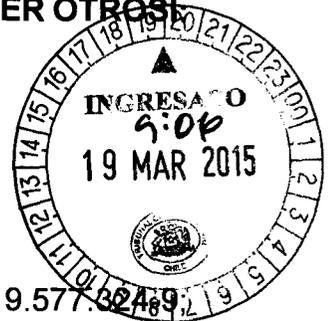


EN LO PRINCIPAL: TÉNGASE PRESENTE AMICUS CURIAE; PRIMER OTROSI
SOLICITA PARTICIPACION EN AUDIENCIA PUBLICA.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Julio Alvear Téllez, chileno, cédula nacional de identidad N° 9.577.32489,
José Manuel Díaz de Valdés Juliá, chileno, cédula nacional de identidad
N°9.030.141-1; **Ignacio Covarrubias Cuevas**, chileno, cédula nacional de
identidad N°8.710.394-3, todos miembros del **CENTRO DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL** de la **Universidad del Desarrollo**, en autos sobre solicitud de
declaración de inconstitucionalidad, Rol N° 2787-15, a SSE, respetuosamente
decimos:

Que de conformidad a lo establecido en el artículo 44 de la Ley Orgánica
Constitucional del Tribunal Constitucional y la resolución del 12 de marzo del
presente, en las que se decide oír en esta causa a todas las instituciones
representativas de los intereses involucrados, venimos a presentar un **amicus
curiae** a fin de poner a vuestra disposición nuestra opinión jurídica en materia de
derechos fundamentales en la causa **Rol N° 2787-15**, sobre solicitud de declaración
de inconstitucionalidad de los artículos 1 N° 7 letra c) y N° 9 letra b); y 2 N° 1 letra
a), N° 3, N° 5 letras a), e) y f), N° 6 y N° 7; y artículos segundo, tercero, cuarto,
quinto y vigésimo sexto transitorios del proyecto de ley que regula la admisión de
los estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en
establecimientos que reciben aportes del Estado (Boletín 9366-04).

Con argumentos de dogmática constitucional y fundamentos de la
jurisprudencia de este excelentísimo Tribunal, nuestra presentación pretende
demostrar los siguientes puntos:

- I. Que el Estado chileno tiene deberes irrenunciables en materia de educación.**
- II. Que dichos deberes hacen parte de un sistema educacional que se construye sobre el despliegue armónico de los derechos fundamentales (educación y enseñanza)**
- III. Que la regulación que incide en tales derechos no puede ser obstaculizadora, sino, por el contrario, facilitadora del haz de facultades de cada uno.**
- IV. Por lo anterior, el art. 2 n° 7 letra a) del Proyecto es Inconstitucional. Viola la libertad de ABRIR establecimientos educacionales. Cinco razones.**
- V. La prohibición de selección también es inconstitucional. Su incongruencia para el ejercicio de los derechos fundamentales. Cinco razones.**

I.

**El Estado chileno tiene deberes irrenunciables en materia de educación.
Alcance de este principio.**

1. La educación es uno de los bienes humanos esenciales. Su objeto es lograr “el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”, como afirma la Constitución (art.1º inc.1º). Caracterización que también ha quedado plasmada en el art. 2 de la Ley General de Educación (DFL 2 del Ministerio de Educación, del 16 de diciembre de 2009), y más lejos, en el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. Constituyendo un bien de interés general, la educación no puede permanecer ajena a las preocupaciones del Estado. De ahí que desde los inicios de nuestra República, en continuidad con la época indiana, el Estado haya asumido el deber de obtener un progresivo desarrollo en la materia en beneficio de toda la población, creando establecimientos gratuitos para otorgar una cobertura cada vez más amplia, de acuerdo a los niveles obligatorios fijados en cada época.

La Constitución de 1822 establecía en su artículo 231 que “se procurará poner escuelas públicas de primeras letras en todas las poblaciones”. La Constitución de 1833 en su artículo 153 disponía que “la educación pública es una atención preferente del gobierno”. Y la Constitución de 1925 definía a la educación como una “función primordial del Estado”. En esta línea, el artículo 19 N° 10 de la Constitución de 1980 establece la obligación del Estado de financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso de toda la población a la educación básica y media.

3. Educación pública, sin embargo, no es lo mismo que educación nacional. Junto a la prestación educacional directa por parte del Estado, ha existido siempre una importante cobertura de la educación formal ofrecida por la propia sociedad civil, lo que vulgarmente se denomina educación privada. En la tradición constitucional chilena la educación nacional no ha sido suplantada ni absorbida por la educación pública.

Recogiendo esta tradición, la Ley General de Educación expresa en su artículo 4 inciso 4 que *“el sistema de educación será de naturaleza mixta, incluyendo una de propiedad y administración del Estado o sus órganos, y otra particular, sea ésta subvencionada o pagada, asegurándole a los padres y apoderados la libertad de elegir el establecimiento educativo para sus hijos”*.

La existencia de un sistema mixto ha sido constatada expresamente por el Tribunal Constitucional (STC Rol 1361-2009, c.44)

4. Respecto de la educación de propiedad estatal, la norma atribuye al Estado un deber cualificado. El artículo 4 inciso 5 de la Ley General de Educación dispone:

“Sin perjuicio de sus demás deberes, es deber del Estado que el sistema integrado por los establecimientos educacionales de su propiedad provea una educación gratuita y de calidad”.

Respecto del sistema mixto en su conjunto, éste debe propender a la *“equidad y calidad de su servicio”* (art.1), debiendo el Estado *asegurar* dicho objetivo, procurando que se *impartido a todos* (artículo 6).

5. En consecuencia, frente a la tradición constitucional y a la normativa vigente no está sujeto a controversia si al Estado le cabe o no un papel ante la educación. Es evidente que sí y de mucha relevancia. La cuestión es qué papel le corresponde y en qué grado debe ejercerlo dentro de nuestro marco constitucional y los bienes que en él se recogen. Las cuestiones de constitucionalidad planteadas en el requerimiento inciden precisamente en este punto, al objetar ciertas disposiciones del proyecto de ley en curso que, además, contravienen nuestra historia constitucional.

II.

Los deberes del Estado hacen parte de un sistema educacional que se construye sobre el despliegue armónico de los derechos fundamentales (educación y enseñanza)

6. Previo a nuestra opinión sobre las cuestiones suscitadas por el requerimiento, creemos que hay un punto basal que puede suscitar amplio consenso, y que no ha sido suficientemente destacado: la Constitución y la ley le atribuyen al Estado un conjunto de deberes irrenunciables en materia de educación. Pero esos deberes se ejercen en el marco de un sistema educacional cuyas bases se asientan en derechos fundamentales cualificados (educación y enseñanza).

Lo afirma explícitamente el artículo 3 de la Ley General de Educación: *“el sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza”*. Esta concepción no ha sido tocada por el proyecto de ley objetado. Y explicita la estructura funcional de los deberes que la Constitución impone al Estado de cara a estos derechos fundamentales:

- i) Es deber del Estado otorgar especial protección al ejercicio del derecho preferente que tienen los padres de educar a sus hijos (art.19 N°10 inciso 3 CPR)
- ii) La educación básica y media son obligatorias. El Estado debe financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso de toda la población a la educación básica y media (art.19 N°10 inciso 5 CPR).

iii) La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos de educacionales (art.19 N°11 inciso 1 CPR). La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional (art.19 N°11 inciso 2 CPR)

iv) Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse a cada uno de los niveles de enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel (art.19 N°11 inciso 5 CPR).

iv) Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos (art.19 N°11 inciso 4 CPR).

v) Corresponderá al Estado fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles (art.19 N° 10, inciso 6 CPR)

7) La enumeración transcrita da cuenta de los diversos elementos jurídicos que componen el sistema educativo. Aspecto recientemente destacado por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) que ha sostenido que *“en su globalidad (los artículos 19 N° 10 y 11 de la Constitución) contienen derechos de libertad, deberes sociales, deberes estatales, derechos de prestación, derechos de organización y procedimiento, garantías institucionales y en general un entramado normativo que configura un denso cuerpo constitucional, legal y estatutario de principios y reglas”*. Todos estos elementos jurídicos giran, sin embargo, en torno a la educación y la libertad de enseñanza, ámbitos distintos pero intrínsecamente vinculados y representativos de un complejo conjunto de derechos y deberes (STC Rol 2731-2014, c.16).

De lo anterior se desprende que cuando la ley asigna al Estado deberes en materia de educación, concretando o desarrollando los objetivos que la Constitución le ha impuesto, dichos deberes necesariamente han de confluir con el ejercicio mutuamente complementario de la libertad de enseñanza y del derecho a la educación. Ello no es sino una expresión particular del principio general de nuestro derecho que expresa que la Constitución es un todo armónico que debe interpretarse de forma de dar plena eficacia a cada una de sus normas.

La regulación que incide en los derechos fundamentales de educación y enseñanza no puede ser obstaculizadora, sino, por el contrario, facilitadora del haz de facultades de cada uno.

8) Que el sistema educativo se construya a partir del despliegue de los derechos fundamentales que emergen de la propia sociedad civil tiene importantes consecuencias. Por de pronto, que los deberes que la legislación le impone al Estado se articulen como deberes de garantía y de promoción de aquellos.

Esto se traduce en la funcionalidad de los deberes estatales que impone la Ley General de Educación en orden a velar para que la educación formal impartida al interior del sistema mixto cumpla con requisitos o estándares mínimos de acceso y cualificación. Dichos requisitos deben facilitar y no obstaculizar el ejercicio de la libertad de enseñanza de los establecimientos educacionales junto al derecho a la educación de las personas involucradas, desde una posición jurídica de recíproca concurrencia.

No son necesariamente derechos en conflicto, en que la expansión de uno conlleva la reducción del otro, como algunos han querido ver. Así lo ha destacado el TC al precisar la existencia de tres géneros de correlaciones:

i) El derecho a recibir educación exige que la libertad de enseñanza concretice el derecho de los establecimientos a otorgar una educación reconocida oficialmente y de calidad (STC Rol 2731-2014, c. 15).

ii) Las instituciones de educación tienen el derecho a la autonomía en sus proyectos educativos, bajo el amparo de la Constitución, las leyes y los estatutos internos (STC Rol 2731-2014, c.15).

iii) El derecho a otorgar educación reconocida oficialmente importa la concurrencia de normas y procedimientos que velen por los derechos de todos los integrantes de una comunidad educacionales (STC Rol 2731-2014, c.15).

9) Respecto del primer punto, el TC ha resaltado que en el ámbito de los derechos fundamentales, el derecho a recibir educación en los niveles fijados por la ley supone el derecho a otorgarla en ejercicio de la libertad de enseñanza. Hay aquí varios ámbitos de concurrencia armónica entre ambos derechos en el plano de la satisfacción de los intereses recíprocos:

a) El derecho a recibir educación es “un derecho social que asegura a todas las personas su pleno desarrollo en todas las etapas de la vida, a través del acceso a la enseñanza formal y no formal y a procesos de educación informal...”. Este derecho de los niños y jóvenes a recibir educación es auxiliado por el derecho preferente y el deber consecuente de los padres a educar a sus hijos (STC Rol 2731-2014, c.17).

b) Los derechos educacionales, abarcando los deberes del Estado tienen un punto de contacto con la libertad de enseñanza cuando se reconoce a todas las personas el derecho a otorgar educación. Este derecho abierto a todos, de ofrecer y poner a disposición de la población los procesos educativos es parte del deber de la comunidad de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación (STC, Rol 2731-2014, c.18).

c) Uno de los puentes que une el derecho a recibir educación y el derecho-deber a otorgar educación es la libertad de enseñanza (STC Rol 2731-2014, c.19). "El derecho a recibir educación tiene por finalidad una especial asunción pública de habilidades, pericias y estudios. Por lo mismo, debe confluir necesariamente, en el reconocimiento oficial de esa enseñanza (STC Rol 1363, c.15, STC Rol 2731-2014, c.20).

d) La libertad de enseñanza no puede separarse del derecho a la educación, siendo su contraparte. Esto exige que el Estado cree las condiciones para que pueda ejercerse y así las personas logren su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida (STC Rol 1362-2009; STC Rol 2731-2014, c.41).

10) En cada uno de estos ámbitos es posible observar detenidamente que la regulación que incide o pueda incidir en tales derechos no sea obstaculizadora, sino, por el contrario, facilitadora del haz de facultades que otorga cada derecho. Es que sobre ellos, insistamos, el sistema educacional ha colocado su base.

Este diseño se aplica asimismo a algunas facultades en particular de la libertad de enseñanza, especialmente susceptible de ser afectada por una regulación obstaculizadora y no ordenadora.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales se ha preocupado especialmente de este aspecto: "*Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 (objetivos de la educación) y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado*" (artículo 13 N°4).

11) En la materia, el requerimiento solicita que se declare la inconstitucionalidad de varias normas del proyecto de ley que regula la admisión de estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, correspondiente al Boletín 9366-04.

En este escrito, nos centraremos en tres normas que imponen a la libertad de enseñanza una regulación que afecta la facultad de **abrir y organizar** establecimientos educacionales. Tales son la que condiciona el otorgamiento de nuevas subvenciones a la verificación de dos circunstancias (disponibilidad suficiente y ausencia de proyectos educativos similares) calificadas por la autoridad

administrativa (art. 2 n° 7 letra b del Proyecto); la que prohíbe a los establecimientos educacionales subvencionados seleccionar a sus alumnos (Art. 2 n° 5 letra f, N°6 y artículo 26 transitorio del Proyecto); y la que prohíbe justificar la selección por los criterios del art. 19 N°11 CPR (artículo 1° numero 7 letra c del Proyecto).

La primera afecta especialmente la facultad de abrir establecimientos educacionales. La segunda más directamente la facultad de organizarlo. Vamos a mostrar, entre otras razones, que la intensidad regulatoria de estas normas excede o rebasa el umbral fijado por la Constitución Política y los estándares dispuestos por el Tribunal Constitucional para este tipo de casos, restringiendo sin causa proporcionada el ejercicio de la libertad de enseñanza.

12) La Constitución de 1980 dispone que la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional (art. 19 N° 11 inciso 2°). Estamos, en consecuencia, frente a un derecho – autonomía que puede desenvolverse sin más límites que los que la ley impone determinando el contenido abierto de dichas causales. Se trata, en todo caso, de causales acotadas. Solo ellas autorizan a imponer límites al derecho.

Tratándose de la “enseñanza formal o regular”, el derecho no solo puede ser “limitado” sino también “regulado”. El art. 19 N°11 inciso 5 de la Constitución, ya reproducido, lo autoriza, convocando a tales efectos a la ley orgánica constitucional. A propósito de los establecimientos educacionales, como sujetos de la libertad de enseñanza, el Tribunal Constitucional ha precisado esta doctrina: *“la regulación del establecimiento educacional, por la cual se desenvolverá la libertad de enseñanza, está justificada, ya que la propia Constitución habilita al legislador en un doble sentido. Por una parte, porque el legislador debe establecer los requisitos mínimos que deben exigirse en cada uno de los niveles de enseñanza. Por la otra, porque debe establecer requisitos para obtener el reconocimiento oficial. Estos requisitos evidentemente implicarán una configuración legislativa de los elementos que lo componen. Para la Constitución, la obtención de reconocimiento oficial requiere la satisfacción de ciertos requisitos más exigentes que los requeridos para el simple ejercicio del derecho a la libertad de enseñanza”* (STC, Rol 1363-2009, c.15).

13) La regulación que impone estos requisitos está reservada a la ley y debe en todo caso respetar *“el núcleo esencial y el libre ejercicio de los derechos”*, como lo exige el artículo 19 N° 26 de la Constitución, y lo ha recordado el TC respecto de la libertad de enseñanza (STC, Rol 1361-2009, c.67 y 68).

14) El mismo Tribunal ha precisado esta conocida doctrina, sentando la tesis de *la regulación deferente con los derechos fundamentales*. Vale decir, la regulación legal que establece requisitos para ejercer la actividad educativa es bifásica, tiene dos caras: debe satisfacer criterios finalistas para realizar el derecho a la educación, pero también facilitar el ejercicio de la libertad de enseñanza, no entorpecerla.

A propósito de la norma legal que impuso la exigencia de personalidad jurídica para los establecimientos educacionales, el tribunal explicitó la postura en

comento. Primera cara: deferencia con el derecho a la educación: *“Aquella exigencia tiene por finalidad cumplir de mejor manera la obligación de garantizar una educación de calidad ..., esto es, el derecho a la educación. Para este Tribunal la finalidad de mejorar la calidad de la educación es claramente una finalidad que legítimamente puede perseguir el legislador”* (STC, Rol 1363-2009, c.19). Segunda cara: deferencia con la libertad de enseñanza: *“que respecto de la exigencia de personalidad jurídica, este tribunal considera que ésta tiene por finalidad hacer operativa la propia libertad de enseñanza, en especial la libertad de organización de los establecimientos educacionales. En efecto, la organización de la complejidad de medios, humanos y materiales, y fines que supone un establecimiento educacional, es facilitada por la existencia de personalidad jurídica, por las características de estos sujetos de derecho”* (STC, Rol 1363-2009, c.17). Por otra parte, *“cabe analizar si la exigencia de personalidad jurídica es proporcionada y razonable o si, por el contrario, resulta desproporcionada. En este punto, el Tribunal ha llegado a la convicción que la norma en cuestión no afecta el contenido esencial de la libertad de enseñanza”* (STC, Rol 1363-2009, c.20).

El TC ha insistido en esta doctrina incluso a la hora de analizar el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales desde el ángulo de la técnica de policía administrativa. Al respecto, sostiene que los requisitos que deben cumplirse para dicho reconocimiento responden, por un lado, al desarrollo de *“criterios finalistas en cuanto a la calidad de la educación”* (STC Rol 1363, c.19, STC Rol 2731-2014, c.21). Y, por otro, a que el despliegue libre de la actividad de enseñanza evite los *“riesgos eventuales”* que pudieran ser lesivos a *“los derechos de terceros o el interés general”* (STC Rol 2731-2014, c.11).

15) El TC también ha sostenido que las reglas de organización de los establecimientos educacionales y los requisitos que se imponen para su reconocimiento oficial constituyen una *“configuración”* legislativa del derecho. Dicha configuración, ha precisado, no constituye *“restricción”* del derecho (STC Rol 1362-2009, c.20; STC Rol 2731-2014, c.41).

Que tales requisitos constituyan una *“configuración”* de la libertad de enseñanza, quiere decir que:

- i) Ellos no pueden, valga la redundancia, *“restringir”* el ejercicio del derecho. Lo que hacen es configurarlo para volverlo más operativo en el contexto de la misión educacional.
- ii) Tales requisitos deben responder a una regulación general y no deben ser desproporcionados. El TC se ha tomado en serio este estándar a la hora de evaluar la constitucionalidad de las nuevas exigencias que se han ido adosando a la Ley General de Educación.
- iii) Tanto los requisitos como el procedimiento administrativo para obtener el reconocimiento oficial tienen un *“carácter reglado”* (STC 1361-2009, c.44).

iv) También se ha establecido que “cuando el legislador se encuentra empeñado en un cambio sustantivo sobre la educación, que comprende más exigencias y más instituciones, este es un criterio que el tribunal debe ponderar (STC 1363-2009)” (STC Rol 2731-2014, c.41)

En consecuencia, si bien la autoridad legislativa puede legítimamente regular el ejercicio de la libertad de enseñanza para armonizarla con las exigencias impuestas por el bien común, bajo ningún respecto los nuevos requisitos impuestos por la ley, o la “configuración legislativa” del derecho, pueden consistir en la imposición de límites que entorpezcan el ejercicio de la libertad de enseñanza, en el ámbito de la educación formal, al punto de dificultar que su despliegue contribuya a las mismas finalidades públicas que inspiran los cambios impulsados por el Ejecutivo.

IV.

**El art. 2 nº 7 letra a) del Proyecto es inconstitucional.
Viola la libertad de ABRIR establecimientos educacionales.
Cinco razones.**

16) En este contexto, el proyecto de ley objetado introduce (art. 2 nº 7 letra a) en el artículo 8 de la Ley de Subvenciones (DFL 2 del 20 de agosto de 1998 del Ministerio de Educación) una doble condición para otorgar aporte estatal a los establecimientos educacionales que por primera vez soliciten el beneficio. El Ministerio de Educación solo podrá aprobarlo en los casos en que “*exista una demanda insatisfecha por matrícula que no pueda ser cubierta por medio de otros establecimientos educacionales que reciban subvención o aporte estatal, o que no exista un proyecto educativo similar en el territorio en el que lo pretende desarrollar*”. La calificación de la situación de hecho corresponde a la autoridad administrativa, quien obrará de acuerdo a los “procedimientos y requisitos” que disponga un reglamento (nuevos incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 8).

Como adelantábamos, la intensidad regulatoria de la norma citada traspasa el umbral fijado por la Constitución Política y los estándares dispuestos por el Tribunal Constitucional, restringiendo sin causa proporcionada el ejercicio de la libertad de enseñanza. **Hay aquí cinco razones para objetar la constitucionalidad de la norma analizada:**

1) La norma citada subordina la libertad de abrir establecimientos educacionales a reglas cuya realización no depende de la capacidad de cumplimiento del sostenedor. Aquí no estamos frente a una *configuración* legal del derecho sino a un verdadero *límite*, pues, aunque el sostenedor manifieste la mejor disposición para sujetarse a las normas legales que reglan su actividad, ésta no podrá ser ejercida si no cumple ciertas condiciones que no dependen de su iniciativa.

Como límite, la norma en cuestión diseña un procedimiento capaz de impedir pura y simplemente el ejercicio de la libertad de enseñanza para abrir nuevos

establecimientos educacionales. Si configurara el derecho lo volvería más operativo para encauzarlo hacia los fines de bien público que el ejercicio de la libertad exige. Aquí, por el contrario, lo obstaculiza y restringe.

La norma en análisis es, a este título, manifiestamente inconstitucional. No es posible limitar, restringir o impedir la libertad de enseñanza sino refiriendo a las causales constitucionales, esto es, la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional (art. 19 N° 11 inciso 2°), situación que está lejos de producirse en este caso.

Se podría aducir que la disposición en análisis establece requisitos que propiamente hablando no impiden abrir un establecimiento educacional toda vez que solo imponen condiciones para recibir una subvención estatal. Pero lo cierto es que para gran parte de los sostenedores privados que en el futuro requieran aporte del Estado les estará *materialmente* vedado abrir un establecimiento educacional si no cuentan con dichos recursos, aun cuando *formalmente* cumplan con todos los requisitos para ser reconocidos oficialmente. Situación absurda e incongruente, sintomática de una deficiente técnica legislativa para alcanzar los objetivos que se debieran pretender aquí, cual es, en definitiva, organizar la *disponibilidad* de la educación en todos sus niveles y formas, pero con deferencia hacia los derechos fundamentales, configurados según las exigencias del bien común.

Hay que insistir en este punto: en la materia que revisamos, el legislador tiene el deber de encauzar la libertad de enseñanza hacia la satisfacción de los objetivos educacionales que pretende, y no entorpecer su desenvolvimiento hacia ellos. Hay que realizar las metas de educación *con* la libertad de enseñanza, y no *contra* ella. Aquí se configura una clara vulneración del artículo 19 N°26 de la Constitución, ya que el legislador entorpece grave e indebidamente la facultad de abrir establecimientos educacionales.

II) La norma citada no atiende a la posición de concurrencia que debiera consagrar la ley en los ámbitos donde se relacionan la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. Estándar que, según vimos, viene siendo exigido por la jurisprudencia de este tribunal para hacer respetar la complementariedad de ambos derechos. Una regulación legal que pretenda organizar la disponibilidad de la educación, como la norma que objeta el requerimiento no debiera, para lograr dicho objetivo, volver menos operativa la libertad de enseñanza, cercenando la facultad de abrir establecimientos educacionales. Menos por razones *cuantitativas*, si lo que se busca es también la disponibilidad de una educación de calidad.

El legislador está obligado a buscar otros caminos: aquellos que garanticen, en el mayor grado posible, la máxima operatividad tanto del derecho a recibir educación (de calidad) como del derecho a abrir establecimientos educacionales reconocidos oficialmente.

III) El TC ha señalado, como garantía adjetiva de los derechos en juego, que las normas para el reconocimiento oficial de un establecimiento educacional deben

tener carácter reglado (STC 1361-2009, c.44). Ello se proyecta obviamente a los requisitos que la ley establece para solicitar subvenciones estatales.

La norma citada no cumple con esta exigencia. La condición de no existir un “*proyecto educativo similar*” falla, en sí misma, por su indeterminación lógica. Los elementos que deben completarse para considerar cuándo un proyecto educativo es “similar” a otro, y cuándo no, no están definidos. Por lo que nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado que puede ser presa de fácil manipulación por parte de la autoridad administrativa.

Dado que la indeterminación lógica no puede conducir a una indeterminación jurídica, la propia norma prevé que “un reglamento del Ministerio de Educación” establecerá “los requisitos para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo”.

Este reenvío a la potestad reglamentaria para delimitar lo que la ley no ha querido o no ha podido definir es de dudosa constitucionalidad. ¿Otorgará el reglamento facultades discrecionales o regladas al Ministerio de Educación, para habilitarlo a decidir cuándo un proyecto educativo es similar a otro? Cualquiera que sea la técnica que el reglamento utilice en definitiva, hemos de convenir que el proyecto de ley ha sido muy poco cuidadoso, pues ha abierto un espacio innecesario para una suerte de configuración reglamentaria de la libertad de enseñanza, dejando el ejercicio de este derecho a disponibilidad de la Administración.

Cualquiera sea la opinión que se adopte sobre el mayor o menor grado de capacidad regulatoria de un reglamento respecto del ejercicio de un derecho fundamental, se ha de convenir que la actual redacción de la norma es muy poco respetuosa de los derechos fundamentales. En definitiva, los márgenes señalados por la ley son suficientemente indeterminados como para que la autoridad administrativa pueda, a su entender, impedir el ejercicio de la libertad para abrir nuevos establecimientos educacionales.

IV) En el caso que la potestad reglamentaria delimite insatisfactoriamente lo que entiende por “proyecto educativo similar” (exigiendo, por ejemplo, que lo “similar” se determine en grado de género remoto y no de especie), la norma objetada estaría dando pábulo a una posible y peligrosa homogenización de la oferta educacional a futuro, especialmente para el sector menos pudiente de la población. Lo que potencialmente podría significar una vulneración de la libertad de elegir de los padres, quienes no contarían con la diversidad suficiente disponible.

Este abanico de posibilidades educacionales, adecuadamente configuradas por el legislador, es la contracara del derecho a la educación y una de las exigencias del bien común.

V) Las normas objetadas por el requerimiento –entre ellas la que analizamos aquí– hacen parte de un cúmulo de nuevos requisitos, adicionados a los ya existentes, que deberá cumplir el sostenedor para ser reconocido oficialmente y recibir

subvención. El conjunto es oceánico, una cantidad sin fin de requisitos, como enumera el requerimiento en sus páginas 20 a 22, sujetos al control del Estado.

En principio, esta sobreabundancia de condiciones (se enuncian a título ejemplar 27 exigencias), aunque representan una carga cada vez más onerosa para el sostenedor, no parece objetable si con ellas se logra con medios congruentes los objetivos de una educación disponible, de calidad e inclusiva.

La cuestión de inconstitucionalidad se plantea, sin embargo, cuándo para conseguir dichos objetivos se utilizan medios no coherentes ni compatibles con un legítimo despliegue de la libertad de enseñanza. O cuando las exigencias son de tal grado que, junto a reglas razonables, configuran una red de predeterminaciones innecesarias o dudosas que ahogan la facultad de autodeterminación del sostenedor, sea en el plano económico, administrativo o propiamente académico. Al respecto hay que recordar que la autonomía que corresponde a la libertad de enseñanza ha sido considerada por el TC como garantía institucional del derecho (STC Rol 523, c.27; STC Rol 2731-2014, c.15).

En este cuadro, la norma que analizamos es un medio *no congruente* para alcanzar los objetivos que pretende. Y además, tal como ha sido redactada, es una predeterminación *innecesaria o dudosa* que afecta la autonomía del proyecto educativo que los sostenedores tienen derecho de iniciar con ayuda del Estado una vez que han cumplido con las exigencias de reconocimiento oficial.

Ambas objeciones de constitucionalidad también están presentes en la prohibición de la selección. Lo revisamos inmediatamente.

V.

La prohibición de la selección también es inconstitucional. Su incongruencia para el ejercicio de los derechos fundamentales. Cinco razones.

17) Analizamos aquí dos prohibiciones: la que impide la selección en los procesos de admisión basada en las calificaciones y la que impide justificar la selección por los criterios del art. 19 N°11 CPR.

18) **Prohibición de la selección en los procesos de admisión basada en las calificaciones.** El proyecto de ley objetado establece (Art. 2 n° 5 letra f, N°6 y artículo 26 transitorio) que en los procesos de admisión de los establecimientos subvencionados o que reciban aportes regulares del Estado, en ningún caso se podrá considerar el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante. La prohibición de la selección basada en calificaciones de mérito llega a tal extremo que se establece obligatoriamente un sistema de postulación y admisión aleatorio, de acceso remoto, sin perjuicio de ciertas matizaciones en casos determinados (nuevo artículo 12 de la Ley General de Educación; nuevo artículo 7 bis a 7 septies

de la Ley de Subvenciones; nuevo literal a) quinquies del artículo 6) de la misma ley).

Se comprende la necesidad de regular los procesos de admisión para eliminar prácticas discriminatorias. Pero del principio de no discriminación no se deduce la prohibición de todo sistema de selección basada en las calificaciones.

Si el objetivo de la reforma educacional es obtener una educación inclusiva además de una educación de calidad debe ponderar ambos elementos. Pues resulta contradictorio una educación de calidad que reprima, extinga o prohíba cualquier forma de promoción del mérito, en aras de la igualdad de oportunidades.

Este punto ha sido abordado por el TC a propósito de la educación universitaria. Sostiene el tribunal que el derecho a recibir educación tiene por finalidad una especial asunción pública de habilidades, pericias y estudios tanto de progresión personal como de inclusión social. Y agrega: *“El sentido del legítimo ascenso social, de la promoción del mérito y de propiciar igualdad de oportunidades, importa que el derecho a la educación pueda producir efectos útiles y tangibles para los millones de ciudadanos que salen día a día a estudiar. Y por lo mismo, él debe confluir necesariamente en el reconocimiento oficial de esa enseñanza y en la consecuencia natural de conseguir los títulos habilitantes para esa progresión (STC Rol 1363, c.15)”* (STC Rol 2731-2014, c.20).

De cualquier manera que se resuelva la eventual tensión entre el mérito y la igualdad de oportunidades, es absurdo que el primero sea sacrificado completamente en función de la segunda, cuyos resultados, habida cuenta de la diversidad humana, nunca serán uniformes. Estamos frente a un intento ingenuo por parte del legislador de promover un ejercicio unilateral del derecho a la igualdad, como si no existiera el sistema de derechos fundamentales en su conjunto.

Por otro lado, es un error conceptual y un desconocimiento de la historia, oponer igualdad de oportunidades a meritocracia. No obstante los diversos sentidos y alcances que se atribuyen a la primera, el origen de la misma estuvo íntimamente ligado a la lucha por la meritocracia y en contra del privilegio injustificado. Una verdadera igualdad de oportunidades exige el respeto por el mérito.

En todo caso, la norma en cuestión restringe desproporcionadamente la facultad que tiene el sostenedor de organizar y mantener su propio proyecto educativo en la materia. La medida resulta además dudosa para alcanzar el objetivo perseguido. Y suplementariamente constituye un medio incongruente para que el ejercicio de la libertad de enseñanza aporte, en toda la medida de lo posible, a una educación de calidad que no existe, insistamos, sin promoción de mérito.

19) Prohibición de justificar la selección por los criterios del art. 19 N°11 CPR. El Proyecto en su artículo 1° número 7) letra c) agrega un inciso tercero al artículo 13 de la Ley General de Educación: *“Los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria en el ámbito educacional podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria establecida en la ley N°20.609.*

Para estos efectos no se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en el numeral 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, sin perjuicio de lo establecido en la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza”.

Nos parece que este precepto adolece de serios vicios de constitucionalidad. En efecto, el origen del problema se encuentra en la Ley N°20.609 que Establece Medidas contra la Discriminación (“Ley Zamudio”), la que señala en su artículo 2 inciso 3° que: *“se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.”*

De cara a esta disposición, la norma objetada por el Requerimiento intenta corregir la “Ley Zamudio”, impidiendo que la libertad de enseñanza pueda invocarse para acreditar la razonabilidad de un trato diverso en materia educacional.

Se pueden plantear aquí, aparte de la que corresponde al acápite anterior, **cuatro objeciones de inconstitucionalidad:**

I) La piedra angular de nuestro sistema constitucional de protección de la discriminación, por expresa disposición del artículo 19 N°2 de la Constitución, es la *prohibición de la discriminación arbitraria*, vale decir, aquella que es caprichosa, que carece de justificación suficiente, que no es razonable. En consecuencia, en casos de discriminación, la principal labor del juez consiste en determinar si existe o no razonabilidad suficiente en el caso concreto sometido a su conocimiento, para lo cual debe analizar la relación existente entre la diferencia de trato contemplada, el factor de diferenciación utilizado, y la finalidad perseguida por la distinción en estudio.

En otras palabras, determinar si un trato diverso es o no razonable es la pregunta central que debe responder el juez en estos casos. Por lo mismo, nuestro sistema constitucional de protección de la discriminación es incompatible con presunciones de razonabilidad o irrazonabilidad, que intenten determinar *a priori* y en abstracto un juicio que corresponde exclusivamente al juez de la causa. Lo contrario implicaría remover el elemento esencial de las disputas sobre discriminación en nuestro país. Es este un error mayúsculo desde la perspectiva del derecho antidiscriminatorio dispuesto por nuestra Constitución.

II) La norma citada se inmiscuye gravemente en las facultades propias de los jueces. Como señala el artículo 76 de la Constitución: *“la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”*

Bien

Pues bien, en las causas de discriminación, determinar la racionalidad del trato diferente es lo más importante que el juez debe resolver. Por lo mismo, privarlo a priori de la posibilidad siquiera de conocer el punto, mucho menos resolverlo, es una negación de sus facultades jurisdiccionales.

III) La norma impugnada está creando una suerte de jerarquía de derechos, donde la libertad de enseñanza sería un derecho de segundo orden que quedaría siempre subordinado a la no discriminación.

Si es así, el legislador no solo estaría excediendo brutalmente su competencia al establecer jerarquías entre derechos constitucionales no reconocidas en la propia Constitución, sino que además estaría vulnerando los mismos tratados internacionales que le servirían de inspiración, los cuales tampoco reconocen la jerarquía de derechos señalada.

IV) Cabe también recordar que una exclusión tan categórica del derecho a la libertad de enseñanza por medio de una norma de carácter legal implica una vulneración directa al artículo 19 N°26 de la Constitución. Este tiene por objeto, precisamente, asegurar a las personas que las normas que regulan derechos fundamentales no afecten su esencia, ni los entorpezcan al punto de impedir su libre ejercicio. Eso es exactamente lo que sucede en este caso: la libertad de enseñanza queda automáticamente anulada.

En definitiva, la norma impugnada, no obstante los fines loables que pueda percibir, es inentendible desde la perspectiva del derecho antidiscriminatorio, limita en forma absurda la labor del juez, crea una jerarquía de derechos incompatible con nuestra constitución y es claramente atentatoria contra el derecho a la libertad de enseñanza.

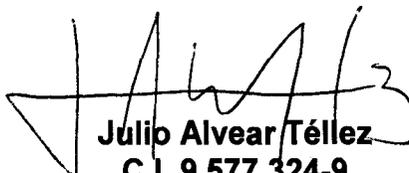
POR LO TANTO, Y EN MÉRITO DE LO EXPUESTO

Solicitamos a SS. Excelentísimo: Tenerlo presente, y considerar los argumentos que a nuestro juicio vuelven inconstitucionales (i) el artículo 2 n° 7 letra a; (ii) los artículos 2 n° 5 letra f, N°6 y 26 transitorio; y (iii) el artículo 1° numero 7 letra c, todos del Proyecto de Ley que regula la admisión de los estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos que reciben aportes del Estado (Boletín 9366-04).

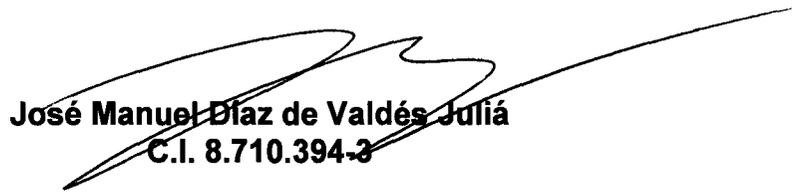
PRIMER OTROSÍ: Solicitamos a S.S Excma. que acceda a la participación de nuestro Centro de Justicia Constitucional en la audiencia pública que se ha fijado para el día lunes 23 de marzo de 2015 a fin de exponer, desde nuestro ángulo, sobre la materia jurídico-constitucional de autos, y así aportar a la discusión del requerimiento.

POR TANTO,

Solicitamos a S.S Excelentísimo: Acceder a lo solicitado.



Julio Alvear Téllez
C.I. 9.577.324-9



José Manuel Díaz de Valdés Juliá
C.I. 8.710.394-3



Ignacio Covarrubias Cuevas
C.I. 8.710.394-3