



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 10270-2021

[26 de agosto de 2021]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL INCISO FINAL DEL
ARTÍCULO 7 SEPTIES DEL DFL N° 2, DE 1998, DEL MINISTERIO DE
EDUCACIÓN, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y
SISTEMATIZADO DEL DFL N° 2, DE 1996, SOBRE SUBVENCIONES
DEL ESTADO A ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES

ROMINA DEL PILAR ELORZA DÍAZ

EN EL PROCESO ROL N° 83581-2020, SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN,
SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

VISTOS:

Con fecha 9 de febrero de 2021, Romina del Pilar Elorza Díaz deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 7 septies del DFL N°2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 2, de 1996, sobre subvenciones del Estado a establecimientos educacionales, en el proceso Rol N° 83581-2020, sobre recurso de protección, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:



“DFL N°2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 2, de 1996, sobre subvenciones del Estado a establecimientos educacionales,

(...)

Artículo 7º septies.- Lo dispuesto en los artículos 7º bis, 7º ter, 7º quáter, 7º quinquies y 7º sexies no será aplicable a los establecimientos de educación especial diferencial ni a los establecimientos educacionales regulares con proyectos de integración escolar, respecto a sus cupos para niños integrados. Ambos tipos de establecimientos considerarán en sus procesos de admisión lo dispuesto en los artículos 9º y 9º bis.

Dichos establecimientos, respecto a los estudiantes con necesidades educativas especiales, así como las escuelas artísticas tendrán un procedimiento de admisión determinado por ellos, el cual será desarrollado por cada establecimiento. Un reglamento expedido por el Ministerio de Educación determinará la coordinación entre los procesos de admisión realizados por dichos establecimientos educacionales y el proceso de admisión para los establecimientos de educación general.

Se excluirá totalmente de los procesos regulados en los artículos precedentes y en los incisos anteriores de este artículo, la admisión a la modalidad educativa de adultos, a las aulas hospitalarias, a las escuelas cárceles y a aquellos establecimientos educacionales que impartan exclusivamente el nivel de educación parvularia. Sin perjuicio de lo anterior, los establecimientos educacionales que cuenten con cursos en el nivel de educación parvularia inferiores al primer nivel de transición, que impartan además el nivel de educación básica, deberán siempre aplicar el sistema de admisión desde el primer nivel de transición.”.

(...)

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Señala ser apoderada del establecimiento educacional British Royal School de Concepción (BRS), institución en la que ha participado activamente de la realización del proyecto educativo, no solamente a través de sus hijos, sino que también incorporándose en la comunidad educacional.

El 30 de julio de 2018 la Superintendencia de Educación emitió el Dictamen N° 46, dejando sin efecto el anterior Dictamen N° 35, cambiando diametralmente los criterios que allí había vertido, imponiendo a los establecimientos educacionales, como el BRS, la obligación de aplicar el Sistema de Admisión Escolar a la totalidad de la matrícula de prekínder. Con ello impedía la promoción “interna” de sus alumnos provenientes de los cursos medios de educación parvularia, obligándoles a participar del proceso de admisión general.

Afirma que la solución de no utilizar dicho sistema (u otro análogo) al inicio, sino que justo en la transición del Play Group a prekínder, con el consecuente recorte



de alumnos, interrumpe el desarrollo de los niños y niñas dentro de su proyecto educativo.

Por lo anterior, presentó una solicitud de invalidación administrativa a la Superintendencia de Educación, de acuerdo con el artículo 53 de la Ley N° 19.880, el día 5 de diciembre de 2019.

La Superintendencia de Educación rechazó la solicitud, mediante la Resolución Exenta N°480 de 10 de agosto de 2020, contra la cual accionó de protección, recurso sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, y actualmente pendiente de resolución.

Argumenta la parte requirente la existencia de diversas infracciones constitucionales con motivo de la aplicación de la disposición cuestionada. Afirma como existentes vulneraciones al art. 19 N° 2, que establece la igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria; al 19 N° 10, que consagra el derecho a la educación; y al 19 N° 11, que consagra el derecho a la libertad de enseñanza.

Sostiene que el precepto cuestionado derechamente impidió la continuidad de la educación del 80% de los niños y niñas que cursaban medio mayor en el BRS durante 2019 y que quedaron fuera del prekínder en 2020. Estos efectos, son a su juicio, inconstitucionales por atentatorios contra la libertad de enseñanza, por cuanto es parte esencial de este derecho fundamental la posibilidad de estructurar proyectos educativos diversos, siempre que estos no transgredan los límites enunciados en la Constitución (la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional) y que se orienten hacia una garantía efectiva del derecho a la educación.

Expone igualmente que su aplicación involucra una discriminación arbitraria, y una medida desproporcionada de cara a los objetivos legalmente determinados en política educativa.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 17 de febrero de 2021, a fojas 106 disponiéndose la suspensión del procedimiento. A su turno, en resolución de fecha 26 de marzo de 2021, a fojas 154, se declaró admisible. Conferidos traslados de fondo, la Superintendencia de Educación evacuó el mismo a fojas 162.

Traslado de la Superintendencia de Educación

Dicha institución aboga por el rechazo del libelo en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Cuestionamiento en abstracto del artículo impugnado.



La requirente no señala, en los hechos, de qué forma se amenazarían o conculcarían sus garantías, sino que afirma en términos abstractos cómo la aplicación del precepto impugnado afectaría al establecimiento educacional y a la comunidad educativa en general.

Asevera que aun cuando supusiera que la requirente lograra finalmente que el establecimiento educacional se eximiera de cumplir con el Sistema de Admisión Escolar en el primer nivel de transición, no se vislumbra cuál sería el efecto concreto que ello produciría sobre los derechos cuya titularidad ostentaría la requirente.

En realidad, a su juicio, no se ha demostrado de forma alguna que aquella tenga un interés jurídico real en la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado. No existen antecedentes que acrediten que además de ser la requirente apoderada del establecimiento, alguno de sus hijos haya sido excluido o se encuentre ante la posibilidad de serlo, por la aplicación del Sistema de Admisión Escolar en el primer nivel de transición del establecimiento British Royal School de Concepción.

2. Niega la existencia de una contravención al 19 N° 2 de la Constitución.

La denominada Ley de Inclusión Escolar introdujo modificaciones a la Ley de Subvención al crear un nuevo sistema de admisión a los establecimientos que reciben aportes estatales, cuyo principal objetivo es garantizar los principios de transparencia, equidad, accesibilidad universal, igualdad de oportunidades y el adecuado ejercicio del derecho preferente de los padres a escoger un establecimiento educacional. Conforme lo anterior, afirma que no se advierte de qué forma la disposición impugnada vulneraría la garantía de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, toda vez que el legislador ha garantizado que tanto los estudiantes que se encuentran matriculados, como los que no están estudiando en el establecimiento, tengan la oportunidad de participar en el mismo proceso de admisión y en un marco de igualdad de oportunidades.

En este orden de ideas, lo sostenido por la requirente en lo relativo a que el precepto en cuestión *“impediría una ponderación de las diferencias”* entre los alumnos que avanzan al primer nivel de transición dentro de un mismo establecimiento y los que son admitidos a los niveles de transición sin haberse educado antes en el establecimiento al que postulan, se aleja del resguardo dicha garantía.

La igualdad ante la ley en esta materia precisamente conmina que no existan tales diferencias señaladas y que condicionen el acceso a un establecimiento educacional, sin que ninguno de los antecedentes previos de un estudiante, tales como *“no haber sido educado antes en el mismo establecimiento”*, tenga incidencia en su derecho a la igualdad para postular y posteriormente participar en su proyecto educativo. De lo contrario, ello se traduciría en el asentamiento de preferencias o distinciones fundadas en antecedentes previos y subjetivos que incidirían en su ingreso, cuestión



contraria a la uniformidad, igualdad y objetividad del sistema de admisión que la normativa educacional prescribe.

3. No existe vulneración a libertad de enseñanza ni al derecho a la educación

En cuanto a la vulneración al derecho preferente de las madres y padres a elegir un proyecto educativo para sus hijos, se manifiestan errores de razonamiento en el planteamiento del libelo. El sistema objetivo, uniforme e igualitario de admisión implementado por el sistema de admisión escolar tuvo por fin garantizar que todos los padres, madres y apoderados que pueden optar por los establecimientos que sean de su preferencia.

La norma sigue admitiendo elegir el establecimiento, más siempre participando en igualdad de condiciones y en virtud de las consideraciones objetivas determinadas mediante el mismo sistema, asegurándose que estos estudiantes participen con plena igualdad respecto de otros y que inclusive, en caso de optar por otro establecimiento de su elección, este resguardo se mantenga incólume.

En relación a la afectación de la libertad de enseñanza, desde el punto de vista del derecho de los establecimientos de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, afirma que se observa una vez más la ausencia de una afectación real y concreta vinculada a la gestión pendiente. El requirente expone situaciones hipotéticas que no tienen su correlato con antecedentes fácticos que las respalden.

Sin perjuicio de lo anterior, afirma que la aplicación del precepto impugnado no impide al establecimiento llevar adelante su proyecto educativo. La Ley N° 20.845, amplió el principio de diversidad ya establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N°2 de 2009 del Ministerio de Educación, en virtud del cual el sistema debe promover y respetar la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la diversidad cultural, religiosa y social de las familias que han elegido un proyecto diverso y determinado, y que son atendidas por él, en conformidad a la Constitución y las leyes. Dicho principio es coherente con la idea de que no le es lícito a los establecimientos educacionales seleccionar familias, sino que, en ejecución del derecho y deber de los padres de educar a sus hijos, son las familias las que escogen el modelo educativo y el establecimiento educacional para sus hijos, de conformidad con el artículo 19, numerales 10° y 11° de la Constitución.

Tal como ha sido establecido el sistema de admisión, es precisamente ésta la finalidad que ha querido cumplir el legislador, permitir que sean los padres quienes opten por los proyectos educativos y no que sean los establecimientos educacionales quienes determinen a cuáles familias permitir incorporarse a ellos.



Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 1 de junio de 2021 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, alegatos por vía remota de la parte requirente, del abogado Patricio Zapata Larraín y por la Superintendencia de Educación, del abogado Juan Cayuqueo Zepeda. Se adoptó acuerdo con igual fecha, conforme fue certificado por el relator de la causa.

PRIMERO: Que, traídos los autos en relación, y luego de verificarse la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, obteniéndose el resultado que a continuación se enuncia:

La Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL (Presidenta) y los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, estuvieron por acoger la acción deducida a fojas 1.

Los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA, la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, estuvieron por rechazar el requerimiento;

SEGUNDO: Que, en esas condiciones, se ha producido empate de votos, con lo cual, atendido el quorum exigido por el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental para acoger un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y teniendo en cuenta, de la misma forma, que por mandato del literal g) del artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el voto del Presidente de esta Magistratura no dirime un empate, como el ocurrido en el caso sub-lite, y, no habiéndose alcanzado la mayoría para acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad, éste deberá ser necesariamente desestimado.

VOTO POR ACOGER

La Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL (Presidenta) y los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, estuvieron por acoger el requerimiento, por las siguientes razones:

1°. Que, se ha requerido la inaplicabilidad del inciso final del artículo 7° septies del Decreto con Fuerza de Ley N°2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1996, sobre subvenciones del Estado a establecimientos educacionales (en adelante, *Ley de Subvenciones*), en virtud del cual y atendido que el colegio British Royal School de Concepción cuenta, desde 1993, con cursos inferiores al primer nivel de transición, sus estudiantes que deseen continuar allí deberán someterse al sistema de admisión



aleatorio, con lo cual podrían no resultar admitidos, lo que, a juicio de la requirente, redundaría en una aplicación de ese precepto legal contraria a la igualdad ante la ley, al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, pues impide la continuidad en ese establecimiento de los niños y niñas que ya forman parte de él;

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

2°. Que, el artículo 7° septies fue incorporado a la Ley de Subvenciones por la Ley N° 20.845 disponiendo que el sistema de admisión regulado en los artículos 7° bis, 7° ter, 7° quáter, 7° quinquies y 7° sexies no sería aplicable a los establecimientos de educación especial diferencial ni a los establecimientos educacionales regulares con proyectos de integración escolar, respecto a sus cupos para niños integrados;

3°. Que, sin embargo, fue la Ley N° 21.052 la que agregó su inciso final. Dicho cuerpo legal, conforme al Mensaje de S.E. la Presidenta de la República buscaba, al comenzar su tramitación, *“(...) excluir del Sistema de Admisión Escolar a los establecimientos que impartan exclusivamente educación parvularia. Ello, pues no parece razonable que los niños y las niñas que acuden a una escuela de párvulos, y que luego se incorporarán al primer año de enseñanza básica en un establecimiento escolar diverso, deban ser sometidos en dos oportunidades en años prácticamente continuos a la postulación por el Sistema de Admisión Escolar. Ahora bien, el Sistema de Admisión Escolar continuará aplicándose a los niveles de transición de los establecimientos que tienen continuidad de estudios entre la educación parvularia y el primero año de educación básica (...)”* (Mensaje N° 148-365, 6 de octubre de 2017, pp. 2-3, Boletín N° 11.471-04).

Por ello, la Jefa del Estado proponía incorporar el siguiente inciso final: *“Se excluirá totalmente de los procesos regulados en los artículos precedentes y en los incisos anteriores de este artículo, la admisión a la modalidad educativa de adultos, a las aulas hospitalarias, a las escuelas cárceles, y a aquellos establecimientos educacionales que impartan exclusivamente el nivel de educación parvularia. No obstante, en los casos en que un establecimiento educacional imparta enseñanza básica y parvularia, el sistema de admisión se aplicará desde el menor curso del menor nivel que imparta”*.

4°. Que, sin embargo, durante el primer trámite constitucional, S.E. la Presidenta de la República presentó una indicación para reemplazar la expresión *“el sistema de admisión se aplicará desde el menor curso del menor nivel que imparta”* por *“podrá acogerse al sistema de admisión desde el curso del menor nivel que imparta, no pudiendo efectuar cobro alguno a los padres o apoderados en los niveles inferiores al primer nivel de transición; en caso contrario, deberá acogerse a dicho sistema a partir del menor nivel de transición que imparta”* (Informe de la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados acerca del proyecto de ley que introduce diversas modificaciones a la normativa educacional, 19 de octubre de 2017, p. 23, Boletín N° 11.471-04).

Más tarde, encontrándose el proyecto pendiente de la Comisión de Hacienda del Senado, propuso una nueva indicación con la segunda frase hoy contenida en el



artículo 7° septies inciso final respecto de la cual la Subsecretaria de Educación “(...) hizo ver que en su redacción original el proyecto de ley plantea que el sistema de admisión puede ser también aplicado en los establecimientos educacionales que cuentan con niveles previos al del primer nivel de transición, es decir, *prekínder*. El problema, empero, es que una medida de ese tipo resulta de difícil implementación, toda vez que el Estado sólo entrega subvenciones a partir de *prekínder*, y no a los niveles previos. Por ello, se hace necesario corregir y precisar que el sistema de admisión sólo puede ser aplicado desde dicho primer nivel de transición” (Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce diversas modificaciones a la normativa educacional, 22 de noviembre de 2017, pp. 7-8, Boletín N° 11.471-04);

5°. Que, en consecuencia, de los antecedentes legislativos surge nítido, por una parte, que se buscó aplicar el sistema de admisión a todos los establecimientos de enseñanza que recibieran aporte estatal, salvo los que fueron expresamente excluidos por el legislador. Y, de otra, que dicho sistema se aplica sólo a partir del primer nivel de transición, por lo que, efectivamente, es posible que sobrevenga la situación que plantea la requirente, esto es, que un estudiante se incorpore a la comunidad educativa en niveles previos y que, luego, se vea sujeto a dicho sistema aleatorio junto con otros postulantes que no han sido parte del colegio, sino que buscan incorporarse a él a partir del primer nivel de transición;

II. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEY DE INCLUSIÓN

6°. Que, el artículo 19 N° 10° inciso tercero de la Constitución garantiza el derecho preferente y el deber de los padres de educar a sus hijos, imponiéndole al Estado la obligación de otorgar especial protección al ejercicio de este derecho, en tanto que el artículo 19 N° 11° inciso cuarto dispone que “[l]os padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”;

7°. Que, como lo expusimos en el Rol N° 410, “(...) es necesario destacar lo previsto en el artículo 19 N° 11 inciso cuarto, porque es el otro aspecto que comprende la libertad de enseñanza. Efectivamente, allí se declara que los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos. Este principio, cuya armonía con el homónimo previsto en el numeral 10 inciso tercero de la Constitución es evidente, permite aseverar que la libertad de enseñanza asegurada por ella resulta ser completa o plena, ya que abarca tanto a los fundadores o sostenedores de los establecimientos de enseñanza en la prosecución de sus proyectos educativos, como a los padres en la elección de aquellos que juzguen coherentes con el ideario formativo de sus hijos” (c. 15°);

8°. Que, ahora bien, en el orden legislativo, el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1998, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1996, sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales, dispone en su artículo 7° bis inciso primero -agregado en virtud de la 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- que “[e]l proceso de admisión de los y las estudiantes que desarrollen los establecimientos que reciben subvención o aportes del Estado se realizará conforme a los principios de transparencia, educación inclusiva, accesibilidad universal, equidad y no discriminación arbitraria, considerando especialmente el derecho preferente de los padres a elegir el establecimiento educacional para sus hijos” y señala, en el artículo 7° ter inciso tercero, que “[s]ólo en los casos de que los cupos disponibles sean menores al número de postulantes, los establecimientos educacionales deberán aplicar un procedimiento de admisión aleatorio definido por éstos, de entre los mecanismos que ponga a su disposición el Ministerio de Educación, que deberán ser objetivos y transparentes (...)”;

9°. Que, sin embargo, el mismo artículo 7° ter inciso tercero contempla criterios de prioridad en orden sucesivo, para su incorporación directa a la lista de admisión del establecimiento, considerando a las hermanas o hermanos que postulan o se encuentren matriculados en el mismo establecimiento, a los hijos o hijas de un profesor o profesora, asistente de la educación, manipulador o manipuladora de alimentos o cualquier otro trabajador o trabajadora que preste servicios permanentes en el establecimiento educacional y a quienes hayan estado matriculados anteriormente en el establecimiento educacional, salvo que hayan sido expulsado con anterioridad, sin perjuicio de la incorporación del 15% de estudiantes prioritarios conforme a la Ley N° 20.248;

10°. Que, por ende, de los antecedentes de la disposición impugnada, en el marco constitucional y legal en que se inserta, es posible colegir que la decisión legislativa fue aplicar el sistema de admisión aleatorio desde el primer nivel de transición, pues no resulta posible hacerlo en los niveles previos a ese primer nivel desde que el Estado sólo entrega subvenciones a partir prekínder, por lo que no cabe duda, conforme al artículo 7° septies inciso final de la Ley de Subvenciones, que un colegio como el de la requirente debe someter a todos quienes opten por ingresar a su primer nivel de transición al referido sistema, incluyendo a aquellos estudiantes que ya forman parte de dicho establecimiento de enseñanza, por haber asistido a los cursos anteriores a aquel primer nivel, salvo aquellos postulantes que se encuentren dentro de los criterios de prioridad.

Por ello, no se cuestiona en estos autos ni esta sentencia puede referirse a ello, el sistema de admisión contemplado en la denominada Ley de Inclusión ni la procedencia/deber de sujetar a ese sistema a quienes postulen al primer de nivel de transición en el colegio British Royal School de Concepción, sino si, a raíz de aplicar la norma legal cuestionada a quienes ingresaron a dicho establecimiento de enseñanza con anterioridad, se vulneran, como expone la requirente, la igualdad ante la ley, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza;

III. GESTIÓN PENDIENTE Y APLICACIÓN AL CASO CONCRETO



11°. Que, dicha gestión corresponde a un recurso de protección deducido por la requirente para que se deje sin efecto la Resolución Exenta N°480, de 10 de agosto de 2020, de la Superintendencia de Educación por la que rechazó un recurso de invalidación, mantenido vigente su Dictamen N° 46, de 30 de julio de 2018, con lo cual se *“(...) trunca[r] la continuidad de los estudios de los niños y niñas que cursan los niveles medios de educación parvularia, al no permitirle al establecimiento educacional su promoción a los niveles de transición (prekínder y kínder). Esto, a su vez, afecta el proyecto educativo de dicho establecimiento educacional y, por ende, extiende sus efectos a toda la comunidad educativa, comunidad a la que la señora Elorza Ruíz pertenece (...)”* (fs. 54 de estos autos constitucionales);

12°. Que, informando dicha acción, la Superintendencia de Educación solicita su rechazo, precisamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 7° septies inciso final, ya que *“(...) dicha norma consagra expresamente el deber de los establecimientos educacionales que cuenten con cursos en el nivel de educación parvularia inferiores al primer nivel de transición -niveles medios-, que impartan además del nivel de educación básica, de aplicar el sistema de admisión desde el primer nivel de transición (...)”* (fs. 91);

13°. Que, siendo así, efectivamente el precepto legal cuya inaplicabilidad se requiere en estos autos puede ser aplicado en la gestión pendiente, sujetando a los alumnos del colegio British Royal School de Concepción al sistema de admisión aleatorio que debe emplear para el ingreso al primer nivel de transición, en caso de haber más postulantes que vacantes y, por ello, eventualmente aquellos alumnos no podrán continuar sus estudios en ese establecimiento de enseñanza, no obstante formar parte de él, pues su situación no se encuentra prevista en ninguno de los *criterios de prioridad* contemplados en el artículo 7° ter inciso tercero de la Ley de Subvenciones ni en el resto de esa preceptiva legal, dado que, como ya se expuso al recordar los antecedentes legislativos, la decisión de la ley fue no alcanzar con el régimen de admisión los niveles inferiores a ese primer nivel de transición;

14°. Que, siendo así, acogeremos el requerimiento de inaplicabilidad que se ha intentado en estos autos, por cuanto la aplicación del artículo 7° septies inciso final resulta contraria a la Constitución, ya que importa conferir el mismo tratamiento tanto a quienes ya son estudiantes del colegio British Royal School de Concepción y forman parte de esa comunidad educativa como a los que recién postulan a él, lo cual no resulta razonable y termina siendo constitutivo de una discriminación;

15°. Que, en este sentido, es útil considerar que *“[s]i el establecimiento debe volver a realizar el proceso de postulación y admisión en el primer nivel de transición, entonces hay un enorme desincentivo a que los colegios ofrezcan los niveles medios, pues el costo emocional para las familias y los niños es alto. Esto es contraproducente con la evidencia que encuentra un impacto positivo en el desarrollo de los niños cuando asisten a la educación parvularia a partir de los tres años de edad, especialmente cuando se observa que la oferta de jardines infantiles en este nivel educativo no cubre a todos los niños de este tramo etario y que su cobertura es baja en comparación con los países de la OCDE”* (Sylvia Eyzaguirre: “Urgentes



Modificaciones al Nuevo Sistema de Admisión Escolar”, *Puntos de Referencia* N° 437, Centro de Estudios Públicos, 2016, p. 5).

16°. Que, sea como fuere, es importante recordar que nuestra legislación ha ido incorporando diversas reformas tendientes a evitar la discriminación en los sistemas de admisión escolar, desde la Ley N° 20.248, que establece la ley de subvención escolar preferencial, en 2008, donde se dispuso que, para impetrar esa subvención, el establecimiento respectivo debía “[a]ceptar a los alumnos que postulen entre el primer nivel de transición y sexto básico, de acuerdo a procesos de admisión que en ningún caso podrán considerar el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante. Asimismo, en dichos procesos no será requisito la presentación de antecedentes socioeconómicos de la familia del postulante. Además, el establecimiento deberá hacer público en estos procesos su proyecto educativo” (artículo 6° letra b).

Posteriormente, el artículo 12 de la Ley N° 20.370, en 2009, estableció que “[e]n los procesos de admisión de los establecimientos subvencionados o que reciban aportes regulares del Estado, que posean oferta educativa entre el primer nivel de transición y sexto año de la educación general básica, en ningún caso se podrá considerar en cada uno de estos cursos el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante. Asimismo, en dichos procesos no será requisito la presentación de antecedentes socioeconómicos de la familia del postulante”;

17°. Que, finalmente, la referida Ley N° 20.845 de inclusión escolar tuvo como uno de sus objetivos “prohibir la selección a nivel escolar, tanto para mejorar la calidad del sistema educativo como para la construcción de una sociedad más integrada y cohesionada” (Mensaje N° 131-362, 19 de mayo de 2014, p. 14, Boletín N° 9.366-046), por lo que, inicialmente, se proponía modificar el aludido artículo 12, al disponerse que, en los procesos de admisión de los establecimientos subvencionados o que reciban aportes del Estado, en ningún caso se podría considerar el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante ni sería requisito la presentación de antecedentes socioeconómicos de la familia del postulante;

18°. Que, precisamente, esa preceptiva legal en su época de gestación se explicaba desde el ángulo de la no discriminación, sosteniendo que “(...) los objetivos del fin a la selección dicen relación con impedir la discriminación arbitraria por características socioeconómicas, académicas o culturales de las familias. El proyecto apunta a consagrar el igual trato que deben dar los establecimientos a todos los niños, niñas y jóvenes de Chile” (Informe de la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados acerca 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, 2 de octubre de 2014, p. 6, Boletín N° 9.366-04);

19°. Que, sobre esa base, la Ley N° 20.845 impuso la obligación de aplicar un procedimiento de admisión aleatorio en los casos de que los cupos disponibles sean menores al número de postulantes (artículo 7° ter inciso tercero), esto es, el procedimiento que determina el “[o]rdenamiento de los estudiantes que se obtiene como resultado de la aplicación del mecanismo de generación de posiciones relativas otorgadas al



azar”, conforme lo señala el artículo 3° N° 8 del Decreto Supremo N° 152, del Ministerio de Educación, de 2016, que aprueba el Reglamento del Proceso de Admisión de los y las Estudiantes de Establecimientos Educativos que reciben Subvención a la Educación Gratuita o Aportes del Estado, sin perjuicio de los criterios de prioridad ya mencionados, contemplados en el artículo 7° ter inciso tercero;

20°. Que, entonces, el legislador ha contemplado dos categorías de postulantes a los establecimientos de enseñanza sujetos al sistema de admisión regulado en la Ley N° 20.845. Por una parte, aquellos que optan por incorporarse a él; y, de otra, los que el legislador situó dentro de los criterios de prioridad que no deben someterse al aludido sistema de admisión aleatorio, precisamente, porque se encuentran de algún modo vinculados con la respectiva comunidad educativa, ya que son hermanas o hermanos de quienes son estudiantes, se trata de hijos o hijas de un profesor o profesora, asistente de la educación, manipulador o manipuladora de alimentos o cualquier otro trabajador o trabajadora que preste servicios permanentes en el establecimiento educacional o porque estuvieron matriculados anteriormente en el establecimiento educacional. Incluso, se incluye entre los criterios de prioridad al 15% de estudiantes contemplados en la ley N° 20.248;

21°. Que, la requirente, en cambio, ya integra la comunidad educativa del colegio British Royal School de Concepción, pues se incorporó en los niveles previos al primer nivel de transición, no obstante lo cual, por aplicación del precepto legal cuestionado, se lo trata como a un postulante del todo ajeno al establecimiento de enseñanza, lo que no es consistente con el derecho que asegura el artículo 19 N° 2° de la Constitución, sin que reconocer ese hecho constituya un mecanismo elusivo del sistema aleatorio de admisión que debe aplicar el establecimiento. Máxime si el artículo 19 N° 10° inciso cuarto de la Carta Fundamental preceptúa, desde 1999, que *“[p]ara el Estado es obligatorio promover la educación parvularia (...)”*;

22°. Que, desde esta perspectiva, es relevante recordar que esta Magistratura ha sostenido que *“(...) la igualdad ante la ley no es un derecho absoluto, ya que se encuentra sujeta a la posibilidad de se establezcan diferenciaciones razonables entre quienes no se encuentran en una misma condición. Así lo ha señalado reiterada jurisprudencia de este Tribunal, al precisar que “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad” (Rol N° 784 c. 19 y, en el mismo sentido a vía ejemplar, roles Nos. 1.254 c. 46, 1.399 c. 12, 1.732 c. 48, 1.812 c. 26, 2.259 c. 27, 2.955 c. 7, 3364 c. 22, 3.297 c. 22).*

Lo que se prohíbe constitucionalmente, por lo tanto, es la diferenciación arbitraria inspirada en el concepto aristotélico de la isonomía, expresado en la Ética de Nicómaco -los iguales deben ser tratados como iguales y los desiguales, como desiguales- como ha señalado asimismo nuestra jurisprudencia constitucional. Esa doctrina ha establecido algunos criterios orientadores respecto de los requisitos mínimos necesarios para justificar la posibilidad de legitimar por el legislador la introducción de diferencias que no rebasen el límite de la



arbitrariedad. Éstas deben ser, en primer lugar, razonables y objetivas, orientadas hacia un fin lícito, amén de adecuadas y necesarias” (c. 24°, Rol N° 7.217);

23°. Que, por ende, pugna con la Constitución tanto una disposición legal que, sin fundamento o careciendo de razonabilidad, trata de manera diferente a quienes deben recibir un tratamiento igualitario como cuando se impone esta regla en circunstancias que ha debido trazarse una diferencia, pues, como ha señalado la Corte Suprema de Estados Unidos, en *Jenness vs. Fortson*, en 1971, a veces la mayor discriminación puede estar en tratar cosas que son diferentes como aquellas que son exactamente idénticas (403 U.S. 431, [1971]);

24°. Que, en la gestión pendiente, por aplicación del precepto legal impugnado, un estudiante del colegio British Royal School de Concepción debe someterse, al igual que cualquier otro postulante que no forme parte de él, al proceso de admisión exigido por el artículo 7° bis de la Ley de Subvenciones, para alcanzar un cupo en el primer nivel de transición, ignorando, con ello, la situación diversa en que se encuentran unos y otros, por aplicación indiferenciada del sistema de admisión aleatorio legalmente impuesto a los colegios que reciben aporte estatal, sea que el estudiante ya forme parte de esa comunidad educativa o sea que se trate de un postulante del todo ajeno a ella;

25°. Que, por lo mismo y al contrario, se lo trata de modo diferente cuando se coteja su situación con la de las hermanas o hermanos de quienes ya son estudiantes, los hijos o hijas de un profesor o profesora, asistente de la educación, manipulador o manipuladora de alimentos o cualquier otro trabajador o trabajadora que preste servicios permanentes en el establecimiento educacional o, en fin, con quien ya estuvo matriculado anteriormente en el establecimiento educacional, en circunstancias que él sí se encuentra matriculado en el colegio y ya integra esa comunidad académica, a propósito de lo cual conviene señalar que, “[s]abemos que los beneficios que tiene esta alianza [entre escuela, familia y comunidad] para los diferentes miembros de la comunidad educativa y para el centro en su conjunto, así como para el entorno en el que se encuentra el mismo, son amplios y bien conocidos (Epstein, 2011). Disponemos de un número significativo de evidencias que demuestran que esto es así, como recogeremos en algunos artículos que forman parte de este monográfico. Si bien la escuela, la familia y la comunidad en sí mismos son contextos de gran influencia en el desarrollo y en la educación de todo el alumnado, cuando se establece una relación de colaboración entre ellos, los recursos que se generan de la sinergia producida al trabajar juntos son, por definición, “superiores a la suma de los que dispone cada uno de ellos de forma aislada” y, por tanto, mayores, más diversos, útiles y significativos para todos los implicados. Como ya planteaba Bronfenbrenner (1979) en su modelo ecológico del desarrollo, el potencial educativo de los distintos microsistemas, como son la familia o la escuela, aumenta cuando son capaces de trabajar juntos para lograr objetivos comunes y compartidos relacionados con el alumnado” (Cecilia Simón: “Escuela, Familia y Comunidad: una Alianza Necesaria para una Educación Inclusiva”, *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva* Vol. 10 N° 1, p. 17);



26°. Que, en definitiva, la aplicación del artículo 7° septies inciso final en la gestión pendiente resulta contraria al artículo 19 N° 2° de la Constitución, por lo que declararemos su inaplicabilidad, sin que sea necesario, por ende, examinar las demás alegaciones de inconstitucionalidad planteadas en el requerimiento.

VOTOS POR RECHAZAR

El Ministro señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO estuvo por rechazar el presente requerimiento única y exclusivamente por los fundamentos que enseguida expone:

1º) Que aquello que en realidad atenta contra los derechos reconocidos en el artículo 19 N°s. 10 y 11 de la Carta Fundamental, es el “procedimiento de admisión aleatorio” impuesto a los colegios por el artículo 7° ter de la Ley sobre Subvención del Estado, contenida en el DFL N° 2, de Educación, de 1998.

Este artículo 7° ter fue incorporado a dicho cuerpo normativo por la Ley N° 20.845 -llamada Ley de Inclusión Escolar (artículo 2 N° 6)- y motivó nuestro rechazo fundado en STC Roles N°s 2781 (considerando 2° de su disidencia) y 2787 (voto por acoger, considerandos 18° al 28), ambas del año 2015, por razones que naturalmente mantenemos.

Sin embargo, en el presente requerimiento este artículo 7° ter no es atacado. Se impugna el artículo 7° septies, cuyo inciso final se reduce a aplicar dicho “procedimiento de admisión aleatorio” a los establecimientos educacionales que cuentan con cursos en el nivel de educación parvularia inferiores al primer nivel de transición, que impartan además el nivel de educación básica (inciso agregado por la Ley N° 21.052);

2º) Que, en estas condiciones, no se sostiene el argumento de la requirente, en cuanto a que dicha Ley de Inclusión Escolar -donde se incluye el artículo 7° ter- sería conforme con las garantías constitucionales del citado artículo 19, N°s. 10 y 11, pero que no lo sería su consecuencia o fruto: el inciso final del artículo 7° septies.

Este artículo 7° septies, inciso final, configura un vástago al que se comunican todas las inconstitucionalidades que afectan a sus normas base, por cierto. Pero, sin contrariar el principio de causalidad, no se puede validar el antecedente y luego reprochar su consecuente.

Por este concepto, entonces, la norma impugnada aquí no resulta decisiva en la resolución de la gestión judicial pendiente, en los términos del artículo 84 N° 5 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, como sí podría serlo el artículo 7° ter de la misma Ley sobre Subvención del Estado a los Establecimientos Educacionales;

3º) Que, tocante al argumento de que el inciso final del artículo 7° septies vulneraría la garantía de igualdad ante la ley asegurada en el artículo 19, N° 2, constitucional, tampoco puede ser admitido.



Esto es así porque no puede existir diferencia arbitraria alguna al subsumir el establecimiento educacional British Royal School de Concepción dentro de la categoría de sujetos a quienes se refiere ese artículo 7° septies, inciso final. Los impedimentos que afectarían a este colegio, alegados en esta sede, como se ha señalado antes, derivan directa y precisamente del “procedimiento de admisión aleatorio” del artículo 7° ter, que no ha sido impugnado.

Siendo de advertir, finalmente, que la facultad del Tribunal Constitucional para conocer los hechos de la causa, lo es a los únicos efectos de resolver si la aplicación concreta de una norma legal revela su inconstitucionalidad. No estándole permitido, en cambio, eximir del cumplimiento de la ley a nadie, por razones particulares.

Los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA, LA MINISTRA SEÑORA MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y MINISTRO SEÑOR RODRIGO PICA FLORES, estuvieron por rechazar el requerimiento por las siguientes consideraciones:

I.- Identificación del conflicto constitucional.

1°. La requirente Señora Romina del Pilar Elorza Díaz presentó una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 7 septies del DFL N°2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 2, de 1996, sobre subvenciones del Estado a establecimientos educacionales.

El objetivo de su pretensión es que se declare la inaplicabilidad del referido precepto de un modo tal que tenga incidencia en la gestión pendiente consistente en una acción de protección tramitada ante la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 83581-2020), encontrándose pendiente la vista de la causa.

2°. En cuanto a sus fundamentos, el caso se vincula a la decisión de la Superintendencia de Educación que dictó la Resolución Exenta N° 480, de 10 de agosto de 2020, que rechazó la solicitud de invalidación del dictamen N° 46, de 30 de julio de 2018, presentada por la requirente. Este dictamen establece que los establecimientos educacionales que cuenten con cursos medios y niveles de transición deberán aplicar el Sistema de Admisión Escolar (SAE) a los alumnos que transiten desde los cursos medios a los niveles de transición.

Lo anterior implicó, en la práctica, que en el Colegio British Royal School de Concepción, del cual la requirente es apoderada, en la postulación para el pre-Kínder 2020, solo 9 de los 42 niños y niñas que cursaron los niveles medios de educación de ese establecimiento obtuvieron alguno de los 60 cupos disponibles.



Frente al rechazo a la solicitud de invalidación, la requirente dedujo recurso de protección.

3°. En cuanto a la vulneración constitucional se alega que la aplicación del precepto impugnado vulnera el artículo 19 Nos. 2º, 10º y 11º de la Carta Fundamental.

En cuanto a la libertad de enseñanza, sostiene que el precepto impugnado coarta el derecho de los padres a elegir un proyecto educativo que ofrezca un plan de formación coherente desde aquellos niveles de educación temprana. De esta manera, una familia nunca podrá optar por un proyecto educativo completo e integral en el momento de postular a sus hijos a los niveles medio menor o mayor y, en la práctica, se elimina un proyecto educativo que antes estaba disponible para las familias.

Asimismo, la norma cuestionada es contraria al derecho constitucional a organizar establecimientos educacionales, afectando también el derecho de los apoderados que eligieron el proyecto educativo del British Royal School de Concepción, toda vez que este establecimiento, así como todo otro que incorpora en su proyecto a la educación parvularia anterior al primer nivel de transición se verá obligado a replantearse el lugar que ocupan los niveles medios, pues ya no podrán contemplarlos como parte de un proceso formativo lineal y coherentemente articulado. En tal sentido, la falta de continuidad de la educación relega a estos niveles a un plano meramente accesorio, casi irrelevante, en los proyectos educativos de los colegios como el British Royal School de Concepción. Además, consta en la historia del establecimiento de la Ley N° 21.052, que introdujo la norma cuestionada, que existían alternativas que no causaban este efecto pernicioso, como, por ejemplo, implementar el SAE a las postulaciones a nivel medio menor, adelantando así la aplicación de sus criterios.

Esta vulneración de la libertad de enseñanza no se encuentra amparada bajo la finalidad de encauzar el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes, toda vez que se afecta la dimensión de continuidad educativa, quitándoles la estabilidad necesaria para su adecuada formación.

Por último, en cuanto a la igualdad ante la ley, el precepto reprochado impide una adecuada ponderación de las diferencias existentes entre los niños y niñas que pasan del nivel medio mayor al primer nivel de transición dentro de un mismo establecimiento educacional, de aquellos que son admitidos a los niveles de transición, sin haberse educado antes en el establecimiento al que postulan. Asimismo, tampoco permite ponderar las diferencias entre un proyecto educativo que comienza en pre-Kínder y otro que elige iniciar antes, con lo cual tampoco permite ponderar la necesidad de favorecer la continuidad de los estudios y el daño causado al aplicar el SAE de manera intempestiva.

II.- En cuanto a la norma impugnada.



4°. Corresponde describir la totalidad de la regla, siendo sólo la parte subrayada aquella que la requirente solicita su inaplicabilidad.

“Artículo 7º septies.- Lo dispuesto en los artículos 7º bis, 7º ter, 7º quáter, 7º quinquies y 7º sexies no será aplicable a los establecimientos de educación especial diferencial ni a los establecimientos educacionales regulares con proyectos de integración escolar, respecto a sus cupos para niños integrados. Ambos tipos de establecimientos considerarán en sus procesos de admisión lo dispuesto en los artículos 9º y 9º bis.

Dichos establecimientos, respecto a los estudiantes con necesidades educativas especiales, así como las escuelas artísticas tendrán un procedimiento de admisión determinado por ellos, el cual será desarrollado por cada establecimiento. Un reglamento expedido por el Ministerio de Educación determinará la coordinación entre los procesos de admisión realizados por dichos establecimientos educacionales y el proceso de admisión para los establecimientos de educación general.

Se excluirá totalmente de los procesos regulados en los artículos precedentes y en los incisos anteriores de este artículo, la admisión a la modalidad educativa de adultos, a las aulas hospitalarias, a las escuelas cárceles y a aquellos establecimientos educacionales que impartan exclusivamente el nivel de educación parvularia. Sin perjuicio de lo anterior, los establecimientos educacionales que cuenten con cursos en el nivel de educación parvularia inferiores al primer nivel de transición, que impartan además el nivel de educación básica, deberán siempre aplicar el sistema de admisión desde el primer nivel de transición.”

5°. Identificar la norma impugnada permite especificar el conflicto puesto que es el requirente quién delimita la competencia del caso específico. En tal sentido, no es cuestionado el régimen aleatorio de ingreso a los establecimientos educacionales – cuestión resuelta en la Sentencia Rol 2787 por parte de esta Magistratura, según la fundamentación allí indicada- ni menos los preceptos legales que la consagran. Adicionalmente, el requerimiento se basa en hechos que, en puridad, cuestionan sólo la última parte del precepto subrayado al referirse a la contra excepción de los procesos educativos especiales, esto es la aplicación del régimen general de no selección cuando concurren establecimientos educacionales con cursos inferiores al primer nivel de transición y donde hay continuidad con los cursos regulares de la educación básica en adelante. Este es el conflicto planteado y no una confrontación general con los procesos de admisión a la educación formal en los términos del DFL N°2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 2, de 1996, sobre subvenciones del Estado a establecimientos educacionales.

III.- En cuanto a los criterios interpretativos.

6°. En cuanto a los criterios interpretativos que guiarán esta disidencia encontraremos los siguientes. Primero, el dilema formal de la titularidad de derechos en el ámbito del proceso de selección. Segundo, el problema formal en torno al sentido



interpretativo de la contra excepción. En tercer lugar, es necesario identificar la puerta de entrada al sistema de admisión escolar, desde la Constitución, para evaluar los alcances de la inaplicabilidad y del principio de continuidad que reclama para su pretensión. En cuarto lugar, resolveremos el dilema nuevo planteado por el caso en torno al aludido efecto de continuidad entre la selección educativa en el nivel medio menor y el nivel básico de enseñanza. Finalmente, examinaremos conforme a la STC 2787 por qué el principio de continuidad no tiene una justificación constitucional legítima.

a.- Aptitud para reivindicar la titularidad de afectación del derecho cuestionado.

7°. En sede de admisibilidad se cuestionó por la Superintendencia de Educación (a fs. 113 del expediente constitucional), que la requirente no sería apoderada del colegio British Royal School de Concepción o, al menos, no tendría hijos en los niveles medios de educación que fueron o, eventualmente, serían afectados por la aplicación del Sistema de Admisión Escolar (SAE) al ingresar al primer nivel de transición y, en ese caso, el requerimiento deviene en un reproche en abstracto a la norma.

8°. A fs. 151 y 152, la parte requirente acreditó que había sido delegada en el Centro de Padres del colegio aludido siendo parte de su comunidad educativa, lo que derivó en la declaración de admisibilidad, *prima facie*, del requerimiento a objeto de un examen más fundado en sede de fondo.

9°. En un examen más profundo, atendido el hecho del tipo de reivindicación realizado sobre su pertenencia genérica a la comunidad educativa pero sin un involucramiento específico en torno a una afectación individual, cabe considerar que nos encontramos frente a un planteamiento que carece de la agencia necesaria para acreditar la condición concreta del efecto inconstitucional de la norma.

Por un lado, hay que considerar el colegio mismo. El colegio British Royal School de Concepción es un establecimiento particular subvencionado, que cuenta con reconocimiento oficial desde el año 1993. Imparte enseñanza desde el nivel de educación parvularia, en el nivel medio (3 años de edad cumplido al 31 de marzo del respectivo año). En tal sentido, más que la continuidad de ex alumnos a objeto de retornar a su Colegio, lo que no es parte de la gestión pendiente, la cuestión se traslada al efecto objetivo sobre el mismo Colegio.

No es que no exista un conflicto constitucional, pero el mismo exige un indudable involucramiento y un grado de afectación tal que determine activar una herramienta de *ultima ratio* como es la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Esta cuestión es fundamental porque los sistemas de admisión escolar garantizan la titularidad ex ante de los padres que desean inscribir a sus hijos en los colegios de su preferencia, conforme al derecho – deber de los padres de educar a sus hijos. Esas titularidades genéricas deben transformarse en un conflicto



normativo real, y no en uno meramente abstracto o vicario, al punto de pasar a ser prácticamente un dilema consultivo, para lo cual esta Magistratura no puede declarar la inaplicabilidad para efectos particulares frente a situaciones no identificadas en el efecto que se quieren expurgar del ordenamiento jurídico.

b.- No es posible impugnar una interpretación administrativa de la Superintendencia de Educación, sea porque la inaplicabilidad no opera sobre ellas ni porque antecedió a la resolución de un conflicto en sede de protección.

10°. La norma cuestionada, a juicio del requirente, no resultaba clara y debió dictarse una resolución que permitiera una explicación a la misma.

En tal sentido, con fecha 12 de junio de 2019, la requirente interpuso recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Concepción en contra de la Superintendencia de Educación, el cual fue ingresado con el Rol N° 12515-2019. En dicho recurso, impugnó la interpretación realizada por la Superintendencia de Educación contenida en el Dictamen N°46 que ponía en operación el sistema de admisión escolar respecto del Colegio British Royal School.

11°. La cuestión fue resuelta por la Corte de Apelaciones de Concepción y la Corte Suprema en donde quedó claro que “por medio del Dictamen N° 46, que el dictamen 35 se encuentra derogado de manera tácita por el artículo 1, numeral 1, letra b) de la Ley 21.052, desde la fecha de su entrada en vigencia, limitándose por medio de este último pronunciamiento, única y exclusivamente, a ajustar, adecuar y armonizar el criterio sostenido en la materia por la institución, a la regulación vigente” (c. 6° de la Sentencia Rol 12515-2019, de la Corte de Apelaciones de Concepción). Respecto de esta sentencia, la que fue apelada, la Corte Suprema en, noviembre de 2019, en la causa rol N°31.866- 2019, confirmó la sentencia apelada, quedando ésta última ejecutoriada con fecha 3 de diciembre de 2019.

Con posterioridad, en fecha 10 de septiembre de 2020, la recurrente presentó recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Superintendencia de Educación, el cual fue ingresado con el Rol N°83.581 - 2020. En dicho recurso, impugnó la Resolución Exenta N°480 de 10 de agosto de 2020 del Fiscal de la Superintendencia de Educación. Con fecha 7 de octubre de 2020, la Superintendencia aludida evacuó informe en causa Rol N°83.581- 2020, oponiendo en lo principal excepción de cosa juzgada e informando en subsidio (fs. 163 del expediente constitucional).

12°. En consecuencia, es perfectamente plausible que el requerimiento sea irrelevante por la discusión existente en la gestión pendiente. En tal sentido, no es posible impugnar una interpretación administrativa de la Superintendencia de Educación, sea porque la inaplicabilidad no tienen la aptitud de operar sobre ellas y, siendo lo fundamental, porque esta inaplicabilidad no antecedió a la resolución de un conflicto administrativo en sede de protección, la que necesariamente incorporaba el



precepto legal tardíamente reprochado. El requerimiento gira en torno a la pretensión de invalidar el Decreto N° 46, lo cual, en caso alguno, obstará a la vigencia de la norma cuestionada, cosa que -la misma requirente reconoce- es clara en cuanto a su tenor (fs. 4), dado su rango legal.

c.- La puerta de entrada al proceso de admisión conforme al estatuto constitucional.

13°. Entrando al fondo, las leyes de reforma constitucional N° 20.162 y 20.710 delinearon un esquema del artículo 19, numeral 10°, de la Constitución que preordena el conjunto de problemas planteados en esta causa, siendo un parámetro específico y punto de evaluación en esta causa.

El inciso 4° establece que *“para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica.”*

14°. Hay que partir indicando que ninguna de estas cuestiones fue objeto de debate en la STC 2787 con lo que son dilemas normativamente nuevos. Este inciso constitucional plantea los siguientes problemas. Primero, la financiación de un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, ¿es el reconocimiento únicamente de un derecho social prestacional de acceso para crear nuevas oportunidades educativas en ese nivel? En segundo lugar, ¿es posible entender que hay un principio de continuidad detrás de la frase “asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores”? En consecuencia, ¿no solo si nos encontramos frente a un derecho puramente social sino que a una obligación de no interferencia del Estado una vez definida la regla de acceso a un determinado nivel educativo en un colegio determinado?

15°. Recordemos que lo que tenemos que resolver es si la condición de acceso a un nuevo nivel importa obligaciones de continuidad en el mismo colegio. Por lo tanto, debemos partir estudiando las reglas de acceso a la educación.

Lo que primero debemos despejar son las cuestiones sociales del derecho de acceso a la educación, a la luz del artículo 5° inciso segundo de la Constitución. Lo anterior, implica examinar el acceso a nuevas prestaciones sociales las que deben ser interpretadas en el marco de las normas de accesibilidad, según los estándares de los derechos sociales y, en particular, del artículo 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que apunta a un régimen de obligaciones, gratuidad y accesibilidad.

En cuanto a la dimensión de la accesibilidad, de acuerdo a la Observación General N° 13 del Comité DESC de Naciones Unidas, esa accesibilidad exige un conjunto de criterios amplios. Por una parte, abordar una determinada institucionalidad educativa así como la puesta en marcha de los programas que deben



trasuntar una educación accesible a todos, por lo mismo deben ser: No discriminatorios, en cuanto sea un tipo de accesibilidad a todos los grupos vulnerables, tanto de hecho o de derecho. Es una accesibilidad material desde el ámbito, tanto por la inaccesibilidad geográfica como virtual, la que deben ser mitigadas. Del mismo modo, es una accesibilidad económica, por un lado, condicionada al régimen de gratuidad, según la diferente progresión de los niveles de enseñanza.

Según la formulación del apartado a) del párrafo 2 del artículo 13, la enseñanza primaria tiene dos rasgos distintivos: es "obligatoria" y "asequible a todos gratuitamente". En tal sentido, según las observaciones del Comité sobre ambas expresiones, ésta se definen en los párrafos 6 y 7 de la Observación general N° 11 sobre el artículo 14 del Pacto, según lo interpretado en la Observación General N° 13, párrafo 10.

16°. En esta decisión es clave entender el alcance que se le otorga a la frase *"para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia..."* (artículo 19, numeral 10°, inciso 4°). Esa obligatoriedad se define en los términos generales de la misma. El Comité DESC sostiene por "6. *Obligatoriedad*. El elemento de obligatoriedad sirve para destacar el hecho de que ni los padres ni los tutores, ni el Estado, tienen derecho a tratar como optativa la decisión de si el niño debería tener acceso a la enseñanza primaria. Análogamente, la prohibición de la discriminación por motivo de sexo en el acceso a la educación, que se exige también en los artículos 2 y 3 del Pacto, queda puesta más de relieve por esta exigencia. Sin embargo, debería subrayarse que la obligatoriedad solamente se puede justificar si la educación ofrecida es de calidad adecuada, es pertinente para el niño y promueve la realización de otros derechos del niño."

En consecuencia, dentro del derecho – deber de los padres no existe, en el ámbito de la educación formal, la libertad de educar o no educar a sus hijos. La salvedad radica en la insuficiente calidad de la educación que justifique otras vías de desarrollar esta obligación educativa.

17°. En cuanto a la expresión *"...para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica"* (parte final del inciso cuarto, numeral 10°, del artículo 19° de la Constitución).

Nuevamente partiendo con el cumplimiento de los estándares del derecho a la educación, el Comité DESC interpreta por gratuidad lo siguiente: "7. *Gratuidad*. El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos. Su eliminación es una cuestión que debe ser



tratada en el necesario plan de acción. Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría. Otros gastos indirectos pueden ser permisibles, a reserva de que el Comité los examine caso por caso. Esta disposición no está en modo alguno en conflicto con el derecho reconocido en el párrafo 3 del artículo 13 del Pacto para los padres y los tutores "de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas" (Observación General N° 11, párrafo 7°).

En consecuencia, el principio de gratuidad es verificado como una liberación de todo tipo de obstáculos que permita un acceso real al proceso formal de la educación. Dentro de esos obstáculos cumplen una función indiciaria como tales los costos directos e indirectos desde el inicio, desde los derechos de matrícula hasta el desembolso exigido por determinados uniformes, entre otras cuestiones.

18°. Tratándose el derecho a la educación de un derecho complejo integrado por componentes de libertad y prestacionales así como de obligaciones estatales, entre otros ámbitos iusfundamentales, habrá que estar al cumplimiento de los estándares de no discriminación y de progresividad, respecto de las reglas de libertad y sociales comprometidas. En esta perspectiva no se puede olvidar el carácter interdependiente e indivisible de estos dos ámbitos que se articulan para potenciar las variables de este derecho y no para anularlas.

En tal sentido, en cuanto a la regla examinada respecto de deberes estatales comprometidos, la regla de progresividad impone al Estado el avance gradual y no inmediato de un determinado alcance del derecho. De este modo, la secuencia de incremento paulatino de la promoción de oportunidades de acceso a la educación es una cadena lo más continua posible de avances, los que en el caso de la enseñanza en el nivel parvulario se condicionan al cumplimiento de la Disposición 21° Transitoria Constitucional que estableció una regla especial respecto de la gradualidad de la garantía en el sentido de que "ésta entrará en vigencia gradualmente, en la forma que disponga la ley".

Actualmente, el 28 de julio de 2021 se informó por parte del Senado que se ha dado cumplimiento a la aprobación del Informe de la Comisión Mixta por la cual se superan los obstáculos planteados durante su tramitación (Boletín 12.118-04) del proyecto de ley que modifica la Ley General de Educación con el objeto de establecer la obligatoriedad del segundo nivel de transición de Educación Parvularia.

19°. No es posible verificar el contenido de este último proyecto de ley y el alcance de esta observación sólo da cuenta de un doble examen que debe realizarse en relación a la naturaleza de las obligaciones estatales. Por un lado, conforme al estándar del tipo de deberes que le impone a los órganos del Estado el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, se trata de un doble tipo de exigencias. Por un lado, un deber de resultados, esto es, que efectivamente se incremente el acceso a diversos



niveles de educación conforme lo desarrolla el constituyente de las leyes 20.162 y 20.710, y, por otro lado, que se imponga un deber de comportamientos, esto es, que en el reconocimiento de estos derechos y en la mayor amplitud que tiene en el desarrollo de la igualdad de oportunidades (inciso 5° del artículo 1° de la Constitución) educativas, el Estado lo haga de un modo no discriminatorio. La pregunta adicional es si garantizar la continuidad en un mismo colegio se ajusta o no a un estándar no discriminatorio.

d.- Garantizar continuidad en la misma comunidad escolar es ajustarla a un factor de ingreso no acorde con la Constitución.

20°. El caso plantea que en el marco del derecho-deber de los padres de educar a sus hijos, éstos decidieron por un establecimiento que ofrecía a temprana edad un acceso al nivel medio menor, conocido informalmente como el “playgroup”, lo que derivaría en el deber estatal de respetar esa elección y no verse afectado por el proceso de admisión escolar que se regula desde la Ley N° 20.854 y sus modificaciones posteriores. En tal sentido, reivindica un denominado “principio de continuidad” en la misma comunidad educativa.

En términos del propio requirente “reinterpretando la Ley de Subvenciones (modificada por la Ley 21.052 de 19 de diciembre de 2017), la Superintendencia dictaminó que, desde julio de 2018 en adelante, aquellos establecimientos educacionales que cuenten con niveles medio menor y medio mayor de educación parvularia, hasta la enseñanza básica, deberán aplicar el Sistema de Admisión Escolar (SAE) a sus estudiantes al momento de pasar al primer nivel de transición, igual que lo harían con postulantes nuevos. Precisamente, el Dictamen N°46 no sólo deja sin efecto el anterior N°35 (que establecía una exención del SAE en dichas hipótesis), sino que hace íntegramente aplicable, y sin ninguna distinción, el sistema, para todos los estudiantes que ingresen al prekínder. No hay adecuación alguna del sistema o de sus criterios. No hay especial consideración del principio de continuidad de los estudios. Sólo se ordena aplicar de plano el SAE en el ingreso al primer nivel de transición, sin importar si la niña o el niño ya han cursado los primeros niveles en el mismo establecimiento” (fs. 11 del requerimiento).

El caso se funda en un reconocimiento del valor de la inclusión, la diversidad y el respeto promovido por la legislación a partir de la denominada Ley de Inclusión, pero exige para sí mismo una regla de trato gradual y no invasiva del modelo educativo que se desarrollaba con anterioridad a dicha ley.

21°. Partiendo por lo último, la gradualidad no es apreciada a la luz del desarrollo de un derecho prestacional sino que se hace en el marco de la determinación de las reglas de admisión. Esto es, lo que pone en cuestión es una regla de comportamiento estatal, en cuanto a la aplicabilidad inmediata del supuesto nuevo de la admisión, reconociendo los principios en que se funda la nueva legislación.



22°. En tal sentido, lo verdaderamente cuestionado es que el Estado haya actuado de un modo discriminatorio en circunstancias que, según ya vimos, le estaría vedado al Estado comportarse de esa manera en el acceso a nuevas oportunidades educativas.

Bajo este criterio, el requirente sostiene que “en la medida que vulnera el derecho a la igualdad y la proscripción de toda discriminación arbitraria (artículo 19 N°2), omitiendo diferencias relevantes entre la situación de unos niños y sus familias (quienes han cursado *playgroup* en un establecimiento educacional) y la situación de los demás niños y sus familias (quienes no lo han hecho); en su lugar, poniéndolos en una misma situación jurídica (la necesidad de postular al colegio a través del mismo SAE) a pesar de la existencia de estas diferencias relevantes” (fs. 13 y 14 del requerimiento).

23°. De este modo, el requirente le exige al Estado que trate como diferentes las situaciones de quienes son padres de alumnos que han cursado en el *playgroup* en el Colegio de aquellos que no estaban en el mismo y que tal diferencia se refleje en el proceso de admisión para lo cual exige la inaplicabilidad de la última parte cuestionada en el precepto legal.

¿Es correcto ese enfoque de igualdad? Ello nos lleva a examinar la Ley N° 21.052 en el marco de ese propósito.

24°. La Ley N° 21.052 persigue perfeccionar la Ley N° 20.845, luego de un año y medio de aplicación. Entre los aspectos a mejorar, identifica la aplicación del Sistema de Admisión Escolar (SAE) a los establecimientos que imparten exclusivamente educación parvularia, en el sentido de excluirlos del sistema, con el propósito de que los niños y niñas no sean sometidos en dos oportunidades en años prácticamente continuos a la postulación por el SAE.

La iniciativa introducía un nuevo inciso final al artículo 7 septies del DFL N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, del siguiente tenor: “Se excluirá totalmente de los procesos regulados en los artículos precedentes y en los incisos anteriores de este artículo, la admisión a la modalidad educativa de adultos, a las aulas hospitalarias, a las escuelas cárceles, y a aquellos establecimientos educacionales que impartan exclusivamente el nivel de educación parvularia. No obstante, en los casos en que un establecimiento educacional imparta enseñanza básica y parvularia, el sistema de admisión se aplicará desde el menor curso del menor nivel que imparta”.

25°. Es decir, en el proyecto de ley original, los establecimientos educacionales que impartían exclusivamente el nivel de educación parvularia quedaban excluidos del SAE (en ese entonces, 417 establecimientos). Sin embargo, si además impartían enseñanza básica, el SAE se aplicaría desde el primer curso de acceso al establecimiento, que puede ser sala cuna, nivel medio y 1° y 2° nivel de transición (prekínder y kínder).



En su primer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, el Ejecutivo presentó una indicación al proyecto de ley, la que establecía que los establecimientos particulares que impartían enseñanza parvularia y básica podían acogerse al SAE “desde el curso del menor nivel que imparta, no pudiendo efectuar cobro alguno a los padres o apoderados en los niveles inferiores al primer nivel de transición; en caso contrario, deberá acogerse a dicho sistema a partir del menor nivel de transición que imparta”.

Esta indicación tenía como objetivo facilitar la continuidad de estudios de los establecimientos que impartían educación parvularia y básica y tenían niveles educacionales previos al primer nivel de transición (prekínder). El proyecto de ley establecía que, en transición, los establecimientos que optaren por acogerse al SAE desde niveles inferiores al primer nivel de transición podrían cobrar como máximo a los padres y apoderados de dichos niveles el monto que cobraban en el primer nivel de transición, según la normativa educacional vigente.

La redacción actual de la norma cuestionada fue introducida en el segundo trámite constitucional del proyecto de ley, mediante indicación del Ejecutivo. La razón de la modificación obedeció a que “el Estado sólo entrega subvenciones a partir de prekínder, y no a los niveles previos. Por ello, se hace necesario corregir y precisar que el sistema de admisión sólo puede ser aplicado desde dicho primer nivel de transición” (BCN, Historia de la Ley N° 21.052, p. 89).

26°. Con estos antecedentes podemos entrar a resolver el juicio de igualdad. El factor en que funda la diferencia el requirente es la consagración de la extensión de una libertad, sostenida en el acceso preferente por el pago de una matrícula de admisión, que operaría con antelación a todo otro criterio.

El ingreso a niveles anteriores y legalmente obligatorios del proceso educativo es un derecho de los padres. Sin embargo, a partir de las exigencias regulares que el sistema educativo provee, en el examen de la ley N° 21.052, no parece posible reconocer ese principio de continuidad porque eso significaría avalar el criterio de pago de matrícula como el antecedente fundamental para permanecer en este colegio. En el ámbito educativo de las comunidades escolares que se forman a partir de la educación financiada directamente por el Estado o por la vía de la subvención, tal efecto sería transformar una libertad legítima en un privilegio.

En efecto, según el examen de los estándares de accesibilidad al derecho a la educación, una de las cuestiones que está en juego es el efecto de evitar un tipo de pagos, derechos o matrículas que entrañen una selección.

En tal sentido, la regla defendida como principio de continuidad es el estrechamiento de los cupos públicos en el régimen de admisión escolar, lo que reduce el principio de igualdad de oportunidades educativas, debilita el derecho – deber de los padres de escoger el establecimiento para sus hijos que por la vía de disminuir las



opciones concursales y pone en un pie de diferencia a los alumnos dependiendo de si tenían pagos previos de admisión o no.

27°. La afirmación de la imposibilidad de sostener esta diferencia deja un tema pendiente relativo al efecto concreto de una familia que tuvo a su hijo/a en el *playgroup* Colegio British School y que tuvo que dejarlo por no quedar en el proceso de admisión pública. Lo cierto es que este caso, señalado así no es el que tenemos frente a nuestros estrados por todas las características del caso concreto que se identificaron en los dos puntos iniciales. Responder esta cuestión es abstracto pero lo haremos.

28°. En la STC 2787, en el voto por rechazar, se alude a que “existe un conjunto de normas infra-constitucionales que suponen una relación existente entre un establecimiento educacional específico y los padres” (c. 7º). Y cita el artículo 10 literal b) de la Ley N° 20.370, que dispone que “son deberes de los padres, madres y apoderados educar a sus hijos e informarse sobre el proyecto educativo y normas de funcionamiento del establecimiento que elijan para éstos; apoyar su proceso educativo; cumplir con los compromisos asumidos con el establecimiento educacional; respetar su normativa interna y brindar un trato respetuoso a los integrantes de la comunidad educativa”.

29°. Desde este punto de vista, los padres tienen el deber de conocer el proyecto educativo del colegio y la reglamentación interna del mismo para el ejercicio de la libertad que consagra la Constitución. La STC 2787, en el voto por rechazar, define el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional para sus hijos “una libertad indelegable puesto que la exclusiva titularidad reside en los padres o tutores legales que son los únicos llamados a escoger para y por sus hijos. Ahora bien, es un deber de ellos, porque carecen de la libertad de no educar a sus hijos. Es el ejercicio de opciones que se da en el mejor interés de los niños y, por lo mismo, esta libertad no autoriza a los padres a privar de la educación a sus hijos o pupilos en los niveles primarios y básicos, como contrapartida del deber estatal de provisión gratuita de servicios educacionales. Por lo mismo, ésta es una titularidad que acentúa los derechos y deberes del artículo 19, numeral 10º, de la Constitución, consagrados para los padres. De lo anterior se desprende que no existe un derecho implícito de los establecimientos educacionales para sustituir esa libertad. Sólo es consistente con el ejercicio de tal opción la existencia de información que permita que esta libertad se dé en un marco de consentimiento y adhesión a un ideario educativo que los padres conozcan realmente. Pero estos actos preparatorios de comunicación, por parte de los establecimientos de enseñanza, no les otorgan a éstos el derecho a relevar la opinión preferente de los padres. E, incluso, en esa condición nada impide que el Estado fije las reglas mínimas que configuren los procesos de admisión” (c. 10º).

e.- No es posible retornar por la vía de la continuidad en el establecimiento al principio de selección por parte del mismo.



30°. El requirente ha sostenido no ir contra el proceso de admisión escolar vigente sino que sólo apreciar un efecto inconstitucional en un caso muy particular. De este modo, no están en juego los criterios para sostener la constitucionalidad general de dicha ley, asunto ya zanjado por nuestra Magistratura.

31°. En tal sentido, las razones por las cuales en la STC 2787-15, el Tribunal Constitucional se pronunció respecto de la prohibición de selección por parte de los establecimientos y el nuevo sistema de admisión previsto en el proyecto de ley que culminaría en la Ley N° 20.845, siguen vigentes.

El voto por rechazar concluyó que el sistema de admisión consagrado en el proyecto de ley se insertaba “en objetivos constitucionalmente legítimos: igualdad en dignidad y derechos desde el nacimiento, promoción del bien común, igualdad de oportunidades, inclusión social, promoción de los grupos desaventajados y desarrollo democrático” (c. 32°).

32°. El SAE es un sistema que permite la postulación a todos los establecimientos educacionales que reciben financiamiento público bajo una forma centralizada. El sistema permite un acceso a las familias que indican los establecimientos de su preferencia bajo una determinada prelación. Con ello, se eliminó el sistema anterior que permitía la selección de los colegios de los alumnos que lo integrarían, alterando la regla del derecho de los padres a elegir lo que devenía en la práctica en un régimen de segregación escolar.

Esta reforma es una más de otras y por sí misma está lejos de consagrar un régimen de calidad, puesto que es solo un proceso de admisión justo que proporciona una regla de acceso a establecimientos educativos de muy diversa calidad. Por lo mismo, esta circunstancia de hecho, en vez de debilitar la regla de admisión la fortalece, puesto que las familias tienen certidumbre de la entidad y calidad de cada una de las alternativas disponibles. Por lo mismo, reintroducir un régimen selectivo, en donde el principio de continuidad se transformaría en una especie de selección inversa en manos del establecimiento, efectivamente contribuye a discriminar por ventajas económicas y a imponer una barrera de entrada (ingreso por la *playgroup*) a las familias que solo tienen en la libertad de admisión sus únicos recursos sociales para la redistribución de la igualdad de oportunidades educativas.

33°. En tal sentido, sirvan estos argumentos formales primero relativos a la identificación específica de la titularidad de derechos que se evidencia en el ámbito del proceso de selección; así como al problema en torno al sentido interpretativo de la contra excepción del precepto legal cuestionado. En esta línea, cabe preguntarse cómo operaría, en el caso concreto, la regla general de sometimiento al SAE. La inaplicabilidad solo opera en el caso concreto y el colegio no ha sido parte del proceso. ¿Podría sentirse impelido el colegio a aplicar el SAE desde el menor curso de enseñanza que imparte?



En cuanto a los argumentos de fondo, en este voto de rechazo se examinaron cómo se construyó la puerta de entrada al sistema de admisión escolar, desde la Constitución, para evaluar los alcances de la inaplicabilidad y del principio de continuidad que reclama para su pretensión.

En particular, resolvimos el dilema nuevo planteado por el caso en torno al aludido efecto de continuidad entre la selección educativa en el nivel medio menor y el nivel básico de enseñanza, lo cual reintroduciría un régimen selectivo discriminatorio por la vía excepcional no pasando un examen de igualdad ni de justificación constitucional legítima de esas diferencias, a partir del pago de derechos de admisión que construyen un privilegio inconstitucional y que son contrarios a los estándares convencionales del derecho a la educación. Desde este punto de vista, el acoger la inaplicabilidad consagraría un efecto regresivo sobre un derecho de naturaleza social al implicar un retroceso normativo sobre el ámbito constitucionalmente garantizado por la Constitución, los tratados internacionales y la interpretación que ha hecho de los mismos para casos similares esta Magistratura. Finalmente, cabe traer a colación lo resuelto en la STC 2787, y sin perjuicio del efecto complejo del artículo 71 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional en cuanto no puede replantearse en vía de inaplicabilidad una cuestión por un vicio que ya fue resuelto por esta Magistratura como constitucional, asunto que se pudo haber definido en el ámbito de la admisibilidad del requerimiento por aplicación del artículo 84, numerales 2° o 6° de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Lo anterior, no porque el requirente lo sostenga, sino que por la fundamentación de acogimiento a su petición de inaplicabilidad, en la práctica, debilita el sistema de admisión escolar como método de acceso a una igualdad de oportunidades educativas.

Sirvan estos argumentos para el rechazo del presente requerimiento.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE, HABIÉNDOSE PRODUCIDO EMPATE DE VOTOS, NO SE HA OBTENIDO LA MAYORÍA EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, NUMERAL 6° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA DECLARAR LA INAPLICABILIDAD**



REQUERIDA, POR LO CUAL SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1.

- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
- III. QUE NO SE CONDENAN EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

PREVENCIÓN

El Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ previene que aun cuando concurre a la decisión de acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad, estima pertinente efectuar las siguientes consideraciones a tal decisión:

1.- Que, sin perjuicio de compartir los fundamentos expuestos en el voto por acoger, este Ministro estima que dicha argumentación omite el necesario reconocimiento de antecedentes jurisprudenciales en los que esta Magistratura Constitucional se ha expresado respecto a los derechos y garantías de los numerales 10 y 11 del artículo 19 de la Constitución, pronunciándose acerca de las características y alcance del derecho a la educación y libertad de enseñanza. En efecto, en STC 2787, este Tribunal Constitucional se refirió a las garantías mencionadas, a propósito del análisis efectuado con ocasión del requerimiento de inconstitucionalidad presentado 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.

2.- Que, en consecuencia, ineludible resulta citar dicha sentencia -por la especial relevancia para la resolución de la cuestión debatida-, al haberse pronunciado precisamente respecto de un cuerpo legal que es el núcleo del conflicto constitucional que aqueja a la requirente en este caso concreto. Y es así como dentro de dicha sentencia se indicó que, *“la Constitución (en los numerales 10 y 11 del artículo 19) resguarda, entre otros aspectos, una “libertad para” contribuir al desarrollo de la educación, para ejercer el deber y derecho preferente a educar a sus hijos y para escoger dónde hacerlo”* (STC 2787 c. 5 disidencia). Dentro del mismo análisis y a propósito de la garantía del derecho a la educación, la reseñada disidencia expresó que *“Habiendo configurado el Constituyente de tal manera amplia esa libertad de enseñanza, a fin que no se la prive de eficacia real ni se la haga objeto de depreciación gradual, entonces su comprensión y alcance ha de regirse por aquel principio -favor libertatis- que lleva a interpretar extensivamente las disposiciones atinentes a los derechos y garantías de las personas”* (STC 2787 c. 19 disidencia)



3.- Que, sin pretender hacer una síntesis del mencionado razonamiento expuesto en la sentencia ya indicada, resulta de particular relevancia tener en cuenta que los alcances de las garantías analizadas, abarcan a la totalidad de los estudiantes -destinatarios de la protección constitucional del derecho a la educación- y de los establecimientos educacionales -titulares de la garantía de la libertad de enseñanza- y, por tanto, no corresponde desconocer en un análisis como aquel al que nos convoca la controversia de la especie, este elemento que resulta determinante para comprender la vulneración de garantías constitucionales que se produce en la gestión pendiente. Dicho de otro modo, la aplicación del precepto legal cuestionado provoca un efecto contrario a la Constitución por atentar contra garantías constitucionales de carácter general, garantizadas y susceptibles de protección para todos los estudiantes del país y no únicamente por tratarse de alumnos que siendo parte de un proyecto educativo, a partir del cambio de criterio de la autoridad administrativa (Superintendencia de Educación), se ven expuestos a ser sometidos a un nuevo sistema aleatorio de ingreso a la educación, en el cual dicha elección por un proyecto educativo, efectuada por los padres, es desechada y sustituida por el azar de un nuevo proceso de selección.

4.- Que, en definitiva, la infracción constitucional revelada en el caso concreto deriva del desconocimiento -que la aplicación del precepto legal cuestionado provoca- del derecho a la educación y la libertad de enseñanza, garantías vinculadas indefectiblemente y que en la especie, bajo la aparente excusa de propender a un sistema igualitario, inclusivo y sin preferencias de acceso a los establecimientos educacionales, desconoce los mismos y desarraiga a menores de edad que, a través del ejercicio del derecho preferente a la educación que corresponde a los padres han comenzado su camino de aprendizaje, crecimiento, desarrollo cognitivo y social - todos ellos expresión del derecho a la educación- bajo un determinado proyecto educacional, manifestación de la libertad de enseñanza. De manera tal que no resulta atendible una argumentación como la vertida por la defensa de la parte requirente en estrados, la que por una parte destaca las supuestas virtudes de una regulación legal que a todas luces entra en conflicto con los derechos descritos, pero a la vez cuestiona esa misma regulación, exclusivamente para efectos de la pretensión privada que viene a defender ante esta sede constitucional. En tal sentido, el carácter concreto del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no obsta a tener en cuenta el efecto que provoca la aplicación de un precepto legal en un caso específico, pero respecto de una garantía constitucionalmente reconocida en términos generales y no respecto de una pretensión o interés particular como se ha planteado en la especie.

5.- Que, por último y en relación con la cuestión debatida, cabe tener presente que *“la educación es un proceso complejo, que transcurre desde los primeros años de la vida del individuo hasta el final de sus días, cuyo principal objeto es, en el contexto educativo, permitir el máximo desarrollo del alumno dentro de la sociedad. Como es lógico, en dicha etapa, la mayoría los padres pone especial atención en el tipo de información que reciben sus hijos, la que en parte importante se produce y proviene de la escuela. Debido a su naturaleza prestacional, este derecho fundamental requiere que el Estado despliegue ciertas acciones*



tendientes a cumplir con su función y en caso de producirse limitaciones a su ejercicio, éstas solo podrán ser válidas, cuando tengan una suficiente normativa, la que en ningún caso podrá afectar el sustrato esencial del derecho” (Leonora Madariaga Méndez. “Algunos aspectos sobre el derecho de los padres a decidir la educación moral y religiosa de sus hijos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción N° 34-2018, pp. 137-158).

6.- Que, en virtud de lo anteriormente señalado, en este contexto complejo en el que los niños principian su derrotero educacional y su formación personal, el desconocimiento de su derecho a la educación y la interrupción de un proceso educativo que ya comenzó y se modificó, por una parte, así como de la garantía de la libertad de enseñanza del establecimiento educacional, por otra; todo bajo la excusa de aplicar una regulación que pretende eliminar criterios de admisión, aun cuando ello importe interrumpir el camino que esos estudiantes han avanzado y provoque una afectación psicológica y educativa en los mismos, no puede constituir un fundamento razonable para tolerar una vulneración constitucional de tal entidad y de ingentes efectos tanto para el desarrollo de los niños como para el derecho de elección de los padres y las familias, por lo que tal afectación expresada en el caso concreto constituye argumento suficiente para respaldar la decisión de declarar inaplicable por inconstitucional el precepto legal en cuestión.

Redactó el voto por acoger el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ; el voto por rechazar, los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y GONZALO GARCÍA PINO, respectivamente. La prevención corresponde al Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 10.270-21-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.