionalidad en la diferencia de trato contemplada en la norma impugnada, la que constituye una discriminación arbitraria prohibida por la Constitución" (considerando 42°).

Agrega la sentencia que no se puede invocar el derecho a la educación para justificar la privación del derecho a la igualdad, y que en la especie también se ha vulnerado el artículo 19 N° 26 de la Constitución, toda vez que el proyecto en cuestión introduciría diferencias que "*impiden o condicionan*" el ejercicio del derecho a la educación.

En sus conclusiones, el Fallo destaca que la glosa en cuestión impone a los estudiantes requisitos que escapan a su control (la calidad de "institución elegible" de la universidad"), recalcando que se trata de criterios diferenciación que no se relacionan al fin de garantizar "*el derecho social a la educación (...) cuya titularidad solo puede corresponder a las personas*" (considerando 48°). Advierte además que el proyecto en cuestión hace imposible ejercer los derechos de igualdad ante la ley y de oportunidades, y que "*la pertenencia a una institución que no pudo cumplir, constituirá otro estigma más para esos jóvenes vulnerables*" (considerando 49°). Finaliza sintetizando así: "*la falta de relación y de razonabilidad de los criterios de diferenciación impugnados, son causantes de exclusión y de discriminación arbitraria*" (considerando 49°).

3. COMENTARIOS

3.1 Igualdad, No Discriminación y Test de Racionalidad

La sentencia en comento debe haber sido uno de los fallos más complejos que tocara dictar al Tribunal Constitucional durante el 2015, en razón de la naturaleza emblemática del proyecto de ley sometido a su conocimiento. Es así como el TC se vio obligado a abocarse a una materia con ribetes altamente político-contingentes, cuestión que redundó en el reflote de la consabida discusión acerca de la legitimidad del Tribunal, y de sus supuestas facultades de "imponerse" a las mayorías parlamentarias.

Frente a este incómodo escenario para el Tribunal Constitucional, existía la tentación de que aquel esquivara la cuestión de fondo –el problema de discriminación– pronunciándose y acogiendo exclusivamente el argumento formal, relativo a la impropiedad de utilizar la Ley de Presupuestos de la forma que se hacía en este caso. De esta manera, no se atacaba el corazón de la política pública, sino que solo se obligaba a las fuerzas políticas a volver a la mesa de deliberaciones y acordar el texto de una nueva ley que se ocupara con integridad y especialidad de la gratuidad universitaria. Todo lo anterior, sin embargo, quedó en nada en virtud del rechazo del TC al argumento formal.

Por el contrario, el Tribunal decidió involucrarse valientemente en el fondo del asunto sometido a su conocimiento, a saber, si la política impugnada era o no discriminatoria. Lo anterior nos parece un acierto, ya que el Fallo constituye un gran avance para la dogmática de la igualdad y la no discriminación, tal y como veremos a continuación.

Comencemos señalando que la Sentencia demuestra un retorno y una confirmación de la antigua doctrina del Tribunal acerca de la igualdad. Esta doctrina se construyó sobre la base de tres sentencias (roles N°s 28, 53 y 219) y manifiesta los siguientes puntos centrales:

i) Las normas deben ser iguales para quienes se encuentran en las mismas circunstancias, y diversas para quienes se hallan en situaciones diferentes[4].

[4] Este enunciado responde a la clásica fórmula aristotélica. Véase Aristóteles (2009) Libro V.

ii) Se pueden hacer diferencias si ellas no son arbitrarias. Se agrega, sea a modo ejemplar o complementario, que las diferencias no pueden originarse en hostilidad hacia una persona o grupo, ni constituir un favor o privilegio para los mismos.

iii) El estándar o cartabón para analizar la eventual arbitrariedad de una diferencia de trato es la razonabilidad.

Cabe destacar que todos estos puntos son explícitamente rescatados en la Sentencia[5]. Ahora bien, sobre esta base, la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de igualdad fue progresivamente complejizándose[6]. Es así como los considerandos de sus sentencias comenzaron a citar principios o argumentos cada vez más diversos, algunos de ellos propios de los sistemas jurídicos español y alemán. Así, por ejemplo, se incorporó la noción de igualdades y desigualdades "esenciales"[7]; la exigencia de que la diferencia en cuestión respondiera a criterios de adecuación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad[8]; la necesidad de que los presupuestos de la diferencia no solo fueran razonables sino también "objetivos"[9]; la invocación de "criterios o juicios de valor generalmente aceptados"[10]; la necesidad de "consecuencias jurídicas adecuadas y proporcionadas"[11], entre otros. Adicionalmente, se formulan ciertas declaraciones derechamente erradas, tales como "*toda discriminación fundada en raza, sexo o clases es contraria a derecho*"[12].

En definitiva, la doctrina del Tribunal Constitucional se había complicado en exceso, dedicando largos considerandos a una serie de argumentos y principios cuyo significado no se explicaba ma-

5 Tribunal Constitucional Rol N° 2935-15, considerandos 31°, 32°, 33°, 36°.

6 Díaz de Valdés (2015).

7 E.g., Tribunal Constitucional Rol N°1273-08, considerando 60°; Rol N° 1348-09, considerando 46°.

8 E.g., Tribunal Constitucional Rol N°1273-08, considerando 61°; Rol N° 1348-09, considerando 47°; Rol N° 1710-10, considerando 142°.

9 E.g., Tribunal Constitucional Rol N° 2022-11, considerando 26°; Rol N° 790-07, considerando 22°; Rol 1254-08, considerandos 57° y 60°.

10 E.g., Tribunal Constitucional Rol N° 2022-11, considerando 26°; Rol 1254-08, considerando 48°; Rol 1138-08, considerando 26°.

11 E.g., Tribunal Constitucional Rol N° 1243-08, considerando 17°; Rol N° 2133-11, considerando 35°.

12 E.g., Tribunal Constitucional Rol N° 1243-08, considerando 18°; Rol N° 986-07, considerando 33°.

yormente, y que a veces eran contradictorios. Más aún, no se explicitaba cómo tales consideraciones se aplicaban al caso sometido al conocimiento del Tribunal. Todo lo anterior causaba gran confusión, lo que a su vez afectaba la seguridad jurídica y la capacidad de previsión de los diversos agentes.

Frente a esta realidad, el presente Fallo constituye un gran avance. En primer término, reduce al mínimo las consideraciones sobre igualdad no aplicables al caso, simplificando así el marco teórico tan recargado de algunos sentencias anteriores. En segundo lugar, reafirma que la razonabilidad es el cartabón[13]. Esto pareciera ser una obviedad, pero es sumamente relevante toda vez que existen alternativas a este cartabón, las cuales habían comenzado a aparecer en la jurisprudencia del Tribunal, en particular la proporcionalidad[14], la que, a su vez, admite una serie de formulaciones que configuran tests sustancialmente diversos[15]. Cualquiera sea la formulación utilizada, sin embargo, parece escasamente controversial afirmar que la proporcionalidad es un test más exigente que la razonabilidad, vale decir, cuesta más justificar una diferencia bajo el test de proporcionalidad que bajo el de razonabilidad. En efecto, según la versión del primero que se adopte, el juez debe, por ejemplo, analizar y decidir acerca de si los beneficios de una medida son mayores o menores que sus costos (fundamentalmente en términos de sacrificio de derechos fundamentales), o si debiera adoptarse otra medida que persiga el mismo fin, pero que afecte en menor medida otros derechos fundamentales.

Al margen de los méritos y problemas propios de la proporcionalidad, los cuales han sido ampliamente debatidos por la doctrina[16], consideramos que el test propio de la igualdad y no discriminación es la racionalidad. Existen tres razones principales para ello. La primera es que la noción de discriminación arbitraria, piedra angular sobre la que se ha desarrollado la tradición jurídica nacional en esta materia, se entiende precisamente como aquella que es caprichosa o

13 No obstante la extraña y simultánea referencia a la razonabilidad y a la proporcionalidad en el considerando 47°.

14 E.g., Tribunal Constitucional Rol N°1273-08; Rol N° 1348-09.

15 Véase Covarrubias (2014) pp. 167- 194.

16 Covarrubias (2012); Urbina (2012); Barak (2012) pp. 455- 491.

no racional[17], cuestión que se aviene perfectamente al test de racionalidad. Es cierto que la noción de discriminación arbitraria puede entenderse de forma más amplia, como la falta de justificación suficiente, en cuyo caso existiría un espacio para la aplicación del test de proporcionalidad. Tal entendimiento de la discriminación arbitraria, sin embargo, ha sido más bien marginal, y requeriría mayor solidez doctrinaria y jurisprudencial para funcionar como un estándar adecuado.

Una segunda razón para preferir la racionalidad sobre la proporcionalidad, en materia de igualdad y no discriminación, dice relación con la naturaleza del derecho en cuestión y el posible impacto de aquellos tests sobre la acción de los organismos públicos. Partamos de la base que la igualdad no es solo un derecho fundamental, sino también un principio y un valor del constitucionalismo contemporáneo[18]. De esta forma, se transforma en una exigencia aplicable a toda la actividad estatal, aun cuando su formulación como derecho subjetivo no sea tan clara en un caso determinado. Pues bien, resulta que la acción estatal es, *per se*, diferenciadora, o si se quiere, discriminatoria (en un sentido neutro de la palabra, vale decir, como distinción). Así, por ejemplo, cada vez que la Administración celebra un contrato con uno entre varios oferentes, está tratando en forma diversa a personas que se encuentran en la misma situación (oferentes de ese contrato). Cada vez que se decide la ubicación de un hospital, una cárcel, un aeropuerto, un puente, un basurero, etc., se está tratando en forma diversa a los habitantes de esas zonas en relación al resto de los habitantes del país. Cada vez que dicta una regulación que afecta en forma diversa a los regulados los está tratando en forma diversa. Y así suma y sigue. En definitiva, la acción del Estado constantemente trata en forma diferente a las personas y grupos. Por lo mismo, resulta completamente impracticable someter cada uno de esos actos a un examen riguroso de proporcionalidad, particularmente en sus versiones más exigentes. Por el contrario, debiera ser suficiente que aquellos superaran un test más básico, casi de sentido común, como es el de racionalidad. Entiéndase bien, no se trata solo de que la proporcionalidad sea imposible de aplicar a todo acto del Estado en términos de recursos de carácter material, sino que además sujetaría a la acción estatal a un control capaz de entorpecerla severamente, poniendo así en riesgo el cumplimiento oportuno de los fines de aquella acción. Recordemos también que los órganos del Estado actúan según las finalidades que le ha impuesto el legislador, y por tanto dejar de cumplir las mismas atentaría contra el principio de juridicidad, y en último término, contra la consecución del conjunto de bienes jurídicos que se reúnen en el Bien Común.

Un tercer elemento a considerar para defender el test de racionalidad, dice relación con el carácter normalmente accesorio con que se invoca la igualdad en relación a otros derechos fundamentales. Cuando alguien alega que le han vulnerado su derecho a la igualdad, muy probablemente se referirá en la igualdad aplicada al ejercicio de un derecho. Así, por ejemplo, si una ley prohíbe a los musulmanes construir mezquitas, aquellos podrán invocar su derecho a la igualdad en conjunto con el derecho a la libertad religiosa, o si se quiere, la igualdad en el ejercicio de su libertad religiosa. Ahora bien, sin querer entrar a la discusión acerca de las virtudes o defectos del test de proporcionalidad, nuestro punto aquí es que aun aceptando que el test de racionalidad se aplique en materia de igualdad, es posible mantener una mayor protección para las personas exigiendo el test de proporcionalidad en cuanto a la interferencia con el derecho adicional. En otras palabras, cada vez que junto a la igualdad se haya afectado otro derecho fundamental, será posible evaluar la legitimidad de la afectación a este último en virtud del test de proporcionalidad, si así se desea.

Podría señalarse que lo anterior es algo oficioso. Si hemos afirmado que lo más probable, cuando se vulnera la igualdad, es que se infrinja conjuntamente otro derecho fundamental, sostener que a la primera se le aplique la racionalidad y al segundo la proporcionalidad sería prácticamente lo mismo que aplicar esta última a ambos derechos. En otras palabras, aun cuando el trato diferenciador supere el test de racionalidad en cuanto a la igualdad, igual se vería sometido a la proporcionalidad en razón del otro derecho involucrado, por lo que la aplicación del test de racionalidad sería superflua. Creemos que una reflexión más profunda sobre este punto demuestra que ello no es así. En primer término, no siempre que se vulnera la igualdad se infringe además otro derecho fundamen-

17 Tribunal Constitucional Rol N° 280-98, considerando 19°; Rol N° 980-07, considerando 13°.

18 Pérez (2007) pp. 83 y ss.; Martínez (2000) pp. 25.90; Fernández (2004) pp. 34-42.

tal[19], por lo que, al menos en ciertos casos, exigir racionalidad en vez de proporcionalidad tiene un impacto relevante para la sobrevivencia del acto o diferencia en cuestión. En segundo lugar, existen una serie de consideraciones que podrían llevar a los afectados a enfatizar uno u otro derecho vulnerado. En ciertas circunstancias, la desigualdad de trato de un acto o decisión puede ser manifiesta, pero impactar muy levemente en el derecho asociado. En tales casos, es posible que tanto la parte afectada como el juez de la causa prefieran resolver el asunto sobre la base del derecho a la igualdad y no discriminación, y no enfocarse en el otro derecho, cuestión que redundaría en la utilización del test de racionalidad y no en el de proporcionalidad (o solo en su utilización formal o superficial). En otras ocasiones, es posible que tanto el afectado como el juez prefieran lo contrario: enfatizar el derecho afectado por sobre las consideraciones de igualdad. Existen múltiples razones para elegir uno u otro camino: el contexto de la situación, la existencia de precedentes, el mayor o menor desarrollo de la igualdad o del otro derecho afectado en un determinado sistema, oportunidades o cortapisas procesales, etc.[20]. Algo similar puede observarse en el caso en comento, toda vez que la discusión se centra en el problema de discriminación y no en la afectación del derecho a la educación (tal vez en razón de su relativamente débil consagración constitucional).

Volviendo a los avances introducidos por la Sentencia, merece destacarse que operativizó el criterio de racionalidad. En efecto, lo convirtió en un test, explicando en detalle cuáles son los componentes del mismo, la importancia de la relación entre sus factores, cómo se aplica al caso y por qué falla en esta ocasión. En cuanto a los factores del test de racionalidad, el Tribunal los identifica como la finalidad de la diferencia, la diferencia en sí y el criterio de diferenciación. En relación al primero, es relevante destacar que la Sentencia adopta una posición deferente hacia el legislador. En efecto,

19 Díaz de Valdés (2013) pp. 281-282.

20 En el sistema europeo de protección de derechos fundamentales, por ejemplo, se tiende a dar preeminencia al derecho conexo y no a la igualdad, muy posiblemente porque esta última solo podía invocarse en conjunto con otro derecho y no como un derecho autónomo protegido por la Convención Europea de Derechos Humanos. Si bien el Protocolo N°12 del 2005 intentó corregir esta situación, de forma que pudiera invocarse el derecho a la igualdad por sí mismo en forma autónoma a otros derechos, la práctica de la Corte Europea de Derechos Humanos ha sido más bien cautelosa a este respecto.

en esta materia el test de racionalidad puede aplicarse de dos formas muy diferentes. La primera, seguida por la Sentencia, consiste en partir de la base de las finalidades declaradas por el legislador. La segunda, más exigente, consiste en que el Tribunal identifica cuál es, a su juicio, la *verdadera* finalidad de las diferencias realizadas, independientemente de lo que haya declarado el legislador. Esta postura implica un control mucho más intenso sobre este último, y puede implicar desconocer o ignorar lo que ha señalado explícitamente. En nuestro caso, por el contrario, la Sentencia demuestra esfuerzos de investigación (se recurre a la historia fidedigna del proyecto en cuestión) para poder identificar lo que el propio legislador señaló que constituían los fines de la diferencia, i.e., proveer educación superior gratuita a los alumnos vulnerables y asegurar la calidad de la misma.

Un aspecto central de este test, que el fallo se encarga de destacar, es su naturaleza *relacional*. En otras palabras, lo importante no es solo identificar cada uno de los elementos involucrados, sino la relación que se da entre ellos. El Tribunal señala que aquella debe ser directa[21] y adecuada[22]. En esta materia, la prevención de la Ministra Marisol Peña y del Ministro Juan José Romero es más precisa, señalando que se trata de "*una directa, objetiva y significativa relación*"[23]. Si bien todos estos términos permiten cierta latitud interpretativa, nos parece que al menos se clarifica que la relación en cuestión no puede ser forzada o rebuscada, sino que debe manifestar cierta evidencia que no dependa (hasta donde sea posible) de la subjetividad de quien la analiza. A nuestro juicio, se pide aquí algo muy parecido al sentido común: que la diferencia en cuestión sirva para alcanzar el fin, y que se haya seleccionado un criterio de diferenciación funcional a ambos. No es necesario que la diferencia o el criterio de diferenciación sean la mejor alternativa a disposición del legislador para lograr el fin en cuestión. Tampoco es necesario que el criterio de diferenciación sea "perfecto", vale decir, que en su aplicación práctica incorpore absolutamente a todos quienes debieran afectar la diferencia para alcanzar el fin propuesto, o que deje de incorporar a algunos de ellos (*under-inclusiveness* y *over-*

21 Tribunal Constitucional Rol N° 2935-15, considerandos 41° y 42°.

22 Tribunal Constitucional Rol N° 2935-15, considerando 42°.

23 Prevención de los Ministros Marisol Peña Torres y Juan José Romero Guzmán, considerando 1°.

inclusiveness). En razón de todo lo anterior, es posible apreciar con claridad que la racionalidad es un test bastante deferente[24], pero que exige un grado de conexión relevante entre los diversos elementos en cuestión. En síntesis, se pide al legislador coherencia entre lo que quiere lograr (o lo que dice que quiere lograr) y lo que está ordenando hacer (la diferencia de trato) para lograrlo.

Ahora bien, la discusión anterior evidencia que la racionalidad no es un test perfecto ni mucho menos. Es una metodología que ayuda al juez, y a los agentes jurídicos, a estructurar el análisis de igualdad que hacen de una norma, pero claramente deja una amplia cuota de libertad al juez. Más aún, además de la posible variación en la exigencia de "directez" o intensidad en la relación entre sus elementos, el test mismo admite diversos entendimientos. Hemos mencionado, por ejemplo, que el juez puede limitarse a realizar su análisis con los fines que le ha señalado el legislador, o por el contario, puede desligarse de lo declarado por aquel, identificando por sí mismo los fines de la medida en cuestión. Del mismo modo, se puede entender racionalidad como la sola existencia de una razón suficiente, de forma de excluir el mero capricho, o se puede exigir bastante más, por ejemplo, que la razón invocada sea suficientemente convincente. De manera similar, el test de racionalidad puede otorgar una importancia muy diversa al contexto de la medida en cuestión, entendiendo por tal desde los antecedentes históricos y sociológicos de la medida, pasando por la situación real del grupo afectado en una sociedad determinada y el análisis de medidas vigentes análogas, hasta la elucubración de posibles consecuencias del más amplio espectro que seguirían de la implementación de la medida.

En definitiva, consideramos que la Sentencia hace una correcta opción por la racionalidad, pero aquello no significa que dicha elección no tenga problemas, lo que a su vez exige una progresiva labor de elaboración del contenido y aplicación del test en cuestión. En este contexto, nos parece un acierto que el Tribunal haya adoptado una estructura tripartita del mismo. Si bien en algunos ordenamientos funciona de forma bipartita (fines y medios), y en otras simplemente de habla de la racionalidad "del conjunto", la división en tres elementos permite un análisis mucho más agudo y preciso

24 Mccrudden y Prechal (2009) pp. 11 y ss.; Michelman (1986) pp. 26-27.

de la medida en cuestión, ilustrando adecuadamente la importancia de cada una de las conexiones involucradas.

En cuanto a la aplicación misma del test de racionalidad, la Sentencia la realiza en forma estructurada, pulcra y clara. Queda rápidamente en evidencia que los fines declarados por el legislador no guardaban relación suficiente (o siquiera alguna) con los criterios utilizados para determinar quién obtenía el beneficio y quién no. La situación era tan absurda que la aplicación de los criterios seleccionados no solo no permitía lograr los fines declarados por el legislador, sino que derechamente los trucaba, excluyendo a un enorme porcentaje de aquellos a quienes se quería beneficiar. Es así como el Tribunal Constitucional, aplicando un test de suyo deferente con el legislador, y haciéndolo de una forma también deferente, llegó a la conclusión evidente que las diferencias en cuestión constituían una discriminación arbitraria. No cabe engañarse entonces: en el ámbito estrictamente jurídico el caso era fácil, ya que la discriminación era patente.

Un comentario final en esta materia. Tanto la Sentencia con el Requerimiento plantean el problema como una discriminación entre estudiantes y no entre instituciones de educación superior. Si bien ambas alternativas eran posibles, nos parece que esta es la opción correcta y además deferente con el legislador. Ello por cuanto los fines invocados por aquel decían relación justamente a la provisión de educación gratuita y de calidad para los estudiantes. Es decir, el propio legislador declaraba que el propósito de la diferencia era identificar los individuos beneficiados con la política pública en cuestión. Por lo mismo, la cruz del problema consistía en verificar si aquella identificación había sido discriminatoria. Ello no quita, por cierto, los probables efectos discriminatorios para instituciones de educación superior, pero el análisis de este punto hubiera requerido que el Tribunal fuera más allá de los fines declarados por el legislador, cuestión a veces necesaria, pero siempre riesgosa. Finalmente, cabe destacar que si bien las instituciones de educación superior, en cuanto personas jurídicas, son destinatarias de la garantía constitucional de la igualdad ante y en la ley, no cabe duda que este derecho, como todo derecho fundamental, protege finalmente personas naturales. Ellas son sus reales y últimos titulares, de acuerdo al artículo 5° de la Constitución, ya que los derechos fundamentales emanan de la naturaleza humana.

3.2 Otras Consideraciones Relevantes

El Fallo demuestra interesantes esfuerzos por contextualizar la materia en discusión en un escenario más amplio. Particular importancia posee la introducción a la parte de la Sentencia que decide acoger parcialmente el recurso ("En Cuanto a la Petición Subsidiaria y las Impugnaciones de Fondo")[25]. Aquí el Fallo reflexiona acerca del Estado Constitucional de Derecho, el cual supondría el principio de supremacía constitucional y la fuerza directamente vinculante de la constitución. Adicionalmente, la Sentencia pasa revista a una serie de tópicos claves del constitucionalismo contemporáneo, tales como la constitucionalización del derecho, la reserva legal de la regulación de derechos fundamentales, los límites de esta regulación, su compatibilidad con el régimen democrático, y la obligación del legislador de promover, respetar y garantizar los derechos fundamentales.

Los considerandos antes referidos están cuidadosamente escritos y concatenados, y tienen por objeto recordar el rol y los fines que caben al Tribunal Constitucional. En efecto, las reflexiones de esta parte del fallo se dirigen a destacar que la justicia constitucional es

> "la instancia de garantía de los derechos fundamentales y de restitución de la supremacía constitucional, contemplada en el ordenamiento institucional –con amplios antecedentes en el derecho comparado–, asegurando el sometimiento y pleno respeto del legislador a las dimensiones formales y sustanciales de la democracia constitucional" (considerando 15°).

De esta forma, el Tribunal recuerda que al controlar al legislador, está cumpliendo con un deber de la mayor trascendencia, cual es velar por la supremacía constitucional, los derechos fundamentales y el imperio de la democracia.

Todas estas reflexiones deben tomarse en serio. El solo hecho de que el Tribunal haya tenido que formularlas nos da cuenta de que, a su juicio, era necesario rescatar y explicitar los fundamentos de su legitimidad y autoridad. Ello puede explicarse dada la importancia política del Fallo, pero fundamentalmente en razón del continuo asedio de que ha sido objeto el Tribunal en los últimos años, particularmente por la prensa pero también por una parte, tal vez menos ilustrada, de la doctrina. Esta crítica insidiosa, que acusa al Tribunal de "tercera cámara", olvidando la importancia de la justicia constitucional en casi todas las democracias de postguerra, pareciera provocar la respuesta del Tribunal en los considerandos en comento. Más aún, podría pensarse que el TC, sabiendo que su fallo se considerará un ataque al corazón de una política pública altamente relevante y popularmente conocida, se adelanta a la crítica ofreciendo una explicación fundamentada de por qué debe hacer lo que hace, no obstante las consecuencias políticas que de ello se sigan.

Un segundo aspecto contextual que nos parece importante destacar, dice relación con la invocación al artículo 1° de la Constitución. En efecto, la Sentencia señala que el fundamento del respeto a la igualdad y a la prohibición de discriminación se encuentra en dos disposiciones de dicho artículo. La primera es la frase inicial de la Constitución, que señala que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". La segunda es el deber estatal consagrado en el inciso 4° de asegurar el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Valoramos no solo el intento de leer la Constitución como un todo orgánico, sino que la referencia al artículo 1° demuestra que nos encontramos frente a una materia de la máxima importancia, vinculada al tronco central de nuestro sistema constitucional. En efecto, cabe recordar que el artículo primero es una verdadera síntesis o resumen de la cosmovisión imbuida en nuestra constitución[26], y que como tal sirve como el fundamento de mayor solidez posible dentro de nuestro sistema.

En relación a la primera norma, se nos recuerda que la igualdad en y ante la ley no es sino una consecuencia o aplicación de la igualdad esencial existente entre todos los seres humanos, la cual no solo se traduce en los mismos derechos, sino antes que nada, en una igual dignidad. De esta forma, una discriminación arbitraria como la existente en este caso vulnera la mismísima dignidad de los estudiantes excluidos. En relación a la segunda norma, el inciso 4° del artículo 1°, la Sentencia rescata el concepto de igualdad de oportunidades. Si bien esta noción es profundamente controversial[27], a lo menos contemplaría la idea de que todos los puestos deben adjudi-

25 Tribunal Constitucional Rol N° 2935-15, considerando 9° y ss.

26 Cea (2012) pp. 162-165.

27 Radcliffe (1997) p. 278.

carse según los méritos de los postulantes[28], así como la necesidad de remover algunos de los obstáculos relevantes que enfrentan los individuos que persiguen los mismos objetivos[29]. Dado que el caso en estudio se refiere al acceso gratuito a la educación superior –instrumento privilegiado de la meritocracia y oportunidad que abre el camino a otras muchas oportunidades–, la vinculación no podría ser más evidente. Cabe asimismo destacar que la norma constitucional en comento destaca la importancia del deber del Estado de asegurar este derecho, cuestión que no se estaría cumpliendo en este caso.

En síntesis, la contextualización del derecho a la igualdad es positiva, en cuanto destaca que no se trata de una disposición aislada en la Constitución, sino que se vincula a elementos fundantes de nuestro sistema. A la vez, le otorga una dimensión transcendente y lo vincula a uno de los deberes esenciales del Estado. Finalmente, se trata de un interesante intento de operativización del artículo 1° de la Constitución, cuestión que es difícil y escasa, pero importante y útil.

Un aspecto adicional del Fallo que merece comentarse es la utilización de un lenguaje de mayor calidad técnica en materia de no discriminación. En particular, nos referimos al uso de las voces prejuicio, estereotipo y estigma. Las primeras aparecen en el considerando 40, cuando el TC señala que la pertenencia al CRUCH no es un criterio adecuado en vista de la finalidad perseguida de asegurar la calidad de la educación a ser gratuitamente prohibida. Es así como el Tribunal desliza la siguiente crítica: "*Simples generalizaciones, así como la utilización de meros prejuicios o estereotipos, no son aceptables*". En otras palabras, el Tribunal fustiga al legislador por asumir sin más que las Universidades CRUCH asegurarían una suficiente calidad educativa y las Universidades No CRUCH no lo harían. Más aún, el TC acusa que nos podemos hallar frente a un prejuicio, esto es, la atribución de un menor valor moral a una persona en razón de ciertas características[30] (mutables o no)[31], las que

28 Cfr. Green (1998) p. 42; Buchanan (1995) pp. 123-124; Nickel (1987) p. 111; Radcliffe (1997) p. 261; Plamenatz (1967) p. 87. Véase también Choudhry (2000) p. 153.

29 Goldman (1987) 88-103; Westen (1990) pp. 163-179.

30 Choudhry (2000) p. 152.

31 Post (2000) p. 8.

normalmente son relevantes para su identidad[32]. Los prejuicios son un problema serio y el derecho los combate, precisamente porque afectan la valía de la personas y no cumplen con criterios indispensables de racionalidad. Alternativamente, el Tribunal observa que el legislador puede estar utilizando un estereotipo, esto es, simplificaciones de la realidad consistentes en el "uso de rasgos personales o grupales como indiciarios de otras habilidades"[33] o características. Estos pueden ser racionales o irracionales. Los primeros poseen un fundamento estadístico, por ejemplo, "las mujeres jóvenes incurren en mayores gastos de salud que los hombres de la misma edad". Los estereotipos irracionales, en cambio, se basan en un error, una generalización exagerada o una correlación estadística débil[34], por ejemplo, "las mujeres manejan peor que los hombres". Cabe destacar que, en términos generales, los ordenamientos jurídicos combaten los estereotipos irracionales, mientras que los racionales pueden ser más o menos tolerados y en ocasiones prohibidos. Por lo mismo, entendemos que la frase del TC debe entenderse en esta misma línea, es decir, como una prohibición de estereotipos irracionales.

En cuanto a la voz estigma, el considerando 49 del Fallo señala que "*la pertenencia a una institución que no pudo cumplir, constituirá otro estigma más para esos jóvenes vulnerables*". Estigma es una noción compleja, y ha sido objeto de profundos análisis en derecho comparado[35]. Normalmente se asocia a una especie de mancha o de marca que la sociedad impone sobre una persona, la que consecuentemente es menos valorada. La relación entre discriminación y estigma es compleja, ya que la primera puede ser tanto una causa como un resultado del segundo. El Tribunal, por tanto, acierta al agregar que los jóvenes excluidos de la gratuidad no solo serán discriminados, sino que serán estigmatizados, cuestión que, en términos de nuestro ordenamiento constitucional, vulneraría la dignidad de los seres humanos ya reconocida en el artículo 1° inciso 1° de la Constitución. Más aún, la Sentencia pareciera preocuparse del estigma preexistente de los jóvenes pertenecientes a los cinco deciles de menores ingresos, ya que la pertenencia a una universidad "no gratuita" constituiría "*otro estigma*" adicional al que ya sufren.

32 Réaume (2003) p. 680.

33 Choudhry (2000) p. 155.

34 Alexander (1992) pp. 167-170; Choudhry (2000) pp. 155 ss.

35 Ver Goffman (1986); Link y Phelan (2001) pp. 363-385.

En definitiva, la utilización de las palabras señaladas demuestra un avance y refinamiento de la doctrina del Tribunal en materia de discriminación, lo que anuncia fallos metodológica y técnicamente más precisos.

3.3 El Triste Epílogo

El Fallo fue fuente inmediata de controversia pública. Más aún, antes de liberar el texto de la Sentencia, el Tribunal anunció que se había acogido el Requerimiento en cuanto a la objeción de discriminación, cuestión que produjo gran efervescencia e incertidumbre. En efecto, el anuncio se hizo en el mes de diciembre de 2015, en pleno proceso de selección universitaria. Con el anuncio del Tribunal de que la política pública era discriminatoria, se hacía evidente que existía un problema estructural en el diseño de aquella, y por tanto se ponía en riesgo su puesta en marcha para el año que comenzaba. Para mayor incertidumbre, al no conocerse el texto definitivo de la Sentencia, tampoco se podía evaluar alternativas al proyecto original ya que se ignoraba si aquellas se ajustarían a lo señalado por el Tribunal.

Frente a la presión por definir el destino de la política pública de gratuidad, el Gobierno decidió no esperar a la publicación del texto del Fallo, y envió al Congreso un proyecto de ley que modificaba la Ley de Presupuestos, y que intentaba corregir los aspectos discriminatorios que, a su juicio, podrían haber sido objetados por el Tribunal.

El Congreso, frente a la premura de estudiantes e instituciones de educación superior, legisló "a ciegas", aprobando un texto que no solucionaba los problemas de discriminación detectados por la Sentencia. En su esencia, la nueva ley seguía admitiendo al nuevo sistema a todas las universidades estatales, mientras que a las privadas (estuviesen o no en el CRUCH) se les exigió acreditación por 4 o más años y que sus controladores fueran personas naturales o jurídicas sin fines de lucro. Tales requisitos debían cumplirse al 27 de diciembre de 2015, con lo que, formalmente al menos, se rectificaba el problema del proyecto original de establecer un plazo ya vencido para cumplir con las exigencias de entrada al sistema.

Como resulta evidente, la nueva solución legislativa adolece de los mismos vicios discriminatorios que el proyecto original. Si bien se elimina como criterio de diferenciación la pertenencia o no al CRUCH, así como la exigencia de triestamentalidad, aquellos se

sustituyen por la naturaleza estatal o privada de la universidad. Nuevamente, el problema no consiste en que se exija un mínimo de años de acreditación o la ausencia de lucro, sino en que estos requisitos se impongan solo a algunas instituciones (las privadas) en razón de inadmisibles prejuicios o estereotipos. Ello redunda en la exclusión de un grupo muy relevante de los sujetos a quienes se desea beneficiar, lo que a su vez trunca los fines declarados por el legislador (que son los mismos originales: proveer educación superior gratuita a los alumnos vulnerables y asegurar la calidad de la misma). En dos palabras, nuevamente los criterios de selección no sirven para los fines declarados por el legislador, por lo que la diferencia no es racional sino arbitraria.

Lamentablemente, el nuevo proyecto no fue objetado por los legitimados activos (Presidente de la República, las Cámaras o un cuarto de sus miembros en ejercicio, según lo dispone el artículo 93 de la Constitución), y por tanto su constitucionalidad no fue conocida por el Tribunal.

En definitiva, el epílogo es triste. No obstante el valiente esfuerzo del Tribunal por ejercer un control de constitucionalidad sustancial sobre una norma jurídica de enorme impacto político, y a pesar de la existencia de una discriminación manifiesta, los agentes políticos prefirieron resolver el asunto al margen del Derecho. Funesto error que afecta no solo la supremacía constitucional, sino también el derecho a la igualdad de todos aquellos estudiantes que se verán excluidos de un beneficio de gran envergadura.

4. CONCLUSIONES

1 El proyecto de Ley de Presupuestos que establecía la gratuidad de la educación superior para los jóvenes pertenecientes a los cinco primeros deciles, contemplaba diferencias de trato manifiestamente discriminatorias. En términos estrictamente jurídicos, su declaración de inconstitucionalidad resultaba evidente.

2 La Sentencia es muy positiva para la dogmática de la igualdad y no discriminación. Entroncando con su jurisprudencia clásica en la materia, el TC abandona la creciente complejización de los últimos años, la que incorporaba elementos ajenos al derecho nacional que muchas veces cumplían un rol exclusiva-

mente retórico, sin mayor relevancia para la solución del caso concreto.

3 Se establece claramente que la racionalidad, y no la proporcionalidad, es el cartabón para examinar la arbitrariedad de una discriminación.

4 Se formula en forma explícita un test de racionalidad tripartito, el cual exige analizar la relación existente entre la diferencia de trato realizada, los fines que se persiguen con ella y el criterio de diferenciación utilizado.

4 Se opta por un test de racionalidad deferente para con legislador, toda vez que se dan por sentados los fines que aquel declara, sin que el Tribunal hurgue otros fines "reales" u "ocultos" en la diferencia de trato cuestionada.

5 Se recuerda la importancia y justificación del control de constitucionalidad de la ley que realiza el Tribunal, en cuanto elemento esencial del Estado Constitucional de Derecho, el cual permite velar por la supremacía constitucional, proteger los derechos fundamentales y asegurar el imperio de la democracia.

6 Lamentablemente el legislador, sin conocer el texto del Fallo, aprobó una nueva iniciativa legal en la materia que no corrigió los vicios de fondo observados en el proyecto original. Ante la ausencia de un requerimiento ante el Tribunal, esta anomalía constitucional es hoy ley vigente, con el consiguiente daño a la supremacía constitucional y al derecho a la igualdad y no discriminación de los estudiantes que resultaron excluidos de la gratuidad universitaria.

BIBLIOGRAFÍA

Alexander, Larry (1992): "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, pp. 149-219.

Aristóteles (2009): "Ética A Nicómaco". Disponible en http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor-din/la-etica-de-aristoteles--0/html/ [30/03/2016].

Barak, Aharon (2012): Proportionality (United States, Cambrigde University Press).

Buchanan, Allen (1995): "Equal Opportunity and Genetic Intervention", *Social Philosophy and Policy Foundation*, vol. 12 N° 2, pp. 105-135.

Cea, José Luis (2012): Derecho Constitucional Chileno (Santiago, Ediciones UC, 2ª ed.).

Choudhry, Sujit (2000): "Distribution vs. Recognition: The Case of Anti-Discrimination Laws", *George Mason Law Review*, vol. 9, pp. 145-178.

Covarrubias, Ignacio (2012): "La Desproporción del Test de Proporcionalidad: Aspectos emblemáticos en su formulación y Aplicación", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 39, N°2, pp. 447- 480.

Covarrubias, Ignacio (2014): ¿Emplea el Tribunal Constitucional el Test de Proporcionalidad?, en *Estudios Constitucionales,* N°1, pp. 163- 237.

Díaz de Valdés, José Manuel (2015): ¿Qué Clase de Igualdad Reconoce el Tribunal Constitucional? en *Ius et praxis*, vol. 21, N° 2, pp. 317-372.

Díaz de Valdés, José Manuel (2013): "¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?", *Actualidad Jurídica*, vol. 14 N° 28, pp. 279-297.

Fernández, Miguel Ángel (2004): Principio Constitucional de la Igualdad Ante la Ley (Santiago, LexisNexis).

Goffman, Erving (1986): Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity, (New York, Touchstone, Kindle Edition).

Goldman, Alan (1987): "The Justification of Equal Opportunity" en Paul, Ellen (edit.) *Equal Opportunity* (Oxford, Basil Blackwell) pp. 88-103.

Green, Phillip (1998): Equality and Democracy (New York, New Press).

Link, Bruce y Phelan, Jo (2001): «Conceptualizing Stigma», *Annual Review of Sociology*, vol. 27, pp. 363-385.

Martínez, Ramón (2000): Igualdad y Razonabilidad en la Justicia Constitucional Española (Almería, Universidad de Almería).

McCrudden, Christopher (2009): "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 19 N° 5, pp. 655-724.

Michelman, Frank (1986): "The Meanings of Legal Equality", *The BlackLetter Journal*, pp. 24-36.

Nickel, James (1987): "Equal Opportunity in a Pluralistic Society" en Paul, Ellen (edit.) *Equal Opportunity* (Oxford, Basil Blackwell) pp. 104-119.

Pérez Luño, Antonio Enrique (2007): Dimensiones de la Igualdad (Madrid, Dykinson, 2ª ed.).

Post, Robert (2000): "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", *California Law Review*, vol. 88, pp. 1-40.

Plamenatz, John (1967): "Diversity of Rights and Kinds of Equality" en Pennock, Roland y Chapman, John (edit.) *Equality* (New York, Atherton Press) pp. 79-98.

Radcliffe, Janet (1997): "Equality of Opportunity", *Ration*, vol. X N° 3, pp. 253-279.

Réaume, Denise G (2003): "Discrimination and Dignity", *Lousiana Law Review*, vol. 63, pp. 645-695.

Urbina, Francisco (2012): " A Critique of Proportionality" in *The American Journal Jurisprudence*, vol. 57, pp. 49- 80.

Westen, Peter (1990): Speaking of Equality (Princeton, Princeton University Press).

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional Rol N° 28-85, de 8 de abril de 1985.

Tribunal Constitucional Rol N° 53-88, de 5 de abril de 1988.

Tribunal Constitucional Rol N° 219-95, de 31 de julio de 1995.

Tribunal Constitucional Rol N° 280-98, 20 de octubre de 1998.

Tribunal Constitucional Rol N° 790-07, de 11 de diciembre de 2007.

Tribunal Constitucional Rol N° 986-07, de 30 de enero de 2008.

Tribunal Constitucional Rol N° 1273-08, de 20 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional Rol N° 980-07, de 13 de mayo de 2008.

Tribunal Constitucional Rol N° 1138-08, de septiembre de 2008.

Tribunal Constitucional Rol N° 1243-08, de 30 de diciembre de 2008.

Tribunal Constitucional Rol N° 1254-08, de 29 de julio de 2009.

Tribunal Constitucional Rol N° 1348-09, de 27 de abril de 2010.

Tribunal Constitucional Rol N° 1710-10, de 6 de agosto de 2010.

Tribunal Constitucional Rol N° 2022-11, de 29 de marzo de 2012.

Tribunal Constitucional Rol N° 2133-11, de 4 de julio de 2013.

Tribunal Constitucional Rol N° 2935-15, de diciembre de 2015.