

EN LO PRINCIPAL: Se tenga presente. **PRIMER OTROSÍ:** Solicita ser oído en audiencia pública. **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña documentos. **TERCER OTROSÍ:** Personería. **CUARTO OTROSÍ:** Solicita forma de notificación. **QUINTO OTROSÍ:** Patrocinio y poder

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RAÚL FIGUEROA SALAS, abogado, Director Ejecutivo de la Fundación AcciónEducar, en su representación según se acreditará, en los autos sobre solicitud de declaración de inconstitucionalidad, Rol N° 2787-15, al Excelentísimo Tribunal Constitucional con respeto digo:

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y al Título IV del Autoacordado dictado por S.S.E. el 30 de diciembre de 2014 sobre Lobby, Registro Públicos con fines de Transparencia, Imparcialidad, Independencia y Publicidad, pongo a su disposición antecedentes 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 y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos que reciben aportes del Estado (Boletín 9366-04).

Interés público invocado

AcciónEducar es una fundación sin fines de lucro que tiene como propósito contribuir con evidencia, análisis y opinión al debate de las políticas públicas en el ámbito de la educación. El objetivo es aportar al desarrollo de un sistema de educación de calidad que reconozca y resguarde la diversidad de proyectos educativos, que fortalezca el acceso libre e informado a cada una de las instituciones y la transparencia del sistema.

La Fundación surge ante la necesidad de relevar la importancia de la participación de la sociedad civil en un ámbito fundamental para el desarrollo social, cultural y económico del

país como lo es la educación. El trabajo de esta fundación está al servicio de la ciudadanía y del compromiso y la necesidad de contar con un sistema de educación que sea un verdadero motor de desarrollo social e individual. En base a los objetivos y el quehacer que configuran esta Fundación, invocamos el interés público en el proceso constitucional del cual S. S. E. ha tomado conocimiento.

AcciónEducar adhiere al requerimiento por inconstitucionalidad presentado por el grupo de H. Senadores en el proceso Rol 2787-15, pues considera que varios de sus preceptos infringen la Constitución. No obstante adherir al requerimiento en su totalidad, para efectos de esta presentación haremos especial énfasis en dos aspectos del proyecto de ley que nos merecen especial inquietud dados los efectos negativos que pueden tener para el desarrollo del sistema educacional y el hecho de que los términos en que está redactado infringen los artículos 1° inciso 3° y 4°, y 19 n° 10, 11, 16, 21 y 26 de la Constitución.

Los aspectos que trataremos son, en primer lugar, la nueva restricción que el proyecto de ley establece para autorizar la subvención escolar para nuevos proyectos educacionales y, en segundo lugar, la prohibición que el proyecto de ley establece para las operaciones entre sostenedores o representantes legales y personas que sean consideradas relacionadas.

I. Restricción para autorizar la entrega de subvención escolar a nuevos proyectos educacionales

En relación al primer aspecto, nuestra presentación contribuye con antecedentes útiles para la acertada discusión y resolución del requerimiento, en particular sobre las consecuencias prácticas, no previstas por el legislador, del artículo 2 n° 7) letra a) del texto aprobado, relativo a la prohibición de apertura de nuevos colegios subvencionados.

En la primera sección, enunciamos los principios constitucionales que atañen al presente proceso constitucional. A continuación, presentamos la relación jurídica que existe entre la subvención escolar y la apertura de establecimientos educacionales. En las secciones 3 y 4 detallamos los resultados de la aplicación práctica del texto aprobado, el cual, pese a enumerar restricciones, termina por prohibir la apertura de nuevos establecimientos educacionales subvencionados en el país.

1. Libertad de enseñanza y derecho a la educación

La libertad y responsabilidad individual, la autonomía de los grupos intermedios y el consecuente deber del Estado de garantizar aquello así como de promover el bien común, constituyen principios sobre los que se ha organizado la sociedad chilena y que la Constitución ha reconocido y consagrado. Estos mismos principios han inspirado su sistema educacional.

El derecho a la educación, el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos y la libertad de enseñanza son una consecuencia natural del reconocimiento que el Estado hace de la libertad del hombre y constituyen los pilares sobre los que se ha levantado el sistema educacional chileno.

La Constitución Política de la República consagra el derecho a la educación y la libertad de enseñanza en los números 10 y 11 de su artículo 19, entre las garantías cuyo ejercicio asegura a todas las personas. El derecho a la educación ha de ser cautelado por quienes tienen a su cargo a los titulares de su ejercicio, quienes no pueden invocarlo directamente. Por ello, el numeral 10 en su inciso 2° establece que los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos. A propósito de esto, la Constitución establece un especial deber del Estado en orden a entregar protección a la familia en el ejercicio de este derecho.

Al establecerse la educación básica y media como obligatoria y gratuita, existen dos deberes implicados: por una parte, el deber de escolaridad de las personas y, por la otra, el deber del Estado de proporcionar educación gratuita. Absteniéndose sin embargo el Estado de restringir espacios de libertad, la Constitución le encomienda a éste la obligación de mantener un sistema educacional gratuito que permita el acceso de la población a la enseñanza básica y media.

Si bien la Constitución ha impuesto deberes al Estado en relación al derecho a la educación de las personas, ello no ha significado su estatización. Por el contrario, el propio texto de la Carta Fundamental reconoce a todas las personas el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, el cual debe interpretarse asociado a otros derechos que permiten establecer un estatuto completo en torno a la libertad de enseñanza.

La relación entre enseñanza y educación es clara: la enseñanza es una acción de un agente distinto del educando, que produce como causa eficiente el aprendizaje, el cual es un elemento de la educación en su aspecto intelectual, como proceso inmanente por el que se

causa en el educando una virtud intelectual, la ciencia. Se ve que la enseñanza es causa de educación y medio para la educación¹. En la actividad de transmitir conocimientos podemos distinguir diversos aspectos que se encuentran protegidos por la garantía constitucional. En primer lugar, se incluye la actividad de enseñanza considerada en sí misma; su correlato jurídico es el derecho a impartir conocimientos. En segundo lugar, la enseñanza comprende siempre un modo o forma de enseñar y, en este sentido, se protege la libertad de elegir los métodos de enseñanza que se prefieran².

Por otra parte, la autonomía de las asociaciones, garantizada por la Constitución significa, entre otras cosas, la capacidad de regirse en los ámbitos pedagógico, económico y administrativo, sin interferencia o injerencia del Estado. El derecho a organizar un establecimiento educacional significa determinar los fines educativos del proyecto y los métodos para conseguirlos; la definición de la dirección y administración de éste; las reglas internas de disciplina y convivencia; el sistema financiero y los vínculos con otras constituciones; el derecho a impetrar subvenciones estatales correspondientes, entre otras facultades. Las condiciones que una ley pueda fijar para el acceso a la subvención deben ser mínimas, por tanto. De lo contrario se transforman en una barrera que impide acceder y satisfacer el derecho a la educación, y ejercer la libertad para elegir un proyecto educativo en particular.

En las Bases de la Institucionalidad encontramos un evidente reconocimiento de la primacía ontológica y teleológica del hombre frente al Estado, como también a la naturaleza social de éste. Así, los sujetos conforman sociedades menores y se reconoce que el Estado está al servicio de la persona humana, por lo que debe regir su actuar conforme a la naturaleza y derechos del individuo, uno de los cuales es la facultad de desarrollar cualquier actividad económica. Por tanto, si los privados quieren y pueden desarrollar una iniciativa, sea en cualquier ámbito, conforme a estos principios, el Estado no sólo podrá, sino que deberá permitir su realización³. Con todo, resulta lógico que la libre iniciativa de los individuos se encuentre limitada por la moral, el orden público, la seguridad nacional y las normas legales que regulen la actividad, como reconoce la Carta Fundamental.

¹ Orrego Sánchez, C. (1986). "El Derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución de 1980 desde una perspectiva filosófico - jurídica". Revista Chilena de Derecho, Vol 13. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile.

² Vivanco Martínez, Ángela (2007): Derecho a la educación y libertad de enseñanza: un aparente conflicto y sus efectos sobre una proposición normativa en Chile, en Temas de la Agenda Pública, Pontificia Universidad Católica de Chile (Año 2, N° 8, agosto).

³ Vivanco, 2007.

La libertad de enseñanza exige el respeto y protección a la plena autonomía de los establecimientos para el logro del proyecto educativo. El rol que le cabe al Estado en el sistema educacional deriva de la obligación que la Constitución le impone de promover el bien común y reconocer los grupos intermedios, garantizándoles su adecuada autonomía para lograr sus propios fines específicos. Esto se cumple al generar el Estado las condiciones para el desarrollo permanente de un sistema de educación de calidad, que garantice a las personas el ejercicio de los derechos que la Carta Fundamental reconoce.

El desarrollo de actividades en el ámbito de la enseñanza y educación no escapa a estos postulados; por el contrario, se refuerza al ser conjugado con las normas del artículo 19 N° 11.

Los padres, por ser los progenitores de sus hijos, tienen el derecho y el deber de educarlos personalmente, pero, si no pueden cumplir este aspecto fundamental de la paternidad por sí mismos, como ocurre generalmente, tienen el derecho de elegir a los profesores para sus hijos, quiénes los representan, a través de la elección de centros de enseñanza en donde los docentes trabajen⁴. Garantizada constitucionalmente la libertad de los padres de elección, para hacer efectiva esta garantía se requiere asegurar, constitucionalmente también, una oferta educativa pluralista, ya que, de no ser así, los padres no pueden ejercitar su facultad de elegir por la carencia de opciones⁵. El reconocimiento del derecho de las personas a acceder a educación sin discriminaciones no debe significar un desconocimiento o negación de la iniciativa privada en materia de libertad de enseñanza.

2. Relación entre subvención escolar y apertura de establecimientos educacionales

El ejercicio del derecho a abrir establecimientos permite la concreción de diversos proyectos educativos, lo cual se relaciona con una dimensión cualitativa de la educación. La subvención satisface el derecho a la educación de las personas y la libertad de los padres para elegir el establecimiento para sus hijos. La subvención tiene una triple naturaleza: por una parte, satisface el costo de la prestación del servicio educacional; por otra, permite a las

⁴ Tagle Martínez, H. (1988). "El Estado y la Educación". XV Revista Chilena de Derecho. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile.

⁵ Zumaquero, J. M. (1984). Los derechos educativos en la Constitución española de 1978. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra.

personas realizar el derecho a la educación de sus hijos, en aquellos casos en que no pueden cubrir por sí mismos el costo del servicio educacional; y adicionalmente, hace posible la libertad de enseñanza.

La subvención es el instrumento que hace posible la libertad de enseñanza. Sin ese instrumento, la garantía constitucional resulta ser un privilegio del cual muy pocos pueden gozar. Sólo quienes tengan recursos suficientes para instalar, abrir y administrar un establecimiento sin necesidad de recurrir a los aportes estatales, podrán ejercer la libertad de enseñanza, como se fundamentará en las secciones 3 y 4 de esta presentación.

No basta que la libertad de enseñanza esté consagrada a nivel conceptual: se requieren instrumentos que permitan su ejercicio y concreción. La libertad de enseñanza se materializa en la libertad de las personas para abrir establecimientos, sin hacer caso -exclusivamente- a mayores o menores capacidades económicas para emprender. El texto aprobado margina a los ciudadanos del acceso a los instrumentos que hacen posible dicha libertad. Las restricciones que impone el proyecto aprobado equivaldrán, de inmediato, la limitación a la libertad en su esencia.

La subvención es necesaria y hace posible la apertura de nuevos establecimientos educacionales; de este modo hace efectiva la garantía constitucional, al permitir la existencia de diversos establecimientos entre los cuales los padres ejercen su preferencia.

En este sentido, el aporte estatal es una contribución obligatoria para el Estado para que se satisfaga tanto el derecho a la educación de las personas como la libertad de los individuos para crear proyectos formales de educación y la de los padres para elegir el establecimiento de su preferencia. Impedir la apertura de nuevos establecimientos y coartar el mantenimiento de aquellos que ya reciben aporte estatal significa impedir a los padres el ejercicio de su derecho a elegir un proyecto educativo de su afinidad y aspiración valórica y prohibir a los particulares abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

De la aplicación del texto aprobado resultará un trato discriminatorio en el acceso a la subvención entre los sostenedores ya constituidos como tales y aquellos particulares que quieran abrir un nuevo establecimiento y acceder a la subvención. Quienes quieran incorporarse a la actividad educacional serán tratados de manera distinta, sin existir un fundamento razonable para esa diferencia. En concreto, las posibilidades de abrir un nuevo establecimiento serán prácticamente nulas y se privará del elemento necesario para abrir y mantener un colegio, como se expone a continuación.

El artículo 2, numeral 7°, letra a) del texto aprobado establece las excepcionales situaciones en que se podrá abrir nuevos establecimientos subvencionados, a ser verificadas y resueltas discrecionalmente por la autoridad administrativa, como sigue:

“Artículo 2°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N°2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N°2, de 1996, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educativos (...):

7) Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 8°:

a) Intercálanse los siguientes incisos segundo, tercero y cuarto, nuevos:

“Tratándose de un establecimiento educacional que por primera vez solicite el beneficio de la subvención, el Ministerio de Educación aprobará, por resolución fundada dentro del plazo señalado en el inciso anterior, la solicitud sólo en caso de 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. Dichos establecimientos deberán tener el carácter de gratuitos.

Se entenderá aceptada una solicitud cuando ésta fuere aprobada por el Ministerio de Educación y ratificada dicha decisión por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del Consejo Nacional de Educación.

Un reglamento del Ministerio de Educación, que deberá llevar la firma del Ministro de Hacienda, determinará el ámbito territorial a que hace referencia el inciso segundo y establecerá los procedimientos y requisitos para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo”.

En otros términos, únicamente la verificación administrativa de una de las siguientes situaciones permitirá la apertura de un establecimiento:

1. La existencia de demanda insatisfecha por matrícula que no pueda ser cubierta mediante otros establecimientos educacionales que reciban subvención o aporte estatal, o
2. La inexistencia de un proyecto educativo similar en el territorio en el que se pretende abrir un nuevo establecimiento.

Siendo uno de los objetos de esta Fundación contribuir con evidencia y análisis al debate de las políticas públicas en el ámbito de la educación, a continuación exponemos parte atinente de nuestra investigación y sus conclusiones.

3. La existencia de demanda insatisfecha por matrícula

Al considerar el criterio de demanda insatisfecha o de que no exista un proyecto educativo similar, tal como lo propone el proyecto de ley aprobado, será imposible la creación de nuevos proyectos educativos subvencionados en vastos sectores del territorio nacional.

En relación a la primera situación, estimamos que el legislador no previó las consecuencias prácticas. Tal como lo propone el texto aprobado, en caso que sólo se considere el criterio de demanda insatisfecha, será imposible la creación de nuevos proyectos educativos en prácticamente todo el territorio nacional, como se concluye del estudio realizado por esta Fundación que se acompaña.

El estudio concluyó que si solo se considera un criterio de demanda insatisfecha prácticamente en ninguna comuna del país será posible la autorización de apertura de un nuevo proyecto educativo subvencionado. En adición, al incluir un indicador del proyecto educativo del establecimiento, como la confesionalidad, en el 93% de las comunas no será posible construir un nuevo colegio subvencionado laico, en el 66% de ellas no se podrá abrir un colegio subvencionado católico, mientras que uno evangélico se podrá abrir en casi el 70% de ellas (para primero básico). De esta manera se limitan las posibilidades de elección de los padres, quienes podrán optar exclusivamente entre lo que ya existe, pues en la práctica, el texto aprobado prohíbe en casi la totalidad del territorio nacional la creación de nuevos colegios.

Para la confección de nuestro estudio se analizó el número de matrícula en los principales cursos de entrada (kínder, primero básico y primero medio⁶) del período comprendido entre 2009 a 2013 para cada establecimiento educativo del país. A la vez, se definió que el número de cupos es el máximo de matrícula entre esos cinco años. Se definió también el número de vacantes no utilizadas del año 2013, como la resta entre el máximo previamente calculado (número de cupos) y la matrícula del año 2013.

Una primera advertencia que debemos realizar a S. S. E. es que actualmente no se cuenta con información sistematizada de los cupos de las instituciones educativas escolares, sino solo con la matrícula escolar; por tanto, menos pudo ser considerada esta información por el Congreso durante la discusión y tramitación del proyecto de ley.

⁶ Tanto humanista-científico como técnico-profesional.

Debido a que la definición del territorio a considerar es relevante para los efectos de este análisis y el texto aprobado es ambiguo e impreciso en el contenido y alcance de *territorio*, el estudio realizó tres estimaciones de distinta extensión territorial: a nivel de región, de comuna y de cada establecimiento.

Considerando la totalidad de colegios que reciben aporte financiero por parte del Estado, existen 35.612, 49.023 y 65.845 vacantes no utilizadas en los niveles kínder, primero básico y primero medio, respectivamente. Estas cifras representan entre un quinto y un cuarto de la matrícula total en esos niveles. Estos porcentajes presentan amplias variaciones a nivel regional, como detalla la tabla 1 de la investigación que acompañamos en otrosí.

Si se analiza esta información por dependencia administrativa, la mayoría de las vacantes no utilizadas se encuentran en el sector de educación municipalizada. Este hallazgo se relaciona con la pérdida de matrícula que ha experimentado la educación pública en el último tiempo.

Se concluye, aplicando el texto aprobado, que tanto a nivel nacional como regional existirá una alta cantidad de vacantes no utilizadas en los establecimientos, especialmente en el sector municipal, lo que a priori restringirá la posibilidad de crear nuevos colegios.

Considerando el alcance comunal, el estudio en comento arrojó que más del 85% de las comunas muestra porcentajes de vacantes que son superiores al 10% de la matrícula en dicha división administrativa, por lo que en ninguna de ellas se podría instalar un nuevo recinto educacional, bajo el nuevo escenario propuesto en el texto aprobado. Por ejemplo, en primero básico, sólo un 7% de las comunas tenía un nivel de vacantes no utilizadas inferior al 10% de la matrícula actual. Si el criterio para analizar oferta y demanda es a nivel comunal, entonces en la mayoría de las comunas existirá una restricción para crear nuevos establecimientos toda vez que existe un alto número y porcentaje de vacantes no utilizadas.

El estudio también contempló la extensión territorial más acotada: a nivel de cada institución escolar. Para este último análisis a nivel de colegio se analizó la oferta disponible en un radio determinado: 2 kilómetros para educación parvularia y básica y 4 kilómetros para educación media. Esta definición fue realizada en base a algunas investigaciones y regulaciones. El estudio "*I would walk 500 miles (if it paid)*" de Chumacero, Gómez y Paredes (2008) indica que el promedio de distancia de traslado entre el hogar y la escuela son 2 kilómetros para los niños de 6 años y entre 3 y 4 kilómetros para los de 14 y 15 años. Asimismo, en otros países como Inglaterra, se definen distancias similares para diferenciar entre distancias caminables o que requieren de transporte. Se estimaron las vacantes no

utilizadas del establecimiento mismo y de aquellos en el sector, considerando para el sector un radio de 2 kilómetros para educación parvularia y básica, y de 4 kilómetros para educación media.

En el caso de escuelas urbanas, son muy pocos (apenas un 1%) los establecimientos que están instalados en sectores donde no existen vacantes. Por ejemplo, en Primero básico, sólo 40 establecimientos urbanos a nivel nacional que imparten educación en ese nivel están en un sector en que no habría vacantes si se considera un radio de 2 kilómetros a la redonda. Menos de un 10% de los colegios están instalados en sectores donde sería posible la apertura de una nueva escuela. El análisis se realizó sólo sobre escuelas urbanas, ya que las rurales tienen muy pocos alumnos, lo que hace que el porcentaje de capacidad ociosa muestre grandes variaciones para pequeños cambios en el número de alumnos. Asimismo, el 92% de los establecimientos de kínder, el 90% de los de Primero básico y el 96% de los que imparten Primero Medio se encuentran en sectores donde hay vacantes.

Si sólo se considera un criterio de demanda insatisfecha como la propuesta en el texto aprobado, prácticamente en ninguna comuna será posible la creación de un nuevo proyecto educativo subvencionado. De esta manera, se verán restringidas las posibilidades de elección de los padres, quienes podrán optar exclusivamente entre los establecimientos ya existentes, con independencia de la oferta cualitativa que estos presenten.

En efecto, si consideramos solo los establecimientos urbanos, 158 colegios que imparten educación básica están instalados en sectores donde toda la oferta del territorio, incluido el mismo colegio, es de calidad inferior al promedio del país en mediciones SIMCE, según el nivel socioeconómico de cada establecimiento.

4. La inexistencia de un proyecto educativo similar

Vistas ya los efectos de la aplicación del primer criterio requerido para la autorización de la apertura de un nuevo establecimiento subvencionado, es necesario revisar los efectos prácticos de la aplicación de la segunda situación prevista en el texto aprobado. El proyecto de ley aprobado por el Congreso especifica que si existen vacantes en un sector o territorio (aplicación del criterio de demanda insatisfecha), será posible abrir un nuevo establecimiento subvencionado sólo si en ese territorio no existe un “proyecto educativo similar”.

Como se señaló anteriormente, no existe hasta ahora una forma que permita clasificar un proyecto educativo y a la fecha sólo se cuenta con la información no vinculante que

declaran los sostenedores para describir sus establecimientos. Por tanto, realizamos un ejercicio simple de clasificación de establecimientos educacionales a nivel nacional, regional y a nivel de establecimiento: i) laicos o confesionales, y ii) católicos o evangélicos, dentro de los confesionales.

Se observa que las vacantes son mayores en el sector laico. Dentro del sector religioso, tanto la matrícula como las vacantes son principalmente de escuelas católicas; sin embargo, al analizar las vacantes como proporción de la matrícula, son las escuelas evangélicas las que tienen mayores porcentajes. En ninguna región del país se cumple el criterio de inexistencia de proyectos educativos no similares, con la sola excepción del proyecto educativo evangélico en la duodécima región. Por tanto, si se considerase el territorio regional como indicador, el único lugar donde se podría abrir un nuevo colegio es en la Región de Magallanes, pudiendo ser éste solo de confesión evangélica.

Para instalar un proyecto nuevo a través de la recepción de subvención estatal, la mayor restricción la experimentarán los colegios laicos, ya que sólo en el 7% de las comunas del país se podrá instalar uno nuevo. En efecto, en 320 de las 345 comunas no se cumplirán los requisitos para abrir un nuevo proyecto educativo si el territorio considerado es la comuna y el criterio para comparar proyectos educativos es la confesionalidad de estos.

Por otro lado, bajo los mismos criterios anteriores, en cerca del 70% de las comunas existirá una restricción para abrir nuevos establecimientos confesionales en general, y católicos en particular, ya que se cumplirán ninguno de los dos criterios que permitan la autorización de apertura de establecimiento educacional con aportes estatal.

Al realizar un análisis a nivel de establecimiento, solo en un 10% de los sectores se podrá crear un nuevo establecimiento subvencionado laico, ya que en el territorio restante existen vacantes cerca o hay otro establecimiento laico a menos de 2 kilómetros de distancia. Asimismo, en menos de un 20% de los sectores que circundan un establecimiento educacional se podrá abrir un establecimiento subvencionado confesional en general o confesional católico.

Se constata, por tanto, que el texto aprobado no establece restricciones, sino lisa y llanamente una prohibición generalizada de autorizar la apertura de establecimientos educacionales financiados con subvención o aporte estatal.

Una natural preocupación que surge al prohibirse la instalación de nuevos colegios subvencionados se manifestará en aquellos sectores donde sólo existen establecimientos de baja calidad y hay vacantes disponibles. En esos casos, la comunidad educativa únicamente

podrá esperar que alguno de los establecimientos ya existentes mejore su calidad, ya que los particulares estarán impedidos de impetrar subvención para crear nuevos proyectos de mejor calidad.

Así como el texto aprobado es ambiguo en definir lo que significa el territorio donde se medirá si existe demanda insatisfecha, el texto indica que se permitirá la entrada de un nuevo colegio en caso que se ofrezca un proyecto educativo que no sea similar a los ya existentes. En la actualidad no existen estudios ni información que permitan hacer una correcta descripción y análisis de los proyectos educativos ya existentes, ni la construcción de categorías. Dada la complejidad de las instituciones educativas, categorizar la identidad de cada una puede ser una tarea muy compleja, tal vez imposible. En este sentido, la ley da cabida a la comisión de arbitrariedades.

5. Potestad reglamentaria y libertad de enseñanza

Respecto a la relación entre ley y reglamento en materia de libertad de enseñanza, S. S. E. se pronunció al respecto en el fallo rol 423, de 18 de octubre de 2004, en que declaró inconstitucionales las reformas propuestas en un proyecto de ley que buscaba modificar el Estatuto de los Profesionales de la Educación, incorporando normas que establecían la acreditación obligatoria para los directores de establecimientos educacionales del sector municipal. Dicho texto aprobado delegaba en el Presidente de la República facultades legislativas para regular el mencionado proceso de acreditación.

El ejercicio de la libertad de enseñanza sólo puede ser regulado por la ley. Esta, en consecuencia, tiene que contemplar los elementos normativos suficientes, en contenido y precisión, que respeten el principio de reserva legal, dejando a la potestad reglamentaria el desarrollo, pormenorizado y adjetivo, de la legislación que se trata de ejecutar, en palabras de S. S. E. Siguiendo el mismo razonamiento, el considerando decimoquinto señaló que “el derecho a organizar establecimientos de enseñanza no se halla entregada a lo que se disponga por la potestad legislativa discrecionalmente, sino que, por el contrario y como lo declaran, categórica y repetidamente los artículos 1° inciso cuarto, 5° inciso segundo, 6° y 7° de la Constitución, esa potestad es la que se encuentra al servicio del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, debiendo ser desempeñada en términos de respetarlos y promoverlos”.

El texto aprobado omite definir qué se entenderá por *territorio* y los adjetivos que califican la demanda *insatisfecha*, un proyecto educativo *similar* y *otros* establecimientos, y deja la especificación a la potestad reglamentaria. El texto no fija estándares precisos y objetivos que orienten a dicha potestad para establecer las reglas con que limitará el ejercicio de un derecho fundamental, si no que hace una delegación general respecto de los procedimientos y requisitos necesarios.

La Constitución consagra el principio de reserva legal en otro ámbito, al establecer, en su artículo 63 n° 18, que es materia de ley aquella que fije las bases de un procedimiento que rija los actos de la administración pública. No puede, por tanto, quedar supeditado a un reglamento la definición de un procedimiento administrativo que tenga como resultado el acto de aceptación o rechazo de una solicitud de otorgamiento de subvención.

II. Prohibición de realizar operaciones con personas relacionadas

El artículo 2 n° 3) del proyecto de ley aprobado agrega un nuevo artículo 3° al DFL N° 2 del Ministerio de Educación, de 1998. El nuevo artículo enumera, taxativamente, once operaciones destinadas a fines educativos en que se podrá gastar la subvención. El texto prohíbe que nueve de ellas –los actos y contratos comprendidos en los números iii), iv), v), vi), vii), viii), ix), x) y xi) del inciso 2° del nuevo artículo 3°- sean realizadas con personas relacionadas con los sostenedores o los representantes legales del establecimiento, salvo que se trate de personas jurídicas sin fines de lucro o de derecho público que presten permanentemente sus servicios al establecimiento educacional de dependencia del sostenedor en materias técnico pedagógicas, de capacitación y de desarrollo del proyecto educativo.

A continuación, el texto aprobado agrega un artículo 3° bis, el cual define qué se entenderá por personas relacionadas. Adicionalmente, reenvía a eventuales normas de carácter general que la Superintendencia de Educación pueda dictar para prescribir como relacionadas a personas naturales o jurídicas que sostengan determinadas relaciones patrimoniales, de administración, de parentesco, de responsabilidad o de subordinación.

La prohibición que introduce el proyecto aprobado es inconstitucional porque afecta la autonomía de los establecimientos educacionales para llevar adelante su proyecto; autonomía consagrada en el artículo 19 n° 11 de la Carta Fundamental, que comprende y garantiza la libertad de crear, organizar y mantener establecimientos. La nueva disposición se

entromete en la manera en que se organizan jurídica y económicamente dichos establecimientos y atenta también contra la libertad de contratación consagrada en el art. 19 n° 16, perjudicando así el desarrollo del sistema educacional.

Si lo que se busca es establecer mecanismos que aseguren que los sostenedores no puedan retirar excedentes desde la persona jurídica, a través de operaciones con personas relacionadas entonces se deben buscar instrumentos que otorguen la seguridad buscada, pero evitando que a la vez, se restrinjan en demasía desproporcional la autonomía, la libertad de contratación y el desarrollo del sistema educacional.

En este sentido, la norma propuesta es desproporcionada para los fines que persigue, toda vez que existen –en el derecho nacional y comparado- otros instrumentos adecuados y proporcionales que permiten conseguir la misma finalidad, produciendo un menor impacto negativo en las libertades y garantías amparadas en la Constitución.

La doctrina del principio de proporcionalidad, originada en el Tribunal Constitucional Alemán, establece que la restricción de derechos que realicen tanto la administración como el legislador debe ser útil, necesaria y equilibrada para la satisfacción del interés general⁷.

El principio de proporcionalidad se encuentra inserto en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía de los derechos establecido en las Bases de la Institucionalidad (art. 6° y 7° de la Carta Fundamental), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 n°2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 n° 26)⁸.

La jurisprudencia alemana permite identificar cuatro requisitos que emanan del principio de proporcionalidad, los cuales resultan a toda intervención del legislador o la Administración en la libertad y propiedad de las personas: 1) debe perseguir una finalidad legítima, 2) debe ser adecuada o idónea para la promoción de dicho objetivo legítimo, 3) debe ser necesaria y preferible entre varias alternativas de intervención la que afecte menos los derechos involucrados, y 4) debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención. Este último requisito parece ser el más importante para la protección de la libertad individual; conlleva una

⁷ Barnes, J. (1994): "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario". Revista de Administración Pública, N° 135.

⁸ Nogueira A., H. (2010): "El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno", en Carbonell, Miguel: El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, Santiago, Librotecnia.

ponderación entre el interés del individuo (manifestado en su derecho fundamental) y el interés público⁹.

Mediante la proporcionalidad se puede llegar a determinar si una actuación estatal, y más precisamente, si la intensidad de ésta es jurídicamente la más adecuada para perseguir un fin determinado¹⁰. Así lo ha estimado S. S. E. en diversos procesos que ha conocido. En este sentido, señaló en la Sentencia Rol N° 541-06, de 13 de julio de 2006, que la regulación legal de los derechos “debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos” (considerando 15).

A su vez, en la Sentencia Rol N° 1.046-08 de 3 de marzo de 2008 sostuvo que en el examen de constitucionalidad de normas legales “debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ellas establecen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican” (considerando 22).

Ese otro mecanismo es el reemplazo de la prohibición por la regulación, estableciendo exigencias de que esas operaciones se lleven a cabo asegurando que no van en perjuicio de los intereses de la comunidad educativa, tomando resguardos a fin de que las operaciones sean realizadas a precio de mercado.

Un sistema de regulación está consagrado en la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, y en otros mercados regulados. La Ley N° 18.046 establece el mecanismo para resolver conflictos: el establecimiento de exigencias externas que obligan a que las transacciones se realicen en condiciones de equidad similares a las que prevalecen en el mercado, y de exigencias internas, relativas a controles propios de las personas.

Este sistema de controles externos e internos asegura que las operaciones no vayan en desmedro de los intereses de los involucrados. El mecanismo ha resultado eficaz y asegura que no se retiren excedentes, sin infringir las garantías constitucionales señaladas.

En el caso del sistema educacional, el mismo proyecto de ley aprobado reconoce que las operaciones entre personas relacionadas no son malas per se, pues permite excepcionalmente la contratación entre personas relacionadas tanto en el régimen permanente como el transitorio.

⁹ Arnold, R., Martínez, J. I., y Zúñiga, F. (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Estudios Constitucionales Año 10, N° 1, 2012.

¹⁰ *Ibidem*.

Conclusiones

Entrada en vigencia el texto aprobado, se verán afectadas la calidad y la diversidad del sistema, toda vez que la creación de nuevos establecimientos estará condicionada a un criterio de demanda insatisfecha o de la definición que un departamento del Ministerio de Educación haga de lo que significa un proyecto educativo similar, en territorios también indefinidos. En sectores donde existan establecimientos con vacantes disponibles y “proyectos similares”, no podrá crearse un nuevo establecimiento con aporte estatal, y en aquellos sectores donde solo existan colegios de baja calidad educativa, la comunidad no podrá verse beneficiada por la instalación de un nuevo colegio subvencionado que entregue un mejor servicio y eventualmente presione para que el resto también lo haga mejor.

La ley que regule el ejercicio de la libertad de enseñanza debe contemplar elementos normativos suficientes, en contenido y precisión, que respeten el principio de reserva legal, dejando a la potestad reglamentaria el desarrollo, pormenorizado y adjetivo, de la legislación que se trata de ejecutar. El texto aprobado no fija estándares precisos y objetivos que orienten a dicha potestad para establecer las reglas con que limitará el ejercicio de un derecho fundamental, si no que hace una delegación general respecto de los procedimientos y requisitos necesarios. Por otra parte, no puede quedar supeditado a un reglamento la definición de un procedimiento administrativo que resultará en el acto de autorización o rechazo de entrega de subvención para la apertura de un establecimiento subvencionado.

La prohibición de contratar con personas relacionadas infringe la Constitución, pues vulnera la autonomía de la que gozan los establecimientos educacionales para administrar sus proyectos. Existen sistemas regulatorios que permiten un control proporcionado y adecuado de las operaciones entre partes contratantes relacionadas, sin infringir el sentido y contenido de los derechos y garantías constitucionales.

POR TANTO, Y EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, solicito a S. S. Excelentísimo: Tenerlo presente.

PRIMER OTROSÍ: En virtud de lo resuelto con fecha 12 de marzo de 2015 y en atención al artículo 37 de la Ley 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, estando

dentro de plazo solicito a S. S. E. permitir a Fundación AcciónEducar ser oída en la audiencia pública a ser celebrada en fecha 23 de marzo de 2015, a fin de exponer los argumentos planteados y contribuir a la mejor resolución del presente proceso constitucional.

POR TANTO, solicito a S.S. Excelentísimo: Acceder a lo solicitado.

SEGUNDO OTROSÍ: Por este acto, acompaño el documento de investigación “Restricción a la apertura de nuevos establecimientos subvencionados”, Año 2 N° 24 elaborado por la Fundación AcciónEducar.

POR TANTO, solicito a SS. Excelentísimo tenerlo por acompañado.

TERCER OTROSÍ: Por este acto, acompaño los siguientes documentos en que consta mi personería:

- Copia simple de los estatutos de constitución de la Fundación AcciónEducar de fecha 15 de abril de 2014.

- Copia simple de la reducción a escritura pública del acta de sesión n° 1 del directorio de la Fundación AcciónEducar, que en fecha 25 de agosto de 2014, nombra Director Ejecutivo del Centro de Estudios AcciónEducar a Raúl Figueroa Salas; documento en el cual consta la personería para actuar por la Fundación AcciónEducar.

POR TANTO, solicito a SS. Excelentísimo tenerlos por acompañados.

CUARTO OTROSÍ: Por este acto solicito a S. S. E. que las notificaciones relativas a la audiencia pública y a otros asuntos de autos que estime conveniente sean realizadas al correo electrónico rfigueroa@accioneducar.cl

POR TANTO, solicito a SS. Excelentísimo acceder a lo solicitado.

QUINTO OTROSÍ: En mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocino esta presentación y delego el poder con que actúo en el presente proceso en la abogada doña María Gracia Toro Lisoni, de mi domicilio, quien firma en señal de aceptación.

POR TANTO, solicito a S. S. Excelentísimo tenerlo presente.