Derecho Público Iberoamericano, N° 7, pp. 201-218 [Octubre 2015]

UN INTERVENTOR PARA LAS INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR

(Rol 2.731/24.10.2014 del Tribunal Constitucional)

Eduardo Soto Kloss[*]

El rol 2731 del TC fue sentenciado el 24 de octubre de 2014, a raíz de un requerimiento presentado por un grupo de parlamentarios en razón de infringir el proyecto de ley que creaba un "administrador provisional" y un "administrador por de cierre" de instituciones de educación superior, claros preceptos constitucionales como v. gr. artículos 19 N°s. 3 y 5, y 11 y 24. Rechazado que fuera el citado requerimiento (con varios votos en contra, 4 sobre 5) tal proyecto devino Ley 20.800[1].

Por considerar que *dicho fallo ha vulnerado notoriamente la autonomía de las instituciones de educación superior* (Centros de Formación Técnica, Institutos Profesionales y Universidades), nos permitimos mostrar ello en estas líneas y, además, comprobar un cambio de criterio del actual TC en esta materia, lo que se viene a agregar a otros casos semejantes de cambios en sus decisiones anteriores, menospreciando el carácter de "jurisprudencia" que revisten sus pronunciamientos, jurisprudencia que significa mantener lo decidido con anterioridad y no modificarlo por simples mayorías circunstanciales, sin fundamentar seria, rigurosa y convincentemente esos cambios.

1. La disposición en disputa era el artículo 4° letra b), que es ahora Ley 20.800. Su texto dispone:

> "Artículo 4°.- En la resolución de término de la investigación preliminar, el Ministerio de Educación podrá, fundadamente y atendida las características de la institución y la naturaleza y gravedad de los problemas

[*] Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon- Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile; ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: sotokloss@ust.cl

[1] Diario Oficial 26 de diciembre 2014.

> constatados, adoptar una de las siguientes medidas: ...b) Nombrar un administrador provisional si se constatan problemas que pudieren configurar algunas de las causales previstas en el inciso primero del artículo 6°".

2. Sin entrar en este comentario al total de las infracciones que la disposición transcrita incurre vulnerando derechos fundamentales de quienes tienen el dominio y la administración de esas instituciones afectadas, lo reduzco solamente al tema de la violación de la *"autonomía"* de ellas en cuanto cuerpos asociativos, autonomía que reconoce, garantiza y ampara la propia CP.

3. La CP de 1980, en clarísimo repudio a la situación producida durante el gobierno marxista de 1970-73 y su pretensión de intervención estatal en todos los ámbitos de la vida nacional, y especialmente en el caso de la educación a través de su tristemente célebre ENU, es decir "única"/ Estado docente totalitario/marxista), estableció en el Capítulo I "Bases de la Institucionalidad", artículo 1° inciso 3°, que

> "El Estado reconoce y ampara 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".

Por su parte, el artículo 19 N° 11 CP reconoce, asegura y ampara la libertad de enseñanza:

> "Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: N° 11. La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales [inc. 1°]. La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional [inc. 2°]".

Su inciso final (5°) agrega en su oración final que

> "Dicha ley [una ley orgánica constitucional], del mismo modo, "establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel".

Vistos los preceptos constitucionales transcritos, abordemos el punto.

4. Cuando se habla de *autonomía* no cabe olvidar que este término tan antiguo ya era empleado por los griegos, quienes con ello significaban la ley (*nomos)* y propia, de sí mismo, privativa (*autos*); es decir, se describía esa cualidad de quien se regula por normas que el mismo sujeto "posee en sí" (ley de su naturaleza, que le viene dada por la misma entidad que

posee) o "se da a sí mismo", con independencia y sin interferencia de otros, o sea que *se gobierna, organiza y actúa por sí mismo.*

Lo dicho resulta especialmente referido aquí a los cuerpos asociativos "a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad". Y es que el ser humano es por su propia naturaleza un ser sociable, y ello lo mueve por inclinación natural a agruparse con sus semejantes en asociaciones, grupos o entidades de las más diversas finalidades como una manera de alcanzar su propio bien (bien particular) y el de los miembros que las conforman (bien común).

Dicha natural sociabilidad lleva a constituir –desde la perspectiva jurídica– el "derecho de asociación" (para instituirlas) y a la "libertad de asociación" (de pertenecer a ellas, según lo estime conveniente, o renunciar a ellas de haber sido parte de ellas). No es ocioso recordar aquí que los gobiernos totalitarios siempre han pretendido eliminar tanto este derecho como esta libertad de asociación, como lo hiciera ya la Revolución Francesa (ley Le Chapelier) o en el siglo XX la oligarquía soviética y hace apenas cincuenta años la tiranía castrista (Cuba); y no puede olvidarse en nuestra propia historia la pretensión del gobierno marxista 1970-1973 de cancelar la personalidad jurídica, entre otras, de la Sociedad de Fomento Fabril, de la Sociedad Nacional de Agricultura, y hasta del Colegio de Abogados de Chile.

4.1. Así es que desde el primer instante de la elaboración de la Constitución de 1980 se vio la necesidad de plasmar en ella con claridad este reconocimiento de la autonomía de los cuerpos asociativos y su correspondiente garantía constitucional[2]. De allí el texto del artículo 1° inciso 3°, pieza fundamental en el combate en contra del estatismo siempre avasallador y por esencia conculcador de las libertades ciudadanas, que pretende imponer intereses partidistas o ideologías (utópicas por esencia) probadamente fracasadas a pretexto de igualdad u otros términos semejantes, verdaderos –esos sí– "opio" del pueblo.

4.2. Si se analiza el texto del inciso 3° del referido artículo 1° se podrá advertir que es suficientemente claro y autosuficiente. Pero, además, se conecta con otros preceptos que aseguran su efectividad para que no sea mera fraseología o simples sonidos (*flatus vocis)*.

[2] Pueden verse *Metas y objetivos fundamentales para la Nueva Constitución* (26.11.1973; *Declaración de principios del Gobierno de Chile* (11.3.1974, cap. II; *Acta Constitucional N° 2* (DL 1.551, de 13.9.1976) considerando 4° y artículo 2°; igualmente las *Proposiciones e ideas precisas* (16.8.1980) que acompañan el Anteproyecto de Nueva Constitución, párrafo 2°, y especialmente en su "Parte Especial" al explicar el "Preámbulo de la Carta Fundamental", que será finalmente el Capítulo I, Bases de la Institucionalidad, de la Constitución hoy vigente.

En efecto, en la propia CP se establece de modo perentorio que el Estado –que es un medio para el bien y perfección de las personas y no de quienes concertados se encaraman y se apoderan del gobierno para sus propios fines partidistas– en su misión de "promover el bien común" (artículo 1° inciso 4°) debe hacerlo "con pleno respeto a los derechos y garantías" de las personas, teniendo los órganos del Estado como límite en su actuar "el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (artículo 5° inciso 2°), siendo el derecho de asociación y la libertad de asociación uno de esos derechos (artículo 19 N° 15), derecho que emana de modo directísimo de la propia naturaleza humana (su intrínseca sociabilidad), y que no puede ser afectado en su "esencia" por ley alguna (menos aún por un acto administrativo) como lo prescribe su artículo 19 N° 26.

Tratándose de los cuerpos asociativos también respecto de ellos se les reconoce, garantiza y ampara nada menos que el hecho de existir, de constituirse, sin permiso previo, esto es sin intervención de la autoridad estatal (artículo 19 N° 15: *La Constitución asegura a todas las personas: 15.El derecho de asociarse sin permiso previo* (inciso 1°). Asimismo, el derecho a no ser discriminado de modo arbitrario, "ni por la ley ni por autoridad alguna" (artículo 19 N° 2 inciso 2°), como también el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (artículo 19 N° 3 inciso 1°), el derecho al respeto y protección de su privacidad y honra (artículo 19 N° 4), el derecho a la inviolabilidad de sus sedes y comunicaciones privadas (artículo 19 N° 5), el derecho a no ser confiscados sus bienes a menos que lo sea en un debido procedimiento penal, racional y justo ante un tribunal de justicia que declare ser una "asociación ilícita" (artículo 19 N° 7 letra g), "la libertad de enseñanza", que veremos en seguida (artículo 19 N° 11), la libertad de emitir opinión (artículo 19 N° 12), "el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen" (artículo 19 N° 21), el derecho a la igual repartición de los tributos y demás cargas públicas (artículo 19 N° 20), el derecho a no ser discriminado por el Estado en materia económica (artículo 19 N° 22), la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes con excepción de aquellos que la Constitución específica (artículo 19 N° 23), "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales", su intangibilidad, como también los atributos y facultades sin perjuicio de la expropiación en la forma y condiciones que la CP establece (artículo 19 N° 24), el derecho de propiedad industrial sobre aquellos bienes que la CP enumera (artículo 19 N° 25) y, finalmente, el derecho a no ser afectado en la esencia o contenido esencial de sus derechos (artículo 19 N° 26).

Si hemos hecho esta larga enumeración de los derechos que posee todo cuerpo asociativo y que la Constitución les reconoce, garantiza y ampara, es para insistir que el reconocimiento y autonomía de estos llamados "grupos intermedios" y la garantía y amparo de sus derechos "son fundamentos insustituibles de una sociedad libre y de su plena participación" y un baluarte esencial frente a quienes pretenden potenciar el Estado (es decir el grupo gobernante) a fin de capturar y dominar a la comunidad y transformar a las personas en siervos o esclavos de sus intereses frecuentemente bastardos. Y también para recordar cuando se trata específicamente de la "afectación" de uno de los derechos referidos, siempre indefectiblemente se afectan por repercusión varios otros, que es lo que ha sucedido con el texto del artículo 4° letra b) de la Ley 20.800, que comentamos y que el TC en su fallo pasó de largo y soslayó con grave infracción de la CP, incluso modificando su jurisprudencia anterior sin siquiera fundamentar tal variación.

4.3. Si se analiza el texto del inciso 3° del artículo 1° de la CP aparecen de inmediato dos ideas: *una*, conforme a la cual se establece que el Estado "reconoce y ampara" los grupos intermedios, o sea, los cuerpos asociativos que crean y organizan las personas miembros de la comunidad política; asociaciones "a través de las cuales se organiza y estructura la sociedad"; esto es muy importante, porque son estas asociaciones o grupos o entidades sociales las que constituyen la Nación, siendo el Estado "una" de esas entidades, el cual "está al servicio de la persona humana" (persona humana que es la que crea junto a otras esos grupos o entidades asociativas) y no para avasallarlas ni capturarlas ni convertirlas en siervos (al modo de los regímenes totalitarios).La *otra* idea, fundamental, es que al Estado le impone la CP la obligación jurídica constitucional de "garantizar la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos".

Para la CP ello configura un "valor esencial de la Nación" (junto con la familia) y un "fundamento insustituible de una sociedad libre y de plena participación". Y ello nada menos que como "Bases de la Institucionalidad", o sea, cimiento, pilar o fundamento de todo el ordenamiento jurídico. El propio TC ha señalado muy bien que estas "Bases" reflejan "la filosofía que inspira la Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional"[3]

4.4. Cuando se dice *reconoce*, la Constitución no hace sino advertir y comprobar una realidad que preexiste a la existencia del Estado, como es la natural sociabilidad humana, o sea, un derecho que emana de la propia

3 STC Rol Nº 19 del 27 de octubre 1983, considerando 9º.

naturaleza humana, que posee el hombre simplemente por el hecho de ser humano (artículo 5° inciso 2°, que lo reconoce como límite al poder de los órganos del Estado). No se trata de una cualidad adquirida, sino que intrínseca a la persona humana; de allí que la CP dispone que el Estado "reconoce", admite como anterior y superior a él, ese derecho a asociarse, que se actualiza en la creación de los más diversos tipos de asociaciones o cuerpos asociativos a fin de obtener la satisfacción de los distintos fines que desean perseguir los miembros que los componen. Antes que ese "derecho" a asociarse la Constitución reconoce la libertad humana para asociarse sin premiso previo. Si bien se profundiza, se trata de un "reconocimiento" de ese derecho y libertad natural fundamental de la vida social, y que va desde un modesto club de rayuela de un pueblo rural hasta una universidad, desde un centro de madres a una asociación de vida consagrada a Dios.

Cuando se dice que el Estado *ampara a los grupos intermedios"*, es decir, a los cuerpos asociativos, quiere decir que la Constitución le impone al Estado una *obligación* (sea de dar, hacer o no hacer, según el caso) de proteger y defender estos grupos ante cualquier intento que pretenda desconocer su existencia, o el libre desenvolvimiento de sus actividades específicas para obtener sus fines, Y, obviamente, esta *obligación de amparo* se dirige en primer lugar a las propias autoridades estatales, como v. gr. los tribunales de justicia, cuya tarea fundamental, esencial, es la ´protección de los derechos de las personas[4], pero también al legislador, que no pocas veces olvida esto y legisla con total prescindencia, cuando no desprecio, de los derechos de las personas, y ciertamente se dirige a las autoridades de gobierno/administración, las cuales no pocas veces elaboran proyectos de ley que atentan directamente en contra de esos derechos, como ha ocurrido en el caso que aquí comentamos.

5. Dado el tema central de este análisis, merece párrafo aparte la otra idea que plantea el artículo 1° inciso 3° de la Constitución, como es que el Estado "garantiza la adecuada autonomía" de estos grupos asociativos "para cumplir sus propios fines específicos". Entremos ya en el meollo del tema.

Como decíamos al inicio del párrafo 4 precedente, *autonomía* nos envía directamente a la idea de "libertad".

Y libertad (1) para "crear una entidad asociativa sin permiso previo", es decir, su creación queda entregada a la exclusiva decisión de las personas que se reúnen para tal efecto, y no por mandato de la autoridad

[4] Como lo disponía ya la Constitución de 1833, artículos 116 y 146 N° 1, que estuvieron vigentes (según su Disposición Tercera Transitoria) hasta 1875 con la entrada en vigencia de la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales.

o exigencia que pretenda imponer la ley o la autoridad administrativa, incluso si se tratara de otorgarle un determinado beneficio. La Constitución garantiza esa libertad, como lo dispone el inciso 3° referido y la garantiza expresamente, esto es, de modo claro y sin lugar a duda alguna. Así lo ha dicho y corroborado el propio TC en su rol 126/14.5.1991, en su considerando 13° al expresar

> "Que tampoco resulta armónico con la Carta Fundamental intentar otorgar a estas organizaciones comunitarias [Juntas de Vecinos] un cierto carácter público, ya que por su esencia misma constituyen una expresión de las bases mismas de la comunidad social, correspondiendo la iniciativa de su existencia exclusivamente a la voluntad y decisión personal de sus asociados, quienes tienen la facultad constitucionalmente garantizada de asociarse para ello sólo si así lo desean y no por mandato o exigencia de la autoridad o de la ley" (redacción Ministro García Rodríguez).

Imposible mayor claridad.

Y libertad (2) para "fijar sus fines específicos" conforme a los propios intereses de quienes desean fundar y crear una determinada asociación o entidad corporativa o grupo societario[5] VID Fines que, por cierto, no deben ir en contra de la moral, las buenas costumbres, el orden público o la seguridad nacional, los cuales vienen a ser los límites al ejercicio de todos los derechos fundamentales, salvo que la propia Constitución señale otro específicamente[6].

Y libertad (3) para *organizarse* ese cuerpo asociativo o grupo intermedio del modo más idóneo y adecuado conforme a los fines que se pretenden obtener, a la finalidad que se intenta o pretende conseguir.

Y libertad (4) para *decidir por sí mismo* ese cuerpo asociativo los actos que adopte según sus propios estatutos o regulación normativa interna, y por los órganos propios que tienen esa atribución o competencia para adoptar las decisiones que incidan en su organización y actividad.

Y libertad (5) para *administrar la entidad por sí misma* y de acuerdo a la manera más idónea, eficaz y provechosa para el bien común de ella a

[5] STC Rol Nº 2626 del 29 de enero 2015 considerando 18º, y Rol Nº 2627 del 29 de enero 2015 considerando 18º.

[6] V. gr. artículo 19 N° 6 (libertad de conciencia) inciso 1°; N° 8 (vivir en un ambiente libre de contaminación) inciso 2°; N° 11 (libertad de enseñanza) incisos 2° y 5°; N° 13 (libertad para reunirse en lugares públicos y sin armas) inciso 2°; N° 14 (derecho de petición); N° 15 (derecho de asociación) inciso 4°; N° 16 (libertad de trabajo) inciso 4°; N° 19 (libertad sindical) inciso 1° ("será siempre voluntaria"); N° 21 (derecho y libertad de iniciativa económica) inciso 1°; N° 23 (libertad para adquirir el dominio de bienes/ derecho *a* la propiedad) inciso 2°.

fin de alcanzar y obtener los fines que persigue atendidas las circunstancias concretas de tiempo y lugar. Y todo esto –cosa fundamental– *sin injerencias ajenas de terceros extraños a la entidad, ni interferencias de terceros que perturben o impidan el normal ejercicio de sus actividades*.

Y es que la *autonomía* de un cuerpo asociativo, grupo intermedio, o como se denomine a estas asociaciones o sociedad o corporaciones, implica *per se*, de suyo, una *libertad de autodeterminación, de elección, de decisión, y ausencia de injerencias, intromisiones o interferencias de terceros ajenos a la entidad*. Ciertamente, todo ello sin perjuicio de la intervención estatal, pero sólo en la medida que se infrinja el ordenamiento jurídico al cual está sujeta dicha entidad asociativa y esto *debidamente comprobado en un debido proceso legal, justo y racional ante un tribunal de justicia y un "juez natural" (artículos 73/76 y 19 N° 3, incisos 5° y 6° de la Constitución), el único habilitado para decidir sobre dicha infracción con independencia e imparcialidad*.

Viene a cuento aquí para resumirlo que ya en la Comisión Ortúzar se señalaba de manera muy certera en su Sesión 45[7], se aprobara en la Sesión 47[8], y se reiterara en la Sesión 206[9] en cuanto a que esta autonomía de los cuerpos asociativos significa que debe respetarse a las entidades intermedias "el derecho de perseguir en forma libre sus propios fines específicos sin interferencias indebidas de terceros *y, en particular, del Estado"* (cursivas nuestras).

Y las "interferencias indebidas" en la actividad de estas entidades por parte del Estado, a que hace referencia la cita precedente, implica muy frecuentemente –por desgracia– una afectación directa, una violación del "contenido esencial" de algún derecho de estas entidades (artículo 19 N° 26). Valga aquí recordar de nuevo al TC cuando en su rol 226[10], considerando 38, sentencia que *se viola el citado N° 26* "al imponerse una exigencia que impide" el libre ejercicio de esta autonomía, "ya que un tercero ajeno puede pretender imponer" una determinada actuación, conducta o decisión a una entidad. Esto mismo lo reconocía el mismo TC expresamente en el rol 184[11].

[7] 13 de junio de 1974.

[8] 20 de junio de 1974.

[9] 29 de abril de 1976.

[10] 30 de octubre de 1995.

[11] En su considerando 7° letra d) del 19 de marzo de 1994, establece con firmeza que el deber del Estado de garantizar esa autonomía no sólo se impone "en su función administrativa, como lo especifica particularmente la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, en su artículo 3°, inciso segundo, sino también al legislador y a todo órgano del Estado, como lo prescriben los artículos 6°, incisos primero y segundo y 7° incisos primero y segundo".

Si quisiéramos precisar aun más el contenido de ese derecho que todo grupo o entidad asociativa posee en orden a su *autonomía*, puede decirse que ésta significa darse sus propias normas, determinar sus ´propios fines y su objeto corporativo, social, acordar su propia "ley estatutaria", o sea su estatuto social (que es la "ley" que rige la entidad), establecer su propia organización, sus diversos órganos y funciones que desarrollan (de dirección, ejecución, control, etc.), sus sesiones, afectar los bienes que sean necesarios para su actividad, precisar sus propios controles para asegurar el cumplimiento de sus fines y el correcto desempeño de sus miembros, elección de sus directivos, aceptación de nuevos miembros integrantes, establecer un régimen disciplinario interno para hacer frente a los ilícitos o infracciones que puedan cometer sus miembros, etc.

Aun cuando podríamos seguir profundizando en lo que significa "reconocer y amparar" a los grupos intermedios, que son la base sobre la cual se organiza y estructura la sociedad, y en lo que significa "garantizar la adecuada autonomía" de ellos para cumplir sus propios fines específicos, como lo dispone la propia Constitución (artículo 1° inciso 3°) en sus Bases de la Institucionalidad, pienso que basta lo dicho para contrastarlo con el artículo 4° letra b) de la ley 20.800, transcrito al inicio.

5. Una primera observación que aparece necesario hacer es que la referida *autonomía* de los cuerpos asociativos concerniente a los "establecimientos de educación superior" incide en la autonomía para "abrir, organizar y mantener [los]: artículo 19 N° 11 inciso 1°. Y lo que viene a cuento aquí es que esta

> "libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional" (inciso 2°).

Pues bien, cuando la misma Constitución en su artículo 19 N° 11 inciso 5° remite a la ley (y ley orgánica constitucional) lo que reenvía a ella es establecer requisitos mínimos exigibles en cada uno de los niveles de enseñanza básica y media, como, asimismo, los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel. De allí que en cuanto "abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales de educación superior", las limitaciones se han de referir a las causales indicadas en el inciso 2° aludido y no otras (salvo en lo que se refiere al reconocimiento oficial de ellos, si lo estiman conveniente sujetarse a ese reconocimiento oficial). La "libertad de enseñanza", en lo que constituye tal "libertad", *no está a la disposición del legislador* como para regular cualquier cosa a su respecto en cuanto no sea lo que expresa

y claramente señalan los incisos 3° y 5° del N° 11 referido,[12] pero respecto de los establecimientos de educación superior, esto es Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica, sólo cabe intervenir si éstos pretenden el reconocimiento oficial del Estado.

La Ley 20.800 en su artículo 1° señala el objeto que la fundamenta expresando que

> "será resguardar el derecho a la educación de los estudiantes, asegurando la continuidad de sus estudios y el buen uso de todos los recursos de la institución de educación superior, de cualquier especie que éstos sean, hasta el cumplimiento de sus respectivos fines".

Sin entrar a referirnos al curioso "paternalismo" de que hace gala el Ejecutivo al preparar el Mensaje de proyecto de ley y el Legislativo al aprobarlo, a fin de que una institución de educación superior "privada" haga "buen uso de todos los recursos" de que dispone y su "tierna" preocupación de que "cumpla sus fines",[13] con ese "intervencionismo" llega incluso a que sea la Administración del Estado, a través de un "interventor" designado por ella misma,[14] quien administre esa Institución de Educación Superior privada, lo que viola de manera patente su *autonomía* constitucionalmente consagrada. Pero pareciera no haberse advertido –en verdad, se ha hecho ex profeso– que la intervención de un "administrador provisional" (en puridad, un "interventor"/al modo de las tristemente célebres requisaciones de industrias, del período 1970-1973) en esas Instituciones privadas con el fin de resguardar el derecho a la educación de sus estudiantes, afecta directamente la "libertad de enseñanza" de esas entidades, no siendo el Estado por su Administración quien a través de esta clarísima afectación –medio inidóneo e inconstitucional– puede proteger o resguardar tal derecho a la educación. No cabe en nuestro Derecho Público pretender resguardar un derecho violando directamente otro, dado que sólo puede permitirse ello en casos excepcionales, como la propia Constitución lo

[12] El inciso 3° dispone que "La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia política partidista alguna".

[13] Que me hace recordar a los reyes déspotas de la Prusia del siglo XVIII que dictaban ordenanzas sobre la hora que debían recogerse los maridos a sus hogares, como asimismo el buen trato que debían dar a sus esposas.

[14] Se evita usar el término "interventor" por el recuerdo que él evoca del fatídico período de gobierno de la Unidad Popular (1970/XI-1973/IX), en el cual por su intermedio se consumara el latrocinio de la incautación ilegal/"requisaciones" de las más diversas industrias del país, que llevó a la quiebra de sus finanzas (inflación de cerca del 1000%) y al alzamiento de todas las fuerza vivas de la comunidad nacional en contra de ese gobierno, declarado incluso "ilegítimo" por la Cámara de Diputados (Acuerdo del 22/23.8.1973).

contempla previa declaración de un *estado de excepción constitucional* cuando existan circunstancias expresamente delimitadas que afecten gravemente el normal funcionamiento de las "instituciones del Estado",[15] no de una universidad o entidades privadas.[16] Ello es propio de un gobierno totalitario, así de simple.

Ahora bien, el TC ha reconocido expresamente que las Universidades privadas son cuerpos intermedios, como lo señala su rol 523 en sus considerandos 24 y 26[17], y, en consecuencia, se encuentran amparadas por la *autonomía* que la Constitución les reconoce, garantiza y ampara. Lo que ha reiterado el TC en este rol 2.731, que comentamos, pero reduciendo ahora su alcance, vaciándola propiamente de contenido.

Valga recordar aquí que el TC en su rol 523, considerando 27, ha precisado muy bien esto cuando ha establecido que "la autonomía universitaria tiene, además, fundamento, toda vez que constituye la garantía institucional de la libertad de enseñanza"; es decir, en otros términos, forma parte de su "contenido esencial", lo que significa que su entrabamiento, o impedimentos o limitaciones que impidan "su libre ejercicio" viola la Constitución en su artículo 19 N° 26. ¡Cuánto más la viola si se trata no ya de trabas o limitaciones, sino de su *privación*, de su ¡*eliminación*!

El TC ha reconocido últimamente que la ley puede regular la actividad universitaria, pero sin que jamás esa regulación pueda "eliminar" esa *autonomía* que la Constitución le reconoce, garantiza y ampara, como tampoco que la "restrinja gravemente", como aparece de sus roles 248 considerando 47, 2541 considerando 29 y 2731 considerandos 28,31, 98 y 149. Debe precisarse que resulta de suyo improcedente esa calificación de "gravemente" que hace el TC desde que la Constitución en su artículo 19 N° 26 señala sin ningún calificativo que la ley *"no podrá afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.* Por eso es que el introducir este calificativo de "gravedad" no es sino una "invención liberticida" del TC carente de todo sustento constitucional y, ´por ende, inadmisible en nuestro Derecho. Aparece ello como una simple "cuña" para permitir al legislador hacer lo que quiera en desmedro de los derechos de las personas (artículos 1° inciso 4°, 5° inciso 2°, 6° y 7°).

[15] Artículos 39 a 45, como son los estados de guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública.

[16] Como la desastrosa situación de la Universidad del Mar y no menos de la Universidad Arcis, financiada por el Partido Comunista a través de una Fundación manejada por él; en cuanto a la U. Arcis véase informe de El Mercurio de 10.7.2015 C-14 y su situación financiera.

[17] 19 de junio de 2007

El TC ha establecido que esa *autonomía* no significa de modo alguno que puedan actuar de modo ilegal estos cuerpos asociativos amparándose en ella, pero que las responsabilidades que puedan derivar de esa actuación ilegal "toca a los tribunales conocer, comprobar y declarar en el correspondiente debido proceso.[18] Vale decir que la actividad ilícita en que incurre un cuerpo asociativo o grupo intermedio, como es una Universidad privada, como por ejemplo el no pago de las remuneraciones a sus docentes y/o administrativos, o el no pago de sus imposiciones previsoonales, o de las deudas contraídas en su actividad o actos ilícitos de sus directivos en la administración de ella, NO es asunto de la Administración del Estado, sino de los *tribunales de justicia*, por expresa disposición de la Constitución (artículo 73/76), sea por la afectación de los derechos de sus empleados o de los derechos de sus estudiantes (por incumplimiento del contrato de enseñanza), y a través de las acciones procesales que el ordenamiento jurídico chileno ha previsto al efecto. Y así lo ha dicho el TC en los roles recién indicados. ¿Cómo, entonces, puede ser conforme a la Constitución la intervención del Estado/Administración de una Universidad privada a través de un "interventor" (eufemísticamente llamado "administrador provisional") desde que ello avasalla en plenitud su autonomía?

El propio TC en su rol 184 cit. considerando 7° letras a) a e) ha declarado la "inconstitucionalidad" de la pretensión legislativa de intervenir una Administradora de Fondo de Pensiones (DL 3.500/1980) por medio de un "administrador delegado" y ello en virtud de diversas violaciones a la Constitución especialmente de su artículo 19 N° 24, N° 26, N° 15, artículo 1° inciso 3° y artículo 73, violaciones que las explica muy acertadamente.

Ello mismo el TC lo ha reiterado en varios casos y a través de un largo periodo de años, v. gr. roles 226, considerandos 29 y 30, 1.295, considerando 56, 2.487, considerando 45, 2.536 considerando 18 y 2.537 considerando 22. Incluso este mismo rol 2.731 en su considerando 28 reitera esta solución haciendo ver que esta autonomía no puede ser invocada "para realizar actividades ilegales, dañosas o ilícitas o amparar excesos en la actuación del órgano que la invoca", citando su rol 184, pero curiosamente "se cuida" de agregar lo que el rol 184 agregaba, como es que aquellas actuaciones contrarias a Derecho son de *conocimiento de los tribunales de justicia*, que son los competentes para conocer, comprobar y declararlos ilícitos en un debido proceso. Ahora el TC pretende cohonestar que es la Administración del Estado quien puede absorber esa tarea, la cual la

[18] STC Rol Nº 184 del 7 de marzo de 1994 considerando 7° letra d), Rol Nº 2.536 del 9 de octubre de 2014 considerando 18 y Rol Nº 2.537 del 9 de octubre de 2014 considerando 22.

propia Constitución ha reservado como única, exclusiva y excluyente de los tribunales de justicia (vid. artículo 73/76 inciso 1°); es decir, que es una materia de *reserva jurisdiccional*.

Hay, además, un error muy grueso en el considerando 31 de este rol 2.731 cuando se ejemplifica que "la autonomía de la universidad se extingue con la revocación del reconocimiento oficial". En efecto, una cosa es que la Universidad tenga un reconocimiento oficial y otra cosa es su *autonomía*.

Esta existe por el hecho de existir un cuerpo asociativo, un grupo intermedio, tenga o no reconocimiento oficial, como asimismo existe tenga o no personalidad jurídica. Parece creer el TC que el artículo 1° inciso 3° de la Constitución simplemente no existe o que la Constitución carece de aplicación directa, como lo dispone su artículo 6° incisos 1° y 2°. Pareciera que el TC está todavía "anclado" en el principio de "legalidad" en el cual la Constitución y sus preceptos sólo eran aplicables en la medida que existiera una ley que permitiera aplicarlos quedando –cruel paradoja– la Constitución sometida a la ley y, por ende, no existir la supremacía constitucional, sino la supremacía de la ley y, por tanto, un régimen parlamentario de supremacía de la legislación y del Parlamento, en circunstancias de existir en Chile un régimen presidencial desde la mismísima Constitución de 1833. ¡No te quedes en el pasado, Tribunal Constitucional! La Constitución vigente es radicalmente distinta a la interpretación que los estatistas dieron a la de 1925, y que pareciera que ahora el guardián de la Constitución quisiera resucitar. ¿Qué tipo de "guardián" es aquel que no la aplica y que reduce su fuerza y energía protectora de los derechos de las personas?

Otra inconsecuencia de este fallo recaído en el rol 2.173, y que incide en una interpretación falsa de la Constitución, es la de sostener que no habría contradicción entre un "interventor" en una Institución de Educación Superior, v. gr. una universidad privada, y el derecho de propiedad que poseen éstas, según lo reconoce la propia Constitución en su artículo 19 N° 24 incisos 1° y 3°.

El propio TC en su rol 184 cit., considerando 7°, lo afirmaba de modo rotundo al sentenciar que la facultad de administrar sus bienes propios –que le corresponde *per se* a quien posee la libertad de enseñanza y de abrir un establecimiento de educación (artículo 19 N° 11, inciso 1°)– es una facultad "inherente" al derecho de propiedad; lo establece expresamente el artículo 19 N° 24 inciso 3° –agrega dicho fallo– cuando dispone que

> "Nadie puede, en caso alguno [o sea, *jamás*], ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales del dominio sino en virtud de expropiación...".

Y agrega el TC:

> "De ello resulta que la privación... de alguno de los atributos o alguna de las facultades esenciales del dominio sólo puede realizarse del modo o la forma y cumpliendo los requisitos que la propia Constitución establece" (considerando 7° letra a).

En la especie del rol 2.731 cit. *no se cumple con ninguna de las exigencias impuestas por la Carta Fundamental* para tal situación, por lo cual el precepto analizado es inconstitucional, ya que dispone la privación total –por mera disposición administrativa [aun si temporal pero prorrogable hasta dos años] de una "facultad esencial" del dominio, como es la administración del ente societario por sus propios dueños o por quien éstos determinan libremente conforme a su propio estatuto social. Y ha de añadirse que esto constituye una violación directa del artículo 19 N° 26, puesto que esa designación de "interventor" afecta *en su esencia* al referido derecho de propiedad en sus facultades esenciales, como es el administrar la entidad "al impedir de modo total su ejercicio", lo que "lo viola de modo notorio", ya que la Constitución "ha dispuesto esta salvaguarda [del N° 26 aludido] como base fundamental del respeto de los derechos de las personas especialmente frente al legislador"[19]. Mayor claridad imposible.

Debe hacerse resaltar que este nombramiento de interventor por la autoridad administrativa que hace la Ley 20.800 en su artículo 4° letra b) ni siquiera puede asilarse en la pretendida función social de la propiedad (artículo 19 N° 24 inciso 2°), función ciertamente muy importante,[20] desde que de acuerdo con su texto e interpretación del propio TC (rol 185, considerando 12) puede en su virtud imponerse "limitaciones y obligaciones", pero jamás la "*privación*" del derecho de propiedad o la *privación* de sus facultades inherentes a él, como es la facultad de administrarse por sí mismo el ente asociativo o grupo intermedio, como es una universidad privada, sin injerencias de terceros ajenos a él. Por lo cual, de manera alguna cabría invocar esta "función social" para justificar una tal "privación"[21].

Aquí ha de traerse a colación lo que el TC sentenciaba en su rol 410, considerando 10°: "las normas [legales] que vulneren alguno de estos tres

[19] STC Rol Nº 184 del 7 de marzo de 1994, considerando 7° letra b).

[20] Proveniente de una visión cristiana del ser humano, de la sociedad y del gobierno de la comunidad política.

[21] Valga recordar que incluso esas "limitaciones" deben ser indemnizadas cuando son impuestas por el Estado, como lo ha afirmado la Corte Suprema ya en 1984 en el conocido caso *Comunidad Galletué c/Fisco*, de 7.8.1984, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 81/1984, 2.5, 181-189.

elementos [abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales/ artículo 19 N° 11, inciso 1°] atentarán contra este derecho".[22] Esto ya lo había establecido el TC en su rol 226, considerando 36, al establecer que se viola este precepto del N° 24 del artículo 19 mencionado "al interferir [se] gravemente las atribuciones de administración" de un grupo intermedio, cuerpo asociativo, dedicado al periodismo. Y allí se agrega que esa interferencia de un tercero en la administración de un grupo intermedio "significa en el mismo instante violar la autonomía de este ente asociativo y, por tanto, el artículo 1° inciso tercero de la Carta Fundamental". Cabe agregar aún que se da también una clara vulneración de un atributo esencial del derecho de propiedad como es su "exclusividad", puesto que esa interferencia que plantea el proyecto [en el rol 2.731 es la designación de un interventor/administrador provisional en una institución de educación superior privada] permite la intromisión de un tercero ajeno en sus decisiones. Y es que, como dice esta Ley 20.800 desde su titulación y lo repite en todo su articulado, este interventor/administrador provisional "reemplaza la administración del ente intervenido" (vid. simplemente su artículo 13). Mayor claridad imposible.

Otro tema que verdaderamente "clama al cielo" jurídico... es la atribución de *facultades cautelares* a este interventor de las Instituciones de la Educación Superior y que el TC las encuentra muy conformes con la Constitución...

Resulta notable la "amnesia" del TC respecto de su jurisprudencia emitida con anterioridad, como si se tratara de "refundar" o fallar no ya con "aplanadora", sino con "retroexcavadora", sin advertir los fracasos estruendosos y palpables a que lleva semejante planteamiento. Vemos aquí de nuevo el olvido de lo que ha dicho el TC, como si un tribunal de la república y el más alto en su materia pudiera estar al vaivén del cambio de sus miembros y prescindir nada menos que de la supremacía constitucional, que es lo que está en juego, y de su función más relevante, como es que los órganos del Estado, y especialmente aquí el legislador,

[22] Un punto muy importante que algún experto en derecho administrativo podría abordar es la extrema vaguedad, por su generalidad e imprecisión, de las *causales de intervención* previstas por el legislador. Imprecisas e ilimitadas en su extensión; ya no se trata de "conceptos jurídicos indeterminados", de suyo huidizos en su configuración (y por qué no decirlo, incoherentes en su misma terminología/un concepto indeterminado no es concepto propiamente tal), sino de vaguedades como "riesgo serio de no garantizar la viabilidad administrativa y financiera de la institución afectada..." (letra a) del artículo 6° de la Ley 20.800) o "incumplimientos graves y reiterados (letra b) idem), ¿qué se entiende por "graves"? Y todo ello determinado por un organismo de la Administración del Estado que es el mismo órgano que va a dictar la resolución de intervención de una Universidad, Instituto Profesional o Centro de Formación Técnica...

actúen *con pleno respeto de los derechos de las personas* (artículos 1°, inciso 4°, 5°, inciso 2°, y 6° y 7°),

En efecto, el artículo 3° del Proyecto sobre el cual ha recaído el rol 2.731 (que hoy es Ley 20.800) plantea, como su texto lo indica en su inciso 1°, una verdadera "medida precautoria" y ello sólo por una decisión de autoridad administrativa (Ministro de Educación);

> "El Ministerio de Educación, de oficio o por denuncia, dará inicio a un período de investigación preliminar, de carácter indagatorio, en aquellos casos..." (inciso 1°).

Y su inciso 2° agrega:

> "El Ministerio de Educación podrá, para los fines de esta investigación, ingresar a la institución, acceder y recopilar toda la información que estime necesaria, sin impedir el normal funcionamiento de las actividades académicas de la misma" (primera oración).

Tales medidas son pura y simplemente "medidas precautorias". Ante ello el mismo TC decía en su rol 198 (20.1.1995), en forma rotunda, que una tal normación

> "vulnera la Constitución al no proteger el goce efectivo de los derechos y libertades que la Carta asegura y garantiza a todas las personas cuando dota a un servicio público [aquí a un Ministerio] de facultades absolutamente discrecionales, como las de recoger e incautar documentos o antecedentes probatorios de cualquier naturaleza pertenecientes a las personas objeto de investigación... Las facultades conferidas se ejercen por el servicio [Ministerio] sin contemplar su sometimiento a control o aprobación judicial previa alguna... que deja en la indefensión [salvo el ejercicio de acciones constitucionales] a las personas naturales o jurídicas que directa o indirectamente se pueden ver involucradas en una investigación como la que se autoriza en el proyecto de ley en examen" (considerando 10, inciso 1°).

Y en este mismo considerando 10, en su inciso 2° letras a) a c), explica el TC con claridad cómo dicha pretensión de adoptarse por un órgano de la Administración del Estado (aquí el Ministro de Educación) una tal medida precautoria vulnera derechos fundamentales, como el inciso 4° del artículo 1° de la Constitución, el inciso 5° /hoy 6° del N° 3 del artículo 19 y además el N° 5 de dicho artículo 19.

Particular relevancia presenta cuanto dice el TC en la letra a) del mencionado considerando 10°, que curiosamente en el rol 2.731 lo olvida al fallar; dice la letra a) referida:

> "|...En efecto, la potestad discrecional no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución Política y ello ocurre cuando la disposición legal que la concede coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción o control judicial alguno, en posición de que con su actuación afecte o desconozca las libertades o derechos que la Constitución asegura a todas las personas,. Lo anterior se aprecia nítidamente en el proyecto, ya que las facultades de incautación de documentos, antecedentes probatorios y objetos que se recojan dependen de potestades discrecionales amplias en que los motivos que autorizan la actuación del servicio y de los funcionarios que lo representen., solo depende de la apreciación y libre y subjetiva de quien adopta el acuerdo y participa en su aplicación".

Confróntese simplemente lo expresado tan bien por el TC en este rol 198 con el texto del artículo 3° del Proyecto sobre el cual ha recaído el rol 2.731(hoy artículo 3° Ley 20.800). En dicho artículo 3° se da precisamente la misma situación, puesto que su inciso 2° dispone que

> "El Ministerio de Educación podrá, para los fines de esta investigación, ingresar a la institución, *acceder y recopilar toda la información que estime necesaria…"* (cursivas nuestras");

pues bien, eso que "estime necesaria" no es sino una típica atribución discrecional, "necesariedad" que queda entregada total y completamente a la opinión, arbitrio y subjetiva decisión del interventor, o sea, exactamente cuanto el TC reprochara de inconstitucional en el rol 198. Pero aquí en el rol 2.731 olvida su pronunciamiento anterior y cohonesta una norma legal que viola directamente varios derechos fundamentales, como lo hemos indicado hace un instante.

Y no menos importante es cuanto establece el TC respecto a la violación que significan estas "medidas precautorias", decididas por vía administrativa, al derecho fundamental reconocido, garantizado y amparado por el art. 19 N° 3 inciso 5° (hoy inciso 6°) de la Constitución. Dice el rol 198 en su considerando 10° letra b):

> "Vulnera también la disposición en análisis el artículo 19 de la Carta Fundamental, en su N° 3 inciso 5°, que establece el debido proceso legal, pues se está en presencia de un servicio público [aquí un Ministerio] legalmente facultado para ejercer jurisdicción pudiendo decidir sobre la conducta o bienes de las personas, investigar hechos, recoger e incautar documentos y antecedentes que le permitirán en definitiva, a su mero arbitrio, decidir si se ejerce la acción penal ante la justicia del crimen...";

y se agrega:

> ”En el caso en análisis no se cumple y se infringe el precepto constitucional anteriormente referido, pues el artículo 16 inciso tercero [del Proyecto que analiza el TC] otorga facultades a un servicio para que efectúe actuaciones de índole jurisdiccional, pero no se detalla ni se precisa en forma exhaustiva, al igual como lo hace el Código de Procedimiento Penal, para garantizar eficazmente los derechos de las personas, el procedimiento a que se debe someter dicho servicio con las facultades que se le otorgan”.

Varias inconsecuencias podrían agregarse a este rol 2.731 respecto de la jurisprudencia anterior del TC, pero baste por ahora con lo que hemos mostrado aquí, a fin de no alargar este comentario (12). Remitimos especialmente a los votos disidentes de los ministros Bertelsen, Peña, Aróstica y Brahm, que han desarrollado su planteamiento respecto de la *inconstitucionalidad del art. 4° letra b*), que acabamos de comentar, en sus considerandos 26 a 41 (páginas 167 a 181 de la sentencia) completándolo certeramente.

Para concluir me parece importante recalcar que un tribunal que falla al vaivén del viento político que sopla simplemente corrompe su función y genera desconfianza en cuanto tribunal; lo mismo ocurre si cambia de posición cuando cambian algunos de sus integrantes. Una justicia que produce desconfianza y varía en sus decisiones sin atender a lo juzgado con anterioridad revela o un cierto narcisismo de sus miembros o cierta obsecuencia ante el poder que gobierna y legisla, olvidando su labor; y esto más aún cuando se trata de un tribunal que tiene por misión asegurar la supremacía constitucional, en que debe tenerse siempre presente que tal supremacía no es sino la forma o, si se quiere, el medio que la Constitución ha imaginado para asegurar la sujeción de los órganos del Estado a derecho (artículos 6° y 7°) a fin de resguardar los derechos de las personas y especialmente los fundamentales, aquellos que emanan de la propia naturaleza humana (artículo 5° inciso 2°), puesto que son las personas el sujeto, principio y fin del Estado y del derecho (artículo 1°).