



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**ANÁLISIS Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL, ENTRE LOS AÑOS 2001 Y 2018, RESPECTO AL
DERECHO A LA EDUCACION.**

Memoria para optar al grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales.

**FRANCO CARNIGLIA BERMEDO
IGNACIO OLEA HERRERA**

**PROFESOR GUÍA:
FRANCISCO SOTO BARRIENTOS**

Santiago de Chile

2020

DEDICATORIA

Dedicada a todos los chilenos y chilenas que no han podido cumplir su sueño educativo.

AGRADECIMIENTOS

Queremos agradecer a nuestras familias, amigos y amigas por el apoyo brindado.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Cons.	Considerando
CC	Código Civil
COT	Código Orgánico de Tribunales
CPR	Constitución Política de la República
CS	Corte Suprema
ICA	Ilustre Corte de Apelaciones
LOCE	Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza
LOCTC	Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional
LGE	Ley General de Educación
TC	Tribunal Constitucional

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
SIGLAS Y ABREVIATURAS	ii
TABLA DE CONTENIDOS.....	iv
RESUMEN.....	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO.....	4
1.1 Fundamentos.....	4
1.2 Objetivos.....	6
1.2.1 Objetivo Primario	6
1.2.2 Objetivos Secundarios	6
1.3 Marco normativo internacional.....	7
1.4 Marco normativo en Chile	11
1.5 El Tribunal Constitucional y su fuerza vinculante respecto al Derecho a la Educación.....	13
CAPÍTULO II: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y GARANTÍAS EDUCACIONALES	17
2.1 El Principio de Subsidiariedad de la Educación en torno al Derecho a la Educación	17
2.2 ¿Cómo entiende el Tribunal Constitucional el Derecho a la Educación?.....	21
2.3 Libertad de Enseñanza y Derecho a la Educación	27
CAPÍTULO III: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO AL SISTEMA EDUCACIONAL CHILENO ENTRE LOS AÑOS 2001 Y 2018	36
3.1 Línea de tiempo de Fallos del Tribunal Constitucional (2001 – 2018).....	36
3.2 Proyecto de gratuidad en la Educación Superior, conflictos presentes y futuros	42
3.3 Proyecciones de las sentencias del Tribunal Constitucional en torno al Derecho a la Educación.....	46
CONCLUSIONES	49

BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA	51
JURISPRUDENCIA	57

RESUMEN

El presente trabajo busca hacer un análisis del marco normativo asociado a las regulaciones del sistema educacional chileno y la visión del Tribunal Constitucional respecto al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza en Chile. Se realizará una revisión de las limitaciones que puedan afectar el ejercicio de los derechos a la educación, el desarrollo de la perspectiva de la jurisprudencia, la mirada del TC respecto del financiamiento de la educación y el detalle de los aspectos relacionados al derecho a la educación y las garantías constitucionales. Se fundamenta lo anterior con el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional entre los años 2001 y 2018, y su implicancia y proyección respecto de la gratuidad de la educación considerando los posibles conflictos presentes y futuros con la legislación vigente en Chile. Se estableció, en base a una metodología descriptiva, los siguientes hallazgos: a) Que en cuanto a la protección de los derechos constitucionales, y en especial al derecho a la educación, el Tribunal Constitucional, como garante y entidad que se pronuncia sobre la constitucionalidad de dichas leyes, debe considerar como principios rectores de sus pronunciamientos en la materia, la necesidad y derecho de todo ciudadano de recibir educación justa e igualitaria; b) Que en las sentencias de dicho Tribunal, en cuanto a los dictámenes realizados entre los años 2001 y 2018, se ha observado un notorio retroceso en cuanto a la articulación del derecho de educación como derecho fundamental y la exclusión de la gratuidad del escenario de responsabilidad que tiene el Estado en esta materia; c) Que la problemática relacionada con el derecho a la educación y el principio de subsidiariedad ha permitido al Estado tomar ventaja y traspasar la responsabilidad del derecho a la educación y financiamiento de la misma a instituciones privadas y bajo una lógica mercantil, que dista del rol social que debe tener el mismo en torno a la materia; y d) Que particularmente, en cuanto al deber de gratuidad, el Tribunal Constitucional ha señalado en diferentes ocasiones, especialmente en la sentencia de Rol N° 410, del año 2004, que el aporte económico que otorga el Estado incluye una obligación estatal y por lo tanto no es una decisión adoptada a discreción por este. Por lo tanto, esta obligación estatal, como se ha analizado, ha sido desconocida preferentemente a conveniencia de las corrientes políticas imperantes. De esta manera, y como aporte a la discusión anterior, se sugiere que en cuanto a materias tan fundamentales como la educación se sostengan las siguientes recomendaciones para futuras modificaciones de la Constitución, el TC y el marco normativo vigente: 1) Evitar confundir el principio de subsidiariedad con el derecho a la educación; 2) Entender que el Estado es responsable de garantizar la educación, tanto en su calidad y financiamiento, como en su dimensión de derecho fundamental amparado en la CPR; 3) Establecer que la gratuidad no es parcial ni selectiva, ya que si esta está inserta en el derecho de la educación, es para todas y todos y 4) Que la acreditación sea reconocida como un requisito estatal, y que dicho derecho (educación) no sea condicionado dada su naturaleza inalienable.

Palabras Claves: Jurisprudencia – Tribunal Constitucional- Regulación- Derecho a la Educación.

INTRODUCCIÓN

A raíz del golpe de estado de 1973 en Chile, el sistema escolar chileno sufrió una importante transformación con el fin del Estado Docente instaurado a partir de la segunda mitad del siglo XIX, amparado bajo la Ley de Instrucción Primaria Obligatoria, y se da el comienzo a la aplicación de un modelo neoliberal con la progresiva privatización del sistema educacional a lo largo de todo Chile.

El principio regulador de mercado quedó instaurado en la educación chilena a comienzos de 1979, con la promulgación de la Directiva Presidencial por parte del General Pinochet, la cual estableció dos ámbitos:

a) “El Estado centrará su énfasis en la educación básica y, a cualquier costo, cumplirá su deber histórico y legal de que todos los chilenos, no solo tengan acceso a ella, sino que efectivamente la adquieran”¹

b) “Alcanzar la educación media y (...) superior constituye una situación de excepción (...) (que) debe pagarse o devolverse a la comunidad nacional por quien pueda hacerlo ahora o en el futuro”.²

Este nuevo modelo dará paso, en el posterior período de transición de los años noventa, a un proceso de transformación sociopolítica cuyo objetivo principal fue el emprender el desarrollo de programas que junto con el crecimiento económico otorgaron una cierta equidad social a la nación. Específicamente en educación, este proceso se caracterizó por un aumento de la influencia del Estado, el cual incrementó de manera importante los recursos públicos destinados a esta materia. Cabe mencionar que a pesar de las múltiples modificaciones a la fecha, el sistema en su base permanece inalterado, salvo ciertas regulaciones, ratificadas por el Tribunal Constitucional de Chile (TC) las cuales serán revisadas en el desarrollo de esta tesis.

Por su parte, la actual Constitución chilena, promulgada en el año 1980 durante la dictadura, pudo ser “modificada” en los gobiernos posteriores. Sin embargo, esto ocurrió sólo superficialmente, y en consecuencia presenta importantes vacíos en lo que se refiere a aspectos de participación por parte del Estado en su rol garante de la calidad de la educación y el acceso a la misma por parte de todos los ciudadanos.

¹ CENTRO DE ESTUDIOS MIGUÉL ENRÍQUEZ. Discurso del General Augusto Pinochet en cerro Chacarillas. Santiago: Archivo Chile.1979.

² Ídem.

Así también, lo concerniente a derechos y deberes ciudadanos, que permanece intacto desde 1980, estableció los pilares jurídico-filosóficos del sistema educativo formal chileno, definiendo la educación como una función de los Padres, dejando de esta manera totalmente excluido el rol esencial del Estado en este proceso: Al respecto, el Decreto N° 100, en su artículo 19 establece que “Tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”, correspondiendo al Estado “otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”³. De esta manera, se establece como derecho la libertad de enseñanza, entendida como “El derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales” y la potestad de los padres de escoger el establecimiento donde educar a sus hijos⁴.

Junto con lo anterior, también se estipularon cuatro derechos de propiedad económica: “derecho a desarrollar cualquier actividad económica”, “derecho a no ser discriminado por el Estado y sus organismos en materia económica”, “derecho a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes” y el “derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”. No contemplando derechos colectivos, ni derecho a la participación⁵.

Posteriormente, el 10 de marzo de 1991, con la promulgación de la Ley Orgánica Constitucional de Educación (LOCE) quedaría finalmente institucionalizada la educación de mercado en el sistema educacional chileno con importantes consecuencias en cuanto al funcionamiento de la misma, con una conceptualización de la subvención estatal más orientada al lucro de los sostenedores que al bien común de los estudiantes, la selección sesgada de estudiantes según el criterio de estos sostenedores y la imposibilidad de una evaluación adecuada a la calidad de la educación⁶.

Por lo tanto, para la protección de los derechos constitucionales, y en especial el derecho a la educación, surge el Tribunal Constitucional, como garante de la constitucionalidad de dichas leyes, así como de los decretos emitidos para la protección y mantención del sistema educacional chileno. Por lo tanto, este organismo, deberá considerar como principios rectores de sus pronunciamientos en la materia, la necesidad y derecho de todo ciudadano de recibir una educación justa e igualitaria⁷. El Tribunal Constitucional, desde sus competencias, es aquel que producirá las principales evoluciones respecto a la jurisprudencia relacionada a la educación y su alcance constitucional. Un ejemplo de esto se puede observar en la sentencia N° 2731 del 26-11-2014, la cual se refiere al

³ DECRETO 100. (17 de Septiembre de 2005). Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

⁴ Ídem.

⁵ Ídem.

⁶ LEY N° 18.962. (10 de Marzo de 1990). Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. Obtenido de <http://www.uchile.cl/portal/presentacion/normativa-y-reglamentos/8386/ley-organica-constitucional-de-ensenanza>

⁷ DECRETO 100. (17 de Septiembre de 2005). Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

derecho a la educación, especificando que “Se trata de 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”⁸

Dado lo anterior, surgen las siguientes interrogantes: ¿La Evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido de la mano respecto de la regulación del sistema educacional chileno? ¿Cuáles son las proyecciones del Tribunal Constitucional de Chile respecto a su ámbito de pertinencia en relación con el sistema educacional vigente en el país?

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Inconstitucionalidad de proyecto de Ley, artículo 93 - Sentencia 2731 - 26/11/2014. Santiago: Tribunal Constitucional de Chile.2014.

CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO

1.1 Fundamentos

El objeto del derecho a la educación es el pleno desarrollo de la persona humana en las distintas etapas de su vida, tal como lo señala el art. 19 N°10 de la Constitución Política de la República, sin embargo, en toda la regulación del art. 19 N°10 y N°11, el derecho a la educación se construye en torno al Estado, a los sostenedores particulares de establecimientos educacionales, a los padres e incluso a la comunidad, pero excluye al estudiante⁹, sin al menos mencionarlo, de legitimación activa para buscar la protección de éste, siendo él quien se encuentra sometido a un proceso de educación presente, debiendo necesariamente constar como parte de los legitimados para exigir que se cumpla a cabalidad con los preceptos que iluminan el derecho a la educación en nuestro país. Así, también debería poder exigirse que este derecho no sea transgredido, violentado o disminuido por ninguna persona, institución o el Estado, que sea otorgado de acuerdo con sus necesidades y capacidades, buscando a su vez la integración, inclusión e igualdad de los estudiantes chilenos, permitiendo la movilidad social, la superación de la pobreza y la cualificación de la mano de obra a futuro.

Lamentablemente, nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales no contempla el derecho a la educación en su dimensión prestacional, sino más bien protege el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales (protección al sostenedor privado), la cual se encuentra a su vez férreamente afirmada e incluida dentro de la libertad de enseñanza. Además, protege al sostenedor respecto a las limitaciones que se puedan aplicar a la libertad de enseñanza (ergo al derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales) restringiéndolas sólo a la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. También, protege la libertad de los padres para escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, bajo una idea que mientras menor sea la regulación, mayor la libertad de elección de los padres.

Por lo tanto, toda persona humana debería tener la posibilidad de poder someterse a un proceso educativo a lo largo de su vida, buscando poder desarrollarse de la mejor manera posible,

⁹ A diferencia de lo que ocurre en la CPR de Chile en donde no se menciona ni se alude a los y las “estudiantes” o “alumnos/as”, en la Constitución Política del Perú, en sus artículos 17 y 18, se construye el derecho a la educación señalando a los “alumnos”. También podemos mencionar el caso de la Constitución Política de la República de Panamá, que en sus artículos 92, 94 y 95 establece la atención que debe tener el “educando” en el sistema educacional panameño.

enfrentando y superando los posibles obstáculos y dificultades académicas que se le puedan presentar, para alcanzar un bienestar digno, ser feliz y poder realizarse profesionalmente. A este respecto, Juan Carlos Flores (2014):

“En este sentido, la actividad educativa constituye, por una parte -en su dimensión educativa propiamente dicha- una actividad dirigida a aprender, comprender y perfeccionar en los aspectos valóricos e intelectuales a cada persona. Por otra parte, constituye una actividad dirigida a instruir, transmitir o enseñar valores y conocimientos a aquellas personas hábiles de recibirlas. Se trata de una realidad unitaria y bilateral, que puede ser analizada desde la óptica del sujeto activo o desde la visión del sujeto pasivo.”¹⁰

Este proceso educativo debe ser universal, es decir, debe otorgarse de manera uniforme, sin distinción de ingresos, posición social, género o edad y de acuerdo con las capacidades de cada individuo. Es por lo tanto, un derecho humano, fundamental para el desarrollo íntegro de la persona, que nace de lo más intrínseco de las relaciones privadas y familiares como también desde la esfera pública, e incide en todas las dimensiones de la persona humana, determinando y perdurando por toda la vida.

Al ser un tema tan amplio y atingente, existen obviamente distintas interrogantes respecto al derecho a la educación: ¿Qué entendemos por derecho a la educación? ¿Cuál es su contenido y cómo éste se ha interpretado durante el transcurso del tiempo? ¿A quién debería corresponder el deber primario de otorgarla, de garantizarla y determinar su forma y fondo? ¿De qué manera se ejerce este derecho a la educación? ¿Qué garantías comprende o debiese comprender? Entre otras preguntas que pueden ser fundamentales para poder cimentar el desarrollo de una reforma educacional sustancial.

Dado lo anteriormente cuestionado, a través del análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional, se buscará evidenciar el cambio de percepción respecto a la regulación del sistema educacional chileno, la visión respecto al derecho a la educación, la libertad de enseñanza, el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, el ámbito de las limitaciones que puedan afectar el ejercicio de los derechos a la educación, ya sean legales o bien reglamentarias, la potestad reglamentaria del Presidente de la República en torno al derecho a la

¹⁰ Flores Rivas, Juan Carlos. (2014). DERECHO A LA EDUCACIÓN: SU CONTENIDO ESENCIAL EN EL DERECHO CHILENO. *Estudios constitucionales*, 12(2), 109-136.

educación contemplado por el Constituyente, dimensión del mandato constitucional al Estado de protección de éste derecho, la financiación de la educación básica y media por parte del Estado y su particular sistema de subvenciones, su reconocimiento estatal y la problemática que gira en torno a la entrega de éste beneficio, la regulación y la libertad de los grupos intermedios de perseguir sus propios fines y la línea argumentativa que ha desarrollado el Tribunal Constitucional respecto al Derecho a la Educación.

1.2 Objetivos

1.2.1 Objetivo Primario

Es a partir de las interrogantes anteriormente expuestas, que el desarrollo de esta tesis tiene como objetivo primario analizar el marco normativo asociado a las regulaciones del sistema educacional chileno, así como también establecer la visión del Tribunal Constitucional respecto al derecho a la educación, la libertad de enseñanza en Chile y el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

1.2.2 Objetivos Secundarios

Respecto a los objetivos secundarios, los mismos están enfocados en:

- La revisión respecto al ámbito de las limitaciones que puedan afectar el ejercicio de los derechos a la educación, ya sean legales o bien reglamentarias, incluyendo las nociones de potestad reglamentaria del Presidente de la República en torno al derecho a la educación contemplado por el Constituyente, y la dimensión de mandato constitucional al Estado en la protección de éste derecho.
- Desarrollar desde la perspectiva de la jurisprudencia, la mirada del TC respecto a la financiación de la educación básica y media por parte del Estado, y su particular sistema de subvenciones, su reconocimiento estatal y en consecuencia la problemática que gira en torno a la entrega de éste beneficio, junto con lo referente a la regulación y la libertad de los grupos intermedios de perseguir sus propios fines y la línea argumentativa que ha desarrollado el Tribunal Constitucional respecto al derecho a la educación.

- Detallar lo relacionado al derecho a la educación y las garantías constitucionales, identificando las distintas problemáticas constitucionales en torno al derecho a la educación, explicando cómo entiende el Tribunal Constitucional el derecho a la educación, así como también la relación entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza.
- Analizar las sentencias del Tribunal Constitucional entre los años 2001 y 2018, respecto del desarrollo y evolución del derecho a la educación durante el periodo seleccionado, e identificar el cambio en la perspectiva de este organismo respecto a este concepto.
- Analizar el proyecto de gratuidad de la educación superior y sus posibles conflictos presentes y futuros con la legislación vigente en Chile. (Boletín nº 10.783-04)

Para lo anterior, se va a emplear una metodología de desarrollo de capítulos, de tipo descriptivo, con el propósito de recoger de fuentes primarias y secundarias los principales datos para el análisis a elaborar en este trabajo, surgidas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al derecho a la educación.

En cuanto al período de análisis, el mismo comprenderá los fallos del Tribunal Constitucional en los últimos 15 años, período adecuado al Movimiento Estudiantil y a los últimos movimientos de reforma que se han gestado este periodo.

1.3 Marco normativo internacional

El derecho a la educación es un derecho individual y un derecho social. Al respecto, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se definió que “Toda persona tiene derecho a la educación”. Esta aseveración, junto a otros Pactos Internacionales, así como ciertos Tratados y a la Convención de los Derechos del Niño establece que todas las personas tienen el derecho a la educación como derecho fundamental universal.

Al respecto, el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala:

“1) Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos; 2) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y 3) Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”¹¹

Junto con lo anterior y siguiendo la misma línea de pensamiento, se establece la Declaración de los Derechos del Niño (1959) que en su principio 7 expresa que “El niño tiene el derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales y en igualdad de condiciones”¹²

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) como tratado multilateral reconocerá los derechos mencionados anteriormente plasmará en su texto definitivo mecanismos para la protección y garantía de la educación, tal como lo indica su artículo 13, que expresa:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. La educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. La educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre. La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente. La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la

¹¹ ONU. Declaración universal de los derechos humanos. 1948.

¹² ONU. Declaración de los Derechos del Niño. 1959.

enseñanza gratuita. La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”¹³

Así también, la Convención de los Derechos del Niño (1989) en sus artículos 28 y 29 menciona:

“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades. Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos. Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad... Hacer la enseñanza superior accesible a todos. Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales. Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas”¹⁴

En referencia a lo mismo, y revisando otros acuerdos internacionales se hayan pronunciado también en referencia al derecho a la educación y el rol estatal concerniente a la protección de este derecho fundamental, es posible evidenciar lo definido en el Protocolo de San Salvador, que en su artículo 13, párrafo 2, el cual, si bien no ha sido aún ratificado por el Estado chileno¹⁵, establece en sus disposiciones que:

¹³ ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966.

¹⁴ ONU. Convención de las naciones unidas sobre los derechos del niño. 1990.

¹⁵ SENADO DE CHILE (11 de Noviembre de 2019). Despachan a Sala Protocolo de San Salvador. Obtenido de <https://www.senado.cl/despachan-a-sala-protocolo-de-san-salvador/senado/2019-11-11/084550.html>.

"Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz "¹⁶

Cabe mencionar que lo anterior, como parte del derecho consuetudinario internacional vincula al Estado chileno y constituye una obligación respecto a la forma de implementar y entregar la educación en el país.

Por su parte, organismos internacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha pronunciado que la educación es:

"Todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un derecho civil y político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos" ¹⁷

Así también, el mismo organismo en su observación general N° 13, párrafo 43, respecto al derecho a la educación, menciona:

¹⁶ OEA N° 69. Protocolo de San Salvador. San Salvador: Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.1988.

¹⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14). Basilea: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1999.

"Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas respecto del derecho a la educación, como la 'garantía' del 'ejercicio de los derechos... sin discriminación alguna' (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de 'adoptar medidas' (párrafo 1 del artículo 2) para lograr la plena aplicación del artículo 13. Estas medidas han de ser "deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible" hacia el pleno ejercicio del derecho a la educación"¹⁸

Finalmente, en lo que se refiere al rol del Estado en la educación, el párrafo 44 indica:

"El ejercicio del derecho a la educación a lo largo del tiempo, es decir, gradualmente, no debe interpretarse como una pérdida del sentido de las obligaciones de los Estados Partes. Realización gradual quiere decir que los Estados Partes tienen la obligación concreta y permanente "de proceder lo más expedita y eficazmente posible para la plena aplicación del artículo 13"¹⁹

De esta manera, la persona, no es solamente un ciudadano dentro de su territorio nacional al cual se le consideren derechos fundados en la propia Constitución de los Estados, sino también es un sujeto inserto en una dimensión global la cual establece el derecho a la educación como una condición inalienable. Por lo tanto, estos acuerdos, no solamente integran el tema de la educación, la calidad de esta y el derecho a recibirla dentro de valores como la justicia y la equidad, sino también otorgan un sustento sólido a la construcción de los derechos humanos y colocan el conocimiento de las personas como un derecho intrínseco y fundamental del ser humano.

1.4 Marco normativo en Chile

En cuanto a los principales cuerpos jurídicos emanados en Chile respecto al derecho a la educación, el sistema educacional y sus modificaciones progresivas se pueden mencionar:

- Constitución Política de la República: a) Artículo 19 N° 10 y 11²⁰; b) Artículo 1 inciso 3 y 4²¹ y c) Capítulo VIII sobre el Tribunal Constitucional²². Fecha de Promulgación: 17 de septiembre de 2005.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Ídem.

²⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE. Capítulo III, de los Derechos y Deberes Constitucionales. DS N° 100. 2005.

- Ley General de Educación N° 20.370. Fecha de Promulgación: 17 de Agosto de 2009.²³
- Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza N° 18.962. Fecha de Promulgación: 07-03-1990²⁴.
- Ley N° 19.532: Que regula el Régimen de Jornada Escolar Completa y Diurna. Fecha de Promulgación: 13-11-1997²⁵.
- Ley N° 19.979: Que modifica Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales (Ley 19.979). Fecha de Promulgación: 28-10-2004²⁶.

Adicionalmente, se pueden indicar como antecedentes otros documentos relacionados a la materia, especialmente en el ámbito del sistema y educación escolar:

- Ley N° 20.129: Establece Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior. Fecha de Promulgación: 23-10-2006²⁷.
- Ley N° 20.422: Establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad. Fecha de Promulgación: 10-02-2010²⁸.
- Ley N° 20.529: Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización. Fecha de Promulgación: 27-08-2011²⁹.
- Ley N° 19.876: Reforma Constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la Educación Media. Fecha de Promulgación: 07-05-2003³⁰.

²¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE. Capítulo I, Bases de la Constitucionalidad. DS N° 100. 2005.

²² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE. Capítulo VIII, Tribunal Constitucional. DS N° 100. 2005.

²³ LEY N° 20.370. Establece la Ley General de la Educación. 17-08-2009.

²⁴ LEY N° 18.962. Establece la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. 07-03-1990.

²⁵ LEY N° 19.532. Crea el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y Dicta Normas para su Aplicación. 13-11-1997.

²⁶ LEY N° 19.979. Que modifica Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales. 28-10-2004.

²⁷ LEY N° 20.129: Establece Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior. 23-10-2006.

²⁸ LEY N° 20.422: Establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad. 10-02-2010.

²⁹ LEY N° 20.529: Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización. 11-08-2011.

- Ley N° 20.501: Calidad y Equidad de la Educación. Fecha de Promulgación: 26-02-2011³¹.
- Ley N° 20.845: De Inclusión Escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado. Fecha de Promulgación: 29-05-2015³².
- Ley N° 20.993: Modifica diversos cuerpos legales para facilitar el funcionamiento del Sistema Escolar. Fecha de Promulgación: 28-01-2017³³.

1.5 El Tribunal Constitucional y su fuerza vinculante respecto al Derecho a la Educación

Tal como lo plantea Nogueira (2006):

“La fuerza vinculante de la sentencia del Tribunal Constitucional es una cosa distinta de la cosa juzgada constitucional y de los efectos en el ámbito personal y temporal de la sentencia constitucional” “La fuerza vinculante de una sentencia se refiere a la fuerza horizontal y vertical que despliega esencialmente la parte motiva o considerativa del fallo en que se establecen los principios y fundamentos inescindibles de la parte resolutive, donde se encuentra la “ratio decidendi” del fallo del Tribunal Constitucional. Los efectos de la sentencia se refieren a la modificación en el ordenamiento jurídico y en las situaciones de los destinatarios que produce la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad”³⁴

Un ejemplo de lo anterior se evidencia en la Ley N° 20.050 referida a la reforma Constitucional que introdujo modificaciones a la Constitución Política de Chile con fecha de 18 de agosto de 2005.

³⁰ Ley N° 19.876: Reforma Constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la Educación Media.07-05-2003.

³¹ LEY N° 20.501: Calidad y Equidad de la Educación. Fecha de publicación: 26-02-2011.

³² LEY N° 20.845: De Inclusión Escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado. 29-05-2015.

³³ LEY N° 20.993: Modifica diversos cuerpos legales para facilitar el funcionamiento del Sistema Escolar. 23-01-2017.

³⁴ NOGUEIRA HUMBERTO. La Sentencia Constitucional en Chile: Aspectos Fundamentales sobre su fuerza vinculante. Estudios Constitucionales, vol. 4, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, Chile julio, 2006, pp. 97-124 pp.

El mismo autor interpreta dicha reforma de la siguiente manera:

“En lo referente a la reforma de la Ley N° 20.050, se establece al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la Constitución para indicar el parámetro de control de constitucionalidad de preceptos legales, eliminando la competencia de la Corte Suprema para determinar la inaplicabilidad de preceptos legales regulado con anterioridad a la reforma en el artículo 80 de la Carta Fundamental. Asimismo, al establecer a través del control incidental de inaplicabilidad reparador, concreto y con efectos inter partes del artículo 93 N° 6, que todo tribunal ordinario especial tiene la obligación de acudir al Tribunal Constitucional de oficio si estima que, en una gestión judicial de la que está conociendo, hay uno o más preceptos legales cuya aplicación pueden resultar decisiva en la resolución de ese asunto, los cuales estima inconstitucionales, sin perjuicio que dicha petición puede ser formulada también por cualquiera de las partes en la gestión judicial pertinente.”³⁵

Así también, y en relación con lo anterior, Bocanegra (1981), establece que:

“La decisión sobre la naturaleza y el alcance de la vinculación de las decisiones constitucionales no supone otra cosa, en la práctica, que decidir, en una medida enormemente significativa, sobre la distribución de poderes entre los más altos órganos constitucionales, y decidir, en consecuencia, sobre un elemento esencial de la estructura constitucional, en cuanto que un grado mayor o menor de fijación o de vinculatoriedad de las resoluciones de un Tribunal de esta naturaleza y frente a lo que ocurre en el proceso ordinario, despliega efectos cuya trascendencia vital sobre los demás órganos constitucionales y sobre la propia Constitución fácilmente se alcanza”³⁶

En la misma línea de pensamiento, el artículo 31 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, señala en uno de sus incisos que “Los órganos del Estado están obligados al

³⁵ Ídem.

³⁶ BOCANEGRA Raúl. “Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán”, en Revista Española de Derecho Constitucional, volumen 1 N° 1, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 238.1981.

cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva³⁷. Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional siempre es vinculante, toda vez que existe un deber de obediencia por parte de todos los órganos del Estado, incluyendo a los tribunales de justicia.

Otro ejemplo de lo anterior es la sentencia Rol N° 356-02 del Tribunal Constitucional con fecha 15 de julio del año 2002, la cual indica que:

“La vinculatoriedad de las Sentencias del Tribunal Constitucional, implica que los poderes públicos que sean aplicadores del Derecho, se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y principios de la Constitución, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, por la eficacia vinculante de dicha interpretación, los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos constitucionales”³⁸

Otro antecedente que destacar y que servirá para la comprensión en los capítulos posteriores respecto a las sentencias del TC en el ámbito de la educación, esencialmente en lo que refiere al derecho y libertad de esta, se observa en el artículo 31 del proyecto de L.O.C. del Tribunal Constitucional. En su redacción original, se introdujo por primera vez en Chile, la explicación de la vinculatoriedad del *precedente*³⁹. En el artículo señalado en uno de sus incisos establece que “El Tribunal quedará vinculado por sus precedentes. Sin embargo, por razones fundadas, podrá cambiar lo resuelto con anterioridad”⁴⁰

Citando nuevamente a Nogueira (2006) en este punto, el alcance de este precedente será significativo en las sentencias que se observarán a continuación:

³⁷ LEY N° 17.997. Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. 12-05-1981.

³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SENTENCIA ROL N° 356-02. Control de Constitucionalidad sobre proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. 2002.

³⁹ NOGUEIRA HUMBERTO. La Sentencia Constitucional en Chile: Aspectos Fundamentales sobre su fuerza vinculante. Estudios Constitucionales, vol. 4, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, Chile julio, 2006, pp. 97-124 pp.

⁴⁰ GARCÍA García José Francisco. ¿Precedente horizontal de facto en el Tribunal Constitucional? Revista de Derecho Público Santiago. 2018. VOL 1, N° 1. 247-262 pp.

“Es necesario comentar que la dosis de flexibilidad de las sentencias del TC debe ser razonable cuando estamos ante la jurisdicción constitucional, ya que el texto constitucional debe irse adaptando a una realidad dinámica y cambiante. La excesiva rigidización dificultaría gravemente la tarea del Tribunal Constitucional e, incluso, podría poner en grave peligro la vida institucional de la sociedad política”⁴¹

Por lo tanto, tomando este argumento como parámetro y con el propósito de relacionar este marco normativo con el objetivo de esta tesis, en los próximos capítulos se espera desarrollar de una manera más detallada lo referente a las impugnaciones que el Tribunal Constitucional ha realizado durante los años 2001 a 2018, respecto a la educación en sí, y al derecho constitucionalmente consagrado y a sus garantías, y también cómo han ido evolucionando las sentencias pronunciadas por este organismo en relación a la legislación actual, junto con sus proyecciones normativas.

⁴¹ NOGUEIRA HUMBERTO. La Sentencia Constitucional en Chile: Aspectos Fundamentales sobre su fuerza vinculante. Estudios Constitucionales, vol. 4, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, Chile julio, 2006, pp. 97-124 pp.

CAPÍTULO II: DERECHO A LA EDUCACIÓN Y GARANTÍAS EDUCACIONALES

2.1 El Principio de Subsidiariedad de la Educación en torno al Derecho a la Educación

En relación con las diferentes cuestiones y problemáticas respecto de la educación y su derecho, y cómo se le da tratamiento en la Constitución Política de Chile, Verdugo y Pfeffer (1999)⁴², plantean que la carta fundamental integra la positivización del derecho a la educación. No obstante, el principio de subsidiariedad de este derecho condicionaría a toda la comunidad en el desarrollo y perfeccionamiento de la educación, empero, no queda totalmente claro de qué forma o qué mecanismos eficaces aseguran la exigibilidad de su cumplimiento. Así también, y tal como lo establece el artículo 19, N° 11 inciso 4, del mismo cuerpo legal, “Corresponde a los padres escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”⁴³. De esto es posible inferir que el derecho implícito de una enseñanza libre y plural, tal como lo define la carta fundamental, correspondería al Estado, y es el mismo Estado quien debe potenciar la educación en todos sus niveles y ámbitos, y servir a su condición de ejecutor y salvaguarda del derecho a la educación, sin condicionantes de tipo económico, resguardando en todo momento el cumplimiento cabal de este derecho⁴⁴. Respecto a lo anterior Atria (2014), establece una asimilación del derecho a la educación a un derecho subjetivo, apartándolo de su condición transformadora y relegándolo solamente a la demanda de servicios educativos mínimos, siempre y cuando el ciudadano no pueda solventarla, no estableciendo ningún principio normativo que oriente el sistema⁴⁵.

Tagle (1988), siguiendo la línea de la lógica de la subsidiariedad, establece que:

“El rol subsidiario del Estado, en cuanto a la educación, por orden natural corresponde a los progenitores, por lo que es una actividad esencialmente privada, de esta manera el Estado sólo tiene el deber de actuar en aquellas situaciones en que las familias que por su situación económica no pueden asumir la responsabilidad educativa de los hijos”⁴⁶

⁴² VERDUGO Marinkovic, Mario, PFEFFER Urquiaga, Emilio y NOGUEIRA Alcalá, Humberto, “Derecho Constitucional”, segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, Tomo I.

⁴³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE. Capítulo III, de los Derechos y Deberes Constitucionales. DS N° 100. 2005.

⁴⁴ MOLINA Guaita, Hernán, “Derecho Constitucional”, Cuarta edición, Concepción, Universidad de Concepción-Ministerio de Educación, 1998, 472 p.

⁴⁵ ATRIA, Fernando, Derechos Sociales y Educación, un nuevo paradigma de lo público, Santiago: Lom, 2014.

⁴⁶ TAGLE Martínez, Hugo, “El Estado y la educación”, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 15 (1), pp. 85- 86, 1988.

Bajo estos argumentos, el principio de subsidiariedad ha sido la puerta de entrada para la mecánica del deber del Estado en la educación, y lo mismo ha provocado consecuencias poco favorables en cuanto al derecho a la educación. Bajo este principio se sigue, aún hoy, entendiendo que la responsabilidad de la educación recae en la familia, y el alcance del Estado solamente concierne a la instrucción. De esta manera, los esfuerzos políticos realizados no subsanan nada más allá de la semántica de la norma, y por lo tanto tampoco profundizan en las reales atribuciones y obligaciones inherentes por parte del Estado en cuanto al derecho fundamental de la educación.

Pero ¿qué entendemos por “principio de subsidiariedad”? Si bien dicho principio podría ser objeto de un extenso debate, en Chile, comúnmente se ha entendido a propósito de la relación entre el Estado, grupos intermedios y los individuos, siendo estos dos últimos quienes tienen un papel protagónico en desarrollar todo tipo de actividades que no sean de exclusividad estatal. En palabras de Silva Bascuñán (1997), “implica alternativamente, en un sentido, que el Estado no tome a su cargo lo que pueden en buenas condiciones realizar las personas y los entes colectivos y, a la inversa, la obligación del Estado de proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas, en cuanto los particulares no estén en posibilidad de lograrla”⁴⁷

Siguiendo la misma línea, el Tribunal Constitucional (rol 352/02), lo ha entendido de la siguiente manera:

“Que el principio de subsidiariedad se consagra en el artículo 1º de la Carta Fundamental y es uno de los principios rectores del orden social. De acuerdo con éste, al Estado no le corresponde absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se entiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado. Eso explica el reconocimiento y amparo que el artículo 1º, inciso tercero, de la Constitución presta a los grupos intermedios”⁴⁸

Siguiendo con el desarrollo del derecho a la educación, Quinzio (1994) se pronuncia sobre la importancia de la educación como acto de libertad constitucional y el rol del Estado en la misma:

⁴⁷ Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª edición, 1997, p. 52).

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 352 Con fecha 6 de junio de 2002, fue formulado al Tribunal un requerimiento en conformidad al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del proyecto de ley que traspa la dependencia del Liceo Experimental Manuel de Salas desde la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación a la Universidad de Chile.

“Debido a la importancia que tiene la instrucción para un pueblo, ya que no sólo es una necesidad individual, sino que es una necesidad y función social, ella debe ser realizada por el Estado, como origen de la sociedad, no obstante, la Constitución confunde los términos instrucción y educación que, a pesar de su sinonimia usual, no son lo mismo. En efecto, la instrucción es el caudal de conocimientos que se procura dar a un individuo y la educación es el perfeccionamiento de las facultades morales e intelectuales que tienden a formar el carácter, por lo tanto, es el Estado el que debe preocuparse primordialmente por la instrucción, ya que como función social corresponde como misión de él, procurar el bien común y la prosperidad pública”⁴⁹

Profundizando lo anterior, De Los Mozos (1995) realiza una distinción entre libertad y enseñanza señalando que:

“Si bien la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana, la enseñanza se dirige precisamente a producir el resultado de la educación. No obstante, cabe distinguir entre enseñanza y educación, en el sentido que la enseñanza puede ser entendida como instrucción y la educación como formación integral, pero sólo se trata de una distinción de aspectos diferentes de la misma realidad única, que se combina de distinta manera y con diferentes intensidades dependiendo de los niveles educativos”⁵⁰

En el mismo contexto, Castillo Córdova (2004), respecto a lo que exige la adecuada comprensión de la libertad y del derecho referido, menciona:

⁴⁹ QUINZIO Figueiredo, Jorge Mario, “Tratado de Derecho Constitucional; La Constitución Política de la República de 1980”, Santiago de Chile, Ediciones Universidad de la República, 1994, tomo II, pp. 130-131.

⁵⁰ DE LOS MOZOS, Isabel “Educación en libertad y concierto escolar, Madrid, Montecorvo, 1995.

“Se hace necesario delimitar claramente las potestades estatales en nexos con la libertad de enseñanza, ya que, para el poder político le genera la obligación de configurar una concreta organización educativa y de formular las diversas políticas educacionales siempre con base, entre otros, en el principio de libertad. Del mismo modo, le obliga a respetar así como a promover el efectivo ejercicio de las distintas libertades educativas que se prediquen de los sujetos en una relación educacional como consecuencia de la vigencia del principio de libertad en el ámbito educativo”⁵¹

No obstante lo insuficiente que han sido las modificaciones realizadas, la jurisprudencia ha sabido responder al amparo del derecho a la educación, vinculando el mismo con la garantía constitucional que nace del recurso de protección, como por ejemplo en los casos de igualdad ante la ley, el derecho al debido proceso, la libertad de adquirir el dominio y el derecho de propiedad. Al respecto, Jordán Díaz (2006) establece en su estudio sobre la tutela jurisdiccional el concepto de igualdad como un criterio normativo y no valorativo, implicando que la desigualdad en la educación viola directamente los derechos fundamentales del individuo y la propia libertad⁵².

Junto con lo anterior, el mismo autor, sostiene que en el ámbito de los derechos sociales fundamentales el principio de subsidiariedad de la educación es insuficiente para la protección del respeto y promoción del artículo 5° inciso segundo de la Constitución⁵³, toda vez que dentro de la relación del Estado y persona, y en un contexto democrático y deliberativo, debería primar el principio de contribución constitucional, ya que los atributos relacionados con el derecho de educación son esencialmente sociales e implican lo jurídico y no integran, ni deberían integrar, aspectos económicos o de neoliberalismo.

Al respecto menciona:

⁵¹ CASTILLO Córdova, Luis. El principio de libertad en el sistema educativo. Lima: Universidad de Piura (2004). pp. 73-74.

⁵² JORDÁN Díaz, Tomás., La Protección de los Derechos Sociales: Modelos Jurisprudenciales Comparados de tutela en España y Chile, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 10, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, 2006, p. 42.

⁵³ SALAZAR Pizarro, Sebastián, Fundamentación y estructura de los derechos sociales, Revista de derecho vol. 26, N° 1. Valdivia. 2013. pp 69-93

“Esta diferencia es fundamental respecto a lo que ocurre con los derechos y libertades civiles y políticos cuyo imperativo establece el deber de los órganos públicos y a las personas, en cuanto a la cooperación y colaboración conjunta en el cumplimiento de la Constitución. De esta manera, la relación entre la persona y el Estado opera a través de una mayoría democrática y deliberativa, favoreciendo de forma coherente la promoción y respeto de los derechos sociales fundamentales, teniendo como elemento fundante a la persona humana en el centro del ordenamiento constitucional y al Estado como instrumento al servicio de esta”⁵⁴

Finalmente, la problemática relacionada con el derecho a la educación y el principio de subsidiariedad radicaría esencialmente en lo definido en el artículo 19 N° 10 de la Carta Fundamental, ya mencionado anteriormente, y que permite al legislador adoptar el criterio que más se adapte a los hechos, basado en las potestades configurativas establecidas en este cuerpo normativo. De esta manera, quedaría en manos del legislador una serie de facultades, entre las cuales la más discutible sería la garantía al acceso gratuito y el financiamiento del Estado para todos los niveles de educación, ya sean estos parvularia, básica, media o superior, cuya declaración no define un presupuesto determinado en materia de financiamiento, sino que en cambio, se establece acorde a las posibilidades económicas estatales del momento⁵⁵. Debido a esto y conforme al principio de subsidiariedad, es que es compatible la existencia de un establecimiento subvencionado con la de un establecimiento particular pagado, o la de uno con subvención normal y otro de financiamiento compartido⁵⁶.

2.2 ¿Cómo entiende el Tribunal Constitucional el Derecho a la Educación?

En el desarrollo y evolución de una conceptualización acabada del derecho a la educación y la forma de entenderlo por parte del Tribunal Constitucional, van surgiendo desde el mismo organismo diferentes miradas respecto a la libertad de enseñanza y el derecho mencionado.

⁵⁴ JORDÁN Díaz, Tomás, "El principio de contribución constitucional y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos fundamentales sociales", en Ferrada, J.C (Coord.), Estudios de Derecho Público. El principio de separación de poderes, Actas de las XL Jornadas de Derecho Público 2010, Abeledo Perrot - Thompson Reuters, Santiago, 2011.

⁵⁵ NOGUEIRA HUMBERTO. La Sentencia Constitucional en Chile: Aspectos Fundamentales sobre su fuerza vinculante. Estudios Constitucionales, vol. 4, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, Chile julio, 2006, pp. 97-124 pp

⁵⁶ GONZÁLEZ Tugás, Juan Andrés. Breve Análisis sobre la Evolución Jurídica-Constitucional del Derecho a la Educación y la Libertad de Enseñanza en Chile. Derecho Público Iberoamericano, N° 1 2012. Santiago. pp. 85-124.

Una de estas concepciones respecto del mencionado derecho, es el criterio que el TC aplica al ya mencionado artículo 19, N° 10, inciso 4°⁵⁷, cuyo texto busca favorecer la formación del niño desde sus primeras etapas de vida hasta su ingreso a la educación básica, es decir, la etapa parvularia. En este artículo la palabra *Promover* toma un significado esencial ya que vincula al Estado con la potenciación y estímulo de la enseñanza preescolar, comprometiéndolo al empleo máximo de recursos para que los niños puedan acceder a una educación de calidad en las edades más tempranas, sin requisito y como un derecho inherente a la persona humana.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N° 465, precisa:

“Que de lo considerado precedentemente se desprende con nitidez que al consagrar el deber del Estado de promover la educación parvularia, el poder constituyente derivado tuvo clara conciencia de tratarse de un nivel educativo cuyo desarrollo comprende diversas etapas, fases o niveles, dejando expresa constancia de ello y omitiendo efectuar en el texto fundamental, referencias a ellas, por estimar que no era propio de la Constitución hacerlo, dejando entregado, por ello, a normas de menor jerarquía, la determinación de esta materia técnica”⁵⁸

De lo anterior se desprende que si bien el TC considera en sus sentencias el principio de subsidiariedad a la libertad de enseñanza, ya implícito y mencionado en la Constitución, en cuanto a la aplicación concreta del derecho a la educación se torna más abierto y relaciona su criterio con la protección de los niños como parte de derechos fundamentales de acuerdos internacionales, no obstante que la Constitución Política de Chile no la manifieste explícitamente⁵⁹.

Acompañando a este derecho a la educación, aparece una condición *sine qua non* entre este concepto y la libertad de enseñanza. Al respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia rol N° 465 del 2006, lleva el artículo 19 N° 10° inciso 2° de la Constitución⁶⁰ inserta la relación evidente entre el derecho y la libertad de enseñanza que el Tribunal le otorga, toda vez que la última posibilita el cumplimiento del derecho a la educación:

⁵⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE. Capítulo III, de los Derechos y Deberes Constitucionales. DS N° 100. 2005.

⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia, Rol N° 465, de treinta de marzo de dos mil seis, considerando 15°.

⁵⁹ ONU. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados en Chile. Washington. 2015. A

⁶⁰ FERNÁNDEZ González, Miguel Ángel, Recurso de Protección y Derechos Sociales. Derecho Mayor. Año VI, N° 6, Temuco, Facultad de Derecho de la Universidad Mayor, 2007. pp. 7-23.

“Si bien el derecho a la educación y la libertad de enseñanza son diferentes, también es cierto que existen numerosos e importantes vínculos entre ellos, evidencia de lo cual resulta ser que el objeto de la educación, esto es, el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida (...)”⁶¹

Siguiendo en la misma lógica de revisión, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derecho a la educación no es abundante y se refiere en mayor grado a la libertad de enseñanza que al derecho ya mencionado en sí. Un ejemplo de esto es que tanto la aprobación de la Ley N° 18.962 el 10 de marzo de 1990⁶², como sus posteriores reformas no han logrado aplanar el terreno para que el Tribunal Constitucional pueda desarrollar una doctrina más sólida y que resuelva en toda su amplitud esta temática.

Al respecto, si bien el Tribunal Constitucional ha intervenido en toda la estructura de la Ley anterior, aún no se ha pronunciado directamente sobre el establecimiento de requisitos mínimos para los niveles de educación básica y media, y el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel, que en lo relativo a los establecimientos de educación superior el proyecto regulaba detenidamente. Si bien lo anterior ha sido indicado en algunas sentencias relativas al tema que se pronuncian sobre deberes paralelos al derecho de educación, las mismas no han enfatizado en lo doctrinario del asunto en cuestión^{63 64 65 66 67}.

Por otra parte, la falta de sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncien sobre el derecho a la educación, considerando la jurisprudencia abundante emanada de las diversas Cortes de Apelaciones a lo largo de Chile y de la Corte Suprema, en cuanto a recursos de protección interpuestos sobre diferentes materias educacionales, tampoco ayuda a la profundización doctrinaria

⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia, Rol N° 1361, 13 de mayo de 2009.

⁶² LEY N° 18.962. Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. 07-03-1990. Recuperado el 20-05-2020: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30330>

⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Rol N° 123 del 19-03-1991. Sobre el control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza.

⁶⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 278 del 04-08-1998. Sobre el control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, incorporando a los establecimientos que indica como entidades de educación superior reconocidas por el Estado.

⁶⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 308 del 28-06-2000. Sobre el control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.962, en lo relativo al derecho de las estudiantes que se encuentran embarazadas o que sean madres lactantes, de acceder a los establecimientos educacionales.

⁶⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 339 del 18-10-2001. Sobre el control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza en materia de educación parvularia.

⁶⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Rol N° 369 de 06-02-2003. Sobre el control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que dicta normas sobre la educación parvularia y regulariza la instalación de jardines infantiles.

respecto al derecho de educación⁶⁸, solamente en el año 2004 es posible encontrar información al respecto, debido a la tramitación del proyecto de ley que modificaba el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales relacionados con la materia, que en futuro se llamaría Ley N° 19.979⁶⁹. Este proceso legislativo requirió que el Tribunal Constitucional interviniera más de una vez, dictando durante de este proceso cuatro sentencias.

De estos pronunciamientos y para efectos del objetivo de este análisis, una de ellas cobra importancia en cuanto a lo doctrinario, en especial respecto al derecho a la educación y su relación con la libertad de enseñanza. Dicha Sentencia con Rol N° 410, de fecha 14 de junio de 2004, establece en su considerando 7°:

“Que si bien el derecho a la educación y la libertad de enseñanza son diferentes, también es cierto que existen numerosos e importantes vínculos entre ellos, evidencia de lo cual resulta ser que el objeto de la educación, esto es, el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del N° 10 [...], se manifiesta, imparte o lleva a la práctica a través de la enseñanza, sea formal o informal, como se señala en el artículo 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza”⁷⁰

De esta manera, la mención anterior, no solamente refuerza la condición de libertad para ejercer el derecho a la educación, sino también nuevamente lo vincula con un derecho social y de libertad, ampliando el radio de intervención no solamente a nivel de servicios o prestaciones educacionales, sino que integrando también la libertad implícita de los agentes educacionales para actuar sin interferencias⁷¹. Al respecto se menciona:

⁶⁸ FLORES, JC. (2014). Derecho a la educación. Su contenido esencial en el derecho chileno. Estudios Constitucionales, 2(12), 109-136 pp. : “Martínez López-Muñiz señala que el derecho a la educación supone asumir una posición jurídica específica, de quien carece de formación o instrucción en una u otra medida, en cuanto que el ordenamiento jurídico le reconoce la titularidad de facultades de hacer o poder de exigir para lograr obtener ese bien que no posee, constituido por tal o cual grado o nivel de enseñanza”

⁶⁹ LEY N° 19.979. Modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa. 28-10-2004. Recuperado el 20-05-2020: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=232146>

⁷⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 410. Sobre el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por treinta y cinco señores Diputados respecto de las normas que indican sobre el proyecto de ley que modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales.

⁷¹ ATRIA, Fernando, Derechos Sociales y Educación, un nuevo paradigma de lo público, Santiago: Lom, 2014.

“Todo derecho social, entre los cuales se encuentra el derecho a la educación, para que no quede en mera aspiración valiosa reconocida constitucionalmente y se transforme en una prestación efectivamente recibida, requiere de sujetos obligados a intervenir en la realización de las acciones idóneas para satisfacerlo y del correspondiente financiamiento”⁷²

Lo último también ha sido abordado y profundizado en el considerando 8° de la sentencia:

“Que, en ligamen con el derecho a la educación ejercido a través de la enseñanza formal, es de la mayor importancia realzar el esfuerzo compartido que fluye del numeral 10° del artículo 19 de la Constitución... Efectivamente, el inciso quinto de aquel precepto impone al Estado el deber de financiar un sistema gratuito de educación básica y media, destinado a asegurar su acceso a toda la población. Y, confirmando la participación que incumbe a la comunidad en la concreción de esta actividad de bien común, el inciso final del numeral 10° establece que ella ha de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”⁷³.

Junto con estos dos considerandos, el TC también se pronuncia respecto a la libertad de enseñanza como motor impulsor de la educación y el derecho inherente respecto a las facultades de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales⁷⁴. No obstante, aun cuando pudieran relacionarse directamente con el derecho a la educación, estas facultades no están referidas a la propia naturaleza del derecho del educando, sino más bien al proceso de instrucción, y siguen la lógica del principio de subsidiariedad contemplado en la carta fundamental en relación con la enseñanza.

Volviendo entonces con el pronunciamiento del TC respecto al derecho de *abrir, organizar y mantener*, se indica lo siguiente:

⁷² BERTELSEN Repetto Raúl. Libertad de enseñanza: dos sentencias del Tribunal Constitucional. Universidad de los Andes. 2004. Santiago. Revista Libertad y Desarrollo. Vol. 1 N° 1.

⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 410. Sobre el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por treinta y cinco señores Diputados respecto de las normas que indican sobre el proyecto de ley que modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales.

⁷⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE. Capítulo III, de los Derechos y Deberes Constitucionales. DS N° 100. 2005.

“Así y en primer lugar, se reconoce el derecho de abrir, crear o formar establecimientos educacionales de cualquier nivel, de acuerdo con el ideario del proyecto educativo de los fundadores respectivos. En seguida, queda asegurado el derecho de organizarlos o determinar, los fundadores o quienes les sigan, las características del establecimiento en nexos con sus finalidades u objetivos y métodos para lograrlos; rasgos típicos de la docencia y de los profesionales que la lleven a cabo; régimen de dirección, administración y responsabilidad; reglas pertinentes al orden y disciplina en la convivencia interna; sistema financiero o vínculos con otras instituciones. Por último, la libertad de enseñanza incluye la facultad de mantener, esto es, conservar o sostener el establecimiento en el tiempo, modificando su organización o, en última instancia, cerrarlo o transferirlo a terceros”⁷⁵

De esta manera, y en el último párrafo de la sentencia indicada, la distinción entre libertad de enseñanza y derecho a la educación queda claramente identificada.

Finalmente, y siguiendo la misma línea argumentativa, la sentencia en su parte final del considerando 10°, vincula derechamente la libertad de enseñanza con la autonomía de los establecimientos educativos, basándose en los enunciados de los artículos 75 y 76 de la Ley N° 18.962⁷⁶ Orgánica Constitucional de Enseñanza:

“En síntesis, en este primer aspecto, la libertad de enseñanza supone el respeto y protección de la plena autonomía, garantizada por la Constitución a favor del fundador o sostenedor del establecimiento respectivo, para la consecución de su proyecto educativo, en los ámbitos docente, administrativo y económico, porque sin gozar de certeza jurídica en el cumplimiento de tales supuestos esenciales tampoco es realmente posible afirmar que existe aquella libertad”⁷⁷

⁷⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 410. Sobre el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por treinta y cinco señores Diputados respecto de las normas que indican sobre el proyecto de ley que modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales.

⁷⁶ LEY N° 18.962. Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. 07-03-1990. Recuperado el 20-05-2020: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30330>

⁷⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 410. Sobre el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por treinta y cinco señores Diputados respecto de las normas que indican sobre el proyecto de ley que modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales.

2.3 Libertad de Enseñanza y Derecho a la Educación

Para entender esta separación, más allá de la semántica, entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, y por otra parte, poder establecer su relación normativa, se analizarán a continuación algunas sentencias de la Corte Suprema y de Apelaciones, las cuales efectivamente se han pronunciado sobre la materia y han reafirmado la distinción conceptual antes mencionada.

La primera sentencia a la cual nos referiremos, es el caso “Destéfano Zuloaga con Colegio La Salle de Temuco”, de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 112-88, cuya causa se originó por la negativa de parte de dicho establecimiento educacional de otorgar la matrícula a un niño menor de seis años dado la condición del Ministerio de Educación que indica que los niños menores de 6 años, cumplidos al 30 de junio, no pueden ingresar a primer año básico. Ante lo anterior, la Corte de Apelaciones resolvió acoger el recurso dado a que la no admisión del menor se constituía como un acto arbitrario y fuera de norma, y que no constituye una ley obligatoria. Junto con lo anterior, también se acusó que con el actuar del establecimiento se vulneraba el derecho del menor de igualdad ante la ley, así como también el derecho de la libertad de enseñanza de los padres, toda vez que éstos pueden escoger libremente el establecimiento donde prefieren que su hijo reciba educación.

De lo anterior, la Corte indicó en su considerando 8°:

“Aunque no lo invocó el recurrente, queda en evidencia que al discriminar el Colegio de La Salle negando matrícula al niño Destéfano sólo en razón de su edad, en circunstancias que no existe ninguna normativa con fuerza legal que lo ordene, está vulnerando también la libertad que el N° 11 del art. 19 de la Constitución Política de la República reconoce a los padres para escoger el establecimiento educacional que prefieran para sus hijos, derecho que está protegido expresamente por el recurso de protección ya que aparece en la enumeración taxativa que hace el artículo 20 de la Carta Fundamental, y que no tiene otras limitaciones que las que imponen la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional, siendo un hecho de la causa que en el caso de que se trata, no está involucrado ninguno de estos factores”⁷⁸

⁷⁸ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Destéfano Zuloaga con Colegio La Salle. Rol N° 112-88. Sentencia de 2 de mayo de 1988.

Por su parte, el Colegio La Salle, argumentó en su apelación que el recurso no debía ser dirigido al establecimiento, sino que al Ministerio de Educación, y que el mismo organismo debía explicar las bases de su criterio de ingreso a la enseñanza básica. Así también cabe mencionar que el fundamento de este requisito se sostiene en la necesidad de regular el nivel escolar en función de la madurez del niño y que la legalidad de la normativa está incluida dentro de las facultades del Ministerio de Educación que resguardan a todos los educandos.

Dado el argumento anterior, la Corte Suprema revocó esta decisión argumentando en los considerandos 2° y 3° lo siguiente:

“En la especie no puede estimarse ni arbitrario ni ilegal el hecho de que un establecimiento particular de enseñanza deniegue la matrícula al primer año básico a un alumno de menos de seis años, puesto que ello no es contrario a la justicia, a la razón o las leyes y no es un acto dictado por la voluntad o capricho del Colegio La Salle, sino que obedece a la normativa en vigencia (...). Debe agregarse a lo dicho que el derecho constitucional que eventualmente pudo ser conculcado es el N° 10 del art. 19 de la Constitución, esto es, el derecho a la educación, pero que por voluntad del constituyente él no quedó incluido entre aquellos salvaguardados por el recurso de protección, de tal modo que no puede soslayarse este vacío acudiendo a razonamientos paradójicos vinculados con otros derechos protegidos”⁷⁹

Siguiendo con el análisis de jurisprudencia, otro caso muy relevante para diversas fuentes es el del Colegio San Viator de Ovalle con la SEREMI de Educación de la IV Región, perteneciente a la Corte de Apelaciones de La Serena, ROL N° 17.353-93. En esta causa, el director del Colegio ante la indicación de la SEREMI de Educación de la IV Región de reincorporar al establecimiento a tres alumnos que habían sido expulsados por mala conducta, adujo la vulneración de su derecho a la libertad de enseñanza de lo cual la Corte de Apelaciones de La Serena en consecuencia acogió el recurso e indicó en sus considerando 4° y 7°:

“La Ley Orgánica Constitucional de enseñanza, número 18.962, no contempla disposición alguna referente a limitaciones que afecten el derecho de cada

⁷⁹ CORTE SUPREMA. . Destéfano Zuloaga con Colegio La Salle. Fallo Segunda Instancia. ROL N° 12.746. Sentencia de 26 de Mayo de 1988.

establecimiento escolar en orden al rechazo de matrículasDe lo anterior resulta que sólo se encuentra normado y únicamente en el ámbito de la potestad reglamentaria, la facultad de cancelar una matrícula, previa aprobación de la Secretaría Regional Ministerial de Educación, más no alguna limitación al derecho de la entidad educacional privada de otorgar o no matrícula por un nuevo período escolar a un alumno, de modo que al respecto ha de regir en todo su vigor el principio de que la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, por lo tanto se concluye que debe acogerse el recurso deducido, por vulnerar la conducta reclamada, la garantía constitucional prevista en el N° 11 del art. 19 de la Constitución Política de la República de Chile »⁸⁰

De esta manera, se ordenó al ministerio de educación dejar sin efecto la indicación de reincorporar a los alumnos expulsados cuya confirmación se ratificó en sentencia dictada por parte de La Corte Suprema con ROL N° 20.518-93⁸¹.

Así también y en referencia específicamente a libertad de enseñanza, la sentencia ya revisada anteriormente, Rol N° 410-04, de fecha 14 de junio de 2004⁸², detalla en su dictamen que nuevamente el criterio de Tribunal Constitucional respecto a las bases de la institucionalidad contenidas tal como se expresa en el artículo 1°, incisos cuarto y quinto, y artículo 5°, inciso segundo de la Carta Fundamental, respecto al *carácter servicial del Estado*. De esta manera, se hace misión del Estado la de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan que todos y a cada uno de los ciudadanos de la nación pueda acceder a la enseñanza en toda su amplitud.

Por otra parte, la misma sentencia en sus considerandos 25° y 26°, vuelve a colocar en el escenario argumentativo el principio de subsidiariedad y la autonomía de los grupos intermedios:

⁸⁰ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. Colegio San Viator de Ovalle con la SEREMI de Educación de la IV Región. ROL N° 17.353. Sentencia del 04 de Febrero de 1993.

⁸¹ CORTE SUPREMA. del Colegio San Viator de Ovalle con la SEREMI de Educación de la IV Región. ROL N° 20.518. Sentencia 18 de Marzo de 1993.

⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 410. Sobre el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por treinta y cinco señores Diputados respecto de las normas que indican sobre el proyecto de ley que modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales.

“Es de aplicación amplia, cubriendo, entre muchos otros, a los establecimientos privados o particulares de enseñanza, sean o no subvencionados regirse por sí mismos en lo docente o pedagógico, administrativo y económico. Los establecimientos aludidos quedan habilitados por la Constitución para ejercer plenamente la libertad de enseñanza, sin intervención o injerencia indebida del Estado ni de terceros, los cuales son, en tal sentido, ajenos a ellos”

De esta manera, va quedando más claro que el legislador comprende la separación entre el derecho a la educación como marco de acción de la política estatal, así también lo referido a la libertad de enseñanza, vinculando a la misma con la facultad de los particulares para abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, pero no integra ambos conceptos como condición de derecho esencial debido a la presencia del principio de subsidiariedad, lo cual se refleja en la disparidad de la Jurisprudencia que hasta el momento va revelando lo dictaminado por el Tribunal Constitucional en comparación con lo expresado por las Cortes de Apelaciones, la Corte Suprema y la legislación complementaria.

La insistencia de plantear esta diferenciación no es más que el intento de clarificar que, debido a este criterio divergente, aún a la fecha cuestiones tan esenciales como el rol del Estado en la educación, las garantías constitucionales relacionadas con la libertad de enseñanza, así como la aplicación del derecho a recibir una educación digna, siguen siendo fuente de cuestionamiento y discusión, toda vez que no se logra subsanar la subsidiariedad como condición implícita de la protección estatal en esta temática.

Un intento de lo anterior fue la promulgación de ley N° 18.962⁸³ o comúnmente llamada LOCE, ya mencionada. No obstante, la misma no logró, a pesar de sus innovaciones en la materia, finalizar con esta separación entre la libertad de enseñanza y derecho a la educación, y fue allanando el camino para otros cuestionamientos que derivaron en Ley General de Educación⁸⁴. Esta Ley establece de manera más precisa cuáles son los deberes del Estado en materia educativa y excluye los derechos y obligaciones de cada uno de los integrantes de la comunidad escolar⁸⁵, incorporando

⁸³ LEY N° 18.962. Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. 07-03-1990. Recuperado el 20-05-2020: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30330>

⁸⁴ LEY N° 20.370. Establece la Ley General de la Educación. 17-08-2009.

⁸⁵ Ídem. Artículo 9 definiendo la Comunidad Escolar como “Una agrupación de personas que inspiradas en un propósito común integran una institución educativa. Ese objetivo común es contribuir a la formación y el logro de aprendizajes de todos los alumnos que son miembros de ésta, propendiendo a asegurar su pleno desarrollo espiritual, ético, moral,

principios rectores, estableciendo derechos y obligaciones para cada actor del sistema educativo, y creando un nuevo marco institucional, compuesto por el MINEDUC, la Superintendencia de Educación, el Consejo Nacional de Educación y la Agencia de Calidad, dando lugar a esta separación basada en el ya conocido principio de subsidiariedad y cuyo futuro operativo recaerá en el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación⁸⁶, pero no obstante, y en lo particular, si bien esta ley aduce a la norma constitucional que fundamenta la legislación sobre subvenciones educacionales, el Tribunal Constitucional en sus sentencias no ha esclarecido la diferencia entre el deber del Estado de financiar un sistema que permita el acceso gratuito de la población a la educación básica y media, de lo cual no hay duda que pertenece al rango constitucional, y el otorgamiento de subvenciones, que por ley obliga al Estado a cubrir la necesidad de enseñanza.

Esta confusión aparece en la segunda parte del considerando 19° de la sentencia de Rol N° 410-04, la cual se ha citado anteriormente para una mayor comprensión de lo que se desea exponer en cuanto al argumento de subsidiariedad y su evidente necesidad de modificación:

“Fluye categóricamente del precepto transcrito, el artículo 19°, N° 10, inciso quinto de la Constitución Política, que otorgar la subvención no es una decisión de cumplimiento discrecional ni entregada a la magnanimidad del Estado. Por el contrario, trátase de una obligación ineludible, cuya justificación radica en la importancia excepcional que tiene la educación y la enseñanza en el desarrollo libre de la personalidad y de la sociedad en general. Colíguese de lo expuesto que pagar la subvención no es únicamente satisfacer una obligación primordial, sino que, ante la imposibilidad del Estado de cumplirla por sí solo, requiere compartirla con los establecimientos de enseñanza privados que acceden al beneficio referido”⁸⁷

De esta manera, ya llegado este punto, se hace notoria y evidente la confusión de criterios en cuanto a lo pronunciado por el TC, dado que si bien establece la *obligación ineludible* del Estado en la

afectivo, intelectual, artístico y físico. El propósito compartido de la comunidad se expresa en la adhesión al proyecto educativo del establecimiento y a sus reglas de convivencia establecidas en el reglamento interno. (...) La comunidad educativa está integrada por alumnos, alumnas, padres, madres y apoderados, profesionales de la educación, asistentes de la educación, equipos docentes directivos y sostenedores educacionales”.

⁸⁶ LEY N° 20.529: Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización. 11-08-2011.

⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 410-04. Sobre el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por treinta y cinco señores Diputados respecto de las normas que indican sobre el proyecto de ley que modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales.

subvención, nuevamente coloca la subsidiariedad como argumento para el traspaso de la responsabilidad compartida a los establecimientos de enseñanza privados, eludiendo el deber primordial de pronunciarse sobre el derecho a la educación y el rol del Estado del aseguramiento, bajo cualquier condición y tal como lo establece la Constitución de brindar acceso a la enseñanza e instrucción de manera libre en su artículo 11 y otros⁸⁸.

A estas alturas, aparece un concepto esencial y ya invocado en algunas sentencias revisadas, ya sea de manera directa o implícita. Este es el de la *Protección*⁸⁹⁹⁰

Dado el largo proceso jurídico que se ha venido desarrollando en torno a la jurisprudencia relacionada al tema, lleva a pensar que los recursos de protección acogidos han sido medidas reactivas frente a la discriminación ocurrida por parte de algunos establecimientos con los educandos y apoderados y/o padres y madres, pero que no logran subsanar ni resolver la separación que debería tener lo constitucional de lo civil en cuanto a la educación.

La falta de desarrollo de una jurisprudencia de protección, que refuerce las garantías constitucionales, ha sido origen de una interpretación confusa entre el concepto de libertad de enseñanza y derecho a la educación, toda vez que en estas sentencias no se ha discriminado de manera suficiente entre los derechos constitucionales y aquellos no amparados por la carta fundamental⁹¹.

Al llamar al recurso de protección en aquellas instancias que tienen que ver con la vulneración del derecho a la educación, se ha mezclado lo esencial del deber del Estado como ente garante de este derecho con la función contractual inserta en la libertad de enseñanza, llevando a materias civiles

⁸⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE. Capítulo III, de los Derechos y Deberes Constitucionales. DS N° 100. 2005.

⁸⁹ GARCÍA García José Francisco. Libertad de enseñanza, jurisprudencia de protección y justicia constitucional. Sentencias Destacadas. Santiago. 2006. 49-102 pp.

⁹⁰ La superioridad de la Constitución lleva a la superioridad del intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional, el que se constituye en el órgano de cierre del ordenamiento jurídico por sobre la ley y el intérprete de la misma que son los tribunales ordinarios. La Corte Suprema de Justicia sigue siendo el vértice del Poder Judicial en los aspectos de mera legalidad que es aquel correspondiente a sus competencias de acuerdo con la Carta Fundamental, con las excepciones dadas por sus competencias en materia de recurso de nulidad por violación de derechos fundamentales, o por su competencia en materia de hábeas corpus (amparo en Chile) y de acciones de amparo (recurso de protección en Chile). VERDUGO Marinkovic, Mario, PFEFFER Urquiaga, Emilio y NOGUEIRA Alcalá, Humberto, "Derecho Constitucional", segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, Tomo I.

⁹¹ GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005): Derechos Fundamentales y Recurso de Protección. Ediciones Universidad Diego Portales.

cuestiones propias del ámbito constitucional⁹² y desviando al Estado de su rol social. Cabe mencionar, sin perjuicio de lo anterior, que este tipo de mecanismo recursivo no aplica para el artículo 19, N° 10 de nuestra Carta Magna.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pronunciándose sobre lo anterior, define que el derecho a la educación es un derecho social e individual:

“Es todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un derecho civil y político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos”⁹³

No obstante, y siendo el derecho de la educación entendido, desde su naturaleza social e individual, el mismo no se garantiza, ya que el recurso de protección no aplica para el artículo 19, N° 10. De esta manera, dicho vacío legislativo es generalmente empleado por las Cortes para rechazar dichos recursos de protección, especialmente cuando la causa invoca la discriminación arbitraria⁹⁴.

Un ejemplo de esto es que en virtud de la libertad de enseñanza, los establecimientos educacionales pueden dictar sus propios reglamentos. Por otra parte, los padres tienen la libertad de elegir el establecimiento educacional que crean que es mejor para sus hijos. No obstante, al momento de celebrarse la matrícula de estos, los padres quedan obligados a obedecer la normativa interna del colegio en todos los ámbitos que éste considere necesario. De esta manera, un contrato que debería ser visto como una prestación de servicios, en el proceso se convierte en un contrato que en el Derecho del Consumidor se reconoce como uno de adhesión, el cual le resta a los apoderados o padres la capacidad de ejercer la libertad de enseñanza, oponiéndose o cuestionando si así lo encuentran necesario, lo indicado por el establecimiento. Confirma lo anterior Henry Castro (2014):

⁹² VARGAS, Juan Enrique, PEÑA, Carlos y CORREA, Jorge (2001): El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia, Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico Escuela de Derecho UDP N° 42.

⁹³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14), 11/5/1999, E/C. 12/1999/4, CESCR, párrafo 2.

⁹⁴ JORDÁN Díaz, Tomás, "El principio de contribución constitucional y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos fundamentales sociales", en Ferrada, J.C (Coord.), Estudios de Derecho Público. El principio de separación de poderes, Actas de las XL Jornadas de Derecho Público 2010, Abeledo Perrot - Thompson Reuters, Santiago, 2011.

“En la práctica, la matrícula de un alumno consiste en suscribir una especie de contrato de adhesión, ante el cual los apoderados no cuentan con la capacidad negociadora necesaria para discutir los términos y condiciones que impone el establecimiento, lo que deriva en la aceptación de un conjunto de disposiciones y normativas que pueden incluso ser abusivas o desproporcionadas, por lo que, ante alguna discrepancia con las disposiciones, el apoderado no cuenta con la posibilidad de modificar estos términos, en conformidad a sus propios requerimientos, teniendo sólo dos opciones: O aceptar todos y cada uno de los términos establecidos en el contrato y sus respectivos reglamentos internos y/o manuales de convivencia o simplemente debe buscar otra alternativa para poder educar a sus hijos”⁹⁵

Esta práctica común en la educación chilena es ampliamente criticada por diversos autores. Un antecedente de esto se puede encontrar en las resoluciones de las causas “Ángel Montecinos Bayron con Escuela Felmer Niklitschek de Puerto Varas” de Sentencia con fecha 16 de abril de 2009, así como también la causa “Ortúzar Prado Luz con Fundación Educacional Santiago College”, dictada el 7 de diciembre del mismo año y “Andrade Andrade María con Rectora del Colegio Concepción”, en donde todos plantean la misma problemática anterior, la imposibilidad de aplicar la libertad de enseñanza en la educación de los hijos, no obstante, cuyo fundamento es superior normativamente a la Ley de Educación vigente⁹⁶.

De lo anterior, y específicamente en la causa “Andrade Andrade María con Rectora del Colegio de Concepción”, el Ministro Haroldo Brito indicó como voto disidente en la sentencia relacionada que, si bien el contrato de prestación de servicios educacionales establece la obligación del cumplimiento del reglamento interno por parte del alumno, la misma no es base para la expulsión de la estudiante, ya que ésta y en propias palabras del Ministro se considera *impertinente*. Al respecto menciona:

“La autonomía de la voluntad y la aceptación de aquella cláusula del contrato no legitiman la decisión reclamada, atendido el contenido moral de ese contrato, por la especial naturaleza de lo regulado. Si bien existe un contrato de prestación de

⁹⁵ HENRY Castro Ivonne, LARRAÍN Illanes Christian. Análisis jurisprudencial sobre el principio de no discriminación en relación con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Santiago. Universidad de Chile. p. 134-135. (2014)

⁹⁶ *ibíd.* p. 135. (2014)

servicios educacionales, el conflicto jurídico derivado de la no renovación de la matrícula no es de naturaleza contractual y debe ser vinculado al derecho a la educación y al derecho de los padres de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, por lo que este conflicto debe ser resuelto desde la garantía de la igualdad, aplicando criterios jurídicos relativos a esta clase de derechos constitucionales. Conforme a esto, la decisión de cancelar la matrícula sería arbitraria ya que vulnera la garantía de la igualdad, y lo que se debe resolver es si la exclusión del estudiante importa una negación injustificada de la igualdad de acceso a la educación, que en este caso se refiere a la imposibilidad que el menor continúe su proceso formativo en el colegio al que se integró en los años anteriores. Al ser un problema de igualdad de oportunidades, se debe plantear si las discriminaciones efectuadas a los menores como consecuencias de los hechos que se les imputan quedan suficientemente justificadas”⁹⁷

Finalmente, y como análisis de conclusión de este capítulo, si bien el principio de subsidiariedad apoya la independencia y fortalece la responsabilidad de las partes en cuanto al derecho de educación y la libertad de enseñanza, no cumple con su finalidad social y deja al Estado en un rol participativo más que principal como protector y garante de un derecho fundamental.

De esta manera y para realizar una revisión más exhaustiva de lo que se ha considerado en relación al tema y específicamente, tal como atañe a esta tesis, lo que manifiesta el Tribunal Constitucional en cuanto al derecho a la educación y la implicancia de la libertad de enseñanza en el mismo, en el siguiente capítulo se analizará el desarrollo y evolución del derecho a la educación por parte del Tribunal Constitucional, entre los años 2001 y 2018, para así identificar, en el caso que se evidencie, el cambio de perspectiva que ha ido teniendo el TC en cuanto a este Derecho, y los efectos de la jurisprudencia emanada de este Tribunal en proyectos como el de gratuidad de la educación superior, los conflictos que esta propuesta conlleva en la legislación actual y las proyecciones jurídicas del Tribunal Constitucional en torno al Derecho a la Educación.

⁹⁷ CORTE SUPREMA. María Dolores Andrade Andrade con Rectora Del Colegio Concepción Sede Linares, ROL 408-2010. Sentencia con fecha 24-02-2010.

CAPÍTULO III: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO AL SISTEMA EDUCACIONAL CHILENO ENTRE LOS AÑOS 2001 Y 2018

3.1 Línea de tiempo de Fallos del Tribunal Constitucional (2001 – 2018)

Durante el periodo a analizar, las sentencias del Tribunal Constitucional, en materia de Educación, han sido recogidas desde un espectro normativo apoyado esencialmente en recursos de protección, referidos al principio de subsidiariedad, y la distinción entre derecho a la educación y libertad de enseñanza, tal como se detalla a continuación:

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 352 de 09-08-2002⁹⁸, respecto al principio de subsidiariedad. En la sentencia del TC, se estableció que este principio no tiene aplicación respecto del Estado y en las relaciones entre éste y los órganos que lo constituyen.

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 410 de 14-05-2004⁹⁹, relevante en cuanto a la libertad de enseñanza. Se enfatiza en esta sentencia respecto a las atribuciones de los directores de establecimientos constitucionales y el derecho a organizar y mantener establecimientos educacionales. El TC también se pronunció sobre los efectos del no pago de los compromisos económicos en la renovación de matrículas¹⁰⁰.

⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 352 Con fecha 6 de junio de 2002, fue formulado al Tribunal un requerimiento en conformidad al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del proyecto de ley que traspasa la dependencia del Liceo Experimental Manuel de Salas desde la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación a la Universidad de Chile.

⁹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 410. Con fecha 14-05-2004. Requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de Diputados respecto de las normas que indican sobre el proyecto de ley que modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales.

¹⁰⁰ Al respecto, el 14 de mayo de 2004, diputados de la llamada en ese entonces Alianza de Derecha presentaron un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para que se declarara la inconstitucionalidad de las normas que modificaban el régimen de Jornada Escolar Completa diurna (JEC), cuya argumentación deja en evidencia el conflicto permanente en la traducción y diferenciación del concepto de libertad de enseñanza y derecho a la educación. Entre los principales puntos de este requerimiento acompañado del ya conocido recurso de protección se señala que dichas normativas atentan contra la libertad de enseñanza ya que no permitirían la libre apertura, organización y mantención de establecimientos educacionales, imponiendo requisitos no contemplados en la Constitución Política. Un ejemplo de lo anterior es el derecho del establecimiento a la cancelación de la matrícula por el no pago de los compromisos económicos. En los alegatos ante el TC se habló sobre cómo dicha indicación atentaba contra la viabilidad económica de las instituciones, la libertad para contratar, entendiendo el Estado como interventor en la relación contractual entre establecimiento educacional y apoderado, la igualdad ante la ley, obligando al establecimiento a otorgar un servicio incondicional ya que obliga a prestar el servicio educativo incondicionalmente, sin sancionar el no cumplimiento por parte de los alumnos o padres, también se argumentó respecto a la igualdad ante las cargas públicas, el beneficio social (la educación) se carga a pocas y determinadas personas, y no a la comunidad y el derecho de propiedad.

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 771 de 19-06-2007¹⁰¹. Sobre la legislación de subvenciones educacionales. El TC delimitó la acción legal suficiente para el debido ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución introduciendo modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales.

- Sentencia del Tribunal Constitucional N°2055 de 01-09-2011¹⁰². En referencia a materias que son propias de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. En esta ocasión la sentencia modificó los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales.

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2224 de 07-05-2012¹⁰³. Materia que no es propia de la ley orgánica constitucional de Enseñanza. De esta manera el TC se pronunció indicando que no se alterarían los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales ni se introducirían contenidos mínimos a los niveles básicos y medio de enseñanza, o la implementación de normas objetivas de general aplicación que logren atribuir al Estado potestades suficientes para velar por el cumplimiento de estos. Se establece diferenciación entre instrucción y educación señalando el concepto de Enseñanza no formal.

- Sentencia del Tribunal Constitucional N°2407 de 04-04-2013¹⁰⁴. Materia que es propia de la ley orgánica constitucional sobre libertad de Enseñanza. Al respecto el TC se pronunció sobre la transferencia de la calidad de sostenedor de un establecimiento educacional, sin solución de continuidad. En dicha ocasión se argumentó inconstitucionalidad de un proyecto que ampliaba el plazo concedido a los sostenedores para ajustarse a las exigencias legales, pero no se establecían los fundamentos que lo justificaran. El Tribunal indicó que artículos transitorios de una ley, en cuanto sustraen de la normativa general a determinadas personas o situaciones, pueden importar la comisión de diferencias arbitrarias.

¹⁰¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 771. Con fecha 19-06-2007. Requerimiento presentado por un grupo de Diputados sobre la inconstitucionalidad de disposiciones del proyecto de ley contenido en el Boletín N° 3953-04, que introduce modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales.

¹⁰² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2055. Con fecha 01-09-2011. Control de constitucionalidad sobre el artículo único permanente y transitorio del proyecto de ley sobre violencia escolar (Boletín N° 7123-04).

¹⁰³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2224. Con fecha 07-05-2012. Control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad. (Boletín N° 4921-11). Ley N° 20.606 (D. Oficial: 06/07/2012).

¹⁰⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2407. Con fecha 04-04-2013. Control de constitucionalidad del proyecto de ley que permite la transferencia de la calidad del sostenedor de un establecimiento educacional, sin solución de continuidad, correspondiente al Boletín N° 8696-04. Ley N° 20.668 (D. Oficial: 25/04/2013).

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2731 de 26-11-2014¹⁰⁵ . En cuanto a la libertad de enseñanza y la autonomía universitaria. En esta sentencia se estableció que no todas las universidades tienen por origen una agrupación intermedia, pero sí todas ejercen el principio de autonomía propiamente tal, por lo tanto, es necesario el desarrollo de los proyectos educativos individuales. El contenido esencial de la autonomía universitaria dice relación con su ámbito académico, así también la autonomía económica como administrativa que la ley le confiere al establecimiento de educación superior (artículo 104, Ley General de Educación) está subordinada al cumplimiento de los estatutos y de la ley.

Otro pronunciamiento en la misma sentencia y no menos importante es en relación con la libertad de enseñanza, la cual el TC menciona que no es un fin en sí misma y por lo tanto la misma estaría concebida para dar cauce al derecho a la educación. Así también, tampoco la libertad de enseñanza está al margen de las regulaciones que puede imponer el legislador, que la hagan posible y conciliable con dicho derecho a la educación, por lo tanto, esta libertad no es inmune a las normas que pueda establecer la ley.

Siguiendo con la misma sentencia y en cuanto al derecho a la educación el Tribunal Constitucional responde que el mismo:

“Se trata de 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, por lo tanto *el derecho a la educación y la libertad de enseñanza constituyen ámbitos distintos pero intrínsecamente vinculados o contrapartes*. En su globalidad 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”¹⁰⁶

¹⁰⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2731. Con fecha 26-11-2014. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales, contenido en el Boletín N° 9333-04.

¹⁰⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2731. Con fecha 26-11-2014. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales, contenido en el Boletín N° 9333-04.

Respecto a los criterios interpretativos que guiaron esta sentencia estos fueron tres: i) Que el derecho de recibir educación exige que la libertad de enseñanza concrete el derecho de los establecimientos a otorgar una educación reconocida oficialmente y de calidad; ii) Que las instituciones de educación superior tienen la autonomía universitaria que les reconocen la Constitución, las leyes y sus estatuto y iii) Que el derecho de otorgar educación es reconocido oficialmente y conducente a la obtención de un título universitario o técnico-superior importando la concurrencia de normas de organización y procedimientos que velen por los derechos de todos los integrantes de una comunidad educativa.

Así también, en esta misma Sentencia N° 2731-14 el TC indicó respecto al Administrador provisional y de cierre un cambio de precedente basado en la jurisprudencia de ROL N° 184, en cuanto a la validación de medidas de regulación de la gestión sustantivas. Al respecto el mismo indica que “La libertad de enseñanza no puede separarse del derecho a la educación, siendo su contraparte. La calidad de la educación está comprendida en el derecho a la educación”¹⁰⁷

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2781 de 19-05-2015¹⁰⁸, respecto al derecho a la educación. En esta sentencia se estableció la gratuidad como principio del sistema educativo chileno.

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2787 de 01-04-2015¹⁰⁹, también en referencia al derecho a la educación. En esta sentencia el TC indicó que no es el Estado quien debe educar a los ciudadanos, sino que, con criterios de justicia distributiva, debe ayudar a financiar la enseñanza de todos ellos, bajo condiciones de gratuidad. De esta manera, la evaluación previa a la entrega de la subvención no vulnera la Constitución, por lo tanto la subvención debe estar prevista para asegurar la provisión de una educación de calidad, no para garantizar la libertad de enseñanza, es decir, el

¹⁰⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2731. Con fecha 26-11-2014. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales, contenido en el Boletín N° 9333-04.

¹⁰⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2781. Con fecha 19-05-2015. Control obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, correspondiente al boletín N° 9366-04.

¹⁰⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2787. Con fecha 01-04-2015. Requerimiento de inconstitucionalidad presentada por un grupo de Senadores en relación al proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, correspondiente al boletín N° 9366-04.

emprendimiento individual o colectivo. En consecuencia, la subvención se inserta dentro del derecho a la educación.

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2935 de 05-12-2015¹¹⁰. En esta sentencia el TC se pronunció sobre la gratuidad de la educación superior. La obligación de financiar la gratuidad derivada del programa de Gobierno está entonces incorporada en la idea matriz del presupuesto y las Glosas impugnadas establecen la regulación de la forma de ejecución del gasto ya autorizado en el Ítem correspondiente.

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 4317-18 de 26-04-2018¹¹¹ en referencia al Control de Constitucionalidad del Proyecto de Educación Superior. Es bastante relevante esta sentencia, ya que más allá del impacto jurídico que significó, también repercutió a nivel social debido que en esta ocasión el TC eliminó la prohibición de lucro en Universidades, punto que se había debatido desde hace varios años atrás. Al respecto estableció en su sentencia que:

“El precepto impugnado es inconstitucional por contravenir la igualdad ante la ley, la libertad de enseñanza y el derecho de propiedad. Lo primero, porque se establece una diferencia arbitraria al permitir la existencia como controladores de personas naturales con fines de lucro y excluye las personas jurídicas con fines de lucro. En segundo lugar, porque se regula organizativamente al controlador de una entidad de educación superior, en circunstancias que la Constitución garantiza la libertad de enseñanza en su aspecto organizativo, sin intervención del legislador. Lo tercero, porque se afecta a los actuales operadores, que tengan controladores con fines de lucro, pues tendrían que adaptarse en el plazo que establece la norma transitoria cuestionada”¹¹²

Con este dictamen, el TC argumenta que el fallo expone que la anotada disposición abarca materias reservadas a la legislación orgánica constitucional en conformidad con el artículo 19, numeral 11°, inciso quinto, de la Constitución Política de la República. No obstante, si bien la conclusión anterior

¹¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2935. Con fecha 05-12-2015. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de parte de las glosas que indican correspondientes al proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público, para el año 2016, correspondiente al Boletín N° 10.300-2015.

¹¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 4317. Con fecha 26-04-2018. Control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre educación superior, correspondiente al boletín N° 10.783-04. Elimina la prohibición de lucro en Universidades.

¹¹² Ídem. V. Constitucionalidad de los artículos 63 y 18° transitorio del proyecto de ley. Letra A, Norma objetada por la mayoría. artículo 50°. Página 124.

es coherente con la jurisprudencia previa de esta Magistratura en sede de control preventivo de constitucionalidad¹¹³, la lógica del tribunal vuelve a fojas cero en lo avanzado hasta el año 2015.

De esta manera, al analizar la línea continua desde el año 2001 hasta el 2018 respecto a las sentencias impartidas por el Tribunal Constitucional en materia de educación, es posible establecer un punto de inflexión desde las sentencias N° 2731-2014 y N° 2787-2015. No obstante, durante el año 2018, el mismo Tribunal dará un giro sorprendente eliminando la prohibición del lucro en la educación.

Si bien antes el TC ya se había pronunciado sobre materias derechamente constitucionales como el principio de subsidiariedad (2002), es a partir de esta fecha que la tendencia jurisprudencial marcará un antes y un después respecto a la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, especialmente en cuanto a la gratuidad de la enseñanza y el rol del Estado en dicha fórmula, no obstante para inicios del 2018, nuevamente la subsidiariedad aparecerá como un fantasma constitucional que entorpecerá la temática de la gratuidad.

Al respecto, y solamente para analizar lo anterior a la sentencia N° 4317-18, si bien el Estado debió asumir un rol subsidiario a partir de la Ley LOCE, el cual afectó diversos derechos sociales adquiridos, (Redondo, J, 2007), es a través las sentencias posteriores a esta Ley que se logrará dar un apropiado equilibrio entre el concepto de derecho a la educación y la libertad de enseñanza que hasta ese momento tenían una relación desigual en cuanto a lo mencionado en la Constitución.

Particularmente, en cuanto al deber de gratuidad, el Tribunal Constitucional ha señalado en ocasiones, como en el caso de la sentencia Rol N° 410-04, que el aporte económico que otorga el Estado incluye una obligación estatal y por lo tanto no es una decisión adoptada a discreción por este. No obstante, y específicamente en cuanto al contexto de la educación general básica y media, el Tribunal Constitucional sigue amparando sus criterios en el principio de subsidiariedad. La única diferencia evidente se ha dado en fallos referentes a las Universidades, con la sentencia Rol N° 2935-2015. Sin embargo, la discusión política no se ha podido evitar y ha entramado los dictámenes constitucionales, y aún a la fecha y en complemento con lo establecido en la Ley N° 21.091, 2018, la gratuidad en el total de la educación superior sigue pendiente de su implementación general,

¹¹³ STC Rol N° 1363, cc. 13 y 14.

salvo en el caso de las CRUCH¹¹⁴ que pueden echar mano al fondo solidario del crédito universitario y otros requisitos de acreditación para Universidades privadas.

Para finalizar, y considerando esta línea de tiempo expuesta, junto con la identificación del momento jurisprudencial que aporta antecedentes a la discusión de la gratuidad como derecho a la educación, es importante mencionar que aún el debate jurídico no ha sido llevado a lo social y todavía permanece en su mayoría en el contexto administrativo en la aplicación constitucional del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. De esta manera, en las revisiones realizadas en los capítulos anteriores, esta tendencia se muestra demasiado presente y entrampada según lo establecido respecto a la subsidiariedad. Dicha argumentación, obvia la obligación constitucional del Estado de Chile en cuanto a la educación y su financiamiento, deja excluida a la gran población estudiantil del país que, en sus continuas movilizaciones y discusiones en los últimos años, ha buscado instalar el concepto de calidad en la educación y la accesibilidad de esta para todos los ciudadanos de Chile.

3.2 Proyecto de gratuidad en la Educación Superior, conflictos presentes y futuros

En el marco de las diferentes discusiones que en la década pasada se formaron en torno a la responsabilidad financiera del Estado respecto a la educación y, especialmente en la educación superior, junto con las movilizaciones, debates y disposiciones del TC ya conocidas, surge la Ley N° 21.091 (Ley N° 21.091, 2018), la cual contempla el Sistema de Desarrollo Profesional Docente, la Educación Superior, los Centros de Formación Técnica Estatales, el Consejo de Rectores de Universidades Chilenas, el Ministerio de Educación Pública, el Sistema de Aseguramiento de la Calidad, la Formación Técnico profesional, la Subsecretaría de Educación Superior, el Sistema Común de Acceso a las Instituciones de Educación Superior y el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior. (Ley N° 21.091, 2018)

En cuanto al desarrollo de este capítulo, el análisis se ha concentrado en lo referente a la gratuidad en la educación superior.

¹¹⁴ Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas.

Al respecto, Atria (2016), en su Libro “Comentario y Explicación del proyecto de ley de educación superior”, explicita los criterios de la gratuidad y cómo la misma debería ser entendida en el marco de esta ley:

“La cuestión de la gratuidad también puede ser analizada, como la cuestión de la provisión con fines de lucro, preguntándose cuál es el fundamento. Tratándose de la provisión con fines de lucro la pregunta es si el fundamento de su exclusión es que la educación es un derecho social, y la provisión de un derecho social no puede ser con fines de lucro, o si no ha de ser lícito lucrar con recursos públicos. A mi juicio la respuesta es la primera (lo que lleva a la exclusión de la provisión con fines de lucro), pero el proyecto supone la segunda. Lo mismo vale para la gratuidad. Uno podría decir que lo que fundamenta la gratuidad es la necesidad de financiar la educación de quien no puede comprarla en el mercado o el hecho de que la educación es un derecho social. La manera correcta de entender la exigencia de gratuidad es la segunda, pero el proyecto opta por la primera”¹¹⁵

Entendiendo por lo tanto que la gratuidad es un derecho social y en consecuencia debe ser respuesta del Estado su provisión, la misma debería ser universal¹¹⁶, no obstante la Ley 21.091 contempla solamente al sector más vulnerable de la población, el 60%, es decir perpetúa la lógica del subsidio.

Siguiendo con las palabras de Atria, el mismo sugiere que ante las constantes críticas y objeciones a la gratuidad de la educación superior de manera universal (100%), es necesario que el Estado plantee que al menos parte de los recursos para financiar la misma estén a salvo del presupuesto anual y que se congrege su financiamiento a través de un impuesto especial a ser pagado por quienes estudiaron, transformando el sistema de educación superior en un sistema de reparto invertido más justo y equitativo.¹¹⁷

Otro aspecto que considerar es el sesgo de las instituciones que se adscribirían a esta gratuidad, la cual solamente incluye universidades estatales y algunas privadas. Esta lógica selectiva reposa en la

¹¹⁵ ATRIA, Fernando, Comentario y explicación del proyecto de ley de educación superior. 2016. Santiago. Universidad de Chile.

¹¹⁶ GOLDENBERG, Juan Luis. Los dilemas de la inclusión financiera: contexto y mirada desde la realidad chilena. Revista de la Facultad de Derecho. 2020. Santiago. Vol 48 N° 1. 1-36.

¹¹⁷ ATRIA, Fernando, Comentario y explicación del proyecto de ley de educación superior. 2016. Santiago. Universidad de Chile.

Ley de subvención escolar preferencial, por lo tanto, bajo esta normativa, los agentes privados no pueden ser obligados a suscribirse a la gratuidad.

En un intento de salvataje de esta evidente inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional sostiene en la sentencia a continuación, que la gratuidad es un derecho del estudiante, y que en consecuencia es inconstitucional que la ley establezca que sólo algunas instituciones pueden recibirla:

“Lo que objeta esta Magistratura es que a los 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. Es por tanto, la aplicación de tales exigencias referidas a las instituciones de educación superior de las cuales forman parte (...) las que generan diferencias injustificadas entre estudiantes vulnerables que se encuentran en idéntica situación, lo que resulta contrario al principio de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, consagrado artículo 19, N° 2°, de la Constitución”¹¹⁸

Ahora bien, profundizando en lo que establece el artículo 156 de esta Ley, y lo referente a este régimen opcional, si bien el derecho a la educación justifica la gratuidad, la misma está condicionada a requisitos arbitrarios, en donde las instituciones privadas son las que deciden si integran a sus estudiantes a este sistema, dejando fuera del escenario el derecho de la educación para todas y todos, y la opción de elegir donde estudiar, independiente de las condiciones económicas y sociales del estudiante, excluyendo las condiciones para acceder a la gratuidad de la propia naturaleza de derecho fundamental.

En cuanto al artículo, 157¹¹⁹, y los requisitos de acceder a la gratuidad, se presenta la cuestión en debate que nuevamente Atria (2016) coloca en la palestra referente al manejo de la gratuidad como derecho social:

¹¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2935. Con fecha 05-12-2015. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de parte de las glosas que indican correspondientes al proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público, para el año 2016, correspondiente al Boletín N° 10.300-2015.

¹¹⁹ Requisitos para acceder a la gratuidad: Los fija el artículo 157 y son las siguientes: a. Contar con nivel A, B o C de acreditación.; b. Estar constituidas como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro o cuya personalidad jurídica derive de corporaciones de derecho público u otras entidades de derecho público reconocidas por ley y dar

“Es interesante considerar estos requisitos desde el punto de vista, por una parte, de su justificación, y por otra de lo que significa que ellos sean condiciones no para el reconocimiento estatal, sino para el acceso a la gratuidad. Esto es una manera de decir que no hay exigencia alguna de que la educación provista satisfaga estos requisitos por ser educación, sino por ser financiada públicamente. Es decir, implica que lo que guía estos requisitos no es una determinada comprensión de la educación como derecho social, sino una preocupación especial por el régimen de los recursos públicos”¹²⁰

Para más análisis en el tema, en el mismo artículo, 157, en sus letras c) y d), si bien los requisitos contenidos son esencialmente un derecho social, los párrafos de estos ítems establecen condiciones de acceso dentro de un proceso de negociación entre la institución y el estudiante, por lo tanto el reconocimiento de la gratuidad queda supeditado a la acreditación y no como derecho esencial.

Esta concepción neoliberal de la educación chilena, protegida por el principio de subsidiariedad instaurada en la Constitución de 1980, heredada de la dictadura Militar, y el consecuente reforzamiento de medidas desiguales y normativas incompletas y poco congruentes con el fundamental derecho a la educación, no presentan un escenario muy auspicioso de no ser modificado en un futuro cercano.

Esta contraposición entre el derecho social y el financiamiento para el acceso a la gratuidad genera diversas problemáticas no solamente a nivel jurídico, sino que en ámbitos como políticas públicas y presupuestarias, y de no ser subsanada puede ser un serio problema en el corto plazo.

En nuestra opinión, el planteamiento de proteger los recursos públicos mediante la acreditación, la segregación y discriminación en torno al derecho de la educación no hace otra cosa que profundizar más la discusión y llevarla a posiciones radicales, y conlleva la necesidad de movimientos sociales que dirijan la mirada hacia una acción evidentemente discriminatoria y económica, más que social.

cumplimiento al título V de la presente ley y c. Estar adscritas, al menos un año antes de la solicitud respectiva, al Sistema Común de Acceso.

¹²⁰ ATRIA, Fernando, Comentario y explicación del proyecto de ley de educación superior. 2016. Santiago. Universidad de Chile.

En esta fórmula financiera, las universidades estatales ya están consideradas y certificadas, pero en el caso de instituciones privadas que no reciben financiamiento estatal, estas están obligadas a una validación condicional para la recepción de recursos, esto lleva a que estas instituciones, para proteger su financiamiento, se constituyan como sociedades. De esta manera, la ley obliga a que necesariamente estas instituciones persigan fines de lucro, por sobre el derecho social de los estudiantes, ya que para poder acceder a la gratuidad deben cumplir con requisitos claramente inconstitucionales.

Por lo tanto, es importante que para que la ley presente la flexibilidad necesaria, la misma se fundamente en la Constitución, y no en los intereses particulares o políticos. Es esencial además que quede en manos del legislador la atribución absoluta de poder garantizar la gratuidad como derecho y no como opción, entendiendo que la educación no es un mercado de acciones, sino que un derecho, pleno, libre y fundamental presente no solamente en nuestros principios nacionales sino también en el ámbito internacional.

Finalmente, al revisar la línea de tiempo de las anteriores sentencias del TC en cuanto al Derecho a la Educación, la misma ha tenido una evolución favorable pero no menos contradictoria respecto a los pronunciamientos de dicho Tribunal respecto a las Leyes actuales en torno a la educación chilena y lo que establece la Constitución, especialmente la sentencia N° 4317-18¹²¹.

Frecuentemente, este Tribunal ha debido recordar al legislador y al ejecutivo de turno, que existe una Constitución y que la misma comprende una serie de derechos y garantías que tienen jerarquía superior, por sobre DFL u otras Leyes como las acá analizadas, sin embargo, no es posible evitar mirar los asuntos políticos evidentes de la última sentencia comentada y la eliminación de la prohibición de lucro.

3.3 Proyecciones de las sentencias del Tribunal Constitucional en torno al Derecho a la Educación

Específicamente sobre el fallo ya mencionado, y como claro ejemplo de la proyección del TC en torno al derecho a la educación, el mismo en su naturaleza regular no sostiene el argumento de

¹²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 4317. Con fecha 26-04-2018. Control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre educación superior, correspondiente al boletín N° 10.783-04. Elimina la prohibición de lucro en Universidades.

gratuidad dentro de un derecho fundamental, y realiza una reevaluación de la LOC en el artículo 63 de la Ley 20.091, dejando fuera la prohibición del lucro como ya se ha mencionado anteriormente y aduciendo a la potestad de recalificación que este Tribunal posee, y la que seguramente seguirá aplicando en fallos futuros en torno a la educación, entendiendo la tendencia que el TC tiene respecto a su propia Jurisprudencia¹²².

Si bien, las sentencias del Tribunal Constitucional son vinculantes, las mismas deben ser estimadas en cuanto al avance y desarrollo del Estado, lo que no en todos los casos de las sentencias dictadas por este tribunal, ha sucedido.

Nogueira (2006), al respecto indica algo no menos importante en cuanto a la necesidad de criterio proyectivo en las futuras sentencias de este organismo:

“Una rigidez absoluta de la jurisprudencia impediría al Tribunal Constitucional superar aquellas decisiones anteriores que se considerarán erróneas, situación que nunca puede excluirse. Ello significaría también admitir que una decisión equivocada del Tribunal Constitucional sustituiría de hecho una o más normas constitucionales. Sin perjuicio de esta necesaria flexibilización, la regla general es la fijación relativa de las sentencias constitucionales, lo que es necesario, ya que de lo contrario, se incumplirían las funciones propias del Tribunal, de eliminar ámbitos de conflicto y garantizar la paz y seguridad jurídica propia de un Estado constitucional. El sistema constitucional debe construir un adecuado equilibrio que garantice la fijación y vinculatoriedad de la sentencia constitucional y la capacidad de apertura al cambio, siempre que no afecte ni ponga en peligro la función pacificadora del Tribunal Constitucional y su carácter de intérprete supremo de la Constitución”¹²³

Asegurar la futura protección del derecho de la educación y la adecuada evolución de la jurisprudencia del TC respecto a esta temática es una tarea absolutamente pendiente, y la misma no

¹²² VODANOVIC Andrés. Fallo reforma educación superior (2018): potestad del TC para calificar el carácter orgánico constitucional de las leyes ¿un poder ilimitado? Santiago. Revista Sentencias Destacadas. 2018, Vol. 1. N° 1.303-339

¹²³ NOGUEIRA HUMBERTO. La Sentencia Constitucional en Chile: Aspectos Fundamentales sobre su fuerza vinculante. Estudios Constitucionales, vol. 4, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, Chile julio, 2006, pp. 97-124 pp.

ha sido abordada en su base, salvo el ingreso posterior al Senado de un solo proyecto para modificar la Ley 21.091 en el año 2019¹²⁴ y que sigue en tramitación hasta la fecha.

De esta manera, el argumento de revisar, validar y limitar, mediante el cambio de la Constitución ratificada en el año 2005, las atribuciones del Tribunal Constitucional es totalmente consecuente, toda vez que él mismo ha supeditado los dictámenes ordinarios a la ley orgánica que lo constituye, y en sus atribuciones finales, en cuanto a sentencias no ha cumplido cabalmente con la función de protección del derecho a la educación, comportándose en cuanto al precedente de sus últimas sentencias a objetivos políticos más mercantiles que de índole social.

¹²⁴ “Se solicita la modificación en el Artículo Único inciso 1° del artículo 105 de la Ley 21.091 sobre Educación Superior de la siguiente manera.....“La obligación de otorgar estudios gratuitos de que trata este párrafo será exigible respecto de aquellos estudiantes que permanezcan matriculados en la respectiva carrera o programa de estudio por un tiempo que no exceda la duración nominal de éstas y siempre que no hubieren sido condenados por resolución firme y ejecutoriada por daños a la infraestructura, equipamiento docente y mobiliario del establecimiento, o por acciones de violencia hacia la comunidad, sus autoridades, alumnos y profesores, o atentados contra las fuerzas de orden y seguridad. Con todo, la ejecución de acciones por parte del estudiante encaminadas a enmendar o indemnizar los daños ocasionados, constituirá motivo suficiente para reconsiderar su integración al sistema de beneficios que impone esta ley.” BOLETIN N° 12866-04. Fecha 07-08-2019.

CONCLUSIONES

En base al desarrollo del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al derecho a la educación y la libertad de enseñanza, es posible establecer las siguientes conclusiones:

- Que en cuanto a la protección de los derechos constitucionales, y en especial al derecho a la educación, el Tribunal Constitucional, como garante y dirimidor de la constitucionalidad de dichas leyes, así como de los decretos emitidos para la protección y mantención del sistema educacional chileno, debe considerar como principios rectores de sus pronunciamientos en la materia, la necesidad y derecho de todo ciudadano de recibir educación justa e igualitaria.
- Que en referencia a la vinculatoriedad del precedente, el Tribunal Constitucional ha sostenido en sus sentencias esta lógica para los dictámenes realizados entre los años 2001 y 2018. No obstante, en la última etapa de estas sentencias se ha observado un notorio retroceso en cuanto a la articulación del derecho de educación como derecho fundamental y la exclusión de la gratuidad del escenario de responsabilidad que tiene el Estado en esta materia.
- Que la problemática relacionada con el derecho a la educación y el principio de subsidiariedad radicaría esencialmente en la ventaja tomada de lo que establece el artículo 19 N° 10 de la Carta Fundamental, que permite al legislador adoptar el criterio que más se adapte a los hechos, basado en las potestades configurativas establecidas en este cuerpo normativo. De esta manera, quedaría en manos del legislador una serie de facultades, entre las cuales la más discutible sería la garantía al acceso gratuito y el financiamiento del Estado para todos los niveles de educación.
- Que en pronunciamientos como las sentencias N° 2731 y posteriores, se ha clarificado la diferencia e interdependencia del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Dado el principio de subsidiariedad que contempla la Constitución de Chile para el derecho a la educación, el mismo ha provocado una notoria la confusión de criterios en cuanto a lo pronunciado por el TC y las Leyes emitidas respecto a la educación y especialmente en lo referente a gratuidad, traspasando la responsabilidad estatal a los establecimientos de enseñanza privados y haciendo que éste eluda el deber primordial de pronunciarse sobre el derecho a la educación.

- Que particularmente, en torno al deber de gratuidad, el Tribunal Constitucional ha señalado en diferentes ocasiones como la del Rol N° 410, del año 2004, que el aporte económico que otorga el Estado incluye una obligación estatal y por lo tanto no es una decisión adoptada a discreción por este, sentando un evidente precedente que ha sido obedecido sólo a conveniencia por este organismo. De esta manera, el planteamiento de proteger los recursos públicos mediante la acreditación, argumento validado en las últimas sentencias del TC, solamente han profundizado la segregación y discriminación en torno al derecho de la educación, llevando la discusión a posiciones radicales y a la necesidad de movimientos sociales que activen cambios fundamentales en las atribuciones de este organismo.

- Finalmente y como un intento de poder solucionar este futuro conflictivo, se sugiere que en consideración de las próximas modificaciones en la Constitución, se congreguen en análisis al menos los siguientes criterios respecto a las atribuciones del TC y en función de la protección del derecho a la educación y la gratuidad del mismo: 1) Evitar confundir el principio de subsidiariedad con el derecho a la educación, entendiendo que si bien el principio de subsidiariedad apoya la independencia y fortalece la responsabilidad de las partes en cuanto al derecho de educación y la libertad de enseñanza, no cumple con su finalidad social y deja al Estado en un rol participativo más que principal como protector y garante de un derecho fundamental. 2) Entender y normar que el Estado es responsable de garantizar la educación tanto en su calidad y financiamiento como un derecho fundamental amparado en la Constitución Política de Chile; 3) Establecer que la gratuidad no es parcial ni selectiva, ya que si esta está inserta en el derecho de la educación, es para todos; y finalmente 4) Que la acreditación sea reconocida como un requisito estatal, y que dicho derecho no sea condicionado dada su naturaleza inalienable.

BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA

- Atria, F. (2012). *La Mala Educación. Ideas que inspiran al movimiento estudiantil en Chile*. Santiago: Catalonia.
- Atria, F. (2014). *Derechos Sociales y Educación, un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: Lom.
- Atria, Fernando (2016), *Comentario y explicación del proyecto de ley de educación superior*. Santiago. Universidad de Chile.
- Bocanegra, R. (1981). Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(1), 238.
- Castillo, L. (s.f.). *El principio de libertad en el sistema educativo*. Lima: Universidad de Piura.
Centro de estudios Miguel Henríquez. (1979). *Discurso del General Augusto Pinochet en cerro Chacarillas*. Santiago: Archivo Chile.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). *Observación General N° 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14)*. Basilea: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Constitución Política de la República de Chile. (2005). DS N° 100. Santiago, Chile.
- Constitución Política del Perú. (1993). Lima, Perú.
- Constitución Política de la República de Panamá (2004). *Gaceta Oficial N° 25176*. República de Panamá.
- De Los Mozos, I. (1995). *Educación en libertad y concierto escolar*. Madrid: Montecorvo.
- Decreto 100. (17 de Septiembre de 2005). *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile*. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

- Fernández, M. (2006). Libertad de enseñanza, jurisprudencia de protección y justicia constitucional. Sentencias Destacadas, 1(1), 49-102.
- Fernández, M. (2007). Recurso de Protección y Derechos Sociales. Derecho Mayor. Facultad de Derecho de la Universidad Mayor, 6(6), pp. 7-23.
- Fernández, M. (2015). Constitucionalidad del Proyecto de Ley que prohíbe el lucro, la selección y el copago en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado” 2014. Revista de Derecho Universidad Católica, 6, 78.
- Flores, JC. (2014). Derecho a la educación. Su contenido esencial en el derecho chileno. Estudios Constitucionales, 2(12), 109-136.
- García, J & Brunet, M. (s.f.). Sentencias Destacadas: Libertad de enseñanza, jurisprudencia de protección y justicia constitucional. Santiago: Pontificia Universidad Católica.
- García, J. Libertad de enseñanza, jurisprudencia de protección y justicia constitucional. Sentencias Destacadas. VOL. 1, N° 1. Santiago. 2006. 49-102 pp.
- García, J. ¿Precedente horizontal de facto en el Tribunal Constitucional? Revista de Derecho Público Santiago. 2018. VOL 1, N° 1. 247-262 pp.
- Goldemberg, J. Los dilemas de la inclusión financiera: contexto y mirada desde la realidad chilena. Revista de la Facultad de Derecho. 2020. Santiago. Vol 48 N° 1. 1-36.
- Gómez, G. (2005). Derechos Fundamentales y Recurso de Protección. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Guzmán, A. (1993). Colegio San Viator de Ovalle con la SEREMI de Educación de la IV Región. Revista de Derecho y Jurisprudencia, 90(2), 53-56.

- Henry, I & Larraín, Ch. (s.f.). Análisis jurisprudencial sobre el principio de no discriminación en relación con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Santiago: Universidad de Chile.
- Jordán, T. (2006). La Protección de los Derechos Sociales: Modelos Jurisprudenciales Comparados de Tutela en España y Chile. Colección de Investigaciones Jurídicas, 1(10), 42.
- Jordán, T. (2011). El principio de contribución constitucional y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos fundamentales sociales. Santiago: Estudios de Derecho Público.
- Ley N° 17.997. (12 de Mayo de 1981). Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29427>
- Ley N° 18.962. (10 de Marzo de 1990). Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. Obtenido de <http://www.uchile.cl/portal/presentacion/normativa-y-reglamentos/8386/ley-organica-constitucional-de-ensenanza>
- Ley N° 19.532. (13 de Noviembre de 1997). Crea el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y Dicta Normas para su Aplicación. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=76753>
- Ley N° 19.876. (07 de Mayo de 2003). Reforma Constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la Educación Media. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210495>
- Ley N° 19.979. (28 de Octubre de 2004). Modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=232146>
- Ley N° 20.050. (18 de Agosto de 2005). Establece la reforma Constitucional que introduce modificaciones a la Constitución Política de Chile. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=241331>

Ley N° 20.129. (23 de Octubre de 2006). Establece un Sistema de Aseguramiento de la Calidad en La Educación Superior. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=255323>

Ley N° 20.370. (17 de Agosto de 2009). Establece la Ley General de la Educación. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006043>

Ley N° 20.422. (10 de Febrero de 2010). Establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad. . Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20422>

Ley N° 20.501. (08 de Febrero de 2011). Calidad y Equidad de la Educación. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1022346>

Ley N° 20.529. (11 de Agosto de 2011). Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1028635>

Ley N° 20.845. (29 de Mayo de 2015). De Inclusión Escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1078172>

Ley N° 20.993. (23 de Enero de 2017). Modifica diversos cuerpos legales para facilitar el funcionamiento del Sistema Escolar. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1099517>

Molina, H. (1998). Derecho Constitucional. Concepción: Universidad de Concepción-Ministerio de Educación.

Nogueira, H. (2006). Una nueva mirada sobre los aspectos constitucionales del Derecho a la Educación: su protección en el Derecho Internacional y su evolución en la Jurisprudencia. La sentencia constitucional, 4(1), 97-124.

- Nogueira, H. (2015). El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos. *Revista Ius Et Praxis*, 14(2), 209-269.
- OEA N° 69. (1988). Protocolo de San Salvador. San Salvador: Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.
- ONU. (10 de Diciembre de 1948). Declaración universal de los derechos humanos. Recuperado el 29 de Abril de 2020, de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- ONU. (20 de Noviembre de 1959). Declaración de los Derechos del Niño. Recuperado el 29 de Abril de 2020, de <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>
- ONU. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 29 de Abril de 2020, de https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf
- ONU. (30 de Septiembre de 1990). Convención de las naciones unidas sobre los derechos del niño. Recuperado el 29 de Abril de 2020, de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- ONU. (2015). Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados en Chile. Washington: Convención sobre los Derechos del Niño.
- Quinzio, J. (1994). Tratado de Derecho Constitucional; La Constitución Política de la República de 1980. Santiago: Ediciones Universidad de la República.
- Redondo, J. (2007). El derecho a la educación en Chile. Buenos Aires: Foro Latinoamericano de Políticas Educativas.

- Salazar, S. (2016). Fundamentación y estructura de los derechos sociales. *Revista de Derecho*, 26(1), pp. 69-93.
- Senado de Chile. (11 de Noviembre de 2019). Despachan a Sala Protocolo de San Salvador. Obtenido de <https://www.senado.cl/despachan-a-sala-protocolo-de-san-salvador/senado/2019-11-11/084550.html>
- Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª edición, 1997, p. 52.
- Tagle, H. (1988). El Estado y la Educación. *Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile*, 15(1), 85-86.
- Vargas, J; Peña, C & Correa, J. (2001). El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia. Santiago: Cuadernos de Análisis Jurídico Escuela de Derecho N° 42.
- Verdugo, M & Pfeffer, E. (1999). *Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Vodanovic, A. Fallo reforma educación superior (2018): potestad del TC para calificar el carácter orgánico constitucional de las leyes ¿un poder ilimitado? Santiago. *Revista Sentencias Destacadas*. 2018, Vol. 1. N° 1.303-339.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA Y CORTE DE APELACIONES

- CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Destéfano Zuloaga con Colegio La Salle. Rol N° 112-88. Sentencia de 2 de mayo de 1988.
- CORTE SUPREMA. . Destéfano Zuloaga con Colegio La Salle. Fallo Segunda Instancia. ROL N° 12.746. Sentencia de 26 de Mayo de 1988.
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. Colegio San Viator de Ovalle con la SEREMI de Educación de la IV Región. ROL N° 17.353. Sentencia del 04 de Febrero de 1993.
- CORTE SUPREMA. María Dolores Andrade Andrade con Rectora Del Colegio Concepción Sede Linares, ROL 408-2010. Sentencia con fecha 24-02-2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Rol N° 123. SENTENCIA del 19-03-1991. Sobre el control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 278. SENTENCIA del 04-08-1998. Sobre el control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, incorporando a los establecimientos que indica como entidades de educación superior reconocidas por el Estado.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 308. SENTENCIA del 28-06-2000. Sobre el control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.962, en lo relativo al derecho de las estudiantes que se encuentran embarazadas o que sean madres lactantes, de acceder a los establecimientos educacionales.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 339. SENTENCIA del 18-10-2001. Sobre el control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza en materia de educación parvularia.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SENTENCIA Rol N° 352 Con fecha 6 de junio de 2002, fue formulado al Tribunal un requerimiento en conformidad al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del proyecto de ley que traspasa la dependencia del Liceo Experimental Manuel de Salas desde la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación a la Universidad de Chile.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SENTENCIA ROL N° 356-02. SENTENCIA de 05-07-2002. Control de Constitucionalidad sobre proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. 2002.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Rol N° 369. SENTENCIA del 06-02-2003. Sobre el control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que dicta normas sobre la educación parvularia y regulariza la instalación de jardines infantiles.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 410. SENTENCIA del 14-06-2004. Sobre el requerimiento de inconstitucionalidad formulado por treinta y cinco señores Diputados respecto de las normas que indican sobre el proyecto de ley que modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SENTENCIA, Rol N° 465, de treinta de marzo de 2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 771. SENTENCIA de 19-06-2007. Requerimiento presentado por un grupo de Diputados sobre la inconstitucionalidad de disposiciones del proyecto de ley contenido en el Boletín N° 3953-04, que introduce modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. SENTENCIA, Rol N° 1361, 13 de mayo de 2009.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2055. Con fecha 01-09-2011. Control de constitucionalidad sobre el artículo único permanente y transitorio del proyecto de ley sobre violencia escolar (Boletín N° 7123-04).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2224. Con fecha 07-05-2012. Control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad. (Boletín N° 4921-11). Ley N° 20.606 (D. Oficial: 06/07/2012).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2407. Con fecha 04-04-2013. Control de constitucionalidad del proyecto de ley que permite la transferencia de la calidad del sostenedor de un establecimiento educacional, sin solución de continuidad, correspondiente al Boletín N° 8696-04. Ley N° 20.668 (D. Oficial: 25/04/2013). establecimiento educacional, sin solución de continuidad, correspondiente al Boletín N° 8696-04. Ley N° 20.668 (D. Oficial: 25/04/2013).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2731. Con fecha 26-11-2014. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales, contenido en el Boletín N° 9333-04.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2731. Con fecha 26-11-2014. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales, contenido en el Boletín N° 9333-04.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2731. Con fecha 26-11-2014. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales, contenido en el Boletín N° 9333-04.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2781. Con fecha 19-05-2015. Control obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, correspondiente al boletín N° 9366-04.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2787. Con fecha 01-04-2015. Requerimiento de inconstitucionalidad presentada por un grupo de Senadores en relación con el proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, correspondiente al boletín N° 9366-04.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2935. Con fecha 05-12-2015. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de parte de las glosas que indican correspondientes al proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público, para el año 2016, correspondiente al Boletín N° 10.300-2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2935. Con fecha 05-12-2015. Control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre educación superior, correspondiente al boletín N° 10.783-04.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2935. Con fecha 05-12-2015. Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de parte de las glosas que indican correspondientes al proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público, para el año 2016, correspondiente al Boletín N° 10.300-2015.