

22 DE JUNIO DE 2020

**INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA MOCIÓN
QUE, CON MOTIVO DE LA PANDEMIA COVID 19 Y
SUS EFECTOS, IMPONE A LAS INSTITUCIONES DE
EDUCACIÓN SUPERIOR, EN GENERAL, Y SIN
COMPENSACIÓN ALGUNA, UNA PROHIBICIÓN
PARA COBRAR ARANCELES DURANTE 2020.
(BOLETIN 13.378-04).**

***“DESVISTIENDO UN SANTO
PARA VESTIR OTRO SANTO”***

Patricio Zapata Larraín
Profesor de Derecho Constitucional
Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile
Magister en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile
Master en Derecho (LIM) de la Universidad de Harvard

He querido titular este Informe en Derecho con las palabras de un refrán español, “Desvestir un santo para vestir otro santo”, pues me parece que esa vieja expresión castellana aplica bien a la Moción que se me ha pedido analizar.¹

El proverbio antiguo que abre esta Opinión Legal busca graficar la sinrazón de cualquier curso de acción que pretenda mejorar la situación de alguien que merece ser ayudado (“*un santo*”) por vías que desmejoran la situación de otro alguien a quien también, e igualmente, debiéramos querer proteger (“*otro santo*”). Si he señalado que el refrán “Desvestir a un santo para vestir a otro santo” apunta a una sinrazón es porque, a diferencia de lo que ocurre cuando alguien se ve enfrentado a la disyuntiva dramática de tener que elegir entre dos males, y opta por aquel que le parece el menos malo; el dicho de nuestro título se refiere a una situación distinta, la de alguien que, por atolondramiento o falta de información, no se da cuenta que una determinada acción suya, aparentemente beneficiosa para un interés valioso, implica o acarrea, también, y necesariamente, una lesión para otro interés igualmente querido. Dicho en breve, quien desviste un santo para vestir otro santo, no sabe lo que está haciendo.

El proyecto cuya constitucionalidad se examinará en este Informe (en adelante, el proyecto) corresponde al Boletín 13.378-04. Se evaluará el texto tal cuál fue despachado por la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados (ver el anexo al final).

El proyecto busca ayudar a esos miles, decenas de miles o quizás cientos de miles, de estudiantes de la educación superior chilena, y sus familias, que, a causa de este evento terrible que es la Pandemia covid 19 y sus repercusiones económicas, tienen dificultades para cumplir en tiempo y forma con las obligaciones que contrajeron con los centros de estudio en que están matriculados. Se trata, sin duda, de unas personas a quienes la comunidad, y el Estado a través de políticas y leyes, deberían tratar de ayudar. En términos del refrán con que partimos este texto, se trata, sin duda, de *un santo* que hay que tratar de vestir.

La forma escogida por la Moción para ir en ayuda de esos estudiantes y sus familias consiste en imponer a las Instituciones de Educación Superior el deber de ofrecer ciertas “medidas extraordinarias” de alivio a dichos estudiantes. Más concretamente, lo que se propone es limitar severamente la facultad que las Instituciones de Educación Superior (IES) tienen, por ley, y hasta el día de hoy, para cobrar unos valores de matrícula y unos aranceles a los alumnos no cubiertos

¹ Los ingleses tienen la expresión similar -“*to rob Peter to pay Paul*”-, donde Peter y Paul son los apóstoles, y santos, Pedro y Pablo. El dicho inglés data de fines del siglo XIII. Tomo nota del hecho que los españoles hayan preferido la expresión desvestir por la de robar...

por la gratuidad financiada por el Estado. Como lo explicaremos, la forma seleccionada por el legislador para ir en ayuda de los estudiantes no solo aligera las ropas de las universidades (las desviste de recursos), sino que amenaza la sustentabilidad de algunos proyectos de educación superior; ya sea en términos absolutos o en cuanto a la forma específica que han elegido para desarrollarse (grados de complejidad, tipos de carreras, infraestructura, etc.).

Nos encontramos, en verdad, entonces, con una paradoja que sería irónica si no fuera trágica. Al desvestir, y matar de frío, al *santo* (las IES) llamando a proveer de educación superior a esos *otros santos* que son los estudiantes -todo esto en aras de tratar de ayudar en el cortísimo plazo a dichos estudiantes-, se estaría consiguiendo, sin tener conciencia de ello, que, en el corto y mediano plazo, a esas mismas IES les resulte cada vez más difícil perseverar en la senda de excelencia en que están empeñadas y a la que la misma ley las empuja. Este escenario no puede sino redundar en una amenaza al mismo derecho a la educación que se quiso cautelar con esta contraproducente política. O sea, y en términos futbolísticos, estaríamos ante ... un autogol.

Al llegar a este punto, me parece indispensable manifestar que si los problemas del proyecto radican solamente en una mala técnica legislativa, en sus más que probables efectos negativos sobre el sistema de educación superior en su conjunto o en su ineptitud para alcanzar el fin declarado, no estaríamos necesariamente frente a un auténtico problema de constitucionalidad. La Carta Fundamental no exige que las leyes sean buenas. Dentro de ciertos márgenes, ni la falta de lógica, ni la inutilidad ni la peligrosidad son en sí mismos vicios de inconstitucionalidad de las leyes.

La inconstitucionalidad se configura cuando un proyecto contraviene alguno de los principios o reglas de la Carta Fundamental. La clave para nuestro análisis consistirá, entonces, en verificar si el problema que hemos detectado en el proyecto, esto es, el hecho que en aras de un pretendido auxilio a los titulares del derecho a la educación superior se causará un grave daño a las únicas entidades que pueden satisfacer ese derecho, se expresa normativamente de una manera que, más allá de su inconveniencia, infringe alguna regla constitucional o lesiona alguno de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 19 de la Constitución.

Las secciones que siguen abordan cuatro tipos de problemas de inconstitucionalidad que aquejan a este proyecto. El foco estará puesto en la situación de las Universidades, pero mucho de lo que se dirá es aplicable, también, a la realidad de Institutos Profesionales y CFT.

1.-

SOBRE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Para la Constitución Política las Universidades son un grupo intermedio. ¿Qué significa esto? Pues, que la Carta Fundamental las considera un tipo de asociación o comunidad que manifiesta de modo superlativo la natural sociabilidad de las personas, permitiéndole a ellas el logro de propósitos centrales para su mayor realización. Estos grupos intermedios expresan, además, la riqueza y vitalidad de una sociedad auténticamente libre.

Dice la Constitución: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos” (artículo 1º, inciso tercero).

De acuerdo a José Luis Cea, “los grupos intermedios son organizaciones voluntariamente creadas por la persona humana, ubicadas entre el individuo y el Estado, para que cumplan sus fines específicos a través de los medios de que dispongan, con autonomía frente al aparato público. En tal categoría de grupos caben, por ejemplo, los sindicatos y gremios, los colegios profesionales, las corporaciones y fundaciones de beneficencia, los centros de padres y apoderados, las juntas vecinales, las asociaciones estudiantiles y deportivas, las instituciones de ciencia y técnica, de arte y cultura, las universidades, los grupos dedicados a fines filantrópicos o de beneficencia, las organizaciones no gubernamentales, etcétera.”²

La lista propuesta por el profesor Cea no es taxativa (“por ejemplo”). Podrá observarse, en todo caso, que dicho listado no incluye a las empresas o sociedades comerciales, esto es, a entidades creadas con el objeto de generar una ganancia, la que, en caso de producirse, se distribuirá entre los socios o accionistas. Nuestra opinión, y creo que es también el parecer del profesor Cea, es

² Cea, José Luis: “Derecho Constitucional chileno”, Ediciones UC, tomo I, Tercera Edición, 2015, p. 216.

que tales sociedades también son grupos intermedios para la Constitución. Así lo ha reconocido, por lo demás, la jurisprudencia nacional desde hace largo tiempo.³

Ahora bien, y aun cuando el amparo constitucional a los grupos intermedios se extiende a las entidades con fines de lucro, pues ellas también hacen una contribución valiosa al despliegue de los proyectos de las personas y a la vida de la sociedad; me parece que en el corazón de la idea de “grupos intermedios” se encuentran las agrupaciones más estables que buscan un fin propio que no consiste en una utilidad económica directa. Estas son, principalísimamente, las asociaciones a través de las cuales se “organiza y estructura la sociedad”.

Por eso, y volviendo al principio, podemos afirmar que las Universidades son por antonomasia un grupo intermedio merecedor de protección constitucional. Muchas son las razones para que la comunidad y el Estado pudieran querer amparar y apoyar a las Universidades. Y así como algunos podrán querer poner el acento en el valor de la generación de nuevo conocimiento científico, otros querrían enfatizar su rol en la formación de excelencia de nuevos profesionales y técnicos. Y si algunos destacarán especialmente de las Universidades su contribución en el terreno de la reflexión crítica y la ciudadanía, habrá quienes aprecien particularmente la oportunidad que ofrece para el desarrollo de la innovación tecnológica. O de las regiones. El debate sobre la misión de la Universidad es antiguo y no se ve que pueda, o deba, cesar. La verdad, en todo caso, es que las Universidades pueden estar llamadas a prestar varias funciones socialmente valiosas.

¿Y ahora bien? ¿Cuál podrá ser, para la Constitución, la razón principal para que las Universidades reciban protección y apoyo?

La Constitución Política no define a las Universidades ni les fija explícitamente una misión. De hecho, sólo las menciona tres veces. Y lo hace para depositar en ellas cierta confianza. La Constitución confía expresamente en las Universidades, en primer lugar, cuando autoriza a la ley para determinar aquellas profesiones respecto de las cuales sólo las Universidades pueden otorgar el grado o título correspondiente (art. 19 N° 16 inciso cuarto). La Constitución confía expresamente en las Universidades, en segundo lugar, cuando las sigue mencionado, en referencia que ha devenido en arqueológica, como titulares de la televisión abierta (art. 19 N°12 inciso quinto). La Constitución confía expresamente en las Universidades, finalmente, cuando exige que los miembros del Tribunal

³ Ya hace 35 años, la Excelentísima Corte Suprema, fallando una acción de inaplicabilidad, reconoció la calidad de grupo intermedio, con la protección que ello implica, a una entidad mercantil. Véase el fallo “Bolsa de Comercio de Santiago”, de 23 de Enero de 1985 (RDJ t. 82, 2-5, 1-5).

Constitucional deban “haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública”.⁴

Como fuere, lo hemos visto, la Constitución confía en las Universidades. Y si bien es cierto que los numerales del artículo 19 dedicados a reconocer los derechos a la educación y la libertad de enseñanza (10 y 11) no se refieren expresamente a las Universidades, debe entenderse que las referencias a los “distintos” niveles de educación y enseñanza incluye la dimensión terciaria (aun cuando sólo se mencionen los niveles parvulario, básico y medio). Es evidente, por tanto, que la referencia que hace el inciso final del numeral 11 del artículo 19 al reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales “de todo nivel”, está abarcando, no solamente a los que el mismo inciso mencionó más arriba en el mismo párrafo a propósito de requisitos y normas generales (los establecimientos de educación básica y media), pero también está incluyendo, de manera implícita, a las instituciones de educación superior (IES).

Sabiendo, entonces, que la Constitución reconoce, implícitamente, un nivel de educación superior, podemos darle máximo sentido al mandato estatal a “fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”.

Resulta entonces que para la Constitución, el especial valor de este grupo intermedio llamado Universidad está dado por el rol que estas instituciones

⁴ Habría que reconocer, en todo caso, que, tratándose de declaraciones explícitas de amor, la Constitución de 1925 era bastante más efusiva con las Universidades que la Carta actual. Y ahí donde la Carta actual menciona a las Universidades como titulares de televisión abierta junto con el Estado y “las demás personas o entidades que la ley determine”, la Constitución de 1925 sólo admitía televisión estatal o universitaria. Más aun, y reforzando su rol de cara a la formación de la opinión pública, la Carta de 1925 establecía “Toda persona natural o jurídica, especialmente las universidades y los partidos políticos, tendrán el derecho de organizar, fundar y mantener diarios, revistas, periódicos y estaciones transmisoras de radio...” (art.10 N°3 inciso cuarto). Y respecto de los magistrados del Tribunal Constitucional la carta de 1925 no se limitaba a considerar que destacarse en el campo universitario es equivalente a hacerlo en el campo profesional o público, sino que establecía que, además de 12 años de ejercicio profesional, uno, al menos, de los abogados designados por el Presidente de la República tenía que “haber sido 10 años titular de una cátedra universitaria de Derecho Constitucional o Administrativo en alguna de las Escuelas de Derecho del país”. Y en cuanto al derecho a la educación, la Constitución de 1925 dedicaba cuatro incisos completos a las Universidades. A saber:

“Las Universidades estatales y las particulares reconocidas por el Estado son personas jurídicas dotadas de autonomía académica, administrativa y económica. Corresponde al Estado proveer a su adecuado financiamiento para que puedan cumplir sus funciones plenamente, de acuerdo a los requerimientos educacionales, científicos y culturales del país.

El acceso a las Universidades dependerá exclusivamente de la idoneidad de los postulantes, quienes deberán ser egresados de la enseñanza media o tener estudios equivalentes, que les permitan cumplir las exigencias objetivas de tipo académico. El ingreso y promoción de profesores e investigadores a la carrera académica se hará tomando en cuenta su capacidad y aptitudes.

El personal académico es libre para desarrollar las materias conforme a sus ideas, dentro del deber de ofrecer a sus alumnos la información necesaria sobre las doctrinas y principios diversos y discrepantes.

Los estudiantes universitarios tienen derecho a expresar sus propias ideas y a escoger, en cuanto sea posible, la enseñanza y tuición de los profesores que prefieran;”.

juegan a la hora de otorgar ciertos títulos requeridos para el ejercicio de ciertas profesiones, el papel que podrían desempeñar en la formación de la opinión pública (la ciudadanía) y la contribución que pueden hacer a la educación superior, la ciencia, la tecnología, el arte y el patrimonio cultural. No es poco lo que se espera de ellas. Las descritas son, sin duda, poderosas razones constitucionales para proteger y apoyar a las Universidades.

No obstante todo lo que se ha dicho sobre la utilidad social de las Universidades, cuestión muy relevante para este Informe, quiero prestar atención a otro motivo o causa constitucional que justifica un especial deber de Estado de proteger y apoyar a este grupo intermedio.

Me quiero detener en la peculiar naturaleza de esta comunidad que son las Universidades. Tengo claro que la diversidad de proyectos, de modelos, de inspiraciones, de estructuras y de formas de gobernanza es un rasgo característico del sistema universitario de un país que respeta la libertad de enseñanza. Al constatar esta rica pluralidad uno podría llegar a pensar que ya no queda ningún núcleo esencial común que sirva para identificar lo universitario que comparten, por ejemplo, una Universidad Estatal Nacional compleja, una Universidad privada con vocación pública e identidad religiosa, una Universidad privada docente con énfasis en carreras técnicas o una Universidad Regional.

En este punto quiero remontarme a una de las más viejas definiciones de Universidad en nuestro idioma y en nuestra tradición cultural. Quiero recordar, entonces, el hecho que, hace casi ochocientos años, las Siete Partidas de Alfonso el Sabio describían a la Universidad (*Estudio*) como “*ayuntamiento de maestros et de escolares que es fecho en algunt lugar con voluntad et entendimiento de aprender los saberes*”.⁵

La definición de Alfonso el Sabio no es demasiado distinta a la conceptualización que recibieron en su origen las primeras universidades europeas: la de Bolonia, creada en 1088 por el impulso fundamental de guildas de estudiantes (y recibiendo apoyo del Municipio) y la de París, fundada en 1150 por gremios de maestros (y contando con el respaldo del Rey). En ambos casos, a estas Escuelas de los Estudios Generales se las conoce como *Universitas magistrorum et scholarium*, esto es, asociación de maestros y estudiantes.

Tantos siglos después, no deja de parecerme, que en relación a la naturaleza de la Universidad, la palabra “ayuntamiento” es particularmente feliz. Del latín *adiunctus* (juntos o unidos), nos remite a la más estrecha relación que puede producirse libremente entre dos personas. No es casualidad, entonces, que cuando

⁵ Partida II, Título XXXI, Ley I, años 1256-1265

las mismas Siete Partidas de Alfonso el Sabio quisieron definir al matrimonio lo hicieron como “ayuntamiento de marido y mujer...”.⁶ En nuestro país, la expresión “yunta” se sigue usando como equivalente a amigo inseparable.

Una Universidad es, entonces, y antes que cualquier otra cosa, la estrecha unión (comunidad) entre unos individuos (ojalá estudiosos) que tienen cosas que enseñar (y que, en el proceso, siguen aprendiendo) y otros individuos (ojalá estudiosos) interesados en aprender (y que, eventualmente pueden llegar a enseñar). Los establecimientos que se llaman Universidades pueden ser, además de eso, por supuesto, muchas otras cosas. Pueden ser centros de investigación pura o aplicada. Pueden ejercer la crítica. Pueden servir al conjunto de la comunidad o a ciertos territorios o poblaciones a través de la extensión. Tiendo a pensar que la Universidad cuenta con especiales condiciones que le permiten hacer investigación, crítica y extensión de primerísima calidad. Creo, además, que la investigación, la reflexión crítica y la extensión desplegadas en una Universidad probablemente redundaran en mejor docencia en esa Universidad. Pero tengo claro, en todo caso, que un Instituto no universitario puede hacer investigación de punta. Me consta que un *Think Tank* puede hacer contribuciones muy valiosas a la reflexión sobre los problemas del país. Sé que Corporaciones y Fundaciones no universitarias pueden atender a muchas de las necesidades culturales de la población.

La Universidad puede hacer muchas cosas, pero lo que ella “no puede dejar de ser como tal, -lo dice Jorge Millas- es una comunidad de maestros y discípulos destinada a la transmisión y al progreso del saber superior”.⁷ Me parece que esta cita a uno de los grandes universitarios chilenos de todos los tiempos confirma que la definición medieval de Universidad como unión, “ayuntamiento”, entre profesores y estudiantes, no ha perdido sentido ni vigencia.

Ahora bien, si lo esencial del grupo intermedio conocido como Universidad, más allá de los muchos bienes útiles que puede proveer a la sociedad, es el hecho de ser una reunión, o ayuntamiento de personas en pos del saber, conviene reflexionar si las circunstancias de ese encuentro o dialogo tiene, o no, un valor, en sí mismo, para todos quienes participan en él.

Cuando la Constitución Política ha concluido que la educación es un derecho fundamental, no está pensando principalmente en el beneficio material que puede derivarse de la obtención de una licencia o grado (aunque sea legítimo que el

⁶ Cuando los españoles se dieron su primera Constitución, en 1812 (pues no me merece ser llamado Constitución el texto impuesto por José Bonaparte (“Pepe Botella”) en 1808, recurrieron al término ayuntamiento para referirse a las estructuras locales del “gobierno interior de los pueblos” (arts. 309 al 323).

⁷ Millas, Jorge: “Idea y defensa de la Universidad”, Editorial del Pacífico, 1981, p. 27.

estudiante pueda pensar en ese resultado). Los derechos fundamentales son exigencias de la dignidad humana y se reconocen y garantizan bajo el entendido que su irrespeto o vulneración afecta gravemente las posibilidades de realización espiritual de la persona (véase la definición de Bien Común del artículo 1° inciso cuarto de la Constitución).

De lo que hemos venido desarrollando debe desprenderse, me parece, que en el caso del grupo intermedio **Universidad**, el reconocimiento y amparo por parte del Estado debe ser especialmente sensible al hecho que tanto a la naturaleza como el fin de esta asociación tienen un marcado carácter intelectual y moral.

Es verdad, obviamente, que todas las conductas humanas, y todas las asociaciones humanas, suponen, cual mas cual menos, el despliegue de la inteligencia y la creatividad. Eso incluye, por supuesto, la actividad laboral, la profesional y la empresarial. Existen, sin embargo, ciertas actividades sociales en que la dimensión espiritual se manifiesta de manera más rotunda aún, ya sea porque tocan directamente el desarrollo moral del individuo o porque demandan el más libre despliegue de su imaginación o su sentido crítico. Nos referimos, en concreto, al ejercicio de la religión, a la libertad de enseñanza, a la acción de los medios de comunicación y a la creación artística.⁸ En el caso de estas actividades, la libertad juega, en efecto, un papel especialísimo. Por esa misma razón, la Constitución Política le concede protección especial a dichas expresiones del espíritu (números 6, 11, 12 y 25 del artículo 19, respectivamente). Y, por lo mismo, las regulaciones estatales correspondientes no pueden ser equivalentes a las regulaciones estatales que rigen las cuentas corrientes o la compra de inmuebles.

Una interferencia en la adecuada autonomía de las Universidades no sólo es reprochable porque, seguramente, va a significar un deterioro en la calidad de los procesos. La Constitución la rechaza, principalmente, porque dicha injerencia lesiona la esencia misma de la vocación de esas instituciones: la libertad con que sus impulsores proponen un tipo de enseñanza, la libertad con que maestros despliegan su vocación y la libertad con que los discípulos eligen el proyecto académico que prefieren.

Tan decisiva para el análisis constitucional consideramos la naturaleza y la finalidad de una asociación que no dudamos en afirmar que las universidades estatales, aun cuando han sido creadas por ley y son parte del Estado, deben ser consideradas, sin embargo, y para la mayoría de las cuestiones sustantivas, más

⁸ En su muy conocida clasificación de los derechos fundamentales, Enrique Evans identifica a este mismo conjunto de libertades (religiosa, de enseñanza, de expresión, etc.) como "derechos del pensamiento libre", en **Evans, Enrique: "Los Derechos Constitucionales"**, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1986, p 203.

como grupos intermedios que como reparticiones burocráticas. Y esto, por cuanto para efectos del fin (cultivo del saber), es más importante su condición de universidad que su forma jurídica. Y antes que la actuación eficaz y eficiente de unos funcionarios prestando un servicio público a unos ciudadanos, lo que allí ocurre es el dialogo de maestros y estudiantes. Aunque no sin algunas dificultades, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno ha convergido en el sentido que las Universidades, todas ellas, incluidas las estatales, son de aquellos grupos intermedios a que se refiere el inciso tercero del artículo de la Carta Fundamental. Y, en base, a ello ha afirmado la autonomía de estas entidades.⁹

La autonomía de las universidades, en cuanto grupos intermedios, no consiste en que ellas tengan libertad para determinar sus fines. Como hemos visto, los fines están dados por la naturaleza de la institución de que se trata. Es por esa razón que, en su artículo 1º, la Constitución reconoce a los cuerpos intermedios “la

⁹ Sobre esta materia, véanse las sentencias roles N° 523, sobre aplicabilidad del Estatuto de la Universidad de Chile a la controversia suscitada entre el Rector de la Universidad de Chile y algunos docentes del Liceo experimental Manuel de Salas, N° 1892 sobre pretensión de la Universidad de Chile de no serle aplicable la ley de Transparencia, N° 2731 sobre Administrador provisional y N° 2935 sobre Glosa de Gratuidad.

Y así, en el fallo “administrador provisional”, de 2015, el Tribunal Constitucional expresó:

VIGESIMOSÉPTIMO: Que la autonomía universitaria es un concepto que no está reconocido expresamente en la Constitución, pero que se deduce directamente de ella a partir de que algunos tipos de universidades son un cuerpo intermedio de la sociedad. Y, también, porque se asume como garantía institucional integrante de los derechos educacionales, en particular, de la libertad de enseñanza;

VIGESIMOCTAVO: Que una de sus fuentes de reconocimiento es la autonomía de los grupos intermedios. A éstos la Constitución les garantiza su autonomía para que puedan perseguir sus fines específicos (artículos 1º y 23). De esta manera, los grupos privados disponen de la libertad de asociación y de la autorregulación que permite un ejercicio colectivo del derecho asociativo, especialmente en la determinación de sus fines, medios, reglas internas y resolución de las diferencias que surjan al interior de sus asociados. Esta determinación genérica de autonomía no se contrapone a la capacidad del legislador de dictar normas generales y obligatorias válidas para todos los sujetos a un determinado ordenamiento jurídico. La potestad legislativa tiene rango constitucional y los grupos intermedios no están al margen de los mandatos del legislador. Todo lo anterior, porque la autonomía que la Constitución garantiza es la adecuada. La autonomía es “inadecuada” cuando pretende ser invocada para realizar actividades ilegales, dañosas o ilícitas, o amparar excesos en la actuación del órgano que la invoca (STC 184/1994);

VIGESIMONOVENO: Que, respecto de la autonomía universitaria, no todas las universidades tienen por origen un agrupación intermedia, pero sí todas ejercen el principio de autonomía propiamente tal (Manuel Núñez, “Las universidades estatales y la construcción unitaria del principio de autonomía universitaria: Ensayo de una crítica a la jurisprudencia constitucional chilena” en *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2, 2007, pp. 236 - 239). Esta noción de autonomía ha sido definida en la ley. El legislador sostiene que la autonomía es el principio del sistema educativo chileno que “se basa en el respeto y fomento de la autonomía de los establecimientos educativos. Consiste en la definición y desarrollo de sus proyectos educativos, en el marco de las leyes que las rijan” (artículo 3º, literal d), de la Ley N° 20.370, General de Educación) y, respecto de la autonomía universitaria, es el “derecho de cada establecimiento de educación superior a regirse por sí mismo, de conformidad con lo establecido en sus estatutos en todo lo concerniente al cumplimiento de sus finalidades y comprende la autonomía académica, económica y administrativa” (artículo 103 de la Ley N° 20.370, General de Educación). Respecto de estas dos últimas expresiones de la autonomía, ambas deben ejecutarse de acuerdo o en conformidad “con sus estatutos y las leyes” (artículo 103 ya aludido);

Hay que destacar que, en el contexto español, el Tribunal Constitucional de dicho país ha resuelto que más que garantía institucional, la autonomía es un derecho fundamental (véanse las sentencias hispanas 26/87, 25/97, 106/90, 187/91 y 156/94, 4, entre otras).

adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. La propia Carta Fundamental contiene ciertas prohibiciones en relación a cuerpos intermedios que busquen un fin ajeno a su naturaleza.¹⁰ También se violaría la Constitución el Estado se propusiera que un grupo intermedio hiciera algo distinto a sus fines propios (aquellos para los cuales fue creado).

La verdad es que –constitucionalmente– lo más propio y distintivo de la autonomía consiste en poder escoger formas o medios para perseguir un fin que está dado por la propia naturaleza de la corporación de que se trata. La autonomía Universitaria no consiste, entonces, en que cada institución pueda elegir cuales han de ser sus fines. Ellos son, y no pueden ser otros, que la docencia, en primerísimo lugar, pero también, por supuesto, la investigación y la extensión. La autonomía universitaria se manifiesta en la libertad, relativa por cierto, que tiene cada institución para elegir los medios o formas a través de los cuales intentará cumplir dichos fines. Así, cada Universidad fijará, entre otras cuestiones, su misión específica, los criterios de admisión, el perfil de egreso, las carreras a impartir, los programas de estudios, la carrera docente, las líneas de investigación a potenciar, etc.

Como veremos, el proyecto lesiona la autonomía universitaria. Con una norma como ésta, el Estado violaría su deber de reconocer y amparar este cuerpo intermedio.

Es violatorio de la autonomía universitaria, en primer lugar, que el proyecto indique que los planes que deberán elaborarse para apoyar la continuidad educativa incluyan medidas “académicas” y no sólo económicas. ¿Qué medidas académicas? ¿Habrá un patrón o estándar? ¿Lo fijará la Superintendencia y ella lo fiscalizará? Esto es muy peligroso desde el punto de vista de la libertad de enseñanza y de la libertad de cátedra.

La ley de Educación superior, la ley N° 21.091, de hace apenas 3 años, estableció un conjunto de regulaciones adicionales, destinadas a certificar la calidad de los procesos de enseñanza. Las Universidades se encuentran sujetas a un régimen de aseguramiento de la calidad.

En cuanto a la norma del proyecto que establece que los “planes” quedan sujetos a la fiscalización de la Superintendencia de Educación Superior, surgen varias

¹⁰ Así, por ejemplo, el artículo 19, N° 11, inciso tercero, establece que “la enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna” y el artículo 23 dispone que “Los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, será sancionados en conformidad a la ley”.

interrogantes: ¿Qué va a fiscalizar la SES? ¿El mero hecho que haya un plan? ¿La “calidad” del plan? ¿Comparado con qué? ¿El mero hecho que no se aplique sanciones a quienes se acojan al plan (ver art. 2)? Me parece una delegación muy amplia y por ende peligrosa.

Cabe señalar que, respecto de una posible vulneración de lo dispuesto en artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental, los representantes del Ejecutivo, al momento de concurrir a la Comisión de Educación de la Cámara, hicieron, formalmente, reserva de inconstitucionalidad en este punto.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo que ya hemos planteado, la principal afectación a la autonomía de las Universidades en que incurre el proyecto se produce por la forma en que limita de manera inconstitucional las facultades de la Universidad para cumplir y hacer cumplir el conjunto de obligaciones y derechos que nacen de los contratos con sus alumnos. Yo esperarí que, después de lo que se ha expresado en esta primera sección, fuera evidente que una interferencia desmesurada o injustificada en este terreno, además, de un problema de platas, que sin duda lo es; también constituye un problema de libertad.

Este será el asunto que examina la sección que sigue.

2.-

CONTRATOS Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

El proyecto que examinamos pretende resolver, o al menos morigerar, la situación de aquellas familias que, producto de la crisis sanitaria, económica y social que asola a nuestro país, están teniendo, y tendrán, problemas para pagar el valor de los aranceles de la educación superior. La preocupación de los impulsores del proyecto es, sin duda, atendible. Hay que destacar, en todo caso, que mucho antes que se presentara la Moción parlamentaria que da origen a este proyecto, las mismas IES ya habían desplegado planes de apoyo para sus alumnos y facilidades para pagar dichos aranceles. Lo siguen haciendo.

Resulta comprensible que el legislador quiera acudir en apoyo de todos estos deudores. Y cuando decimos legislador, nos estamos refiriendo, por supuesto, a los dos órganos colegisladores: Presidente de la República y Congreso Nacional. Ahora bien, y en principio, la vía más obvia para que el Estado auxilie a los estudiantes sería entregando recursos fiscales directamente a las familias y/o a las IES. La iniciativa bajo examen acude, sin embargo, a otro expediente. Lo que se hace, lo veremos en detalle, es limitar severamente la facultad legal de cobro de las Universidades. De esta manera, en vez de buscarse una solución a la que concurráramos todas y todos, a través del erario nacional, se impone un remedio que grava a un grupo específico de personas: las Universidades.

Imagino que los parlamentarios patrocinantes del proyecto podrían señalar que no ha sido por gusto que han debido escoger el camino del gravamen a las propias Universidades, sino, porque no cuentan con facultades para proponer un subsidio fiscal directo. Por su naturaleza, este Informe en Derecho no puede hacerse cargo de consideraciones políticas como esa. No obstante, no puedo dejar de advertir que, a través del debate y el diálogo, gobierno y oposición, Presidente y Congreso, han ido convergiendo en la dirección de establecer un Ingreso Familiar de Emergencia, proteger los empleos y mejorar el acceso al crédito. No me parece, por lo demás, que la convicción que algunos puedan tener, o podamos tener, en el sentido que las políticas propuestas por el Ejecutivo son tardías o insuficientes sea, en sí mismo, un argumento para volver constitucional lo que no lo es.

Al llegar a este punto, parece necesario afirmar, con el máximo énfasis posible, que desde el punto de vista de la Constitución Política, de ésta (la que nos rige) o de cualquier otra, ni las mejores razones políticas (y aquí pueden haber algunas muy buenas) ni las buenas intenciones (y aquí, sin duda, las hay) justifican saltarse los principios y las reglas establecidas.

Lo que haremos, entonces, es evaluar -constitucionalmente- el medio escogido por el proyecto. Ni más, ni menos.

Existe, hay que decirlo, una respuesta rápida y sencilla a la interrogante que nos hemos planteado. Y consiste en plantear que ninguna ley nueva puede, bajo ninguna circunstancia, interferir con las obligaciones que resultan de un contrato celebrado libremente bajo una ley anterior. De acuerdo a esta visión, resulta evidente que el proyecto es inconstitucional, y por partida doble. Primero, por privar al titular del derecho de propiedad del ejercicio de facultades esenciales sobre los derechos que emanaron de un contrato celebrado válidamente. Y segundo, por efectuar una modificación retroactiva a las condiciones bajo las cuales se genera patrimonio.

Entiendo que hay razones atendibles para adoptar el predicamento anterior. En este Informe, sin embargo, no nos quedaremos con esta respuesta absoluta. Creo que hay casos en que una ley sí puede modificar o afectar los derechos y obligaciones que han nacido de un contrato entre privados. Esta interferencia está sujeta, por supuesto, a ciertos límites. Así lo ha fallado, por lo demás, el Tribunal Constitucional.¹¹

La única justificación constitucional posible para un proyecto como el que analizamos, que limita severamente los derechos que tienen las IES para cobrar unos determinados pagos pactados en contratos celebrados con los estudiantes, se funda en la función social que, de acuerdo a la propia Carta Fundamental, grava todos los derechos de dominio, incluyendo el patrimonio de dichas IES.

Sabemos que, más allá de cualquier disquisición teórica, es conclusión asentada en la doctrina y la jurisprudencia nacional que el contratante tiene un tipo de dominio (una especie de propiedad) sobre esos bienes incorporales que son los derechos o créditos.¹² Sabemos también que en nuestro ordenamiento

¹¹ En 2007, el Tribunal Constitucional estimó conforme a la Constitución una ley que modificaba las condiciones de los contratos celebrados entre empresas de generación eléctrica y transmisión eléctrica (Causa Rol 506). El punto, en todo caso, y como veremos, es que ni siquiera ese precedente alcanza, en modo alguno, a blanquear la inconstitucionalidad del proyecto que se examina en este Informe.

¹² No es este el lugar para discutir hasta qué punto la protección constitucional al derecho de propiedad sobre los derechos (sean estos derechos personales generados por un contrato entre particulares o derechos administrativos

constitucional ningún derecho de propiedad es absoluto o ilimitado. No lo es el clásico derecho de propiedad sobre bienes corporales. No lo es, tampoco, el derecho de dominio sobre otros derechos.

La pregunta que cabe responder en este acápite del Informe es, entonces, la siguiente: ¿Admite justificación constitucional, desde la función social de la propiedad, un proyecto de ley como éste, que, de manera sobreviniente, interfiere con las condiciones en que se ha contratado, dejando a una de las partes -las Instituciones de Educación Superior-, en una posición jurídica y económicamente desmejorada?

No me cuesta nada reconocer que, en términos generales, debo ser de los profesores de Derecho Constitucional con mayor *empatía* (perdónese la expresión poco jurídica) por los argumentos de función social.¹³ Pero claro, una cosa es que

que resultan de una concesión, una licencia o un permiso) es exactamente igual, o no, a la que corresponde al viejo y venerable derecho de propiedad sobre bienes corporales muebles o inmuebles. El tema es complejo, fascinante y polémico. Se cumplen 30 años desde que, en el contexto de las Jornadas chilenas de Derecho Público de 1989, el profesor Alejandro Vergara Blanco enfatizara las ventajas de conceder protección jurídica directa a los derechos reales administrativos y a las situaciones administrativas en general, por lo que tales actos representan -en sí mismos- y advirtiera contra los riesgos de otorgar dicha tutela por la vía de la pura y simple homologación entre tales intereses y el clásico derecho de dominio. Véase: **Vergara, Alejandro:** "La propietarización del Derecho", Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XIV, 1991-92, pp. 281-191. Con razones contundentes para entender que el derecho fundamental de propiedad de la Constitución Política cubre los derechos nacidos de un contrato, véase **Peña, Carlos:** "El alcance del Recurso de Protección frente al derecho de opción de un contrato", Informe en Derecho, 2011, 26 pp. Más recientemente, el profesor Eduardo Aldunate ha examinado los peligros de un análisis dogmático que, al postular la protección del derecho de propiedad sobre derechos, pase por alto la distinción entre la dimensión objetiva y la dimensión subjetiva de la garantía a la propiedad. **Aldunate, Eduardo:** "Problemas de la dogmática de la protección constitucional a la propiedad", Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público, Lexis Nexis, 2005, pp. 157-169. Para un revisión actualizada de la nutrida jurisprudencia de los tribunales sobre protección constitucional del derecho de propiedad sobre bienes incorporales, véase: **Navarro, Enrique:** "La Constitución económica chilena ante los tribunales de justicia", Ediciones Universidad Finis Terrae, 2016, pp. 164-168.

¹³ En lo que a mí respecta, la "función social" en un término que resume bien la relación que debe existir, en justicia, entre las facultades legítimas y necesarias del dueño particular y el destino universal de los bienes. Cito al efecto al Papa bueno, Juan XXIII: "...nuestros predecesores han enseñado también de modo constante el principio de que al derecho de propiedad privada le es intrínsecamente inherente una función social. En realidad, dentro del plan de Dios Creador, todos los bienes de la tierra están destinados, en primer lugar, al decoroso sustento de todos los hombres, como sabiamente enseña nuestro predecesor de feliz memoria León XIII en la encíclica *Rerum novarum*: «Los que han recibido de Dios mayor abundancia de bienes, ya sean corporales o externos, ya internos y espirituales, los han recibido para que con ellos atiendan a su propia perfección y, al mismo tiempo, como ministros de la divina Providencia, al provecho de los demás. "Por lo tanto, el que tenga aliento, cuide de no callar; el que abunde en bienes, cuide de no ser demasiado duro en el ejercicio de la misericordia; quien posee un oficio de qué vivir, afánese por compartir su uso y utilidad con el prójimo ... Aunque, en nuestro tiempo, tanto el Estado como las instituciones públicas han extendido y siguen extendiendo el campo de su intervención, no se debe concluir en modo alguno que ha desaparecido, como algunos erróneamente opinan, la función social de la propiedad privada, ya que esta función toma su fuerza del propio derecho de propiedad" (*Mater et Magistra*, 119 y 120, 1961). Por supuesto, no se necesita acudir a los Pontífices católicos para sostener que la propiedad implica ciertas obligaciones y que el legislador, cumpliendo ciertos requisitos, puede hacer exigible esa carga. Para una visión muy distinta a la mía, crítica y escéptica del concepto de función social, véase el indispensable libro del profesor Arturo Fermandois "Derecho Constitucional Económico". De allí, me permito extraer la siguiente cita: "Nos parece que ésta (la función social de la propiedad en el derecho) corresponde a un instrumento que se hereda

uno entienda que la propiedad genera obligaciones para el propietario, cosa en la que creo, y otra distinta es que se acepte que dicha función social es un *Mentholatum* constitucional, esto es, una pomada o unguento que sirve para curar todo tipo de dolencias. Y que puede usarse de cualquier modo.¹⁴

La verdad es que el recurso por parte del legislador a la justificación de la función social es una cuestión seria. No basta con invocarla. Hay que acreditarla.

Veamos, primero, qué dice la Constitución:

19.- La Constitución asegura a todas las personas:

...24°.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

*Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su **función social**. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*

Explicuemos, ahora, cómo funciona esta **especial habilitación** para que el legislador pueda imponer limitaciones o restricciones al derecho de propiedad.

Distingamos, de inmediato, estas limitaciones o restricciones de las regulaciones. Trátase de cosas muy distintas. El legislador está siempre autorizado para regular el ejercicio de este derecho de propiedad (y de todos los derechos). Para ese efecto, dispone de una autorización general. Por “regular” se entiende sujetar el libre ejercicio de un derecho a ciertas condiciones básicas y generales que buscan, simplemente, facilitar la vida en comunidad y que, en ningún caso, alcanzan a entorpecer o entorpecer significativamente las facultades del titular ni recortan el alcance del derecho. Limitar o restringir, en cambio, supone reducir de manera importante el ámbito de posibilidades del titular. Para imponer limitaciones o

del positivismo jurídico e ingresa al ideologismo social, diseñado específicamente para acompañar determinados objetivos constitucionales transitorios de las décadas desde 1950 a 1960. Estos objetivos fueron: a) La expropiación amplia de bienes por parte del Estado, con causales flexibles y no estrictas, b) El pago al expropiado bajo condiciones especiales, cada vez menos aceptables y c) La promoción de la reforma agraria y redistribución de la tierra. Estos objetivos se agotan en el tiempo, fracasan en lo económico y se desacreditan en lo jurídico, por comprometer la dignidad esencial de la persona y su derecho natural de propiedad y a la propiedad. En consecuencia, nos parece que la función social no se aviene en armonía con el resto de los principios de la Carta de 1980; no presta mayor utilidad. Su permanencia en una constitución redactada luego del fracaso de la etapa anterior se explica de alguna forma por razones históricas. ...En 2009, la función social es un concepto innecesario, porque la propiedad, así como todos los demás derechos fundamentales, está sometida al natural balance de intereses individuales y sociales”, **Fernandois, Arturo: “Derecho Constitucional Económico”,** Ediciones UC, tomo II, 2010, p. 316.

¹⁴ Todos hemos escuchado sobre los muchísimos usos útiles y benéficos para la salud del *Mentholatum*. Hace un par de meses, se nos dijo, por parte de Carabineros, que incluso servía para atenuar los efectos irritantes del gas lacrimógeno.

restricciones, a diferencia de lo que ocurre con las regulaciones, el legislador necesita de una habilitación constitucional expresa. Más aún, en el caso de las limitaciones o restricciones, y a diferencia de las regulaciones, el legislador no sólo debe identificar los contornos gruesos de los comportamientos requeridos, dejando el desarrollo al reglamento, sino que debe fijar, en la propia ley, y de manera concreta y determinada, qué dimensión del derecho no podrá ejercerse (Principio de Reserva Legal).

La distinción entre regular y limitar (o restringir) no es simple ni siempre clara. En todo caso, un ejemplo puede servir para ilustrar la diferencia. Exigir que para poder conducir un vehículo motorizado se requiera una licencia que acredite salud compatible y competencias mínimas...es una regulación. Prohibir, en ciertos días, la circulación de vehículos motorizados por razones de congestión o salud (aunque los conductores tengan licencia y se hayan pagado los permisos y seguros correspondientes), es una limitación.

El problema del proyecto no es que regule la forma en que se contrata entre universidades y estudiantes. La posible imposición legislativa que nos ocupa, y preocupa, va más allá de la regulación. Estamos examinando una severa limitación o restricción al derecho que tiene una Universidad, que se encuentra cumpliendo de buena fe con las obligaciones asumidas, para exigir que la otra parte cumpla con la obligación correlativa.¹⁵

¹⁵ En el ánimo de no dejar cabos sueltos, quisiera referirme, aunque sea brevemente, a un hipotético argumento en el sentido que medidas como éstas podrían justificarse como una forma de corregir la supuesta inequidad consistente en seguir obligando a los estudiantes a pagar lo mismo que pactaron en Febrero o principios de Marzo de 2020 siendo que, en la práctica, estarían recibiendo como prestación algo distinto a lo convenido (p.e. clases On-Line en vez de clases presenciales). Dejemos establecido, en todo caso, que ésta **no es** la fundamentación del proyecto. En ninguna parte afirman los patrocinantes que deba reconocerse alguna excepción de contrato no cumplido o de cumplimiento imperfecto (una ley para reconocer que hay una mora que ha sido purgada por otra mora). La exposición de motivos de la Moción hace una alusión al pasar a las nuevas formas en que se ha impartido docencia en los últimos meses (“Producto de estas medidas (se refiere a los estados de excepción) y la suspensión de clases presenciales en las instituciones de educación superior del país, los estudiantes de educación superior se han visto imposibilitados de continuar con sus estudios de manera regular y presencial, salvo aquellas instituciones que han utilizado instrumentos tecnológicos para dictar clases y realizar evaluaciones”), pero el asunto de la “nueva” enseñanza no se esgrime ni se invoca como justificación para la moratoria propuesta. En su justificación, el proyecto se apoya únicamente en los problemas económicos que enfrentan muchas familias chilenas. No obstante, y en este pie de página, quiero decir dos cosas sobre un hipotético argumento para defender el proyecto como una “corrección” a una pretendida ruptura de la equivalencia de las prestaciones contractuales. En primer término, me parece contrario a la igualdad que, para remediar un problema que debiera ser evaluado caso a caso, apreciando los esfuerzos particulares que hace cada IES para seguir cumpliendo en la medida de lo posible con su obligación, hubiera, sin embargo, una ley que otorgara un beneficio idéntico a los estudiantes de todas las IES. En segundo lugar, quisiera llamar la atención sobre el error consistente en juzgar como incumplimiento lo que en realidad es, por parte de las IES, un cumplimiento adecuado y de buena fe, en el contexto de un monumental caso fortuito. Sobre este tema, y en el mismo sentido, véase: **Vidal, Álvaro y De la Maza, Iñigo**: “El COVID-19 y la suspensión del pago del arancel por los servicios de educación superior”, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 4 de mayo de 2020.

Sigamos explicando, ahora, la función social que, recordémoslo, es la razón constitucional del proyecto para imponer limitaciones o restricciones al derecho de propiedad.¹⁶

La propiedad junto a su función particular o individual (satisfacer, a través de su uso, goce y disposición, los proyectos o planes que libremente escoge el propietario), tiene –también– una función social (aprovechar a la comunidad). Hay que recordar que en la visión del jurista León Duguit, que inspiraría a Arturo Alessandri y a José Maza a efectos de la redacción de la Constitución de 1925 en materia de limitaciones a la propiedad privada, la propiedad se concibe como una función social.¹⁷ Cuando el concepto de función social se incorporó, formalmente, y como tal, a dicha Constitución, en 1967, quedó claro, sin embargo, que, en nuestro derecho constitucional, la noción aceptada es que la propiedad **no es** una función social, sino que **tiene** una función social.¹⁸

La Constitución vigente, que en este punto mantuvo la referencia a la función social, no ve a estas dos funciones, la individual y la social, como dos cuestiones incompatibles o contradictorias. Todo lo contrario. La Carta Fundamental asume que ellas, las dos funciones, van de la mano. Y así, un mismo ejercicio no abusivo de sus facultades por parte del propietario sirve –simultáneamente– a la función

¹⁶ En este Informe no me referiré a la cuestión de si, en general, las limitaciones o restricciones, en el caso de ajustarse al parámetro constitucional, deben dar lugar a indemnización. O no. Hay una parte de la doctrina y la jurisprudencia que piensa que, en todos los casos, sí corresponde que las limitaciones se indemnicen (p.e. **Ugarte, José Joaquín**: “Limitaciones al dominio, de las meras restricciones y de cuando dan lugar a indemnización”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 28, N° 2. Abril-Junio de 2001, pp. 425-440). Otros, me incluyo, pensamos que, en principio, la Constitución no exige que se compense a quien cumple con su deber. No necesito, sin embargo, adentrarme en este aspecto del tema. Como veremos, el proyecto está muy lejos de cumplir con las exigencias sustantivas de la Carta Fundamental. Por lo mismo, su inconstitucionalidad no deriva del hecho que no contemple indemnizaciones o compensaciones. Sobre este tema: **Zapata, Patricio**: “Justicia Constitucional”, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 580-581.

¹⁷ **Duguit, León**: “Soberanía y Libertad”, conferencias dadas en los EEUU de norteamérica a fines de 1920 y principios de 1921, Editorial Comares, Granada, 2013, p. 104 (“...el hombre, propietario de un capital, no puede dejarle improductivo. La propiedad es el producto del trabajo, y, a mi modo de ver, una consecuencia de la libertad del trabajo. La propiedad capitalista es el producto de un trabajo realizado; el detentador de un capital no puede dejarle improductivo, puesto que él no lo detenta sino para hacerle producir en beneficio de la sociedad. La propiedad capitalista no es un derecho, es una función”). Cabe recordar que el propio Presidente Arturo Alessandri, cuando se discutía en la Subcomisión de Reformas Constitucionales el reconocimiento al derecho de propiedad en la que luego sería la Constitución de 1925, en la sesión del 19 de mayo de 1925, procedió a citar extensamente, y con entusiasmo, las ideas de Duguit (en Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República, Imprenta Universitaria, Santiago, 1925, p. 114-117).

¹⁸ Ver: **Rodríguez, Pedro Jesús**: “La propiedad Privada”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXIX, Números 5 y 6, 1972, pp. 111-142; **Ríos, Lautaro**: “El principio constitucional de la Función Social de la Propiedad”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Volumen 84, N° 2, 1987, pp. 57-73. **Cea, José Luis**: “Delimitación y privación del dominio en la Constitución de 1980”, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, XVIII Jornadas de Derecho Público, 1988 pp. 55 y sgtes. **Mohor, Salvador**: “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 16, 1989, pp. 283-308.

individual **y** a la función social (la propiedad privada como condición y causa de más libertad, la propiedad privada como condición y causa para la creación de nueva riqueza, la propiedad privada como condición y causa para la recaudación de tributos, etc.). De esta manera, la reforzada protección a la propiedad privada en la Constitución actual, más que un guiño a los deseos del individuo propietario, refleja una convicción sobre la utilidad social de la propiedad privada.

La propia Constitución, sin embargo, ha previsto que puedan existir situaciones o realidades extraordinarias en que sí exista una tensión entre el despliegue pleno de la función individual y las exigencias de la función social. Es para zanjar adecuadamente esas situaciones excepcionales, que el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 de la Constitución habilita al legislador para obligar al propietario a soportar ciertas cargas o gravámenes a su aprovechamiento individual con el fin preciso de permitir que la propiedad sirva, también, y como debe ser, su función social.

Para efectos de colocar márgenes a la acción limitativa del legislador, la Constitución ha definido, dentro de lo amplio que podría ser lo “social”, cuáles son los únicos fines comunitarios que, derivando de la función social, podrían justificar limitaciones al ejercicio.

Las limitaciones al dominio son un tema importante y sensible. Las palabras que usa la Constitución para tratar de este asunto no han sido escogidas al azar o livianamente. Ellas son el fruto de una reflexión que, en nuestro derecho constitucional, comienza en 1925. Estos términos fueron discutidos intensamente en el Congreso Nacional entre 1965 y 1966, en el contexto de la que sería la Reforma Constitucional N° 16.615. Estas mismas palabras fueron de nuevo sopesadas detenidamente entre 1973 y 1978 por los miembros de la Comisión Ortúzar y de la Subcomisión sobre derecho de propiedad que coordinó José María Eyzaguirre.

Ha sido habitual que, para describir estos cinco fines específicos que, de acuerdo a la Constitución, derivan de la función social, los profesores utilicemos la expresión “causales” de la función social. Así lo he enseñado yo. El problema, y lo advierto hoy, es que, aplicado a este tema, dicho concepto (causal) es equívoco.

De acuerdo al propio Diccionario de la Real Academia una causa es, en su primera acepción, “aquello que se considera fundamento u origen de algo”. No escapará al lector los muy distintos significados que pueden tener las palabras “fundamento” y “origen”. Y si la primera (fundamento) refiere a una relación

lógica o de validez, la segunda (origen) apunta a lo estrictamente fáctico. Y así como un contrato puede ser entendido como la causa de una obligación en el doble sentido de ser fundamento jurídico y de ser, también, el hecho que la origina; un virus podrá ser la causa-origen de una enfermedad, pero no tiene sentido decir que es “fundamento” de la patología.

No se piense, por favor, que estos últimos párrafos son una inútil divagación lingüística. Profundizar sobre el significado del concepto “causal” nos puede ayudar a captar mejor una cierta confusión sobre la forma en que opera la “función social”.

Tengo la impresión que muchas veces se entiende, equivocadamente, que los “intereses generales de la Nación”, la “seguridad nacional”, la “utilidad pública”, la “salubridad pública” y la “conservación del patrimonio ambiental”, a que alude el inciso segundo del número 24 del artículo 19, serían circunstancias o situaciones de hecho que, en caso de verse en peligro o amenazadas, devendrían en motivo o causa (causal) para que el legislador adopte, como medidas excepcionales, limitaciones al derecho de propiedad. Bajo ese entendido, por ejemplo, una pandemia (un grave problema de “salubridad pública”) sería una “causal” habilitante suficiente para que el legislador establezca restricciones extraordinarias a la propiedad privada. O sea, bastaría con esgrimir la situación (causal) para validar constitucionalmente la limitación.

El tipo de razonamiento recién expuesto es correcto cuando se trata de explicar la lógica con que funcionan los estados de excepción constitucional, pero no para entender la función social. En el caso de los estados de excepción, existen, en efecto, situaciones (o causales) que, de acuerdo a la Constitución, sirven de base o antecedente fáctico para la asunción por la autoridad de facultades mayores a las que se detentan en situaciones de normalidad. Y así, puede decirse que una calamidad pública es causal para la declaración de un “estado de catástrofe” o que una grave alteración del orden público o grave daño para la seguridad de la Nación es causal para la declaración del “estado de emergencia” (artículos 39 al 42 de la Carta Fundamental).

En el caso de la función social, la secuencia lógica es muy distinta. El fundamento de la validez constitucional de las limitaciones al derecho de propiedad, no deriva del hecho de haberse producido fácticamente una situación terrible o preocupante, sino que **deriva**, como lo dice la propia Constitución, de **su** función social. Es decir, la legitimidad de la limitación u obligación impuesta por ley a la función privada está indisolublemente ligada (“emana” de) a la necesidad de dar eficacia, por esa vía, a un deber o fin social inherente a ese mismo dominio. Es

evidente, por supuesto, que el acaecimiento de alguna situación grave e imprevista es, como hemos visto, lo que provoca una tensión entre las dos funciones del dominio, volviendo necesario, o incluso acuciante, asegurar, por la vía de una ley limitativa, que la propiedad cumpla, efectivamente, su función social. Pero el punto clave es que, para efectos de la constitucionalidad de una ley limitativa del derecho de dominio “lo que función social *non da*, catástrofe *non presta*”.

De esta manera, lo que puede justificar constitucionalmente que a un propietario se le impongan restricciones en razón de función social por las finalidades de “salubridad pública” o de “seguridad nacional”, por ejemplo, no es, pura simplemente, el hecho de existir amenazas o necesidades genéricas a la salud o la integridad territorial. Lo que la Carta Fundamental exige es una conexión causa/efecto entre la limitación específica en el ejercicio del derecho de propiedad que se establece, por una parte, y una mayor satisfacción de ese fin social que se invoca, por la otra. En los ejemplos propuestos, entonces, las restricciones estarían justificadas si, como consecuencia de la limitación a las facultades del propietario, los bienes sobre los que se ejerce el derecho pueden cumplir un rol útil en materias de salud o seguridad.

Como se ha advertido, por tanto, la lógica de la función social es distinta a la lógica de los estados de excepción. Las diferencias no se agotan, sin embargo, en lo ya expuesto. En el caso de los estados de excepción, los tribunales tienen expresamente vedado calificar los fundamentos o circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los Estados de Excepción (artículo 45 inciso primero de la Constitución Política). En el caso de una ley limitativa en razón de función social, en cambio, los tribunales pueden y deben verificar los fundamentos constitucionales precisos de esa restricción. En el caso de los Estados de Excepción la Constitución concede facultades al Presidente de la República (quién “podrá establecer limitaciones al derecho de propiedad”). Tratándose de la función social, la habilitación es al legislador (que podrá establecer las limitaciones que “deriven de su función social”).

Una última cuestión, no menor, sobre la lógica de la función social. Ella no valida toda y cualquier limitación que parezca conveniente o útil de cara a la consecución de los fines específicos de los que hemos venido hablando. De acuerdo a la Constitución, la función social comprende “cuanto exijan” dichas finalidades (palabras textuales de la Carta Fundamental). De esta manera, en caso que alguien cuestione la norma limitativa ante los tribunales, para defender su constitucionalidad el legislador tendría que demostrar que la restricción en cuestión a los derechos del propietario era necesaria, y no solo conducente, para

que se alcanzara el fin de función social. En la terminología de nuestra jurisprudencia, el legislador tendría que cumplir con las exigencias del Principio o Test de Proporcionalidad.¹⁹

Equipados con el aparato metodológico explicado en las páginas anteriores, podemos, ahora, proceder a examinar si el proyecto cumple o no con los requisitos constitucionales que deben satisfacerse para validar una limitación o restricción a la propiedad por función social.

Vamos por parte.

Lo primero, por supuesto, consiste en verificar si el proyecto acierta en remitirse a alguna de las finalidades específicas de la función social contempladas en el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Como se sabe, la Constitución Política considera cinco posibles fines: “los intereses generales de la Nación”, “la seguridad nacional”, “la utilidad y la salubridad públicas” y la “conservación del patrimonio ambiental”.

El listado de cinco fines es taxativo. Y si bien algunos de ellos son relativamente amplios, ello no significa que sirvan para justificar cualquier propósito, por noble que sea.

Aplicando al proyecto de ley lo que ya hemos señalado sobre la manera en que opera la función social, podemos descartar varios de los fines contemplados en la Constitución. Este primer filtro deja afuera a la “salubridad pública”, “la utilidad pública”, “la conservación del patrimonio ambiental” y la “seguridad nacional”. No hay conexión directa entre la severa restricción en la facultad de cobrar de las

¹⁹ El Principio o *Test* de Proporcionalidad es una metodología de análisis cuyo objeto es evaluar críticamente la constitucionalidad de una limitación de derechos. Su origen se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y ha sido explicado ampliamente por **Robert Alexy** (“Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2° edición, 2008, pp. 91-95). Sobre el empleo de este Test en Chile, véase: **García, José Francisco**: “El Tribunal Constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 38, N° 1, 2011, pp. 101-138. De acuerdo al “Diccionario Constitucional chileno”, el principio de proporcionalidad es “uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho” (**García, Gonzalo, Contreras Pablo y Martínez, Victoria**, Hueders, 2016, p. 822). En términos concretos, este *Test* pregunta, en primer lugar, por la suficiencia constitucional del fin que se persigue por la ley limitativa. Luego se examina la adecuación o idoneidad entre el medio escogido y el fin perseguido. A continuación, corresponde analizar si no existía algún otro medio menos gravoso para conseguir ese mismo objetivo (necesidad o intervención mínima). Finalmente, el *Test* requiere que se haga una contrastación en concreto entre aquello que se sacrifica en términos de derechos con la limitación y aquellos que se gana (proporcionalidad en sentido estricto). Sólo será conforme a la Constitución aquella limitación que supere satisfactoriamente las exigencias de los cuatro pasos del *Test*.

universidades establecida en el proyecto y unos eventuales progresos o logros consecuenciales en dichos fines o bienes colectivos.

Queda, entonces, una sola posible finalidad específica de la función social para fundar las limitaciones del proyecto: “los intereses generales de la Nación”.

La finalidad “intereses generales de la Nación”, como lo sugiere su nombre, está pensada para incluir bienes públicos que, sin perjuicio de poder beneficiar en lo inmediato a algunas personas, en un sentido amplio favorecen a todas y todos los chilenos (p.e, limitaciones que buscan evitar la propagación de una infección que afecta el patrimonio fitosanitario del país o extender a todo el territorio la red de WiFi).

No me parece tan claro que del hecho que la continuación de sus estudios por varios miles de estudiantes sea un bien colectivo que trascienda el alivio que podrían recibir los individuos directamente concernidos, pueda desprenderse que un proyecto tan focalizado como éste persiga efectivamente lo que la Constitución llama “intereses generales de la Nación”.

Adviértase, por tanto, que, ya al nivel primero del análisis, el argumento de la función social como base para este proyecto no es particularmente robusto. Si, como se verá, los pasos siguientes en esta línea justificatoria son aún más endeble, la verdad es que el edificio completo de la fundamentación se viene abajo.

Sigamos con el análisis.

El proyecto no explica por qué estas concretas restricciones resultan exigidas por dicha función social. Esto es clave. Lo que corresponde, por mandato de la Constitución, es que el legislador de este proyecto presente razones, al menos plausibles, para promover el fin valioso de ayudar a que los estudiantes continúen con sus estudios a través de la restricción a un particular y no a través de las técnicas de los subsidios o las compensaciones fiscales.

Pretextar que el órgano estatal que tiene iniciativa exclusiva legislativa en materia de gasto público no habría propuesto todavía el tipo de paquete de ayudas económicas que se consideran necesarios o indispensables, no constituye, de cara a la Constitución, argumento jurídico suficiente para usar la función social como sucedáneo, plan B o herramienta negociadora. A un Informe en Derecho, como lo es éste, no le corresponde, en todo caso, entrar a valorar el impacto o los efectos

de los distintos proyectos de ley, impulsados por el Ejecutivo, que han buscado garantizar ingresos mínimos a las familias.

Amén de no existir fundamentación suficiente, el proyecto adolece del defecto de ni precisar, mínimamente, cuál es su alcance. Este defecto de técnica legislativa no tendría implicancias constitucionales sino fuera porque, como hemos visto, este proyecto limita o restringe no uno, sino dos derechos fundamentales (libertad de enseñanza y propiedad). Cuando el legislador quiere hacer eso, las restricciones tienen que ser precisas y determinadas, no pudiendo quedar ningún margen para la imaginación administrativa.²⁰

Examinemos el contenido del núcleo de la limitación.

De acuerdo al tenor literal del artículo 2° del proyecto, la prohibición que se impone a las instituciones de educación superior en términos de no poder “aplicar sanciones por el incumplimiento del pago de arancel y derechos básicos de matrícula, cualquiera sea su denominación, o condicionar la prestación del servicio educativo al pago de estas” aplicaría sólo respecto de “los estudiantes de educación superior... que se hayan acogido al plan establecido en el artículo anterior”.

Uno esperaría, por supuesto, que la decisión de proponer un plan o no hacerlo, de proponer un tipo de plan u otro distinto, y en fin, de renegociar con uno u otro estudiante, seguirá siendo una prerrogativa libre de la IES. En ese entendido, sería razonable, en principio, que la ventaja consistente en suspenderse los procesos de cobro se acote a quienes han convenido con la institución sujetarse a la reprogramación contemplada en el plan.

El problema es que el lenguaje del proyecto apunta en la dirección de empujar a las IES a proponer ciertos planes generales. Si no, cuál es el sentido de que ellos deban ser visados previamente por la Superintendencia.

La norma presenta, en todo caso, problemas serios adicionales.

¿Desde qué momento ha de entenderse que un estudiante se ha “acogido” a un plan? El sentido natural sugiere que se trata del momento en que estudiante e IES han arribado a un acuerdo. No obstante, hay que señalar que, revisado el texto del Informe de la Comisión de la Cámara, se aprecia que la diputada Vallejos planteó expresamente que quedara constancia en la historia fidedigna de la ley que se

²⁰ Sobre este punto existe abundante y conteste jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Véanse, por ejemplo, sus sentencias en los roles 325, 388 y 465, entre muchas otras.

entendería que un estudiante se ha acogido al plan desde el momento en que lo pide. Sin más. Cito al afecto, de la página 45 del Informe de la Comisión de Educación de la Cámara:

La diputada Vallejo expresó que para la historia fidedigna de la ley es importante dejar en claro que acogerse al plan consiste en postular, porque puede ocurrir que una gran cantidad de estudiantes realicen el trámite, y durante el proceso se les apliquen sanciones, ya que los procesos de sanciones pueden ser más rápidos que el proceso mismo de postulación, y esta es la situación que efectivamente se quiere evitar.

Esta afirmación de la Diputada Vallejo se expresó inmediatamente antes que se votara por 9 votos a favor, 0 en contra y tres abstenciones la indicación que constituye el actual artículo 2°. Si bien es cierto que en el Informe no aparece que la constancia propuesta por la diputada Vallejos hubiera sido apoyada expresamente por otros diputados, tampoco se advierte que alguno se hubiera opuesto.

El segundo problema tiene que ver con el alcance temporal de la prohibición impuesta a las IES.

La Moción original circunscribía la suspensión de las acciones de cobranza a la vigencia del decreto N° 4 del 18 de marzo de 2020.²¹ En el contexto de la discusión en la Comisión, los mismos diputados patrocinantes de la Moción original propusieron una indicación que establecía que el marco temporal era el año 2020.²² Por razones que no quedan muy claras, el artículo 2° se aprobó finalmente con un extraño encabezado: “**En este contexto**, las instituciones de educación superior no podrán aplicar sanciones por el incumplimiento del pago de arancel y derechos básicos de matrícula”.

Un nuevo artículo es algo más que un nuevo párrafo. De esta manera, y vista aquella regla gramatical que establece que no debe iniciarse un párrafo después

²¹ Decía textualmente el artículo 1° original de la Moción: “Durante la vigencia del decreto N° 4, de 18 de marzo de 2020, que declara el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en el territorio nacional, las instituciones de educación superior, estatales o privadas, deberán suspender el cobro de arancel y a derechos básicos de matrícula, cualquiera sea su denominación, a los estudiantes de educación superior que cursen carreras y programas de estudios de carácter presencial, semipresencial o a distancia, conducentes a los títulos y grados señalados en las letras a), b) y c) del artículo 54 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación, que no accedan a gratuidad en sus estudios superiores de conformidad a la ley 21.091”

²² Decía la indicación: “Artículo 1.- Durante el año 2020, las instituciones de educación superior, no podrán aplicar sanciones por el incumplimiento del pago de arancel y derechos básicos de matrícula, cualquiera sea su denominación, o condicionar la prestación del servicio educativo al pago de estas, a los estudiantes de educación superior que cursen carreras y programas de estudios de carácter presencial, semipresencial o a distancia, conducentes a los títulos y grados señalados en las letras a), b) y c) del artículo 54 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación, siempre que éstos acrediten que su situación financiera se ha visto perjudicada en los términos señalados en el inciso siguiente”.

de un punto aparte con una referencia a algo que no se explica autónomamente, con mayor razón un artículo nuevo que quiere decir algo sobre un asunto del que se ha hablado en un artículo anterior, tiene que hacerlo de manera explícita.²³ Si el artículo 2° establece una regla que rige para el mismo lapso temporal cubierto por el artículo 1° debió decir, por ejemplo, “Por el mismo período establecido en el artículo anterior...”, “Por el período fijado en el artículo 1°...” o “Durante el año 2020...”.

Habría que entender, en todo caso, me parece, que la expresión “En este contexto” sólo significa que las IES no podrían aplicar sanciones o gestiones de cobro durante el año 2020, pero no impediría que las IES puedan proceder a la cobranza por los incumplimientos ocurridos durante 2020, después del 1° de enero de 2021. La comprensión recién explicada es la única que le da sentido a los planes. En efecto, ¿Para qué ofrecer y convenir esas nuevas condiciones, visadas y fiscalizadas por la Superintendencia, si resulta que, en virtud de esta ley, no podrá haber, más adelante, cobranza a su respecto (p.e. el 2021)?

También debiera entenderse que la suspensión de actividades de cobranza aplica por las deudas o morosidad producida durante 2020 y no por deudas de arrastre de años anteriores.

Ahora bien, todo lo que se ha dicho sobre el posible significado de este artículo 2° es el fruto de un esfuerzo de hermenéutica que ha debido subsidiar la precaria redacción de la norma, con altas dosis de buena voluntad, sentido común y un poquito de imaginación.

La verdad, como se ha visto, es que el proyecto es extraordinariamente vago y difuso. Este defecto configura un vicio de inconstitucionalidad, pues como se ha dicho, en materia de limitaciones y restricciones de derechos, el legislador tiene el deber el constitucional de fijarlas con determinación y especificidad. Por insuficiencias mucho menos evidentes que ésta, el Tribunal Constitucional ha invalidado restricciones menos severas.²⁴

Los problemas ya identificados, dudosa vinculación a la función social, imprecisión de las restricciones, poca claridad sobre plazos y cobertura, etc., son suficientes para desahuciar constitucionalmente el proyecto. Por si todo lo anterior no fuera suficiente, cabe a continuación referirnos al que probablemente es el más serio de sus defectos, fatal por sí mismo y que, por carácter estructural,

²³ En España se usa la expresión “punto y aparte”. En varios países americanos está aceptada la expresión abreviada “punto aparte”.

²⁴ Véase la sentencia rol 185, de 28 de febrero de 1994.

no admite ser parchado o subsanado con algún ajuste en la redacción. Se trata del hecho que, para las IES, a quienes se impone esta “restricción”, ésta resulta ser, en la práctica, y para todos los efectos, mucho más que una restricción, sino que, más bien, una privación.

Más arriba explicábamos la lógica de las limitaciones que emanan de la función social. La idea es, recordémoslo, permitir que, consecuencia de una restricción a las facultades del propietario para aprovechar la función individual del dominio, sea posible que ese bien sirva a una función social imperativa e impostergable. La idea no es que el propietario pierda completamente, o para siempre, ese bien o el aprovechamiento.

Como se sabe, y justamente para evitar que las restricciones pudieran devenir en privaciones encubiertas, la propia Constitución consagró en el numeral 26 de su artículo 19 un principio limitador de los límites, en virtud del cual se asegura a todas las personas que los preceptos legales que limiten las garantías en los casos en que la Constitución lo autorice no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Las Universidades han estado enfrentando un escenario muy complejo. La mayoría de ellas ha visto como se reduce su matrícula para el año 2020. El efecto del proyecto será devastador para muchos de estos proyectos universitarios. En el cuadro a continuación se presentan algunas estimaciones o simulaciones sobre el impacto esperable frente a la aprobación del proyecto en las tasas de morosidad.

Tabla N°1. Impacto en los ingresos de las instituciones de educación superior según diversos escenarios de tasa de morosidad.

Tipo de Institución	% de matrícula de pregrado	Ingreso Arancelario Esperado en \$MM	Porcentaje del Ingreso Arancelario que según tasa de morosidad			Disminución Promedio de los Ingresos totales según tasa de morosidad		
			Morosidad 50%	Morosidad 30%	Morosidad 20%	Morosidad 50%	Morosidad 30%	Morosidad 20%
CFT	11,5%	204.771	63,5%	76,4%	82,9%	30,3%	19,6%	14,2%
IP	31,4%	608.708	60,7%	76,1%	83,8%	33,9%	20,7%	14,1%
U. Estatales	15,6%	520.247	84,7%	90,8%	93,8%	8,3%	5,0%	3,4%
U. Privadas CRUCH	12,1%	462.258	82,9%	89,6%	93,0%	8,9%	5,4%	3,6%
U. Privadas no CRUCH	29,3%	1.205.352	65,6%	79,2%	86,0%	30,7%	18,5%	12,5%
TOTAL	100,0%	3.001.337	67,6%	79,9%	86,1%	26,7%	16,6%	11,5%

Tipo de IES	Prueba Ácida Promedio			Número de IES "Solventes"			% de las IES "Solventes"		
	Morosidad 50%	Morosidad 30%	Morosidad 20%	Morosidad 50%	Morosidad 30%	Morosidad 20%	Morosidad 50%	Morosidad 30%	Morosidad 20%
CFT	1,90	2,19	2,39	13	14	17	35,1%	37,8%	45,9%
IP	2,43	2,80	3,08	8	12	16	21,6%	32,4%	43,2%
U. Estatales	1,35	1,43	1,48	11	13	13	61,1%	72,2%	72,2%
U. Privadas CRUCH	1,29	1,40	1,46	8	8	8	88,9%	88,9%	88,9%
U. Privadas No CRUCH	1,04	1,41	1,65	5	9	10	17,2%	31,0%	34,5%
TOTAL	1,73	2,02	2,22	45	56	64	34,6%	43,1%	49,2%

Fuente: Elaboración de Acción Educar en base a los Estados Financieros Auditados de 2019 de las Instituciones de Educación Superior, Bases de Asignaciones de Becas y Créditos por estudiante en Educación Superior 2018, Bases de Matriculados en la Educación Superior 2018 y Base Histórica de Asignaciones, Renovaciones del Crédito con Aval del Estado entregada por la Comisión Ingresa.

Nota: (1) Para el análisis se considera que son Universidades Privadas Cruch, sólo a aquellas que fueron creadas antes de 1.981, pues reciben aportes directos del estado, generando una diferencia relevante con aquellas que no reciben aportes directos.

(2) Conforme a las tablas se observa que una morosidad desde el 20% genera una pérdida de ingresos totales esperados de las IES significativa (11,5% promedio) y que puede afectar la sostenibilidad de los proyectos educativos. En efecto al medir el impacto que tiene esta disminución de ingresos en la capacidad financiera de las instituciones (prueba ácida), es decir si tienen activos líquidos suficientes para cubrir sus obligaciones o deudas inmediatas muestra que con una tasa del 20% de la morosidad, sólo el 49% de las IES tendrían capacidad financiera, situación que en circunstancias normales no es así.

(3) Se considera que la Institución tendrá capacidad financiera (será solvente) si su prueba ácida es superior a 1, es decir, que por cada peso de deuda en el corto plazo tuvieran al menos un peso de liquidez para respaldar sus obligaciones.

De lo que hemos señalado puede desprenderse que el efecto del proyecto no será limitativo o restrictivo sino que, más bien, privativo, al menos en relación de muchas Universidades.

Llama la atención que existiendo jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha condicionado, muy estrictamente, la validez constitucional de una limitación en base a función social que consiste en modificar contratos vigentes para el caso de contratantes comerciales al hecho de no afectarse la posibilidad de que siga existiendo una ganancia; ahora, respecto a una limitación que grava a corporaciones y fundaciones sin fines de lucro, se propongan restricciones que ponen en serio riesgo la existencia de algunos proyectos universitarios, afectando, además, los flujos indispensables para gastos corrientes que no admiten ser diferidos o repactados (p.e. los sueldos de académicos y administrativos).

Vale la pena, entonces, tener a la vista lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el fallo "Peajes de Transmisión" del Tribunal Constitucional (Rol 506):

“Considerando 36: Que lo razonado en este apartado lleva a concluir que, en la provisión de un servicio de utilidad pública esencial, como es la electricidad para la población, el legislador puede legítimamente disponer un nuevo sistema tarifario que altera, para lo futuro, el sistema de precios que se pagan entre empresas privadas que participan en el sector para proveer, con afán de lucro, el respectivo servicio, aunque con ello afecte los derechos establecidos en un contrato válidamente celebrado, siempre que, como demuestra en la especie la historia legislativa, el legislador lo haga en razón de exigencias de utilidad pública y que, con tales alteraciones, no prive a los participantes de lucro o beneficio económico o de algún otro atributo o facultad esencial de su propiedad”.

Las situaciones, por supuesto, son muy distintas. Pero me parece que esas mismas diferencias, afán de lucro en el caso de la transmisión eléctrica, y ausencia de ese fin, en el caso de las Universidades, solo viene a confirmar que, respecto de éstas últimas, un proyecto “de limitación” que amenace su viabilidad económica, donde todos los ingresos van a financiar los gastos necesarios del proyecto y la reinversión en mayor calidad educativa, y ningún peso va a ganancias o utilidades, es gravemente contrario a la Constitución.

Imagino que alguien pudiera estimar que las proyecciones de impacto de una moratoria se han exagerado o que, frente a estos datos, respondiera llamando a las Universidades a realizar ahorros. Quisiera señalar que cualquier argumento en la línea de minimizar lo que esto significa para las Universidades, está, simultáneamente, negando sus efectos sobre la educación.

Se ha insistido mucho en los últimos años en el sentido que el derecho a la educación es, consustancialmente, un derecho a educación de calidad. Y así como se valora la expansión de la cobertura de la educación en todos sus niveles, se enfatiza también la importancia de la excelencia. Y esto, por supuesto, aplica a todos los niveles de la educación, incluyendo el universitario. Satisfacer el derecho a la educación superior no se cumple por el solo hecho que una persona esté inscrita para acceder a los cursos de una malla curricular cuya aprobación conduce a la obtención del grado de licenciado. La institución que recibe al alumno tiene que estar en condiciones de asegurar, a lo menos, cuerpos docentes de buen nivel, programas actualizados y coherentes con el perfil de egreso, recursos bibliográficos, laboratorios, etc., etc.

La ley vigente ha restringido de manera significativa la libertad de las Universidades para fijar o reajustar los valores de los aranceles. Las IES funcionan, en efecto, en el marco de un equilibrio muy delicado. Por otra parte, en

la medida que ellas se someten a los procesos de acreditación obligatoria van asumiendo compromisos de mejoramiento que suponen inversión en el tiempo.

El proyecto es ciego a estas consideraciones sistémicas y rompe los equilibrios existentes. Por eso, más que encontrarnos ante un proyecto que respeta poco el derecho a la propiedad privada (lo que, en todo caso, es cierto), nos encontramos con un proyecto que en nombre de la educación le podría causar un grave daño a esa misma educación.

3.-

LA IGUALDAD Y EL DAÑO A LA PLURALIDAD DEL SISTEMA DE EDUCACIÓN SUPERIOR

En esta parte, quisiera referirme a los problemas que presenta el proyecto desde el punto de vista del derecho fundamental a la igualdad (artículo 19 Números 2 y 22 de la Constitución Política). Y desde la perspectiva de la pluralidad del sistema de educación superior.

El derecho a la igualdad no consiste, por supuesto, en que siempre, y para todos los casos, las leyes deban ser exactamente iguales para todas las personas. Si bien es cierto que la idea de una misma ley para todas y todos tiene un cierto valor importante, especialmente en cuanto fue el impulso para superar, hace dos siglos, la lógica de los privilegios estamentales explícitos, también es cierto que, en muchas circunstancias, se justifica que el legislador haga diferencias. La clave, en todo caso, es que cada una de las diferencias tenga un fundamento suficiente, esto es, que sea razonable.

Un buen indicio de hallarnos frente a una ley que trata diferente de manera no razonable, o, lo que es lo mismo, de manera arbitraria, es que dicha norma trate de manera diferente a quienes, respecto del asunto objeto de la regulación, se encuentran similarmente situados (“tratar distinto a los iguales”). Menos obvia quizás, pero igualmente peligrosa, y potencialmente violatoria –también– de la igualdad razonable, puede ser una la ley que otorga un **mismo** trato a quienes, en relación al objeto del beneficio o el gravamen, se encuentran en una posición objetivamente distinta (“tratar igual a los distintos”).

Como hemos visto, hay veces en que la igualdad constitucional exige, efectivamente, tratar a todos igual. Pero hay ocasiones, sin embargo, en que esa igualación vulnera la igualdad constitucional. Eso ocurre, típicamente, cuando los muy diferentes impactos que produce este igual trato formal en unas personas que eran objetivamente distintas, no tiene una justificación razonable.

El sistema universitario chileno está conformado por un conjunto de instituciones que se caracteriza por su heterogeneidad. La diversidad anotada se expresa de

muchas maneras. Existen Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica. Hay Universidades estatales y otras no estatales. Existen Universidades complejas y otras más focalizadas en la docencia. Hay instituciones que participan del régimen de gratuidad y otras que no.

Algunas de las diferencias que hemos connotado responden directamente a la opción o misión específica definida por los sostenedores de los distintos proyectos. En otros casos, las diferencias se deben a una evaluación que hacen los órganos reguladores del Estado o el legislador.

Me interesa destacar que la pluralidad o diversidad constatada en el sistema chileno de educación superior no es un simple producto de la casualidad o un mal que el orden constitucional simplemente tolera. Se trata de una realidad que la Constitución **reconoce, valora y promueve**. Lo hace cuando promete amparar, como ya lo vimos más arriba, la autonomía de los cuerpos intermedios (artículo 1° inciso tercero de la Carta Fundamental) y cuando asegura a todas las personas el derecho a abrir, organizar y mantener establecimiento educacionales (artículo 19 N° 11, inciso primero de la Constitución Política).

Uno de los graves defectos del proyecto es que impacta de manera muy desigual en las distintas Universidades. Habrá algunas que sufrirán un perjuicio marginal, pero otras padecerán una merma de recursos muy significativa. Esto se relaciona, por supuesto, con las distintas fuentes de financiamiento a la que pueden acceder las universidades chilenas, al lugar donde se encuentran, a los alumnos que tienen, a los proyectos que realizan, etc.

Tabla N°2. Fuentes de ingresos totales por tipo de institución superior

Tipo de IES	% de matrícula de pregrado	N° de IES	Aranceles	Aportes Basales	Otros
CFT Estatal	0,10%	5	3,53%	75,18%	21,29%
CFT	11,40%	41	84,72%	3,19%	12,09%
IP	31,40%	39	87,38%	0,03%	12,58%
U Estatales	15,60%	18	54,26%	32,36%	13,38%
U Privadas CRUCH	12,10%	9	56,86%	22,39%	20,75%
U Privadas No CRUCH	29,30%	29	89,21%	0,50%	10,29%

Fuente: Fuente: Elaboración de Acción Educar en base a los Estados Financieros Auditados de 2019 de las Instituciones de Educación Superior.

Tabla N°3 Fuentes de ingresos arancelarios por tipo de institución.

Tipo de IES	Ingresos arancelarios			
	Gratuidad	Becas	Créditos (CAE o FSCU)	Aportes Privados
CFT	34,1%	16,3%	8,5%	41,1%
IP	26,8%	12,3%	13,2%	47,7%
U. Estatales	44,5%	8,8%	12,5%	34,3%
U. Privadas CRUCH	36,3%	8,6%	14,8%	40,3%
U. Privadas No CRUCH	7,2%	6,5%	27,0%	59,3%
PROMEDIO	24,0%	9,0%	18,5%	48,5%

Fuente: Elaboración de Acción Educar con Bases de Asignaciones de Becas y Créditos por estudiante en Educación Superior 2018, Bases de Matriculados en la Educación Superior 2018 y Base Histórica de Asignaciones y Renovaciones del Crédito con Aval del Estado entregada por la Comisión Ingresa.

Notas: (1) Para el análisis se considera a las Universidades Privadas CRUCH, sólo aquellas creadas con anterioridad a 1981 ya que reciben aportes del Estado.

Uno de los riesgos más graves del proyecto dice relación con su impacto previsible en varias importantes universidades regionales.

Que el Congreso Nacional aprobara una ley que golpea especialmente a las **universidades regionales** sería incomprensible. El propio Legislador, en años recientes, ha impulsado la creación de dos nuevas universidades estatales en regiones donde no existía este tipo de instituciones. Esto respondía a un importante objetivo de descentralización y fomento de capacidades en todos los territorios del país. Que el mismo Congreso Nacional que viene empujando un proceso de creación de gobiernos regionales, venga a aprobar un proyecto que le ponga la soga al cuello a un actor regional fundamental es, sin duda, un contrasentido.

4.-

INFRACCIÓN A LA INICIATIVA EXCLUSIVA PRESIDENCIAL

Cierro este análisis de los problemas de inconstitucionalidad de que adolece el proyecto de ley, identificando la que me parece es una probable infracción al artículo 65 inciso tercero de la Carta Fundamental en cuanto éste dispone que: “Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones a la Ley de Presupuestos”.

Nótese, al efecto, que el artículo 4° del proyecto le impone al Ministerio de Educación el deber de abrir “un nuevo y excepcional período de postulación a la gratuidad y demás beneficios estudiantiles para el segundo semestre del año 2020”. El texto citado abre una interrogante bien crucial: ¿De qué gratuidad y de qué beneficios está hablando el proyecto? Existen dos posibilidades, con distinta connotación constitucional.

Una primera posibilidad es que el proyecto esté remitiéndose a los recursos ya asignados a esos fines para el año 2020 por el Ministerio de Educación, de acuerdo a lo dispuesto a la ley N° 21.091 y a la Ley de Presupuesto. En ese caso, la ley estaría estableciendo que los recursos disponibles y legalmente autorizados que no fueron asignados en la primera etapa de postulación se ofrezcan en una nueva convocatoria extraordinaria. Sin perjuicio que pudiere sostenerse que esta instrucción sobreviniente al Ministerio de Educación sobre la forma en que gasta los recursos, instrucción distinta a la contemplada en leyes que en su momento fueron de iniciativa exclusiva presidencial, roza la administración financiera a que se refiere el ya citado inciso tercero del artículo 65 de la Constitución, me parece que no estaríamos ante una inconstitucionalidad clara.

El problema es más complejo si se entiende que el proyecto está imponiendo al Ministerio la obligación de ofrecer, más allá de algunos remanentes, recursos nuevos, distintos y adicionales a los asignados originalmente. En esta segunda hipótesis, que es la que uno puede imaginar que podría tener un efecto útil para más estudiantes, el proyecto sí estaría infringiendo la iniciativa legislativa exclusiva presidencial en materia de gasto público.

Cabe señalar que los representantes del Ejecutivo, al momento de concurrir a la Comisión de Educación de la Cámara, también hicieron, formalmente, reserva de inconstitucionalidad en este punto.

ANEXO

BOLETIN 13378-04

PROYECTO DE LEY QUE DISPONE APOYO PARA LA CONTINUIDAD DE ESTUDIOS DE LOS ESTUDIANTES, PLANES DE FLEXIBILIZACIÓN PARA EL COBRO DE ARANCELES, DERECHOS DE MATRÍCULA Y SIMILARES, Y LA PROHIBICIÓN DE SANCIONES POR PARTE DE INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR, CON OCASIÓN DE LA PANDEMIA DE COVID 19

Artículo 1.- Las instituciones de educación superior deberán elaborar un plan de medidas extraordinarias que tenga como objetivo apoyar la continuidad de la formación de sus estudiantes, que deberá incluir, a lo menos, las medidas académicas y económicas que se deberán tomar durante el año 2020, haciendo especial énfasis en las medidas que se adoptarán respecto de aquellos estudiantes que acrediten ante la Institución correspondiente que su situación socioeconómica se ha visto menoscabada **en virtud de la emergencia sanitaria.**

Para los efectos de esta ley, se entenderá por estudiantes de educación superior a aquellos que cursen carreras y programas de estudios de carácter presencial, semipresencial o a distancia, conducentes a los títulos y grados señalados en las letras a), b) y c) del artículo 54 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación.

Se considerará, entre otras, que la situación financiera de un estudiante se ha visto menoscabada en los casos en que el estudiante, o algún miembro de su grupo familiar, **con el que comparta ingresos y gastos**, haya perdido su empleo y que se encuentre acogido a la ley N° 19.728, o se haya suspendido su relación laboral o visto reducida su jornada en virtud de la ley N° 21.227.

En caso de que se establezcan medidas de flexibilización económicas en donde se acuerde una modalidad diversa de pago o en el número de cuotas, el cambio en dichas condiciones no podrá generar intereses ni multas por mora, **durante el año 2020.**

Las instituciones de educación superior tendrán un plazo de un mes desde la publicación de esta ley para la presentación del plan, **cuyo cumplimiento** quedará sujeto a la fiscalización de la Superintendencia de Educación Superior en virtud de lo establecido en el artículo 20, letra f), de la ley N° 21.091.

El plan será de carácter público y deberá ser difundido a través de la página web de cada institución, **de sus correspondientes redes sociales y comunicado**

por correo electrónico a la comunidad educativa, o a través de otro medio idóneo.

Artículo 2.- En este contexto, las instituciones de educación superior no podrán aplicar sanciones por el incumplimiento del pago de arancel y derechos básicos de matrícula, cualquiera sea su denominación, o condicionar la prestación del servicio educativo al pago de estas, a los estudiantes de educación superior que cursen carreras y programas de estudios de carácter presencial, semipresencial o a distancia, conducentes a los títulos y grados señalados en las letras a), b) y c) del artículo 54 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación, que se hayan acogido al plan establecido en el artículo anterior.

Artículo 3.- Toda transgresión a lo dispuesto en los artículos precedentes constituirá una infracción grave y será sancionada de conformidad al artículo 55, inciso segundo, de la ley N° 21.091.

Artículo 4.- El Ministerio de Educación abrirá un nuevo y excepcional período de postulación a la gratuidad y demás beneficios estudiantiles para el segundo semestre del año 2020.

Este proceso de postulación estará dirigido a los estudiantes que no hayan postulado o accedido a estos beneficios en el periodo regular y que acrediten un menoscabo en sus ingresos familiares, como directa consecuencia de las medidas sanitarias o de seguridad interior que hayan sido dictadas por la autoridad competente para el control del Covid-19, en conformidad con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1 de esta ley.

El Ministerio informará de las nuevas fechas de postulación a las instituciones de educación superior, para que éstas, a su vez, informen a los estudiantes, dentro del término de tres días de publicada la presente ley en el Diario Oficial.

Artículo transitorio.- Durante el año 2020, los estudiantes señalados en el inciso segundo del artículo 1 de esta ley, que se acojan a los planes señalados en dicho precepto, podrán solicitar la suspensión del año académico con la exención de cargos adicionales en relación con el avance académico semestral.