



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

**EL ALZA UNILATERAL DEL ARANCEL UNIVERSITARIO Y LA  
JURISPRUDENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 38ter DE LA LEY DE  
ISAPRES**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES**

**Integrantes:**

**CRISTIÁN ALZAMORA BUENO**

**MATÍAS GÓMEZ SEPÚLVEDA**

**Profesor Guía:**

**JOSÉ LUIS CÁRDENAS TOMAZIC**

**Santiago, Chile**

**AGOSTO 2013**

## **Abreviaturas**

AFD	Aporte Fiscal Directo.
AFI	Aporte Fiscal Indirecto.
Art.	Artículo.
CAE	Crédito con garantía estatal. Crédito con aval del Estado.
Cap.	Capítulo.
CASEN	Caracterización Socio-económico Nacional.
CFT	Centro de Formación Técnica.
CONICYT	Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica.
CORFO	Corporación de Fomento.
CPR	Constitución Política de la República.
CRUCH	Consejo de Rectores.
DDHH	Derechos Humanos.
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
DFL	Decreto con Fuerza de Ley.
Dto.	Decreto.
Ed.	Educación.
Edit.	Editorial.
Ej.	Ejemplo; por ejemplo.

ES	Educación Superior.
Excma.	Excelentísima.
GINI	Coeficiente de Gini.
Ibíd.	Ibídem. En la misma obra.
Inc.	Inciso.
Ind.	Independiente(s).
IP	Instituto(s) Profesional(es).
ISAPRE(s)	Institución(es) de Salud Previsional.
Itma.	Ilustrísima.
LGE	Ley General de Enseñanza.
LOC	Ley Orgánica Constitucional.
LOCE	Ley Orgánica de Educación.
LOCTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
MINEDUC	Ministerio de Educación.
Nº(s), núm.	Número.
Ob. Cit.	Obra citada. En la misma obra, pero no en la misma página.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
P., pg.,pp.	Página(s).

Pár.	Párrafo.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
PUC	Pontificia Universidad Católica de Chile.
PSU	Prueba de Selección Universitaria.
Stgo.	Santiago, Chile.
ss.	Siguientes.
TC	Tribunal Constitucional.
Tít.	Título.
U.	Universidad.
UAI	Universidad Adolfo Ibáñez.
UAndes	Universidad de Los Andes.
UAP	Universidad Arturo Prat.
UCh	Universidad de Chile.
UDD	Universidad del Desarrollo.
UDP	Universidad Diego Portales.
UNAB	Universidad Nacional Andrés Bello.
USACH	Universidad de Santiago de Chile.
UTalca; UTAL	Universidad de Talca.
V.gr.	Verbigracia.
Vol.	Volumen.

# Índice

<i>Introducción</i> .....	8
<b><i>I.- El Mercado de la Educación Superior. Marco descriptivo. La Oferta y la Demanda en el mercado educacional terciario.</i></b> .....	<b>19</b>
<b>1.- La Oferta dentro del mercado educacional terciario. El Proceso de Mercadización. La Competencia por prestigio y posiciones.</b> .....	<b>19</b>
1.1.- El proceso de mercadización y sus principales características. ....	19
1.2.- La competencia por prestigio y por posiciones. ....	34
1.3.- Fallas del Mercado educacional terciario. ....	48
1.3.1.- Aspectos Generales. ....	48
1.3.2.- Asimetrías de información en el mercado educacional superior chileno.....	53
1.4.- El proceso de mercadización en Chile.....	57
1.4.1.- Antecedentes. ....	57
1.4.2.- Estructura de la oferta del mercado chileno de la educación superior.....	61
1.4.2.1.- Estatuto Jurídico. ....	61
1.4.2.2.- Composición de la oferta y demanda educacional terciaria en Chile. ....	78
1.4.3.- Modelos de Financiamiento de la Educación Superior Chilena. ....	81
1.4.3.1.- Introducción.....	81
1.4.3.2.- Modalidades de financiamiento público.....	84
1.5.- Estructura arancelaria en el mercado educacional superior chileno. ....	107
1.5.1.- Antecedentes y nociones generales. ....	107
1.5.2.- Comportamiento de los aranceles de la educación superior en Chile.....	113
1.5.2.1.- Nociones de arancel real y arancel de referencia.....	113
1.5.2.2.- Evolución de los aranceles universitarios en Chile. ....	141
<b>2.- La Demanda en el mercado educacional terciario. La educación como bien. Los niveles de retorno.</b> .....	<b>153</b>
2.1.- La educación dentro de la teoría del capital humano.....	153
2.2.- Los niveles de retorno de la educación y la distribución de ingresos. El caso chileno.....	161
<b><i>II. El Derecho a la educación en la Constitución y Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile.</i></b> .....	<b>184</b>
<b>1. - Aproximación doctrinaria al derecho a la educación en nuestra normativa.</b> .....	<b>184</b>
1.1.- Introducción. ....	184
1.2.- El derecho a la educación en la Constitución Política de la República. La libertad de enseñanza y el rol subsidiario del Estado.....	188
1.3.- El derecho a la educación en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y en leyes especiales.....	202
1.3.1.- El derecho a la educación en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile. ....	202
1.3.2.- El derecho a la educación en leyes especiales. La Ley N° 20.370 del año 2009.....	227

<b>2.- Aproximación a la jurisprudencia chilena sobre el derecho a la educación. ....</b>	<b>231</b>
2.1.- Introducción. ....	231
2.2.- La doctrina de la propietarización de los derechos. Aproximación doctrinaria. Contrato de prestación de servicios educacionales. ....	234
2.2.1.- Aproximación doctrinaria. ....	234
2.2.2.- El contrato de prestación de servicios educacionales. ....	243
2.3.- El derecho de matrícula. ....	261
2.4.- El principio de autonomía universitaria. ....	298
<b><i>III. El derecho a la protección de la salud. Presentación, descripción y breve análisis de la jurisprudencia respecto a la constitucionalidad de los numerales 1 a 4 del inciso 3°, del entonces artículo 38 ter (hoy artículo 199) de la Ley de ISAPRES. ....</i></b>	<b>322</b>
<b>1. Introducción. ....</b>	<b>322</b>
<b>2.- El derecho a la protección de la salud. El contrato de salud: definición, naturaleza jurídica y características esenciales. La determinación del precio final del plan de salud previsual. ....</b>	<b>324</b>
2.1.- El derecho a la protección de la salud. Manifestación del principio de subsidiariedad del Estado. ....	324
2.2.- El contrato de salud. El precio final del contrato de salud. ....	332
2.2.1.- El contrato de salud. Definiciones y características esenciales. ....	332
2.2.2.- El precio final del contrato de salud. Definición, características y método de determinación. La tabla de factores. ....	338
<b>3.- Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia conociendo de acciones cautelares de protección. ....</b>	<b>357</b>
<b>4.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ....</b>	<b>389</b>
4.1.- Fallos del Tribunal Constitucional conociendo de recursos de inaplicabilidad del antiguo artículo 38 ter de la ley de ISAPRES. ....	389
4.2. La sentencia rol 1710/2010 del Tribunal Constitucional que derogó los numerales 1 al 4 del inciso 3° del entonces artículo 38ter de la Ley 18.933. ....	424
4.2.1. Introducción. Acciones de inconstitucionalidad. Concepto, requisitos y características esenciales. ....	424
4.2.2.- Presentación de la Sentencia Rol n° 1710/2010 del Tribunal Constitucional que derogó el inciso 3° numerales 1 a 4 del entonces artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES. ....	432
<b><i>IV.- Estudio análogo entre el derecho a la educación y el derecho a la protección a la salud. Descripción comparativa con sus respectivas consecuencias jurídicas. ....</i></b>	<b>457</b>
<b>1.- Planteamiento del problema. El alza desproporcionada de los aranceles universitarios. ....</b>	<b>457</b>
<b>2.- Exigibilidad de los derechos sociales. Principio de la unidad de los derechos fundamentales. ....</b>	<b>469</b>

<b>3.- Criterios de razonabilidad y proporcionalidad en las alzas de los precios en los que van envueltos derechos sociales. El “estudiante cautivo”.</b> .....	<b>489</b>
<b>4.- Contratos de salud y de prestación de servicios educacionales: son de orden público.</b> .....	<b>514</b>
<b>5.- Solución jurídicamente posible frente al alza desproporcionada, injustificada y unilateral de aranceles universitarios.</b> .....	<b>523</b>
<i>Conclusiones</i> .....	<b>528</b>
<i>Bibliografía</i> .....	<b>542</b>

## **Introducción**

La movilización estudiantil del año 2011, puso en boga la constante preocupación ciudadana respecto al costo que le produce al estudiante y a sus familias, la prosecución de sus estudios a un nivel superior. Este hecho de carácter social, fue el que inspiró el desarrollo de un proceso de investigación jurídica en virtud de la cual se planteó si habría o no una salida o remedio jurídico a tal preocupación.

De acuerdo a lo anterior, nuestro trabajo no podía sino partir de esa premisa. Consecuente con ello, debe explicarse la causa, magnitud y forma de impacto en los ingresos socio-económicos de una familia el asumir un elevado costo de tener a un estudiante cursando la educación superior.

Primeramente, nos encontramos frente a un derecho de carácter social: el derecho a la educación. Este derecho, está consagrado en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile que en virtud del artículo 5, inciso segundo de la Constitución, se entienden incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de ello, la satisfacción de este

derecho está dada tanto al Estado como a los particulares, quienes interactúan con los estudiantes por medio del mercado.

Es en razón de lo anterior que, primero, analizaremos el mercado de la educación superior, describiendo la dinámica mercantil entre oferentes y demandantes con el objetivo de conocer porqué estudiar una carrera –sea esta profesional o técnica- es costosa. Y una vez constatados aquellos hechos, investigar qué remedios puede proporcionar nuestro ordenamiento jurídico frente a la situación planteada.

Es relevante considerar que durante los últimos años se ha desarrollado un nuevo paradigma jurídico frente a la protección de los derechos fundamentales. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, ha cultivado una nueva concepción respecto a la naturaleza jurídica de los derechos considerados como derechos económicos, sociales y culturales (DESC) o los también llamados derechos fundamentales de segunda generación; así como del rol garante del Estado frente a ellos.

Este fenómeno jurídico, abandona ideas que fueron predominantes en décadas anteriores, inspiradas en un ideario neoliberal del Estado,

adoptando nuevas actitudes enfocadas hacia la titularidad de estos derechos y la posibilidad de su justiciabilidad. Fue así como la jurisprudencia ha construido un rol garante de aquellos derechos, haciéndolos exigibles tanto hacia la Administración como hacia los particulares. Esto último se refuerza por la característica práctica de estos derechos, ya que tanto la Administración como los particulares están llamados a dar cobertura y garantía a éstos, y así ha sido la tónica de las legislaciones contemporáneas. Especial consideración existe en Chile, legislación que consagra el rol subsidiario del Estado y que permite a particulares la facultad de prestar servicios con la finalidad de satisfacer aquellos derechos fundamentales.

Fue así como la fuente de este trabajo, radica en el fenómeno que detonó la constante alza de los planes de salud de los afiliados a una Institución de Salud Previsional (ISAPRES), la cual terminó en el desarrollo de un juicio de constitucionalidad sobre la norma que regulaba el mecanismo de determinación de los precios finales de los contratos de salud. El caso en comento se encuentra en el fallo del Tribunal Constitucional ROL 1710-2010, puesto que establece cómo aquella determinación termina por vulnerar derechos fundamentales de los afiliados

y, especialmente, a su derecho a la elección del sistema por el cual desean acogerse.

El fallo 1710-2010, declaró inconstitucional en abstracto el entonces artículo 38ter, inciso 3° y sus numerales 1 al 4 de la Ley de ISAPRES, norma en virtud de la cual se regulaba aquel mecanismo. Luego de un sinnúmero de fallos de la Itmas. Cortes de Apelaciones y de la Excma. Corte Suprema, respecto a la arbitrariedad del alza unilateral de los precios bases de los planes de salud, el Tribunal Constitucional, basándose en fallos anteriores de inaplicabilidad, derogó aquella norma que establecía la facultad de la Superintendencia de Salud para establecer la estructura de la tabla de factores, en base a dos argumentos, uno de forma y otro de fondo.

El argumento de forma, se encuentra en la vulneración del principio constitucional de reserva legal<sup>1</sup>. El artículo 38ter, lo vulnera al otorgar a la Administración –representada en la Superintendencia de ISAPRES–, la determinación de la estructura de la tabla de factores. Reproche que va dirigido a la omisión del legislador, debido a que estableció que frente a un

---

<sup>1</sup> CÁRDENAS José Luis y MONTT Santiago. La declaración de inconstitucionalidad del artículo 38ter de la ley de ISAPRES: Mitos y realidades de un fallo histórico. Anuario de Derecho Público UDP.

derecho fundamental –v. gr. el derecho al acceso y cobertura de la salud-, es la ley la que debe fijar los precios que le incumben.

Por otro lado, el argumento de fondo de la sentencia radica en la naturaleza del contrato de seguro de salud, considerado por el Tribunal Constitucional como un contrato de derecho privado con normas de orden público. Esto debido a que el objeto de éste, es la de garantizar un derecho fundamental que se satisface a su vez con la contraprestación que realiza el afiliado de pagar la debida cotización. Concluye el Tribunal que la norma en comento –y las consecuentes alzas de los precios bases-, atentan contra la debida razonabilidad y proporcionalidad, estándares que deben ser estrictos, atendiendo a que estamos frente a un derecho fundamental.

Por ende, este fallo permitió la declaración de inconstitucionalidad de una norma por no cumplir con el principio de proporcionalidad y consolida la posibilidad de recurrir ante los Tribunales en contra de particulares, quienes mediante facultades tanto constitucionales como legales, pueden otorgar estos servicios que cubren un derecho fundamental.

Así las cosas, el ejercicio del derecho a la educación tiene los mismos ribetes y las mismas dificultades que el ejercicio al derecho a la salud. Además de compartir su naturaleza jurídica –como así lo disponen la doctrina, los Pactos Internacionales y la Ley General de Enseñanza<sup>2</sup>-, también comparten la característica de ser un derecho no garantizado por la vía de la protección, al estar excluido del artículo 20 de la Constitución. A su vez, este derecho también se desenvuelve en la vida jurídica a través de un contrato, el de “prestación de servicios educacionales”. De partida, el legislador solo lo regula en la Ley N°19.496 –llamada Ley del Consumidor- otorgándole la naturaleza jurídica de ser un contrato de adhesión. En consecuencia, la redacción de este contrato queda a merced de la institución de educación, por lo que ésta termina estipulando los precios y sus alzas que, prácticamente, son unilaterales por no concurrir la aceptación expresa del estudiante quien no tiene mayor alternativa que asentir dichas alzas. En consecuencia, se termina por vulnerar su derecho a la educación, de igual forma como la arbitrariedad del alza de precios de los planes de salud,

---

<sup>2</sup> Artículo 4, inciso primero - Ley 20.370.- *La educación es un derecho de todas las personas. Corresponde preferentemente, a los padres de familia el derecho y el deber de educar a sus hijos, al Estado, el deber de otorgar especial protección al ejercicio de este derecho; y en general, a la comunidad, el deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.*

perjudica el derecho a la salud del afiliado, como dejó por sentado el fallo Rol 1710/2010 del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, en las últimas décadas, el mercado de la educación superior ha traído aparejado un aumento explosivo de la oferta y, consigo, de la competencia. Consecuentemente, ha habido un aumento de la demanda que abarcó a estudiantes de todos los estratos económicos<sup>3</sup>. Este fenómeno, se ha debido principalmente a la incorporación de particulares en la oferta educativa, lo que determinó su atomización y cuya consecuencia económica fue una constante alza de precios<sup>4</sup>. “Esta nueva situación involucra ciertos costos. La expansión cuantitativa tanto de la oferta y de la demanda de la Educación Superior, afecta a la calidad de ésta. No sólo ingresan ahora jóvenes con méritos, sino también aquellos que pueden pagar”<sup>5</sup>. Esto cobra mayor relevancia en el ámbito privado ya que no existen mayores herramientas que establezcan un marco de control, tanto

---

<sup>3</sup> MELLER, Patricio. La Universidad y el Mercado, versión preliminar. [en línea] <[http://firgoa.usc.es/drupal/files/universidad\\_0.pdf](http://firgoa.usc.es/drupal/files/universidad_0.pdf)> [consulta: 26 de diciembre del 2011] Pg. 9.

<sup>4</sup> *Ibíd.* Es interesante observar que el autor del artículo, termina por evidenciar que el ingreso de los actores particulares a la oferta educativa, ha tenido como consecuencia que las instituciones “tradicionales” deban ingresar a la competencia no en base a los precios, sino que principalmente a la calidad de su enseñanza.

<sup>5</sup> *Ibíd.*

fáctico como jurídico<sup>6</sup>. Al respecto, se ha señalado que la principal causa de la baja en la calidad de la oferta ha sido principalmente por el aumento explosivo de particulares, quienes han obtenido la autonomía plena gracias a la facilitación que el legislador les ha brindado: “Al liberarse del control del control del Consejo Superior de Educación o de la entidad examinadora, han podido implementar sin freno sus planes de expansión destinados a aumentar en tamaño y, con ello, crecer en ingresos, valor de capitalización, e influencia política”<sup>7</sup>. En el mercado educacional, además, existe un problema fundamental de asimetría de información, con especial consideración a la calidad de los servicios que sus instituciones otorgan: “(...) en el mercado de la Educación Superior existe el problema de información asimétrica (...) no es fácil establecer la calidad de Educación Superior que ofrece una determinada Universidad”<sup>8</sup>. Por ende, el único

---

<sup>6</sup> A diferencia de lo que ocurre en el ámbito público, la mayoría de las instituciones privadas de educación superior privada no exige como requisito de ingreso, el desempeño académico del alumno en la PSU. Solo es considerado para los beneficios que a ella les reporta el Aporte Fiscal Indirecto. Sin embargo, ocho universidades –a partir del 2012- decidieron sumarse al sistema de admisión PSU. <[http://www.consejodereectores.cl/site/detalle-noticias-ocho\\_universidades\\_se\\_sumaron\\_a\\_sistema\\_de\\_admision\\_psu-24.html](http://www.consejodereectores.cl/site/detalle-noticias-ocho_universidades_se_sumaron_a_sistema_de_admision_psu-24.html)> [consulta: 26 de diciembre del 2011].

<sup>7</sup> BERNASCONI, Andrés y ROJAS, Fernando. El sistema de Educación Superior. En su: Informe sobre la Educación Superior en Chile: 1980-2003. [en línea] <<http://www.untechoparachile.cl/cis/images/stories/CATEDRA2010/SESSION1/2.pdf>> [consulta: 27 de diciembre del 2011]. Pg. 91

<sup>8</sup> MELLER, Patricio. Ob. Cit.

parámetro para poder discriminar una institución de otra, está siendo prácticamente determinado por informaciones que se han radicado en la costumbre y tradición.

Por consiguiente, el propósito de este trabajo será establecer que el alza desproporcional, injustificado y unilateral de los aranceles universitarios, termina afectando el derecho a la educación. Pero como estamos frente a un derecho desprovisto de protección constitucional, analizaremos si es posible que –por la vía de la protección del derecho de propiedad- se pueda exigir razonabilidad y proporcionalidad a la institución de educación superior en la determinación de los aranceles. Para ello, será vital el análisis al fallo 1710-2010 del Tribunal Constitucional y los fallos en materia de precios base de los planes de salud, puesto que esos mismos razonamientos son plenamente aplicables a esta materia.

De manera preliminar, podemos establecer que existe un derecho de propiedad del estudiante sobre el precio que se conviene al momento de celebración del contrato. Esto último es un elemento esencial para la

suscripción del contrato<sup>9</sup> porque el contrato de prestación de servicios educacionales es bilateral y de tracto sucesivo<sup>10</sup>, de igual naturaleza que el contrato de seguro privado de salud, además de otras características que lo equiparan y asimilan a la relación contractual en materia de salud.

Así, en la primera parte del trabajo se realizará un análisis descriptivo del mercado educacional superior chileno para así dar sustento fáctico a la posible solución jurídica del problema planteado. En segundo lugar, se abordará la naturaleza jurídica del derecho a la educación, especialmente al tratamiento que el constituyente y el legislador le ha otorgado, abarcando desde un análisis dogmático hasta jurisprudencial. En tercer lugar, se analizará la doctrina jurídica que asienta el fallo 1710-2010 del Tribunal Constitucional, determinando sus más importantes efectos. Y por último, se realizará la aplicación por analogía de los deberes y derechos que otorgan

---

<sup>9</sup> GONZÁLEZ Castillo, Joel. El derecho de propiedad y la intangibilidad de los contratos en la jurisprudencia de los requerimientos de inaplicabilidad. *Revista chilena de Derecho*. 34(2):345-360, 2007.

<sup>10</sup> CORTE DE SANTIAGO, 10.5.2011, Legal Publishing N° 49334 (2011), ROL: 2137-2010. *El Tribunal, resuelve un recurso de apelación a favor de una alumna de veterinaria, quien interpuso una demanda por responsabilidad contractual e indemnización del daño moral, en contra de la Universidad UNIACC que se negó a autorizarla a ejercer la práctica por razones no previstas en el contrato. “Que debe entenderse que el contrato de educación, es de carácter bilateral y de tracto sucesivo, es decir, se va cumpliendo en sucesivas etapas, previamente definidas en el mismo contrato. Es así que la actora contrató con la Universidad demandada por cuatro años para obtener su título profesional, cumpliendo ciertos requisitos estipulados en el mismo y que de hecho cumplió, negándose la demandada a cumplir su obligación recíproca de autorizarla para la realización de su práctica profesional”.*

tanto el derecho a la protección de la salud como el de educación y cómo será posible encontrar un remedio jurídico al fenómeno del alza desproporcionada, injustificada y unilateral de los aranceles universitarios.

## **I.- El Mercado de la Educación Superior. Marco descriptivo. La Oferta y la Demanda en el mercado educacional terciario.**

### **1.- La Oferta dentro del mercado educacional terciario. El Proceso de Mercadización. La Competencia por prestigio y posiciones.**

#### **1.1.- El proceso de mercadización y sus principales características.**

Las nociones que estructuran actualmente el sistema de educación superior chileno, están en el ideario denominado “*capitalismo académico*”<sup>11</sup>, el cual ha reformulado la naturaleza del conocimiento y su dinámica con el individuo, pasando de las tradicionales nociones que la concebían como un bien público que se plasmaba y potenciaba en la relación conocimiento/aprendizaje, hacia uno que la considera como un mero bien susceptible de apropiación privada<sup>12</sup>. Así, en el actual estado de las cosas “estaríamos frente a un tránsito desde un régimen de conocimiento/aprendizaje que postulaba el conocimiento como un bien

---

<sup>11</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Mercados universitarios: el nuevo escenario de la educación superior. Ediciones Universidad Diego Portales, noviembre 2007. [en línea] <[http://archivos.brunner.cl/jjbrunner/archives/libros/Libro\\_Mercados/Mercados\\_Universitarios.pdf](http://archivos.brunner.cl/jjbrunner/archives/libros/Libro_Mercados/Mercados_Universitarios.pdf)> 463p. [consulta: 26 enero 2012].

<sup>12</sup> *Ibíd.*, pg. 97.

público (...) hacia un régimen que trata al conocimiento como un bien de apropiación privada cuyo valor se determina en el mercado”<sup>13</sup>.

En la actualidad existe un mercado en la educación superior como consecuencia de esta nueva concepción del conocimiento como bien susceptible de apropiación. Ello ha generado competencia entre las distintas instituciones para captar a los estudiantes, la cual ha tomado “ribetes exagerados”<sup>14</sup>.

Dentro de las principales causas de la instauración de un mercado de la educación superior, se encuentran:<sup>15</sup>

- 1) Las actuales características propias del mercado laboral que, de acuerdo a las tradicionales concepciones de desarrollo económico, lo ha orientado a una excesiva profesionalización de sus agentes;
- 2) La tendencia a incorporar e implementar políticas asociadas a la administración empresarial en el manejo de las instituciones de educación superior (v.gr. tratar a los estudiantes como “clientes”);

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*

<sup>14</sup> MELLER, Patricio. *La Universidad y el Mercado*, versión preliminar. Pp 2-3.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, pg. 3.

3) Necesidad de reducir el gasto fiscal y aumentar el desarrollo económico, mediante la recién nombrada profesionalización del mercado laboral.

Este desarrollo del mercado se ha realizado mediante un proceso que, los autores José Joaquín Brunner y Daniel Uribe, han denominado de “*mercadización*”<sup>16</sup>, cuyo principal resultado ha sido la “reestructuración de las estratificaciones dentro y entre las universidades, en función de sus capacidades diferenciales para acceder a determinados segmentos del mercado estudiantil y a los flujos segmentados de recursos relacionados con productos, procesos y servicios de conocimientos que son capaces de generar”<sup>17</sup>. Este proceso está fundado sobre el “principio de la competencia” el cual sostiene que: a mayor competencia entre los oferentes, mejor será la cobertura y la calidad del sistema de la educación superior.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit. pg. 99.

<sup>17</sup> *Ibíd.* pg. 98.

<sup>18</sup> CANCINO, Rita. El Modelo Neoliberal y la Educación Universitaria en Latinoamérica. El caso de la universidad chilena. Sociedad y discurso, n° 18. Universidad de Aalborg, 2010. Pp. 149-165. [en línea] <[http://www.hum.aau.dk/~proj-forsk/SyD18/SyD18\\_cancino.pdf](http://www.hum.aau.dk/~proj-forsk/SyD18/SyD18_cancino.pdf)> [consulta: 03 enero de 2012] pg. 152.

La mercadización, en palabras de José Joaquín Brunner y Daniel Uribe<sup>19</sup>, puede ser definido como el proceso en virtud del cual “un gobierno –en un contexto nacional determinado- busca definir o redefinir las relaciones del Estado con el sistema de educación superior, en particular con las universidades, trasladando el centro de gravedad (...) desde la esfera político-administrativa gubernamental hacia una esfera distinta, que se constituye en torno al principio de la competencia entre las instituciones”<sup>20</sup>. Luego, la mercadización tiene las siguientes características más importantes<sup>21</sup>:

- i) Se trata de un *proceso* y no de un acto singular; y como tal es dinámico, ya que posee factores de temporalidad y de negociación entre los distintos agentes.
- ii) Es iniciado por los gobiernos y promovidos por el uso de instrumentos de política pública, tales como actos administrativos y legislativos. Principal consideración hay respecto del presupuesto y financiamiento de los oferentes en la educación

---

<sup>19</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pg. 99

<sup>20</sup> *Ibíd.*

<sup>21</sup> *Ibíd.*

superior, donde este tipo de relación financiera, es uno de sus pilares más significativos.

iii) El objetivo tiene un carácter “eminente práctico”<sup>22</sup>, el cual es “introducir una nueva regla de funcionamiento de los sistemas de educación superior según la cual la competencia entre las instituciones debe hacerse cargo de la coordinación de los sistemas a través de una creciente dinámica de *autorregulación*”<sup>23</sup>.

iv) Los gobiernos deben crear condiciones suficientes para el funcionamiento y el origen de un “mercado de productores” que, en este caso, son las instituciones de educación superior. Este proceso, se realiza mediante dos vías<sup>24</sup>:

**a. La generación de políticas públicas que fomenten y regulen la relación entre los oferentes particulares y los consumidores demandantes.** Por el lado de la oferta, se pretende facilitar la entrada de nuevos agentes al sistema,

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*, pg. 100.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, pp. 100-101.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, pg. 101.

“asegurándoles la libertad para determinar sus productos y precios y el libre uso de sus recursos”<sup>25</sup>. Esto último, jurídicamente, la doctrina la ha denominado como el “principio de autonomía” consagrado en nuestra legislación<sup>26</sup>. En cambio, por el lado de la demanda, se pretende garantizar la libertad de elección entre las distintas instituciones. Este principio, está consagrado constitucionalmente en el artículo 19 números 10 y 11, referente a la libertad de enseñanza.

**b. En la regulación propiamente tal del mercado universitario.** Los gobiernos deben procurar que los mecanismos de obtención de información por parte de los consumidores sean veraces y oportunos con especial consideración a la calidad del servicio y su precio. Además, debe contemplar un mecanismo que ayude a los estudiantes de escasos recursos para financiar el pago de estos servicios y

---

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> CHILE. Ministerio de Educación. 2010. Ley 20.370: Ley General de Educación. Julio, 2010. Artículos 104 y siguientes.

que “idealmente, debería cubrir el costo de los programas ofrecidos por las universidades”<sup>27</sup>.

Existen tres vías por las cuales los gobiernos han orientado su política pública, según la mercadización. Estas vías son, a saber<sup>28</sup>:

- 1) **La apertura del sistema de educación superior, a través de la incorporación de privados, los cuales compiten en iguales condiciones con las instituciones públicas.** Esto ha sido la tónica en Chile, desde la publicación del DFL n°1 del año 1981, el cual facilitó el ingreso de los particulares a través de menores exigencias y mejores vías de reconocimiento<sup>29</sup>.
  
- 2) **La creación de un *cuasimercado* (mercado administrado) que integran tanto las instituciones públicas como las privadas.** Por consiguiente, las instituciones públicas han debido adecuar su funcionamiento a la naturaleza de la competencia entre privados. Esto último se ha convertido en una

---

<sup>27</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit. Pg. 101.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, pp. 102-103.

<sup>29</sup> BERNASCONI, Andrés y ROJAS, Fernando. El sistema de Educación Superior. Ob.Cit.

desventaja para las instituciones públicas, porque deben competir con particulares siguiendo reglas que establecen sus propios procedimientos, características con el objeto de cumplir determinados objetivos, que necesariamente no son los mismos que de los privados. En consecuencia, las instituciones públicas han entrado a un mercado excesivamente competitivo, que “obliga a las Universidades tradicionales a tener que reducir costos y aumentar el nivel de conocimiento y la calidad del aprendizaje que imparten”<sup>30</sup>, como única forma para adaptarse a esta competencia.

3) **La regulación de la competencia para contrarrestar fallas del mercado.** Este aspecto es esencial, puesto que la Administración debe regular, principalmente:

- La forma de estructura del mercado universitario, esto es, las condiciones que deben sujetarse los agentes económicos para operar en el mercado;

---

<sup>30</sup> MELLER, Patricio. La Universidad y el Mercado. Versión Preliminar., pp.2-5.

- Las conductas de los proveedores (instituciones de educación superior), con especial énfasis a la suministración de los insumos y la fijación de precios;
- Las reglas a las cuales deben sujetarse los agentes, con especial consideración a las obligaciones de información. A este respecto, Chile ha tenido falencias. Esto debido a que en el mercado educacional terciario existe información limitada, respecto a: primero, la calidad de los postulantes a la educación superior; segundo, la calidad de las universidades; tercero, el requerimiento de las carreras en el mercado laboral; y de la calidad de sus egresados<sup>31</sup>. Esto será detallado con posterioridad.

Entonces, la mercadización es una especie de política pública que propone una nueva relación entre los particulares y el gobierno dentro de la sociedad. Y como tal, se desenvuelve mediante diversos medios,

---

<sup>31</sup> GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad. Estudio de Análisis y Generación de Recomendaciones para el Sistema de Financiamiento Público de la Educación Terciaria en Chile. Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios, 2007. [en línea] <<http://biblioteca.cnic.cl/content/view/500215/Analisis-y-Recomendaciones-para-el-Sistema-de-Financiamiento-Publico-de-la-Educacion-Terciaria.html>> [consulta: 31 enero de 2012] 153p.

dependiendo del contexto socio-económico y cultural de los países. Y por efecto de la mercadización, se ha producido el fenómeno del “*privatismo*”<sup>32</sup>. Pero antes de dar un concepto sobre ello, se debe realizar una distinción entre *privatización* y *privatismo*, dos conceptos que son habitualmente confundidos.

La *privatización*, tiene su origen en la contrastación entre lo público versus lo privado y se le define como “la *tendencia* de los sistemas y sus instituciones (públicas o privadas) a asumir características y normas operacionales usualmente asociadas con el funcionamiento de la empresa privada”<sup>33</sup>. Por lo tanto, tiene relación con una forma de administración, con un saber-hacer, y no necesariamente con su propiedad. Es por ello que Brunner y Uribe la denominan como “*managerialismo*”<sup>34</sup>. Cabe recalcar que como es una tendencia, ésta ha sido replicada por la mayoría de los países que la adoptan, puesto que las instituciones públicas de educación superior han pasado a competir dentro del mercado, adaptándose al

---

<sup>32</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit. Pg. 181.

<sup>33</sup> JOHNSTONE, D. B. “Privatization in and of Higher Education in the U.S.”, 1999. Citado en: BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit. Pg. 141.

<sup>34</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit. Pg. 130.

fenómeno de la competencia entre privados. Esto se explicará más adelante al analizar el mercado educacional chileno.

En cambio, el *privatismo* es un fenómeno de la mercadización y que es analizado bajo dos aspectos. El primer aspecto, es aquel referente al privatismo de la *matrícula*, esto es “el porcentaje de alumnos que en cada uno de los sistemas se halla matriculado en instituciones privadas, sean ellas independientes o dependientes del financiamiento estatal”<sup>35</sup>. Y en su segundo aspecto, se refiere al privatismo de los *recursos*, esto es “el porcentaje del gasto total de los países en educación superior que corresponde a fuentes privadas”<sup>36</sup>. Esto último, que es uno de los ejes decisorios en el proceso de mercadización y de la intervención de la Administración en el mercado, genera el mayor número de críticas porque el gobierno debe procurar la implementación de políticas públicas que aseguren un mejor acceso y un mayor financiamiento de los costos en los que incurre el estudiante y su familia. Esto tiene especial consideración respecto a la posible profundización de las desigualdades por efecto de la mercadización ya que “(...) el gasto privado responde a decisiones de las

---

<sup>35</sup> *Ibíd.*, pg. 181.

<sup>36</sup> *Ibíd.*

familias o empresas guiadas por sus preferencias individuales, las que no tienen por qué coincidir necesariamente con las primeras. Si bien esto podría indicar que países con mayor participación del sector privado en el financiamiento de la educación podrían generar estructuras más desiguales de acceso y calidad, el contraste con experiencias reales indica que el tema no admite muchas simplificaciones”<sup>37</sup>.

El proceso de mercadización, no solamente abarca la regulación del mercado universitario, sino que también de los diversos mercados que se producen dentro de éste<sup>38</sup>. Es así que dentro del mercado de la educación terciaria, podemos distinguir los siguientes mercados<sup>39</sup>:

- a) **Mercado de programas de estudio:** Desde la perspectiva del tipo de plan de estudios que cada institución ofrece. Y dentro de éste existen, a su vez, diversos mercados que compiten en: mercados de programas de pregrado, postgrado profesionales, el de grados avanzados de investigación, de formación continua, de educación

---

<sup>37</sup> MARCEL, Mario y TOKMAN, Carla. ¿Cómo se financia la educación en Chile? Gobierno de Chile, Ministerio de Hacienda. Estudios de Finanzas Públicas, número 5, Diciembre 2005. [en línea] <[http://www.dipres.gob.cl/572/articles-21669\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.gob.cl/572/articles-21669_doc_pdf.pdf)> [consulta: 03 enero 2012] 53p.

<sup>38</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit. Pg. 104.

<sup>39</sup> *Ibíd.*

virtual o a distancia, el de servicios de entrenamientos para empresas, entre otros.

- b) **Mercado de bienes y servicios:** Desde la perspectiva de las instituciones (que en este caso son productoras), proveen bienes y servicios a sus demandantes. Estos bienes y servicios, son respectivamente la adquisición del conocimiento (bien) y las herramientas de desempeño y desenvolvimiento para aquella adquisición (servicio) con el objeto de insertar al estudiante de la mejor manera en el mercado laboral.
- c) **Mercado estudiantil y académico:** Desde la perspectiva de los insumos, en el mercado universitario, al estudiante y al académico se les considera insumos. Esto porque el bien de producción de aquellas instituciones es el conocimiento y cuya actividad productiva se desarrolla mediante la interacción entre maestros y estudiantes. Por lo tanto, la competencia se reduce a qué institución cuenta con los mejores insumos, y con ello, la realización de un mejor bien. Sin embargo, el rol del “estudiante” cumple con una doble naturaleza

dentro del proceso productivo: es tanto insumo como el producto que la “universidad vende”.<sup>40</sup>

- d) **Mercado de recursos:** Vista tanto desde la perspectiva de la obtención de recursos fiscales como de privados. La competencia se desenvuelve en qué institución capta de mejor manera esos recursos y con ello mejorar la obtención del bien.
- e) **Mercado de prestigios institucionales:** Este es el mercado más importante y el de mayor preponderancia a la hora de analizar la competencia entre los oferentes. Este es aquel mercado donde “la moneda de curso legal son los prestigios asociados al personal académico, los estudiantes y las propias universidades”<sup>41</sup>.

En términos generales, el mercado es un campo de competencia entre oferta y demanda, determinado por la interacción de sus instituciones con el gobierno. Por lo tanto, el análisis solo estaría concentrado en la determinación de aquellas instituciones y cómo el rol del gobierno puede facilitar la distribución de los recursos y la regulación de la actividad económica. Sin embargo, hay voces dentro de la doctrina económica que

---

<sup>40</sup> *Ibíd.*, pg. 112.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, pg. 106.

caracterizan al mercado dentro de un contexto más complejo, donde el mero dinamismo entre mercado y gobierno, es transformado por una dinámica que integra a más participantes. Es así como el autor B.R. Clark<sup>42</sup>, caracteriza al mercado como un “contexto social de elección”<sup>43</sup> en el cual las instituciones son autónomas, lo que les permite la creación de grupos de influencia que pueden llegar a ser considerados como un tercer agente, distinto al mercado y al gobierno. Este tercer agente, de índole gremial, actúa como contrapeso del gobierno en la administración de sus recursos y que Clark lo denomina como “oligarquía académica”<sup>44</sup>. Esta oligarquía pretende influenciar en el mercado universitario por medio del financiamiento a instituciones de educación superior para que éstas logren una mejor obtención del conocimiento –saber especializado- y que sea replicado en las generaciones educadas bajo su tutela para elevar aún más su influencia<sup>45</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente proporcionado, las características del mercado educacional terciario son propias y se

---

<sup>42</sup> *Ibíd.*

<sup>43</sup> *Ibíd.*, pg. 58.

<sup>44</sup> *Ibíd.*

<sup>45</sup> *Ibíd.*

desenvuelven en diferentes contextos, dependiendo del tipo de sub-mercado que se trate. Por ende, la competencia también tiene elementos que le son propios y que a continuación se pasan a desarrollar.

## **1.2.- La competencia por prestigio y por posiciones.**

Producto de la mercadización y del privatismo, la competencia en el marco de la educación superior tiene características que le son propias<sup>46</sup>. Sin embargo, la principal característica es el complejo dinamismo donde se desenvuelve la competencia, debido a la profunda segmentación del mercado y de la jerarquización que hay en él. “Bajo condiciones de alto privatismo, la competencia por estudiantes en el mercado de la enseñanza (...) es el principal motor del sistema. (Lo último) genera dos fenómenos típicos: primero, la constante *expansión segmentada* del mercado por la creación de nuevas vacantes, programas y sedes; segundo, una *estratificación escalonada* de aquel, en función de los niveles de selectividad (académica y social) que logran sustentar los competidores en el mercado”<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Ibid., pg. 111.

<sup>47</sup> BRUNNER, José Joaquín. Mercados, instituciones y políticas en la educación superior chilena. Revista Temas, n° 57:52-59, enero-marzo de 2009. 8p [en línea]

Por un lado, la expansión segmentada es producto del aumento explosivo de la demanda, lo que ha derivado en que la oferta también se diversifique. De ello, resulta la creación de nuevas instituciones por criterios de localidad, propiedad o el tipo de programas de estudio, entre otros. “Del lado de la oferta, el mercado se expande, primariamente, por las *estrategias de volumen* de las instituciones situadas en los segmentos menos selectivos de la escala reputacional (...) Este mismo grupo de universidades lidera también el crecimiento de la matrícula en *programas especiales* y el del número de *sedes* localizadas en mercados regionales”<sup>48</sup>.

Por el otro lado, la estratificación segmentada es consecuencia de la selectividad académica o económica de los estudiantes. El aumento de la demanda, ha conllevado a que las universidades se distingan en razón de su valor agregado que lo constituye el prestigio de la institución. En consecuencia, para sobrevivir a la expansión de la demanda, han tenido que utilizar estrategias de selectividad. “En la parte superior, las universidades con máxima selectividad –aquellas que captan los mejores alumnos,

---

<[http://mt.educarchile.cl/MT/jjbrunner/archives/2009/06/mercados\\_instit.html](http://mt.educarchile.cl/MT/jjbrunner/archives/2009/06/mercados_instit.html)> [consulta: 04 enero de 2012]

<sup>48</sup> *Ibíd.*, pg. 56.

ordenados en una escala de puntuación académica- copan en primer lugar su oferta, compitiendo entre sí principalmente sobre la base de su *identidad reputacional (o marca)* y a los beneficios que están dispuestos a ofrecer a los postulantes”<sup>49</sup>.

Por lo tanto, a consecuencia del privatismo, han surgido dos tipos de mercado: un mercado de *posiciones académicas* y un mercado de *prestigios institucionales*<sup>50</sup>, los cuales compiten dentro de un marco complejo, definido por factores territoriales, de selectividad de los postulantes, vías de financiamiento, entre otros. “En suma, no existe un solo mercado en la educación superior ni estos se hallan integrados geográfica, funcional o socialmente. Más bien, los sistemas que sujetan su desarrollo a las fuerzas de la oferta y la demanda, sin coordinación central, tienden a diferenciarse fuertemente y a ordenarse en torno a diversas escalas jerárquicas, precisamente por la fragmentación de los mercados en que operan las instituciones y la variedad de estrategias utilizadas en cada uno de ellos”<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> *Ibíd.* Los beneficios que describe el autor es el *efecto de pares* y la posibilidad de reforzar “las redes y vínculos que componen su capital social”.

<sup>50</sup> *Ibíd.*

<sup>51</sup> *Ibíd.*

Lo sustancialmente característico del mercado educacional terciario es la “*competencia por prestigio*”<sup>52</sup>. El prestigio es lo que le da sustento a la oferta educativa, el valor agregado de cada institución. Esta competencia por el prestigio, detona importantes consecuencias para la estructura del mercado de educación superior, principalmente por la *jerarquización* que hay en él<sup>53</sup>.

La diferenciación en esta escala jerárquica, está definida por posiciones sustentadas en: “las vías de financiamiento, la calidad institucional, la calidad de los estudiantes, la magnitud de la demanda, la selectividad de la institución en los procesos de admisión de nuevos alumnos y la mayor calidad de estudiantes que admite”<sup>54</sup>. Es por ello que Brunner y Uribe, la conciben como una competencia de carácter “posicional”<sup>55</sup>: “(...) la competencia dentro de los mercados de educación superior es, ante todo, de carácter posicional, en un doble sentido: las instituciones compiten por los consumidores más preferidos y los consumidores por acceder a las instituciones más preferidas. Dicho en otras

---

<sup>52</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pp. 111-112.

<sup>53</sup> *Ibíd.*

<sup>54</sup> *Ibíd.*, pg. 112.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, pg. 113.

palabras: la competencia es por oportunidades escasas, distribuidas jerárquicamente, para acceder a las ventajas o los beneficios sociales asociados al prestigio de los certificados expedidos por las universidades”<sup>56</sup>.

Es así como se forma una doble competencia, tanto en la demanda como en la oferta: entre los estudiantes para integrarse a la institución con mejor calidad –obteniendo con ello “oportunidades prestigiosas”<sup>57</sup> -; y entre las instituciones en su “estatus como proveedoras”<sup>58</sup>. Esta competencia nutre al mercado, ya que las instituciones se ven fortalecidas y mejoradas en su posición al recibir a los mejores alumnos. A su vez, los estudiantes ven incrementada su posición en el mercado laboral, por el hecho de haber egresado de una institución con una buena posición en el mercado.

Por lo tanto, la posición de cada universidad tiene una doble utilidad. Primero, es la única herramienta que tienen los demandantes para discernir cuál es institución es mejor que otra. Segundo, dependiendo de la posición académica de la institución, ésta contempla diferentes estrategias para captar a los estudiantes, dependiendo de su criterio de selectividad. Por un

---

<sup>56</sup> *Ibíd.*

<sup>57</sup> *Ibíd.*, pg. 114.

<sup>58</sup> *Ibíd.*

lado, como bien se indicó anteriormente, las instituciones con alto prestigio, reciben a los mejores estudiantes y, además –como en el caso chileno-, permite ofrecerles un conjunto de beneficios económicos, gracias a los subsidios ya sea a la demanda (v.gr. becas por desempeño) o por medio de la oferta (v.gr. aporte fiscal indirecto). En el caso contrario, las universidades con bajo nivel de selectividad permiten absorber el resto de la demanda a través de la creación de programas especiales, o simplemente, ofreciendo bajos aranceles<sup>59</sup>.

La consecuencia recientemente descrita, provoca una distorsión en los precios dentro del mercado universitario, precisamente por la incorporación de factores ajenos, como los subsidios: “(...) la literatura coincide en señalar que los precios en el mercado de la educación superior no son precios de eficiencia, sino que se hallan sujetos a un conjunto sistemático de distorsiones. Más aun, un gran problema para analizar la coordinación de mercado en la educación de pregrado proviene, precisamente, de la naturaleza *arbitraria* de los precios”<sup>60</sup>. Esto último está

---

<sup>59</sup> *Ibíd.*

<sup>60</sup> *Ibíd.*

determinado por la naturaleza del estudiante dentro del “proceso productivo”.

De partida, el alumno es insumo y producto: los alumnos de buen rendimiento que ingresan a estas instituciones con mayor prestigio, les permite a éstas ofrecer calidad en su enseñanza. Luego, las instituciones con mayor nivel de selectividad –y con ello de prestigio- tienen una mejor posición en el mercado para atraer a esos estudiantes. Y a consecuencia de su mejor posición, reciben mejores y mayores subsidios por parte del gobierno, quien distribuye aquéllos en función del desempeño académico de los estudiantes. Es entonces cuando se produce una relativa exacerbación de la posición de aquellas instituciones y, con ello, distorsionando los precios. Según Brunner y Uribe, citando a Geiger, “todos estos subsidios permiten a la educación superior cobrar precios por debajo de los costos, a la vez que ofrecer (al menos en el caso de las universidades más prestigiosas) una educación basada en la sobre calificación del personal académico (...)”<sup>61</sup>. Entonces, la competencia se traduce en qué institución ofrece la mayor calidad, porque según esta lógica, al seleccionar a los mejores alumnos

---

<sup>61</sup> *Ibíd.*, pp. 114-115.

aquellas instituciones “(fijan) un precio del arancel por debajo del costo promedio del servicio educacional ofrecido y, en particular, ofrecerán un precio aún más bajo a aquellos alumnos que desean especialmente atraer (...) De ello resulta que el arancel efectivamente cobrado al alumno es el arancel nominalmente declarado menos el descuento general y el descuento particular establecido como premio para la captación de alumnos de calidad”<sup>62</sup>.

Sin embargo, ese fenómeno en Chile solo es asimilable –en parte- por las instituciones privadas independientes (esto es, aquellas que no pertenecen al consejo de Rectores) y cuyo origen se remonta después de 1981. Esto, por la naturaleza del aporte fiscal indirecto (AFI) el cual, en términos generales, es el subsidio que otorga al Estado a toda institución de educación superior –sea del Consejo de Rectores o no- que capte a los primeros 27.500 mejores puntajes rendidos en la PSU. Así, las instituciones no pertenecientes al consejo de Rectores, efectivamente ofrecen “premios” para ingresar a sus instituciones y, así, percibir el aporte<sup>63</sup>. Esos premios

---

<sup>62</sup> *Ibíd.*, pg. 115.

<sup>63</sup> UNIVERSIDADES privadas aumentarán sus becas en 24% para el próximo año. *La Tercera*. Santiago, Chile. 30 octubre de 2011, p. 10.

son particularizados y destinados especialmente para aquellos alumnos. Nada hay al respecto para el resto del estudiantado, quienes deben pagar el arancel acordado en el contrato. Por ende, sí hay un precio más bajo (y quizá más bajo que los costos) pero destinado a un grupo específico: a los mejores alumnos.

Por último, el fenómeno es parcial, puesto que las instituciones privadas independientes y que son selectivas, coincidentemente son las que cobran los aranceles más altos. Más adelante se indagará sobre este fenómeno.

En el caso de las instituciones tradicionales –específicamente del Estado y que tienen un nivel de selectividad medio-alto-, la situación no es así. El entorno competitivo ha dañado a este tipo de instituciones, porque tienen que enfrentarse al dilema de ofrecer educación de calidad y, a la vez, implementar políticas que reduzcan el costo de la enseñanza. Basado en un artículo de Patricio Meller<sup>64</sup>, el autor sostiene que las actuales circunstancias del mercado –y con ello de sus respectivas exigencias-, han

---

<sup>64</sup> MELLER, Patricio. La Universidad y el Mercado. Versión preliminar., pg. 3.

otorgado una nueva y especial distorsión a los precios de las Universidades estatales.

Meller, parte señalando que “Siempre ha existido competencia entre las universidades, pero esta competencia es inducida desde la perspectiva académica. Cada universidad trata de atraer a los mejores profesores, a los jóvenes egresados que tienen un gran potencial y a los mejores estudiantes. En breve, cada Universidad quiere ser mejor y la mejor desde la óptica académica”.<sup>65</sup> Sin embargo, el privatismo ha derivado hacia una exagerada competencia<sup>66</sup> que ha terminado con la cooperación entre las distintas instituciones y derivándola hacia estrategias de competencia que les permitan mejorar sus recursos, ya sea obteniéndolos de privados (donaciones, pago de arancel) o públicos (principalmente, subsidios). “El mercado altamente competitivo de la ES (Educación superior) enfrenta a cada Universidad con el ‘dilema del prisionero’. La acción aislada de cada Universidad incrementa los costos de ésta y de cada una de sus competidoras”<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> *Ibíd.*, pg. 5

<sup>66</sup> *Ibíd.*, pg. 7

<sup>67</sup> *Ibíd.*

Con este entorno competitivo, la educación pública ha debido sortear el dilema anteriormente descrito. Sin duda que hay influencia de las actuales tendencias del sistema y que las instituciones estatales se han visto obligadas a seguir. Desde la perspectiva académica, la tendencia ha sido privilegiar la contratación de profesores en base a los contactos y redes que tienen en el ámbito empresarial y/o privado para, precisamente, aumentar su cotización en el mercado laboral<sup>68</sup>. En lo que respecta al contenido de la enseñanza, éste ha sido enfocado hacia lo que “hace la competencia”<sup>69</sup>, reduciendo con ello la investigación y la creación del conocimiento propiamente tal. Por último, la investigación aplicada ha tomado lugar frente a la teórica, motivada por las necesidades de quien solicita los servicios, comúnmente, las empresas<sup>70</sup>.

Todo lo anterior, sumado al aumento explosivo de la demanda –que por cierto, también hace bajar su calidad<sup>71</sup>- “(ha obligado) a las Universidades tradicionales a tener que reducir costos y aumentar el nivel de conocimiento y la calidad del aprendizaje que imparten. Dadas las

---

<sup>68</sup> *Ibíd.*

<sup>69</sup> *Ibíd.*

<sup>70</sup> *Ibíd.*

<sup>71</sup> *Ibíd.*, pg. 9.

ventajas comparativas que va adquiriendo la competencia, las Universidades tradicionales no pueden seguir la estrategia de ir agregando nuevas carreras y especialidades imitando a sus competidores”<sup>72</sup> esto debido a que las universidades estatales están atadas de manos, especialmente por la burocracia a la cual deben sujetarse. Y el único valor agregado que pueden ofrecer, es, precisamente, la calidad de su enseñanza.

Así las cosas, el dilema se configura, por un lado, en que “las Universidades (estatales) no tienen realmente un control absoluto sobre el precio (matrícula y aranceles mensuales) por cuanto estiman que tienen una ‘obligación social’ relacionada a la equidad y posibilidad de acceso de los jóvenes idóneos de las familias de bajos ingresos”<sup>73</sup> y, por el otro, “en cuanto a los costos, es difícil una disminución de éstos sin afectar la calidad de la docencia (y de la investigación)”<sup>74</sup>. Ante este dilema, las Universidades estatales han tenido que subir los precios llegando, incluso, a ser similares a los de las universidades privadas, puesto que “el aumento de costos de la Universidad genera presiones para aumentar los precios

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> *Ibíd.*, pg. 13.

<sup>74</sup> *Ibíd.*

(matrícula y aranceles mensuales). Esto induce demandas por más subsidios (y créditos) proporcionados por la misma Universidad, lo cual induce nuevos incrementos de costos. Esto genera un *círculo vicioso de escalada de costos-precios-subsidios*. El resultado final es un sistema en que la Universidad termina aplicando un sistema de precios discriminatorio y poco transparente”<sup>75</sup>.

En consecuencia, considerar que las instituciones con mayor nivel de selectividad y mejor posición en el mercado, son más propensas a la baja de aranceles, no ha sido del todo corroborada. Esto debido a las distorsiones anteriormente mencionadas producidas en el mercado chileno. Sin embargo, este fenómeno podría ocurrir si estas distorsiones fueren matizadas con un mayor nivel de regulación por parte del gobierno para mitigarlas.

En el caso de las universidades o instituciones de educación superior que no tienen un nivel alto o medio-alto de selectividad, “la competencia adquiere un sentido distinto y se transforma, básicamente, en competencia por matrícula y no por calidad”<sup>76</sup>. Esto se traduce en que estas

---

<sup>75</sup> *Ibíd.*

<sup>76</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. *Ob. Cit.*, pg. 116.

universidades solo están interesadas en captar alumnos. Esto no requiere de mayor profundización, puesto que una vez satisfecha la demanda de estudiantes de buen desempeño académico, el resto de la oferta solo se concentra en satisfacer la demanda de quienes no pudieron cumplir con el nivel de selectividad de las respectivas instituciones. Aquí, el margen de precios es más flexible y, presuntamente, los aranceles son más económicos.<sup>77</sup>

A continuación, se hará énfasis en las fallas que tiene el mercado educacional terciario chileno, especialmente en lo referente a la falta de claridad en la información que las instituciones de educación superior aportan al mercado.

---

<sup>77</sup> *Ibíd.*

### **1.3.- Fallas del Mercado educacional terciario.**

#### **1.3.1.- Aspectos Generales.**

“Las fallas de mercado surgen como consecuencia de la incapacidad de los mercados no regulados para asignar eficientemente los recursos”<sup>78</sup>. En el ámbito de la educación superior, la mayor falla del mercado radica en las “asimetrías de información”<sup>79</sup>, que en palabras de Brunner y Uribe<sup>80</sup>, constituye la falta y desigual distribución de la información sobre las carreras de pregrado<sup>81</sup>. Y esto cobra relevancia, puesto que por la particularidad del bien en este mercado, la información sobre la entrega del servicio asegura una competencia eficiente. Así las cosas, a nivel genérico, la asimetría de información en este tipo de mercado opera en<sup>82</sup>:

- La inadecuada información sobre los resultados del aprendizaje, esto es, cuán exitosa será la formación y futura inserción en el mercado laboral;

---

<sup>78</sup> GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad. Ob. Cit., pg. 94.

<sup>79</sup> *Ibíd.*

<sup>80</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pg. 119.

<sup>81</sup> *Ibíd.*

<sup>82</sup> *Ibíd.*

- La falta de información sobre los costos de los programas académicos ni de su valor agregado.

Las asimetrías de información producen que “el mercado emplee sustitutos –principalmente el prestigio de las instituciones- para evaluar la calidad de los servicios que ofrecen, bajo el supuesto, en este caso, de que el prestigio institucional, y de los diplomas expedidos, señala calidad en el mercado laboral”<sup>83</sup>. Así, la mera acreditación de calidad lleva a suponer éxito en el mercado laboral, por el solo de hecho de haber cursado los estudios en aquella institución. “Esta dinámica, a su vez, tiende a reforzar la competencia por prestigio entre las instituciones y refuerza la estratificación del mercado de la enseñanza de pregrado de acuerdo a criterios de selectividad y estatus”<sup>84</sup>.

Sin embargo, hay una crítica hacia lo que se consideran “fallas institucionales”, provocadas, principalmente, por la política de subsidios que terminaría por acabar con una competencia eficiente, transformándola en una competencia por atraer más y mejores subsidios. Esto termina

---

<sup>83</sup> *Ibíd.*, pg. 120.

<sup>84</sup> *Ibíd.*

redundando en una falta de mercado, a raíz de “una insuficiente incorporación de las reglas y prácticas del mercado a la educación superior”<sup>85</sup>. Brunner y Uribe, citando a Buchanan y Devletoglu<sup>86</sup>, sostienen que un *modelo subsidiado* de la educación superior sumado a una falta de control de los propios contribuyentes, produce un conjunto de ineficiencias en la “disciplina del mercado”. Asimismo, los autores Brunner y Uribe, citan a Vedder<sup>87</sup> quien enumera las ineficiencias en cuatro grupos:

- La presencia de “proveedores externos de recursos”, esto es, aquellos que proveen al mercado de subsidios (fondos públicos) o donaciones de privados. Esta inyección de recursos, termina por aumentar “la demanda por estudios superiores y permite a las instituciones elevar los aranceles e incrementar sus ingresos al mismo tiempo que reduce la resistencia de los participantes primarios en el proceso, los alumnos y sus padres”<sup>88</sup>. A la larga, se origina una suerte de círculo vicioso en que, ante el incremento continuo de subsidios para créditos

---

<sup>85</sup> *Ibíd.*

<sup>86</sup> *Ibíd.*

<sup>87</sup> *Ibíd.*, pg. 121.

<sup>88</sup> *Ibíd.*

y becas, “aumenta la demanda y permite a las universidades aumentar los precios”<sup>89</sup>.

- La ausencia de disciplina de mercado, “debilita los incentivos para que los agentes se comporten eficientemente, reduzcan costos o aumenten sus ingresos por la vía de ofrecer mejores servicios”<sup>90</sup>. Luego, este incentivo tiene el efecto de reducir la productividad y eficiencia, puesto que la competencia de las instituciones pasaría hacia una competencia por una posición de influencia ya que “la disposición sobre mayores recursos significa mayor poder y mejores condiciones para desarrollar las funciones a su cargo”<sup>91</sup>.
- En cuanto a la competencia por los precios, ésta también sería ineficiente, porque “las universidades (terminan por) competir a base de descuentos sobre el valor de los aranceles netos y no sobre éstos”, lo que redundaría en una “intensa discriminación de precios entre sus alumnos”<sup>92</sup>. Así, la gestión universitaria termina por aumentar los costos y con ello, aumentar los precios, o bien incrementándolos por

---

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> *Ibíd.*

<sup>91</sup> *Ibíd.*, pg. 122.

<sup>92</sup> *Ibíd.*

debajo de los costos, ya que siempre al final del día recibirán una provisión de recursos de terceros.

- Además, una regulación gubernamental “impone costos adicionales a las universidades”<sup>93</sup> y especialmente a las públicas quienes, por principios del Derecho Administrativo, deben estar sujetas a las reglas y obligaciones que el legislador les imponen. Esto, sin duda genera una gestión más difícil para las instituciones públicas las cuales, por tradición, deben proporcionar una educación de calidad, pero reduciendo costos.

Es interesante el último punto de vista de Brunner y Uribe, porque en Chile opera un financiamiento público orientado, esencialmente, hacia el subsidio. Especial relevancia cobra la figura de “ayudas estudiantiles”, puesto que –bajo esta lógica- estaría estimulando al alza de aranceles y a una discriminación entre los propios estudiantes, ofreciéndoles a unos mejores precios que a otros. Sin duda que es un aspecto a considerar para analizar el modelo chileno.

---

<sup>93</sup> *Ibíd.*

### **1.3.2.- Asimetrías de información en el mercado educacional superior chileno.**

Según un informe del Consejo de Innovación para la Competitividad<sup>94</sup>, identificó tres ámbitos donde se encuentran las asimetrías de información y en los que sugiere una mejor intervención del Estado para disminuirlo<sup>95</sup>:

- 1) Información limitada a los postulantes a la educación terciaria, sobre la calidad y pertinencia de los programas académicos que imparten las instituciones de educación superior<sup>96</sup>.** Lo paradójico de esta sugerencia es que consideran que los oferentes ofrecen información respectiva a sus programas de estudio, pero que ésta es abundante y poco organizada. “La abundancia de información sobre los atributos de las carreras contrasta con la escasa información existente sobre la inserción de los egresados de las carreras en el

---

<sup>94</sup> GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad. Ob. Cit.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, pp. 93-98.

<sup>96</sup> *Ibíd.*, pg. 94.

mercado laboral”<sup>97</sup>. Inclusive, a pesar de haber en Chile una comisión de Acreditación, “(hay) un alto porcentaje de las instituciones de educación superior que se encuentran acreditadas (...) pero no necesariamente sus carreras, las cuales muestran una tasa de acreditación muy baja”<sup>98</sup>. Si bien no todos los postulantes consideran las tasas de empleabilidad o de inserción laboral a la hora de ingresar a alguna institución de educación superior, ello no resta que sea necesario mejorarlo, sobre todo teniendo en cuenta el aumento explosivo del acceso a la información, lo que redundará en un aumento de la tasa de aquellos postulantes que buscarán obtener aquella información.

**2) Información limitada a las universidades sobre los requerimientos del mercado laboral.** Acá quien no recibe una adecuada información sobre el mercado laboral, son las propias instituciones de educación superior, “respecto de la demanda y

---

<sup>97</sup> *Ibíd.*, pg. 95.

<sup>98</sup> *Ibíd.*

requerimientos sobre competencia específicas de los egresados”<sup>99</sup>.

Generalmente, las instituciones tampoco hacen un seguimiento sobre el desarrollo laboral de sus egresados.

- 3) **Información limitada a los empleadores sobre la calidad de los egresados.** Esto toma relevancia, puesto que puede producir una falla de mercado si “la información disponible tiene distorsiones y es considerada por los empleadores como gravitante en sus decisiones de contratación. En la medida que los empleadores tengan escasa información sobre la calidad de los egresados de las instituciones de educación superior, estarán menos dispuestos a ofrecer mejores condiciones de empleabilidad y remuneraciones al inicio, ya que estarían asumiendo un costo de aprendizaje en la contratación de personal”<sup>100</sup>.

Así las cosas, hay asimetrías de información pertinentes a la calidad de los egresados. Este aspecto es fundamental, ya que la falta de información genera inequidades en el ingreso de los futuros participantes en el mercado laboral, premiando a aquellos que egresaron de las “mejores”

---

<sup>99</sup> *Ibíd.*, pg. 96.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, pg. 97.

instituciones. A su vez, en Chile no existe un mecanismo administrativo que sujete a control la calidad de la enseñanza, ni menos sobre el nivel de prestigio que cada una de ellas posee. La única herramienta es la Acreditación, pero que solamente tiene efectos financieros, por cuanto el Estado solo obtiene información sobre la calidad y el tipo de alumnos, así como de las instituciones, para que éstos puedan optar por una ayuda financiera que, en concreto, es el Crédito con Aval del Estado.

## **1.4.- El proceso de mercadización en Chile.**

### **1.4.1.- Antecedentes.**

En los últimos treinta años, la educación superior chilena se ha constituido sobre la base de la reforma a la educación superior implementada por el DFL n°1 del año 1981 y que estableció un nuevo paradigma en esta materia. Estas reformas, tuvieron como objeto la apertura, mediante el fomento a la competitividad entre las instituciones, con la incorporación de particulares a la oferta educativa. Además, hubo reformas significativas hacia el método de financiamiento de las nuevas y antiguas instituciones y cuyas principales vías son: el Aporte Fiscal Directo (en adelante AFD), el Aporte Fiscal Indirecto (AFI), las becas y los créditos universitarios<sup>101</sup>. Así el resultado práctico de estas reformas produjo un

---

<sup>101</sup> EGUIGUREN F., Pablo y SOTO V. Sebastián. El Sistema de Educación Superior chileno a la luz del informe OECD-Banco Mundial. Serie Informe Social n° 129, octubre 2010. Libertad y Desarrollo. [en línea] <[http://www.superacionpobreza.cl/biblioteca-archivos/sistema\\_educacion\\_superior\\_oecd.pdf](http://www.superacionpobreza.cl/biblioteca-archivos/sistema_educacion_superior_oecd.pdf)> [consulta: 30 enero de 2012] 36p. pg. 10.

aumento en la cobertura de la educación superior, gracias al aumento tanto de la oferta como la demanda<sup>102</sup>.

Dentro de los principales cambios, se pueden enumerar los siguientes<sup>103</sup>:

- 1) **La división y fragmentación de la oferta, cuya principal causa radica en la diversificación de la propiedad de las instituciones de educación superior**<sup>104</sup>. De este modo, el número de estas instituciones aumentó de 8 a más de 252 en el transcurso de este período, producto de la liberación del control sobre la oferta de la Educación Superior. Producto de ello, se pasó a un sistema con distintos niveles de oferta (profesional universitaria, institutos

---

<sup>102</sup> BEYER, Harald. ¿Qué veinte años no es nada...? Una mirada a la desigualdad de ingresos a partir de las encuestas CASEN. Estudios públicos 121, verano 2011. 29p. [en línea] <[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4764\\_2886/rev121\\_HBeyer.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4764_2886/rev121_HBeyer.pdf)> [consulta: 16 enero de 2012]. El autor, en este artículo, considera que el aumento de la cobertura en educación superior ha sido *modesto* en relación a las tasas de crecimiento en los otros niveles de la educación (v.gr. la secundaria) y con ello, su participación en el mercado laboral. “(...) si bien ha habido un aumento en la proporción de personas que cursan algún año de educación superior, ese incremento ha sido relativamente *modesto*, sobre todo si se compara con los cambios en la tasa de personas que completaron la educación secundaria”, pg. 18.

<sup>103</sup> Ibid., pg. 155.

<sup>104</sup> BRUNNER, José Joaquín. La Educación superior en Chile: Tendencias y perspectivas. Seminario organizado por el Ministerio de Educación y el Banco Mundial. Montevideo, octubre 1999. 7p [en línea] <[http://archivos.brunner.cl/jjbrunner/archives/ES\\_CHILENA\\_Montevideo1999.pdf](http://archivos.brunner.cl/jjbrunner/archives/ES_CHILENA_Montevideo1999.pdf)> [consulta: 02 enero 2012].

profesionales y centros de formación técnica) entregadas por una multiplicidad de instituciones.

- 2) **Se creó un nuevo sistema de financiamiento privatizado, basado esencialmente en el arancelamiento (pago de cuotas) y en la introducción de mecanismos competitivos para la asignación de recursos públicos.**<sup>105</sup> Esto último produjo un aumento significativo del financiamiento privado a este sistema (85%). Esto se explica tanto por la significativa relevancia de la matrícula privada en el total de la matrícula, como también por el pago del arancel de los alumnos que realizan sus estudios en instituciones públicas, ya sea directamente o mediante un crédito fiscal, a pesar del AFD y AFI que reciben este tipo de instituciones<sup>106</sup>.
- 3) **La creación de un sistema de créditos a los estudiantes**<sup>107</sup>, encontrándose entre ellos, el Crédito con Aval del Estado y el crédito del Fondo Solidario.

---

<sup>105</sup> CANCINO, Rita. Ob. Cit. Pg. 155.

<sup>106</sup> BRUNNER, José Joaquín. La Educación superior en Chile: Tendencias y perspectivas. Pg. 1

<sup>107</sup> CANCINO, Rita. Ob. Cit. Pp. 155-156.

Fue así como la multiplicación de la oferta y la demanda, ha logrado imponer sustantivos cambios al modelo educacional terciario chileno. Ambas consideraciones, resultan de la noción de una mayor dinámica del mercado, autorregulación e intervención del Estado solo para otorgar subsidios, tanto hacia la oferta como a la demanda. En breve, se explicará cómo está compuesta la oferta educativa, integrando elementos como clasificación de las instituciones que la componen y sus respectivas formas de financiamiento.

## **1.4.2.- Estructura de la oferta del mercado chileno de la educación superior.**

### **1.4.2.1.- Estatuto Jurídico.**

La Ley General de Enseñanza (Ley n° 20.370 del año 2009, a continuación LGE) en su título III, artículos 52 y siguientes, regula el reconocimiento del Estado a las instituciones de Educación Superior. El artículo 52, enumera las categorías de instituciones de educación superior:

*Artículo 52 – Ley 20.370.- El Estado reconocerá oficialmente a las siguientes instituciones de educación superior:*

- a) Universidades;*
- b) Institutos Profesionales;*
- c) Centros de Formación Técnica, y*
- d) Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos; Academias de Guerra y Politécnicas; Escuelas de Armas y Especialidades de las Fuerzas Armadas; Escuela Técnica Aeronáutica de la Dirección General de Aeronáutica Civil; Academia de Ciencias Policiales de*

*Carabineros de Chile; Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas; Escuela de Carabineros y Escuela de Suboficiales de Carabineros de Chile, y Escuela de Investigaciones Policiales e Instituto Superior de la Policía de Investigaciones de Chile.*

El legislador ha establecido este orden de instituciones, taxativamente. Por ende, toda institución que no cumpla con los requisitos que establece la LGE y otros cuerpos legales, se encuentran excluidos del estatuto jurídico de la educación superior. El mayor ejemplo de esto, son las “universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica mientras están en la etapa de formación, previa al reconocimiento oficial”<sup>108</sup>.

Siguiendo con la clasificación establecida en el artículo 52 de la LGE, este trabajo se referirá principalmente a las primeras tres instituciones (letras a), b) y c)), cobrando mayor relevancia y donde se concentrará nuestro estudio, en las universidades.

---

<sup>108</sup> BERNASCONI, Andrés y ROJAS, Fernando. Ob. Cit., pg. 82.

A continuación, se procederá a dar la definición legal de cada institución, así como su naturaleza jurídica y sus principales características.

### **A) Universidades**

1. **Normativa:** Las principales normas que hay respecto a las universidades son: la LGE, el DFL n°1/1981 y el DFL n°4/1981, que fija normas en cuanto a: naturaleza jurídica; reconocimiento estatal y financiamiento.
2. **Concepto** (artículo 1 – DFL n°1/1981): La Universidad es una institución de educación superior, de investigación, raciocinio y cultura que, en el cumplimiento de sus funciones, debe atender adecuadamente los intereses y necesidades del país, al más alto nivel de excelencia.
3. **Finalidades** (artículo 2 – DFL n°1/1981): Conforme al artículo 2, les corresponde especialmente a las universidades:

- a. Promover la investigación, creación, preservación y transmisión del saber universal y el cultivo de las artes y de las letras;
- b. Contribuir al desarrollo espiritual y cultural del país, de acuerdo con los valores de su tradición histórica;
- c. Formar graduados y profesionales idóneos, con la capacidad y conocimientos necesarios para el ejercicio de sus respectivas actividades;
- d. Otorgar grados académicos y títulos profesionales reconocidos por el Estado, y;
- e. En general, realizar las funciones de docencia, investigación y extensión que le son propias de la tarea universitaria.

4. **Características:** Las Universidades poseen las siguientes características.

- a. Otorgan *títulos profesionales y grados académicos de licenciado, Magister y Doctor*. (artículo 54 – LGE) (artículo 9, inciso primero – DFL n°1/1981) He aquí la principal diferencia en cuanto a su naturaleza respecto a las otras instituciones.

*Artículo 54, incisos 4° y 5 – Ley 20.370.- Las universidades podrán otorgar títulos profesionales y toda clase de grados académicos en especial, de licenciado, magíster y doctor.*

*Corresponderá **exclusivamente** a las universidades otorgar títulos profesionales respecto de los cuales la ley requiere haber obtenido previamente el grado de licenciado en las carreras que impartan.*

- b. Gozan de *autonomía*: La *Autonomía* (artículo 104 – Ley 20.370) (artículo 3 – DFL n°1/1981), está definida en los artículos 104 de la Ley 20.370, y artículo 4, inciso primero del DFL n°1/1981.

*Artículo 104 – Ley 20.370.- Se entiende por autonomía el derecho de cada universidad a regir por sí misma, en conformidad con lo establecido en sus estatutos, todo lo concerniente al cumplimiento de sus finalidades y comprende la autonomía académica, económica y administrativa.*

Asimismo, en el resto de los incisos el legislador define lo que es autonomía académica, económica y administrativa.

La autonomía *académica* (artículo 104 – inciso 2°) incluye la *potestad* de la universidad para decidir por sí misma la forma como se cumplen sus funciones de docencia, investigación y extensión y la fijación de sus planes y programas de estudio.

La autonomía *económica* (artículo 104 – inciso 3°) *permite* a la Universidad *disponer de sus recursos* para satisfacer los fines que le son propios de acuerdo con sus estatutos y las leyes.

La autonomía *administrativa* (artículo 104 – inciso final) *faculta* a cada universidad para organizar su funcionamiento de la manera que estime más adecuada de conformidad con sus estatutos y las leyes.

- c. Gozan de *Libertad académica* (artículo 105 – LGE) (artículo 5 – DFL n°1/1981): Está definida en los artículos 5 del DFL n°1/1981 y el artículo 105 – LGE.

*Artículo 105 – LGE.- La libertad académica incluye la facultad de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, cumpliendo los requisitos establecidos por la ley, y la de buscar y enseñar la verdad conforme con los cánones de la razón y los métodos de la ciencia.*

- d. *Límites a la autonomía y libertad académica (artículo 106 – LGE) (artículo 6 – DFL n°1/1981): En el artículo 6, el legislador establece los límites a aquellas facultades.*

*Artículo 106 – LGE.- La autonomía y la libertad académica no autoriza a las universidades para amparar ni fomentar acciones o conductas incompatibles con el orden jurídico ni para permitir actividades orientadas a propagar, directa o indirectamente, tendencia político partidista alguna.*

*Estas prerrogativas, por su esencia misma, excluyen el adoctrinamiento ideológico político, entendiéndose por tal la enseñanza y difusión que excedan los comunes términos de la información objetiva y de la discusión razonada, en las que se*

*señalan las ventajas y las objeciones más conocidas a sistemas, doctrinas o puntos de vista.*

**5. Clasificación:** Aquí las universidades obedecen a diversos criterios para su agrupación. Aquí se considerarán las dos más importantes.

1) Atendiendo a un criterio de *propiedad*.- De este criterio, se distinguen a las universidades cuya propiedad es del Estado, o bien de privados.

1. Universidades estatales: Son aquellas cuya propiedad es del Estado, las que deben crearse por ley (artículo 53, inciso primero – LGE). Su normativa incluye las: normas relativas de la LGE, sus respectivos reglamentos orgánicos y de funcionamiento y por las normas que regulan los organismos y servicios de la Administración Pública<sup>109</sup>.

Las Universidades ‘estatales’, están contempladas en el artículo 88, inciso primero del DFL 1/2006.

---

<sup>109</sup> Cabe recalcar que desde la reforma del año 1981, las universidades estatales se desmembraron, formando universidades que se les denomina derivadas.

*Artículo 88, inciso primero – DFL 1/2006: Las universidades estatales existentes al 31 de diciembre de 1981 y las instituciones de educación superior, derivadas de éstas o sus sucesoras, conservarán su naturaleza de entidades autónomas con personalidad jurídica y con patrimonio.*

Asimismo, en el mismo artículo inciso segundo, establece la normativa de este tipo de instituciones.

*Artículo 88, inciso segundo – DFL 1/2006: Estas entidades se regirán por las disposiciones del Título III de esta ley en lo que les fueran aplicables, por las leyes que hagan referencia a ella, por sus respectivos estatutos y reglamentos en cuanto no sean contrarias a éstas y, **supletoriamente**, por las normas de derecho privado.*

2. Universidades privadas: Son aquellas universidades que no son de propiedad del Estado. Según el artículo 15, inciso 2° del DFL n°1/1981, la normativa que rige a este tipo de universidades, comprende:

1. La LGE en lo que corresponda;

2. Las disposiciones del DFL n°1/1981 y de sus respectivos estatutos,
3. Y *supletoriamente* les serán aplicables las disposiciones del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, en lo que no sean incompatibles con aquéllas.

Sin embargo, los artículos 15 y siguientes del DFL n°1/1981, establecen requisitos para la constitución de éstas y que son los siguientes:

- i. Deberán constituirse como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro (artículo 53, inciso primero – LGE) (artículo 15, inciso primero).
- ii. Pueden constituirse por escritura pública o por instrumento privado reducido a escritura pública, debiendo contener el acta de constitución y los estatutos por los cuales ha de regirse la entidad (artículo 55 – LGE) (artículo 16).

iii. Gozan de personalidad jurídica por el solo hecho de depositar copia del instrumento constitutivo en un Registro que llevará al efecto el Ministerio de Educación (artículo 17) (artículo 57 – LGE) y quien no podrá negar el registro (artículo 18) (artículo 58 – LGE).

2) Atendiendo a un criterio *histórico*: Correspondiente a una clasificación *idiosincrática*<sup>110</sup>, se clasifican en tradicionales y no-tradicionales. Esto obedece a un “convencionalismo generalmente aceptado por la comodidad que significa poder aludir globalmente, con el adjetivo ‘tradicional’ a todas las universidades que como tales, o como sedes de una institución mayor, preexistían a la reforma de la educación superior de 1981 (...) Las demás, las ‘no-tradicionales’, son las privadas creadas a partir de 1981”<sup>111</sup>.

Las universidades tradicionales, integran el “Consejo de Rectores” (CRUCH), el cual agrupa a toda clase de universidad, sea estatal o privada; sea originaria o derivada, creadas con anterioridad al 31 de diciembre de

---

<sup>110</sup> BERNASCONI, Andrés y ROJAS, Fernando. Ob. Cit., pg. 82.

<sup>111</sup> *Ibíd.*

1981. He aquí la principal diferencia respecto del otro criterio ya que, al ser parte de este consejo, éstas acceden a más beneficios, entre los que se destacan el Aporte Fiscal Directo (AFD) y el crédito del Fondo Solidario. Asimismo, a las privadas que integran el CRUCH, se les denomina como “privadas *dependientes*”, versus a las que no lo integran, las cuales son *independientes*.

## **B) Institutos Profesionales.**

1. **Normativa:** Las principales normas que hay respecto a los Institutos Profesionales, son: la LGE y el DFL n°5/1981, que fija normas sobre Institutos Profesionales.
2. **Concepto** (artículo 1 – DFL n°5/1981): “Son instituciones de educación superior que, en el cumplimiento de sus fines, deben atender adecuadamente los intereses y necesidades del país, mediante la formación de profesionales con los conocimientos necesarios para el ejercicio de sus respectivas actividades”. Si bien el concepto legal es poco claro y es bastante similar al de Universidad, la principal

diferencia está en que los Institutos Profesionales, no pueden otorgar grados académicos.

### 3. Características

- a. Les corresponde otorgar toda clase de títulos profesionales con excepción de aquellos respecto de los cuales la ley requiera haber obtenido previamente el grado de Licenciado en una disciplina determinada (artículo 54, inciso tercero – LGE) (artículo 2, inciso primero – DFL n°5/1981).

*Artículo 54, inciso tercero – LGE.- Los institutos profesionales solo podrán otorgar título profesionales de aquéllos que no requieran licenciatura, y títulos técnicos de nivel superior en las áreas en que otorgan los anteriores.*

- b. Pueden, además, otorgar títulos técnicos dentro del área o ámbito de las profesionales respecto de las cuales otorguen

- títulos profesionales (artículo 54, inciso cuarto – LGE)  
(artículo 2, inciso segundo – DFL n°5/1981).
- c. Gozan de *autonomía y libertad académica* (artículos 104 y siguientes – LGE).
- d. La ley reconoce que puedan ser estatales y privadas, sin embargo, no hay ninguna institución profesional del Estado. (artículo 53, inciso primero – LGE).
- e. Si se constituyen como privados, se les considerará como personas jurídicas de derecho privado (artículo 53, inciso segundo y artículo 67 – LGE) (artículo 6 – DFL n°5/1981).

*Artículo 53, inciso segundo – LGE.- Los institutos profesionales y centros de formación técnica de carácter privado podrán ser creados por cualquier persona natural o jurídica en conformidad a esta ley, debiendo organizarse siempre como personas jurídicas de derecho privado para el efecto de tener reconocimiento oficial. Estas entidades no podrán tener otro objeto que la creación, organización y mantención de un instituto profesional o un centro de*

*formación técnica, según el caso, todo ello sin perjuicio de la realización de otras actividades que contribuyan a la consecución de su objeto.*

Por ende, pueden tener fines de lucro y su propietario puede ser una persona natural o jurídica.

### **C) Centros de Formación Técnica.**

1. **Normativa:** Las principales normas que hay respecto a los centros de formación técnica son: la LGE y el DFL n°24/1981, que fija normas sobre Institutos Profesionales.
2. **Concepto** (artículo 1 – DFL n°24/1981): “Los Centros de Formación Técnica son establecimientos de enseñanza superior, cuyo objetivo fundamental es la de formar técnicos idóneos con la capacidad y conocimientos necesarios para el ejercicio de las respectivas actividades”.
3. **Características**

- a. Solo podrán otorgar el título de técnico de nivel superior (artículo 54, inciso segundo – LGE)
- b. Gozan de *autonomía y libertad académica* (artículos 104 y 105 – DFL 1/2006).
- c. La ley reconoce que puedan ser estatales y privadas, sin embargo, no hay ningún centro de formación técnica del Estado. (artículo 53, inciso primero – LGE).
- d. Si se constituyen como privados, se les considerará como personas jurídicas de derecho privado (artículo 75 y artículo 53 – LGE) (artículo 5 – DFL n°24/1981).

*Artículo 53, inciso segundo – LGE.- Los institutos profesionales y centros de formación técnica de carácter privado podrán ser creados por cualquier persona natural o jurídica en conformidad a esta ley, debiendo organizarse siempre como personas jurídicas de derecho privado para el efecto de tener reconocimiento oficial. Estas entidades no podrán tener otro objeto que la creación, organización y mantención de un instituto profesional o un centro de*

*formación técnica, según el caso, todo ello sin perjuicio de la realización de otras actividades que contribuyan a la consecución de su objeto.*

Por ende, pueden tener fines de lucro y su propietario puede ser una persona natural o jurídica.

#### 1.4.2.2.- Composición de la oferta y demanda educacional terciaria en Chile.

Según cifras del MINEDUC, al año 2011<sup>112</sup>, había en vigencia 177 instituciones de educación superior, con el siguiente desglose<sup>113</sup>: **60** Universidades, **44** Institutos Profesionales y **73** Centros de Formación Técnica.

<b>Instituciones</b>	<b>Vigentes</b>	<b>%</b>
<b>Universidades</b>	<b>60</b>	<b>34%</b>
- <i>CRUCH</i>	25	42%
- <i>Privadas Independientes</i>	35	58%
<b>Institutos Profesionales</b>	<b>44</b>	<b>25%</b>
<b>Centros de Formación Técnica</b>	<b>73</b>	<b>41%</b>

<sup>112</sup>GOBIERNO DE CHILE. Ministerio de Educación. Disponible en <[http://www.mineduc.cl/index2.php?id\\_portal=38&id\\_seccion=3245&id\\_contenido=13125](http://www.mineduc.cl/index2.php?id_portal=38&id_seccion=3245&id_contenido=13125)> [consulta: 10 febrero 2012]

<sup>113</sup>GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Educación. Instituciones Participantes, 17 noviembre 2011. [en línea] <[http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/indices\\_estadisticas\\_sistema.aspx](http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/indices_estadisticas_sistema.aspx)> [consulta: 10 febrero 2012]

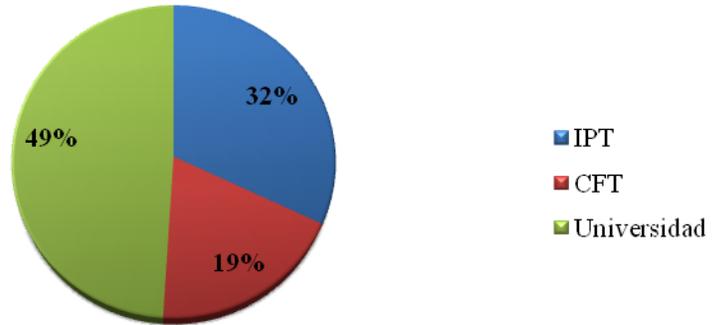
Total	177	100%
-------	-----	------

Y la matrícula de primer año de estas instituciones, al año 2011, se desglosó de la siguiente manera<sup>114</sup>:

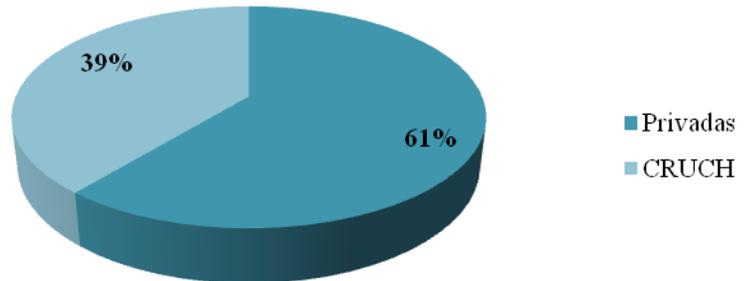
<b>Régimen</b>	<b>Matrícula Total</b>	<b>%</b>
U. CRUCH	62.488	19%
U. Privadas Ind.	96.682	30%
<b>Total U.</b>	<b>159.170</b>	<b>49%</b>
IP	103.190	32%
CFT	62.572	19%
<b>Total</b>	<b>325.112</b>	

<sup>114</sup> GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Educación. Matrícula de primer año pregrado 2011, 17 noviembre 2011. [en línea] <[http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/indices\\_estadisticas\\_sistema.aspx](http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/indices_estadisticas_sistema.aspx)> [consulta: 10 febrero 2012]

## Matrícula Total



## Matrícula U



### **1.4.3.- Modelos de Financiamiento de la Educación Superior Chilena.**

#### **1.4.3.1.- Introducción**

Debido al proceso de mercadización y el consecuente fenómeno del privatismo, actualmente la educación superior chilena tiene un mecanismo de financiamiento mixto o compartido. Este mecanismo puede definirse como aquel en que tanto el Estado como el particular, intervienen en el financiamiento de sus instituciones, ya sea a través de becas o aportes (Estado) o bien mediante el pago del arancel y la matrícula (particulares).

En Chile, el financiamiento es un asunto relativamente complejo, puesto que dentro del mercado universitario coexisten diversas instituciones, cuya distinción esencial obedece a criterios de propiedad y de la relación que éstas poseen con el Estado. Por un lado están las Universidades, las cuales se subdividen especialmente entre aquellas pertenecientes al CRUCH y las privadas independientes. Por el otro, en el caso de las instituciones profesionales y centros de formación técnicas, la propiedad es exclusivamente privada. Así las cosas, el sistema chileno

“cuenta con un sistema donde las universidades estatales reciben solo una fracción del gasto público total en educación superior, algo superior a un tercio de él, mientras que los dos tercios restantes favorecen a las universidades privadas dependientes del financiamiento gubernamental (privadas tradicionales y derivadas de ellas) y a los estudiantes, especialmente a través de los esquemas de créditos y becas”.<sup>115</sup>

Este fenómeno se deriva de la conjugación y dinámica de los siguientes factores<sup>116</sup>:

- i) La existencia de un privatismo de la matrícula por sobre el 50%<sup>117</sup>.
- ii) Un gasto público bajo hacia aquellas instituciones beneficiarias del subsidio estatal.<sup>118</sup>
- iii) La destinación del gasto público hacia un grupo de universidades privadas que reciben el mismo trato que las universidades estatales<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pp. 248-249.

<sup>116</sup> MARCEL, Mario y TOKMAN, Carla. Ob. Cit., pg. 34.

<sup>117</sup> *Ibíd.*

<sup>118</sup> *Ibíd.*

<sup>119</sup> *Ibíd.*

- iv) El “arancelamiento generalizado de los estudios superiores, tanto en instituciones con y sin aporte fiscal directo”<sup>120</sup>.

A continuación, se hará la siguiente distinción para los efectos de analizar el financiamiento compartido en Chile. Por un lado, desde la óptica del gasto público, se pasará a enumerar y a dar una descripción general de sus modalidades. Por el otro, se hará un análisis respecto al financiamiento particular y que se traduce principalmente en el pago del arancel respectivo.

---

<sup>120</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pg. 249.

### 1.4.3.2.- Modalidades de financiamiento público.

Los gobiernos orientan la asignación de recursos públicos, básicamente bajo dos modalidades: a través del subsidio a la demanda o a la oferta<sup>121</sup>. Pues bien, dentro del marco del subsidio a la oferta, éste “puede ser asignado directamente a los ‘productores’ (las instituciones) o éstas a través de los ‘clientes’ (estudiantes)”<sup>122</sup>. Así, dentro del financiamiento (hacia las instituciones), pueden distinguirse los siguientes modelos<sup>123-124</sup>:

- i) **El financiamiento orientado a los insumos**: Es el método por el cual se financian “las actividades docentes de las universidades y comúnmente utiliza como criterios de cálculo para distribuir los recursos entre las instituciones su número de alumnos o la dotación de personal académico, además del costo de mantención y reposición de la infraestructura física y del equipamiento para la enseñanza”<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> *Ibíd.*, pg. 75.

<sup>122</sup> *Ibíd.*

<sup>123</sup> *Ibíd.*

<sup>124</sup> *Ibíd.*, pg. 205.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, pg. 76.

ii) **El financiamiento orientado a los resultados**: Se sigue el criterio utilizado por los gobiernos para la asignación de los subsidios, los cuales son variados<sup>126</sup>. También se asignan a través de: “contratos de desempeño, donde se fijan objetivos y metas que la institución se compromete a cumplir en determinados plazos”<sup>127</sup>; y la transferencia de recursos bajo criterios de “calidad de desempeño”<sup>128</sup>, dentro de los cuales se encuentra la acreditación.

La asignación de los recursos anteriormente descritas, puede ser centralizada (regulada) o bien, descentralizada (el mercado).<sup>129</sup> Así las cosas, estos factores se conjugan dinámicamente y cuyos resultados son<sup>130</sup>:

- 1) Financiamiento orientado hacia los insumos, otorgados mediante la vía *centralizada*.
- 2) Financiamiento orientado hacia los resultados, otorgados mediante la vía *centralizada*.

---

<sup>126</sup> *Ibíd.*

<sup>127</sup> *Ibíd.*

<sup>128</sup> *Ibíd.*

<sup>129</sup> *Ibíd.*, pg. 205.

<sup>130</sup> *Ibíd.*, pp. 76-79.

- 3) Financiamiento orientado hacia los insumos, otorgados mediante la vía *descentralizada*.
- 4) Financiamiento orientado hacia los resultados, otorgados mediante la vía *descentralizada*.

Una vez hecha esta distinción, es posible su aplicación en el mercado de educación superior chileno.

#### **A.- Financiamiento otorgado mediante la vía *centralizada*.**

1) Financiamiento orientado hacia los *insumos*: Estos son los aportes fiscales que se otorgan a las instituciones de educación superior estatales, a través del presupuesto de la Nación. En Chile, se denomina *Aporte Fiscal Directo* (en adelante, AFD)<sup>131</sup> y cuyos destinatarios son las Universidades del Consejo de Rectores<sup>132</sup>.

##### 1.a) *Aporte Fiscal Directo* (AFD).

El AFD, está regulado en el DFL n°4 / 1981 que fija normas sobre financiamiento de las universidades. El artículo 1°, establece la obligación

---

<sup>131</sup> *Ibíd.*, pg. 206. Los autores, además, consideran el “Convenio Universidad de Chile”.

<sup>132</sup> El DFL n°4/1981, establece que también les corresponde a las instituciones profesionales estatales. Pero en la actualidad, no existen.

para el Estado de otorgar financiamiento hacia aquellas universidades creadas con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 que son las pertenecientes al Consejo de Rectores (en adelante, CRUCH). Dice el artículo 1°:

*Artículo 1° - DFL n°4 / 1981.- El Estado contribuirá al financiamiento de las universidades existentes al 31 de diciembre de 1980 y de las instituciones que de ellas se derivaren, mediante aportes fiscales cuyo monto anual y distribución se determinarán conforme a las normas del presente título.*

A su vez, el artículo 2°, inciso 1° establece que la modalidad para fijar el *monto* de ellos que se realiza a través de la ley de presupuestos. Por ende, son recursos de fuente legal. Dice el artículo 2°, inciso 1°:

*Artículo 2°, inciso 1° - DFL n°4 / 1981.- El monto del aporte fiscal será fijado anualmente en la ley de Presupuestos del Sector Público.*

Luego, el artículo 2°, inciso 2°, establece la manera en que se distribuyen, mediante acto administrativo (decreto supremo) del Ministerio

de Educación y al cual suscriben su respectivo ministro y el ministro de Hacienda.

*Artículo 2º, inciso 2º - DFL nº4 / 1981.- La distribución del aporte entre las universidades e instituciones profesionales, a que se refiere el artículo 1º, se hará mediante decreto supremo expedido por intermedio del Ministerio de Educación Pública, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda (...).*

2) Financiamiento orientado hacia los resultados: Dentro de esta categoría, podemos encontrar tanto un “AFD asignado por fórmula”<sup>133</sup> y el *Aporte Fiscal Indirecto*.

2.a) El AFD asignado por fórmula.

Es una especie de AFD que se determina por criterios establecidos por el legislador. Está regulado en el artículo 2º, inciso 2º, letra A) del DFL nº4/1981, que establece un porcentaje de variabilidad del AFD, que es del 5%, el cual se calculará mediante un modelo de asignación de recursos, regulado en el inciso 3º, letras a) a e), considerando los siguientes

---

<sup>133</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pg. 206.

*coeficientes: número de alumnos y carreras de pregrado, post-grado, publicaciones científicas, entre otros.*

*Artículo 2°, inciso 3° - DFL n°4 / 1981.- Un reglamento, aprobado por decreto supremo del Ministerio de Educación Pública, que deberá llevar además la firma del Ministro de Hacienda, determinará el procedimiento de asignación del 5% del aporte fiscal antes mencionada. Este proceso usará los siguientes coeficientes, como variables para determinar el nivel y el progreso académicos de dichas instituciones:*

- a) Alumnos de pregrado/número de carrera de pregrado.*
- b) Alumnos de pregrado/jornadas académicas completas equivalentes totales.*
- c) Jornadas académicas completas equivalentes con grado académico de magister y doctor/jornadas académicas completas equivalentes totales.*

*d) Número de proyectos financiados por el Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología y otros organismos/jornadas académicas completas equivalentes totales.*

*e) Número de publicaciones incorporadas a revistas científicas de reconocimiento internacional/jornadas académicas completas equivalentes totales.*

#### 2.b) Aporte Fiscal Indirecto (AFI).

El AFI se encuentra regulado en el artículo 3° del DFL n°4/1981. En la primera parte del inciso 1°, se establece la obligación para el Estado de otorgar recursos a todo tipo de institución (sea ésta universitaria o técnica; del CRUCH o independiente) que tenga matriculada a los primeros 27.500 puntajes de la Prueba de Selección Universitaria (PSU) (Artículo 3° - n° 1). El único requisito formal que deben cumplir las instituciones, es el de estar reconocidas por el Estado.

*Artículo 3°, inciso 1° - DFL n°4 / 1981.- Sin perjuicio del aporte referido en el artículo anterior, el Estado otorgará a todas las universidades, institutos profesionales y centros de formación*

*técnica, reconocidos por aquel como instituciones de educación superior, anualmente un aporte fiscal indirecto, el que será distribuido de la siguiente forma:*

- 1. El Ministerio de Educación Pública elaborará un listado con los primeros 27.500 puntajes de los alumnos matriculados en el primer año de estudios, en el año inmediatamente anterior, en las instituciones de educación superior, ordenado de menor a mayor de acuerdo con los puntajes obtenidos en la Prueba de Aptitud Académica, partes verbal y matemática (sic, PSU de Lenguaje y Matemática).*

La forma de calcular el *monto* del AFI, están establecidos en los números 2 y siguientes del artículo 3° del DFL n°4/1981. El más relevante es el número 6, que establece:

*Artículo 3° - DFL n°4 / 1981.- Sin perjuicio del aporte referido en el artículo anterior, el Estado otorgará a todas las universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica, reconocidos*

*por aquel como instituciones de educación superior, anualmente un aporte fiscal indirecto, el que será distribuido de la siguiente forma:*

*6. Para determinar el monto de aporte fiscal que por este concepto corresponde a cada institución de educación superior, se procederá de la siguiente forma:*

*a) Los alumnos matriculados en el año inmediatamente anterior en el primer año de estudios de cada institución de educación superior, se ubicarán en el tramo que les corresponda, de acuerdo con el porcentaje obtenido en la Prueba de Aptitud Académica (PSU).*

*b) El número de alumnos que de esta forma resulte en cada tramo, se multiplicará por el monto de recursos determinado por cada tramo en el punto 5 (el factor de ponderación que corresponde a cada alumno, según el tramo donde se ubique de acuerdo a su puntaje en la PSU).*

*c) La suma de los valores así obtenidos determinará el monto total para el año respectivo, que corresponderá a cada institución de educación superior.*

La fórmula consiste en calcular “el número de los alumnos inscritos (los 27.500 mejores puntajes), a efecto de lo cual son agrupados en cinco franjas con ponderación decreciente del valor del subsidio a medida que disminuyen los altos puntajes”<sup>134</sup>.

La manera en que se distribuye el monto está regulado en el artículo 3° - n° 8 del DFL n°4/1981, estableciendo que se otorgan mediante acto administrativo (decreto supremo) expedido por el Ministerio de Educación, a cuya suscripción debe concurrir también el Ministro de Hacienda; y el cual se entregará *mensualmente* a cada una de las instituciones un *duodécimo* de dicha cantidad. (AFI/12.)

Sin embargo, la principal crítica que se le realiza al AFI, consiste en el aporte que se le otorga a instituciones privadas independientes, ya que es una “forma de *free riding* por el cual las instituciones privadas, especialmente las universidades, se benefician del sistema de admisión (de la PSU) a pesar de no contribuir a su financiamiento”<sup>135</sup>. Ello, sin duda, que les ha traído beneficios a este tipo de instituciones que, a pesar de ello, han

---

<sup>134</sup> *Ibíd.*, pg. 207.

<sup>135</sup> BERNASCONI, Andrés y ROJAS, Fernando. *Ob. Cit.*, pg. 104.

contribuido a que sus estudiantes deban asumir un alza de sus aranceles universitarios, lo que se ha vuelto un fenómeno económico que eleva éstos por sobre el índice de precios del consumidor.

## **2.- Financiamiento otorgado mediante la vía *descentralizada*.**

1) Financiamiento orientado hacia los *insumos*: Dentro de esta modalidad, se encuentra el subsidio a la demanda, o bien, el financiamiento hacia *los estudiantes*<sup>136</sup>, a través de las becas y los créditos.

Cabe recalcar que ésta es una de las piedras angulares del financiamiento público y la cual ha sido tratada con mayor detalle, por ser uno de los principales efectos del proceso de mercadización, que resulta en definitiva en el privatismo *de los recursos*. En Chile, la mayoría del financiamiento del mercado descansa en el gasto privado llegando a ser superior al 50%.<sup>137</sup>

“En la educación superior, donde el gasto privado es 3 veces el público, la composición del financiamiento en Instituciones del Consejo de

---

<sup>136</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pg. 206.

<sup>137</sup> MARCEL, Mario y TOKMAN, Carla. Ob. Cit., pg. 34.

Rectores es prácticamente igualitaria, mientras en las instituciones que tienen acceso más limitado al financiamiento público el gasto privado por alumno es 41 veces el público”<sup>138</sup>. Es por ello que, a parte del aporte fiscal indirecto, ésta es la principal fuente de financiamiento del gobierno a las instituciones superiores privadas independientes.

A continuación se hará una enumeración de los diversos créditos y becas que contempla nuestra legislación<sup>139</sup>. Cabe acotar que se dará una mayor connotación a los créditos, especialmente el Crédito con Aval del Estado y el Fondo Solidario.

### **A) Créditos**

Se distinguen tres créditos que cumplen con ciertas características especiales. Sin embargo, los más trascendentes son los créditos del Fondo Solidario y el Crédito con Garantía Estatal que pasarán a ser desarrollados.

#### **1) Fondo solidario de crédito universitario (Ley n° 18.591).**

---

<sup>138</sup> *Ibíd.*, pg. 41.

<sup>139</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. *Ob. Cit.*, pg. 206.

Está regulado por los artículos 70 y siguientes de la ley n° 18.591 del año 1987. Es un crédito financiado por un “fondo solidario”, el cual está establecido por el Estado, a través de un mecanismo complejo que integra tanto los aportes fiscales contemplados por la Ley de Presupuesto, así como de “aportes voluntarios”, o más bien, donaciones privadas.

Además, es un crédito contemplado solo para los estudiantes de las instituciones de educación superior que integren el CRUCH.

En el artículo 70, incisos 1° y 3°, se establece las características que consta el crédito de Fondo Solidario:

*Artículo 70, inciso 1° - Ley 18.591.- Créase un fondo solidario de crédito universitario para cada una de las instituciones de educación superior que reciban aporte del Estado con arreglo al artículo 1° del DFL n°4 del Ministerio de Educación de 1981. Dicho fondo será asignado en dominio a las instituciones antes referidas, con las limitaciones que esta ley establece.*

*Artículo 70, inciso 3° - Ley 18.591.- Con cargo a dicho fondo y de acuerdo con lo establecido en el mencionado reglamento, tales*

*instituciones, otorgarán crédito a sus alumnos para pagar el valor anual o semestral de la matrícula, según corresponda.*

A la vez, los artículos 71, letras a) - c) y 71bis, letras a) - c), establecen la constitución de aquel Fondo Solidario, que considera tanto aportes fiscales como de privados:

*Artículo 71, inciso 1° - Ley 18.597.- El patrimonio inicial de cada fondo estará constituido por los siguientes activos que aportará el Fisco:*

- a) Los recursos provenientes de crédito fiscal universitario adeudados por los estudiantes al Fisco con excepción de aquéllos cuyos vencimientos sean anteriores a 1988. Por el solo ministerio de esta ley, dichos créditos se entenderán traspasados por el Fisco a la Institución de Educación Superior, a través de la cual, cada deudor haya contraído la obligación.*
- b) Pagarés de Tesorería, denominados Pagarés Universitarios, expresados en moneda nacional (...).*

*c) Cuando corresponda, de acuerdo al artículo 73, los aportes que se entreguen durante 1987 para crédito fiscal universitario.*

*Artículo 71bis – Ley 18.597.- El fondo solidario de crédito universitario de cada institución superior estará constituido, además, por los siguientes activos:*

*a) Los recursos que anualmente consulte la Ley de Presupuestos para estos efectos;*

*b) Los aportes voluntarios que efectúen profesionales y ex alumnos provenientes de la institución respectiva;*

*c) Otras donaciones.*

Los requisitos para acceder al Crédito, están regulados en el artículo 4° de la Ley 19.287 de 1994 y son:

a) Ser chileno(a)

b) Matricularse en alguna de las 25 universidades del Consejo de Rectores.

- c) Que, dadas las condiciones socioeconómicas del alumno y de su grupo familiar, necesite de crédito<sup>140</sup>;
- d) Que la calidad académica lo haga merecedor del crédito.

## 2) **Crédito con garantía del Estado** (Ley n° 20.027)

Se encuentra regulado en la Ley n° 20.027 de 2005. Este es un crédito más complejo, puesto que integra más agentes para su financiamiento, incluyendo al mercado financiero.

El crédito con garantía del Estado (artículo 2 – Ley 20.027) es un crédito privado, garantizado por el Estado, otorgado al estudiante de cualquier institución de educación superior para financiar sus estudios, cuya garantía estatal puede ascender hasta el 100% del arancel referencial.

*Artículo 2 – Ley 20.027.- El Estado, por intermedio del Fisco, garantizará los créditos destinados a financiar estudios de educación*

---

<sup>140</sup> Esto es, acreditar una condición socioeconómica que impida el pago total o parcial del arancel y presentar la documentación correspondiente. Vía Internet se debe completar el formulario único de asistencia socioeconómica (FUAS). Luego hay que presentar antecedentes familiares, de propiedades y de renta para que cada universidad evalúe la situación del alumno y decida sobre su solicitud de crédito.

*superior, siempre que éstos hayan sido concedidos en conformidad con las normas de esta ley y su reglamento.*

*El monto garantizado por el Estado en cada año, no podrá exceder el máximo de recursos que determine la Ley de Presupuestos respectiva.*

*Los créditos objeto de garantía estatal no podrán ser otorgados por el Fisco.*

Vale recalcar que es un crédito privado y no otorgado por el Fisco, tal como lo señala el inciso final del artículo 2.

Asimismo, el artículo 3, inciso primero, señala el monto máximo de la garantía estatal y que no podrá exceder al 90% del capital más intereses de los créditos que otorguen las instituciones financieras.

*Artículo 3, inciso primero – Ley 20.027.- El Estado, por intermedio del Fisco, garantizará hasta el noventa por ciento del capital más intereses de los créditos que otorguen las instituciones financieras a estudiantes que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley y*

*que se encuentren matriculados –en conformidad con el artículo 9, n° 2- en instituciones de educación superior que cumplan con lo dispuesto en el artículo 7° de esta ley.*

Por último, el artículo 4, se refiere al arancel referencial que es el “valor máximo” asignado para cada carrera e institución por decreto supremo y que se constituye como tope de la garantía estatal. Además, señala el artículo 4, incisos tercero y siguientes, diversos requisitos y diversos topes, dependiendo del tipo de carrera, años de su duración e institución donde el estudiante está matriculado.

*Artículo 4, inciso tercero – Ley 20.027.- El referido decreto supremo (el de arancel de referencia) señalará el monto total garantizado por alumno, el que no podrá exceder de un total de aranceles de referencia que sea igual al número de años de duración de la carrera respecto de la cual se otorgó el crédito.*

*Tratándose de estudiantes matriculados como alumnos regulares en carreras conducentes a grado de licenciado, el número de aranceles de referencia se aumentará en tres.*

*En el caso de estudiantes matriculados como alumnos regulares en carreras conducentes a título profesional, el número de aranceles de referencia se aumentará en dos.*

*En el caso de estudiantes matriculados como alumnos regulares en carreras conducentes a título técnico de nivel superior, el número de aranceles de referencia se aumentará en uno.*

Los requisitos para el Crédito con garantía estatal, están establecidos tanto para el beneficiario, que es el estudiante, y la institución de educación superior en la cual está matriculado.

Los artículos 7 y 8, establece que las instituciones beneficiarias son las Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica. Por lo tanto, el crédito no cubre a aquellos estudiantes que realizan sus estudios en las instituciones de las Fuerzas Armadas y de Orden. Luego, empieza a enumerar los siguientes requisitos:

1. Que se encuentren reconocidas oficialmente por el Estado;
2. Que sean autónomas;

3. Que seleccionen a sus alumnos de primer año, considerando el puntaje obtenido por ellos en la PSU, cuando proceda.
4. Que se encuentren acreditadas en conformidad con el sistema de aseguramiento de calidad que establezca la ley;
5. Que participen en la Comisión Administradora del Sistema de Créditos para Estudio Superiores.
6. Que utilicen el Aporte Fiscal Indirecto, exclusivamente para fines de desarrollo institucional.

En síntesis, el gran requisito es la acreditación. Es por ello que es de suma importancia para las universidades mantenerse acreditadas para el solo efecto del otorgamiento de este crédito ya que, de esta manera, mantienen retenida a la demanda y, por ende, el cobro de sus aranceles.

Los artículos 9 y 10, hacen referencia a los requisitos que deben cumplir los estudiantes. En líneas generales, éstos son:

1. Que sean chilenos o extranjeros con residencia definitiva;

2. Que se encuentren matriculados como alumnos regulares. Si es de primer año, solo falta la aprobación por la institución acreditada de su solicitud.
3. Que las condiciones socioeconómicas de su grupo familiar, justifiquen el crédito.
4. Que hayan ingresado a la educación superior demostrando mérito académico suficiente y que mantengan un satisfactorio rendimiento académico durante el transcurso de la carrera.
5. Que otorgue el mandato especial a que se refiere el artículo 16.

El mandato especial del artículo 16, hace referencia a la obligación de pago. El legislador hace hincapié en esta exigencia, puesto que el deudor le otorga ese mandato especial, delegable e irrevocable, para que la institución crediticia respectiva pueda requerir a su empleador, por escrito, a efectuar la deducción de sus remuneraciones de las cuotas del crédito. Por ende, si bien el estudiante es el principal obligado, la ley hace expresa la obligación de que otorgue mandato a la institución financiera para que el empleador realice las deducciones. Así el sujeto pasivo económico de la obligación, termina siendo el empleador a quien el propio artículo 16 le establece un sin

número de exigencias y mecanismos para que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito en su patrimonio.

## **B) Becas**

Las Becas es el subsidio a la demanda propiamente tal. Acá es el Estado quien otorga un beneficio directo al estudiante en razón a sus méritos académicos, asumiendo el pago total del arancel. En Chile, se distinguen las siguientes becas:

- 1) Becas de pregrado.
- 2) Becas nacionales de pregrado (Ministerio de Desarrollo Social).
- 3) Programa de formación de Relaciones Humanas y becas de posgrado (CONICYT).

2) Financiamiento orientado hacia los *resultados*. Se le designa con el nombre de “Asignación por contratos de desempeño y fondos competitivos”<sup>141</sup>. Generalmente, es la vía por la cual se financian a las instituciones, a través de diversos fondos, en su mayoría concursables, sujetos a evaluación previa y cuyo objeto es incentivar el desarrollo de la

---

<sup>141</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pg. 206.

investigación, sea teórica o aplicada. “(Son) diversos fondos, programas e iniciativas –todos ellos basados en concursos de proyectos que son evaluados por pares- mediante los cuales el gobierno asigna los recursos destinados a investigación científico-tecnológica y formación avanzada de postgrado”<sup>142</sup>.

Aquí resalta la figura de los “convenios de desempeño”, la cual es nueva y que ha estado creciendo durante los últimos años<sup>143</sup>, consistente en un acuerdo entre el gobierno y la institución de educación superior que tiene por objeto “financiar, mediante concursos, proyectos destinados a la inversión en infraestructura académica y mejoramiento de áreas prioritarias de desarrollo en las universidades estatales, privadas tradicionales y derivadas de ellas”<sup>144</sup>. En Chile, esta modalidad recibe el nombre de “Convenios de desempeño para el Desarrollo de Áreas Prioritarias” y el “Fondo Competitivo para el Mejoramiento de la Calidad y Desempeño de la Educación Superior”<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> Ibid., pg. 208.

<sup>143</sup> BRUNNER, José Joaquín. La Educación superior en Chile: Tendencias y perspectivas. Pg. 5.

<sup>144</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pg. 208.

<sup>145</sup> Ibid.

## **1.5.- Estructura arancelaria en el mercado educacional superior chileno.**

### **1.5.1.- Antecedentes y nociones generales.**

Como bien se ha recalcado, el proceso de mercadización ha traído consigo un privatismo de los recursos, cuyo principal resultado ha sido que el financiamiento de la educación superior sea de carácter mixto, proveniente tanto del gasto público como del pago de aranceles por los propios estudiantes.

También se ha indicado que la competencia entre las instituciones de educación superior tiene un importante componente jerárquico, determinado por el prestigio de la institución. Así, las instituciones que se encuentran en la parte superior de la cascada, compiten por atraer a los mejores alumnos y, mientras más se descende en ella la competencia se limita a la satisfacción de la demanda, donde el arancel y la creación de sedes, juegan un rol determinante: “(...) un grupo de universidades no está en condiciones de rechazar postulantes, más bien estas instituciones deben salir, agresivamente, a buscar la demanda a través de la creación de nuevos

programas, la penetración en mercados regionales y locales, y la captación de alumnos no tradicionales”<sup>146</sup>.

Así, la competencia por los estudiantes, ha derivado en los siguientes fenómenos<sup>147</sup>: primero, en una constante *expansión segmentada*, mediante la ampliación de la cobertura con una mayor oferta de programas, la creación de nuevas sedes y vacantes. Segundo, una *estratificación escalonada* determinada por los niveles de selectividad; y por último una *diferenciación del valor* de los títulos profesionales en el mercado laboral, dependiendo de la universidad o institución que lo otorga.

Por último, el mercado universitario tiene una débil regulación<sup>148</sup>, otorgando el legislador facultades plenas a las instituciones de educación superior para determinar sus propias reglas, lo que jurídicamente se le denomina “principio de autonomía”. Desde luego, la autonomía abarca la determinación de sus precios. “El sistema, propiamente, se conforma entonces a partir de la competencia por alumnos, recursos y prestigio, sin una coordinación planificada desde el centro a través de los dispositivos

---

<sup>146</sup> *Ibíd.*, pg. 219.

<sup>147</sup> *Ibíd.*, pp. 216-217.

<sup>148</sup> BRUNNER, José Joaquín. Mercados, instituciones y políticas en la educación superior chilena. Pg. 7

político-burocráticos del gobierno”<sup>149</sup>. Incluso, en opinión de los autores Brunner y Uribe, el gobierno *fomenta* la competencia<sup>150</sup>.

Por lo tanto, las instituciones de educación superior tienen la plena libertad para fijar los precios de sus aranceles<sup>151</sup>. No hay normativa alguna que señale algún límite para su fijación o que fije una metodología. Incluso, no hay fiscalización alguna por parte de la Administración, ante la inexistencia en la actualidad de una Superintendencia de Educación Superior.

La matrícula o arancel de matrícula, está definida legalmente en el artículo 4, inciso final de la Ley 19.287:

*Artículo 4, inciso final – Ley 19.287.- Se entiende por matrícula o arancel de matrícula el valor total anual o semestral de la carrera que se trate, cobrado por la institución.*

Económicamente, la estructura de pago en la educación superior, consta de dos partes. Primero, un pago al momento de ingresar a una

---

<sup>149</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pg. 212.

<sup>150</sup> *Ibíd.*

<sup>151</sup> *Ibíd.*, pg. 193.

institución de educación superior, al cual se le denomina “matrícula” (*registration fee*) que en simples palabras es el pago de una cuota de inscripción. Segundo, una vez matriculados, se comprometen al pago del arancel (*tuition*) que es el pago anual por los servicios educacionales<sup>152</sup>.

Esto ha convertido a Chile, dentro de los países OCDE, como el país que presenta el mayor grado de privatismo de los recursos<sup>153</sup>. Y en cuanto a la contribución del financiamiento hay una significativa proporción del gasto privado (el de las familias, en términos prácticos), respecto al gasto público, que es notoriamente bajo. “El costo de las matrículas y aranceles de las instituciones de educación superior ha experimentado aumentos significativos en los últimos 20 años (...). Se trata de aranceles que han alcanzado un nivel excesivamente alto, en el que las familias deben desembolsar un porcentaje de sus ingresos que supera con mucho a los demás países del mundo”<sup>154</sup>.

---

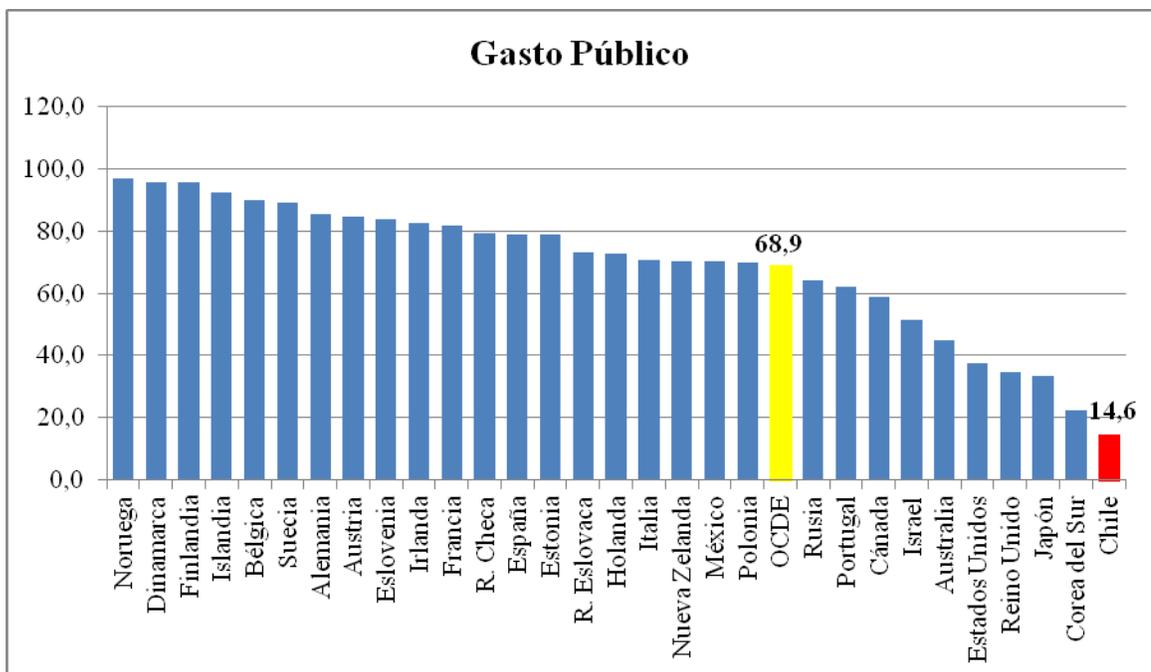
<sup>152</sup> ZAPATA, Gonzalo y TEJEDA, Ivo. Informe Nacional – Chile: Educación Superior y Mecanismos de Aseguramiento de la Calidad. Proyecto ALFA Nro. DCI-ALA 2008/42: “Aseguramiento de la Calidad: Políticas Públicas y Gestión Universitaria. Minuta Nro. 1, 21 de Abril de 2009. [en línea] <[http://www.cinda.cl/proyecto\\_alfa/download/informe\\_QA\\_Chile.pdf](http://www.cinda.cl/proyecto_alfa/download/informe_QA_Chile.pdf)> [consulta: 07 febrero de 2012] 64p.

<sup>153</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pg. 211.

<sup>154</sup> ZAPATA, Gonzalo y TEJEDA, Ivo. Ob. Cit., pg. 26.

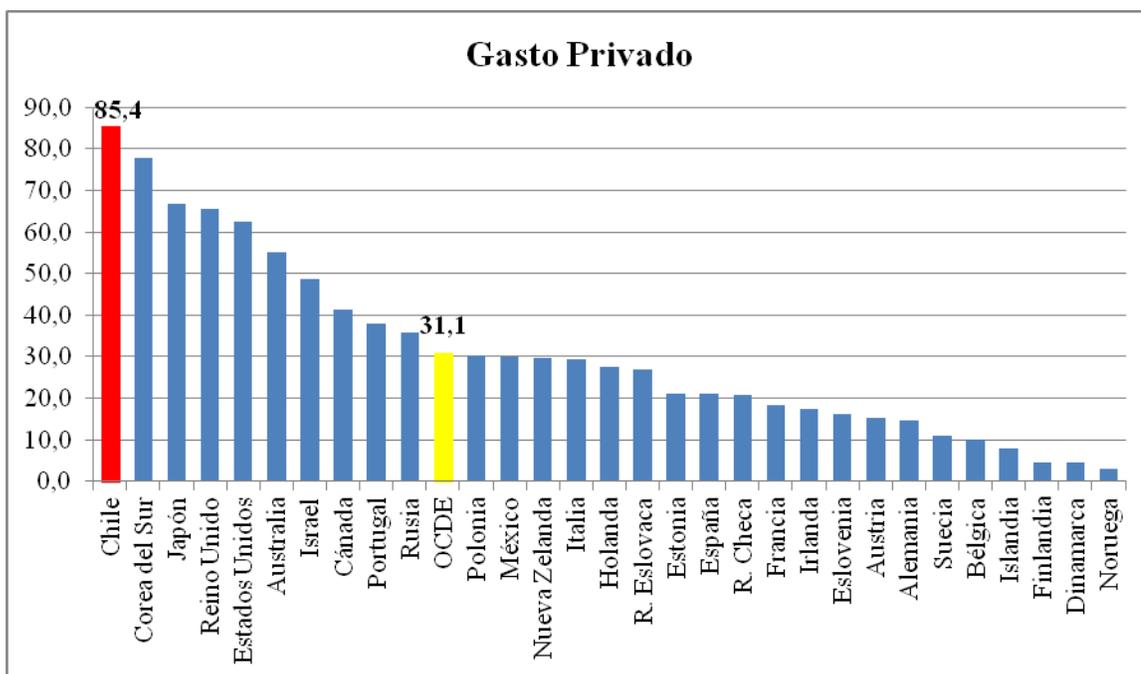
A continuación, se graficarán los datos correspondientes a la proporción entre gasto privado y público en Educación, con referencia a los datos OCDE, 2008<sup>155</sup>:

**Cuadro 1.- Porcentaje del Gasto Público en la Educación Terciaria**



<sup>155</sup> OCDE. Education at a Glance 2011: OCDE, Public and private expenditure on tertiary educational institutions, Education - Resources - Private expenditure in tertiary. [en línea] <<http://stats.oecd.org/index.aspx>> [consulta: 07 febrero de 2012]

**Cuadro 2.- Porcentaje del Gasto Privado en la Educación Terciaria**



En consecuencia, Chile presenta la mayor proporción de gasto privado en Educación Superior (85,4%) y, consecuentemente, la menor de gasto público, con solo un 14,6%. Así las cosas, es de suma importancia analizar el comportamiento de los aranceles durante los últimos años y cómo el Estado participa en ellos.

## **1.5.2.- Comportamiento de los aranceles de la educación superior en Chile.**

### **1.5.2.1.- Nociones de arancel real y arancel de referencia.**

Cabe volver a mencionar que Chile no tiene normativa alguna referente a la fijación de precios por las instituciones de educación superior, por lo que ésta queda libremente determinada por el mercado (o bien, subsumida bajo el principio de autonomía). Lo último, sumado al proceso de mercadización, ha puesto a Chile como el país con la mayor tasa de gasto privado y con la menor tasa de gasto público en la educación terciaria.

Sin embargo, durante la década pasada y con motivo de la creación del Crédito con Aval del Estado (CAE) y una mejor regulación respecto del crédito del Fondo Solidario, se creó un mecanismo administrativo para orientar los aranceles, correspondientes a cada institución y carrera impartida, llamado “arancel de referencia” o “aranceles referenciales”. Y aquello ha redundado en la coexistencia de dos tipos de arancel: el real y el referencial.

El arancel real, es el pago efectivo que realiza el estudiante por la entrega de los servicios educacionales y que no incluye el pago de la matrícula, como bien se indicó anteriormente. Por lo tanto, es el precio determinado por las dinámicas de la competencia, en cuyo juego están “los mecanismos de mercado (...) y las valoraciones sociales y las expectativas de individuos y grupos sociales”<sup>156</sup>.

En cambio, los aranceles de referencia son “valores referenciales que el MINEDUC ha establecido para la asignación de los montos de los créditos que se otorgan a los estudiantes para financiar sus estudios superiores, particularmente para el Fondo Solidario de Crédito Universitario y para el nuevo Crédito con Garantía Estatal”<sup>157</sup>. Si bien este mecanismo no es otro que otorgar una referencia en cuanto al monto del crédito, sí es una herramienta útil para analizar el comportamiento de los aranceles y la determinación del precio derivado de la competencia. De esta manera, “el Estado se está involucrando indirectamente en el tema de los valores de los aranceles para efectos de asignar financiamiento, enviando de paso un

---

<sup>156</sup> DOONER, Cecilia y MENA, Paula. Arancel de referencia vs. Arancel real: Diagnóstico e interrogantes iniciales. Revista “Calidad en la Educación”, nro. 24, Chile, año 2006. Pp. 285-318. [en línea] <<http://www.cedus.cl/?q=node/1685>> [consulta: 01 febrero de 2012].

<sup>157</sup> *Ibíd.*, pg. 290.

mensaje acerca de la relación entre tales aranceles y algunos indicadores de docencia de las instituciones, vale decir, una señal sobre la asociación entre precio y calidad”<sup>158</sup>.

Y son referenciales, en cuanto a que funcionan como tope: “En términos concretos, los créditos entregados permiten cubrir el 100% del arancel de la carrera de los estudiantes seleccionados, teniendo como tope el arancel de referencia definido para la respectiva carrera”<sup>159</sup>, por lo que “no cubre las eventuales diferencias entre los valores referenciales y los reales”<sup>160</sup>.

Los aranceles de referencia, se construyen a partir de evaluaciones que realiza el MINEDUC a las instituciones de educación superior y a sus respectivas carreras, integrando elementos como: indicadores académicos, eficiencia docente y acreditación.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> *Ibíd.*, pg. 288.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, pg. 290.

<sup>160</sup> *Ibíd.*

<sup>161</sup> *Ibíd.*, pg. 291.

De partida, las instituciones de carácter superior se agrupan en cuatro tramos, de acuerdo a su indicador institucional<sup>162</sup>, que comprende:

a.- **Indicadores académicos**. De estos se consideran: el número de jornadas completas equivalentes con magíster y doctorado y los alumnos de pregrado; el número de proyectos FONDECYT y FONDEF y número de publicaciones ISI y SCIELO.

b.- **Indicadores de eficiencia docente**. De los que se consideran: la tasa de titulación oportuna, la tasa de retención en primer año.

c.- **La Acreditación**<sup>163</sup>, en especial, la cantidad de años en que está acreditada.

Así, se construyen los tramos segmentados en los siguientes grupos: A, B, C y D. Luego, una vez que quedan definidas qué instituciones integran el respectivo tramo, “el arancel referencial se aplica según tramo, calculado sobre la base de un promedio de aranceles (de un número

---

<sup>162</sup> GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Educación. Metodología de determinación de arancel de referencia 2012 para Universidades acreditadas. Diciembre de 2012. [en línea] <[http://www.mineduc.cl/usuarios/becasycursos/doc/201212281610580.METODOLOGIA\\_ARANCELES\\_REFERENCIA\\_UNIVERSIDADES2013.pdf](http://www.mineduc.cl/usuarios/becasycursos/doc/201212281610580.METODOLOGIA_ARANCELES_REFERENCIA_UNIVERSIDADES2013.pdf)> [consulta: 7 agosto 2013]

<sup>163</sup> DOONER, Cecilia y MENA, Paula. Ob. Cit., pg. 291.

respectivo de años) de aquella universidad que posea los mejores indicadores de su grupo”<sup>164</sup>.

A su vez, el arancel referencial se aplica para cada carrera. No existe un arancel referencial único para la totalidad de las carreras y universidades, sino que está diferenciado por carrera y por institución. Así las cosas, el arancel que rige para cada carrera es el “de aquella universidad que haya sido acreditada por más años y el arancel más bajo del grupo, que no puede ser menor al arancel promedio del grupo para cada carrera”<sup>165</sup>.

En simples palabras, se toma a la totalidad de las instituciones acreditadas y el MINEDUC les aplica un coeficiente, en consideración a factores de calidad académica. Luego, se les agrupa de manera decreciente en cuatro tramos. Y, dentro del tramo, se define el arancel referencial para cada carrera, cuyo monto será aquél de la institución acreditada por mayor tiempo, con el menor precio. Eso sí, entre ese valor y el valor promedio del grupo, se aplicará siempre el de mayor valor.

---

<sup>164</sup> *Ibíd.*, pg. 292.

<sup>165</sup> *Ibíd.*

Cabe señalar, por último, que el arancel referencial solo tiene por objetivo limitar el crédito, ya sea éste de la Ley 20.027 (CAE) o el de la Ley 18.591 (Fondo Solidario). Sin embargo, es importante también destacar que sirve como parámetro de comparación entre el arancel que efectivamente cobran las universidades (real) y el referencial.

Bajo la luz de este análisis, las autoras Cecilia Dooner y Paula Mena, en el año 2006, realizaron un estudio que muestra las diferencias entre los aranceles reales y los aranceles de referencia<sup>166</sup>. En el desarrollo de este apartado, solamente se actualizarán las cifras correspondientes al proceso de admisión 2012.

Según la información recopilada en el sitio web del Consejo Nacional de Educación<sup>167</sup>, el arancel *real* promedio al año **2011** de las 10 carreras profesionales con mayor matrícula, es el siguiente:

---

<sup>166</sup> *Ibíd.*

<sup>167</sup> GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Educación. Aranceles pregrado 2011, 17 noviembre de 2011. [en línea] <[http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/doc/Estadisticas2011/PPT\\_aranceles\\_WEB.pdf](http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/doc/Estadisticas2011/PPT_aranceles_WEB.pdf)> [consulta: 07 febrero de 2012]

	<b>Arancel Promedio Nacional</b>	<b>Arancel Mínimo</b>	<b>Arancel Máximo</b>	<b>Diferencial</b>
Odontología	4.935.157	3.420.000	5.967.675	74%
Medicina	4.696.570	3.312.190	6.373.203	92%
Arquitectura	2.999.830	1.960.000	4.300.000	119%
Ing. Comercial	2.924.878	1.100.000	4.470.000	306%
Ingeniería Civil Industrial	2.798.866	1.350.000	4.307.000	219%
Derecho	2.700.134	1.518.000	4.174.000	175%
Kinesiología	2.583.865	1.590.000	4.306.074	171%
Psicología	2.513.186	1.150.000	4.174.000	263%
Enfermería	2.487.342	1.452.000	3.814.104	163%
Ingeniería en Construcción y	2.048.297	1.250.000	6.800.000	444%

similares				
-----------	--	--	--	--

A continuación, se comparará el arancel promedio nacional 2011 con el de referencia *total y promedio*<sup>168</sup> correspondiente al proceso de admisión 2012 de las primeras seis carreras, cuyos resultados son los siguientes<sup>169</sup>:

	<b>Arancel promedio nacional 2011</b>	<b>Arancel referencial promedio nacional 2012</b>	<b>Diferencial aproximado</b>
Odontología	4.935.157	2.931.826	68%
Medicina	4.696.570	3.022.346	55%
Arquitectura	2.999.830	2.188.541	37%
Ingeniería Comercial	2.924.878	2.055.105	42%
Ingeniería Civil Industrial	2.798.866	2.010.202	39%
Derecho	2.700.134	2.152.208	25%

<sup>168</sup> Esto es, el promedio de todos los aranceles de referencia de todas las instituciones.

<sup>169</sup> GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Educación. Aranceles de Referencia 2012. [en línea] <[http://www.becasycreditos.cl/aranceles\\_referencia.html](http://www.becasycreditos.cl/aranceles_referencia.html)> [consulta: 07 febrero 2012].

Ahora, con los datos proporcionados, se comparará el diferencial entre el arancel real máximo y mínimo del año 2011 con el arancel referencial total y promedio del año 2012, de las seis carreras ya enunciadas:

	<b>Arancel referencial promedio nacional 2012</b>	<b>Arancel real mínimo 2011</b>	<b>Arancel real máximo 2011</b>	<b>Diferencial aprox. entre el real máximo 2011 y el referencial promedio 2012</b>	<b>Diferencial aprox. entre el real mínimo 2011 y el referencial promedio 2012</b>
Odontología	2.931.826	3.420.000	5.967.675	104%	16%
Medicina	3.022.346	3.312.190	6.373.203	111%	10%
Arquitectura	2.188.541	1.960.000	4.300.000	96%	-0,1%
Ingeniería Comercial	2.055.105	1.100.000	4.470.000	118%	-47%
Ingeniería	2.010.202	1.350.000	4.307.000	114%	-33%

Civil					
Industrial					
Derecho	2.152.208	1.518.000	4.174.000	94%	-29%

Cabe acotar, sin embargo, que los antecedentes recabados y el respectivo cotejo de la información es solo para indicar una *tendencia*, ya que estos números se repiten tanto en los Institutos Profesionales como en los Centros de Formación Técnica<sup>170</sup>. A su vez las variaciones en los precios de un año a otro, no la cambia ni menos la desmiente.

La tendencia, por lo tanto, es la siguiente: hay una significativa diferencia entre el arancel real y el arancel referencial, sobre todo si se consideran a los aranceles cuyos precios son los más altos, con el respectivo arancel referencial *total y promedio*. Sin embargo, si se compara por tramos, se da cuenta también que existe una diversidad en los precios y de los diferenciales. Por ejemplo, en el caso de Derecho, hay un diferencial de 0% entre la universidad que ofrece el arancel real mínimo y el arancel referencial mínimo y el para el proceso de admisión 2012. Esta suma, al año académico 2012, ascendía a \$1.687.000 y correspondía al de la Universidad

---

<sup>170</sup> DOONER, Cecilia y MENA, Paula. Ob. Cit.

Iberoamericana de Ciencias y Tecnología. Pero también existen grandes diferencias entre ambos aranceles, especialmente si se toma en cuenta el arancel real máximo. Este es el caso de la Universidad del Desarrollo con sede en Las Condes, cuyo arancel referencial al año 2012, estaba en \$2.261.981 (que, por cierto no era el más alto), pero el real estaba por sobre el 91%.

Para corroborar esta tendencia, se hará un análisis por institución de las 6 carreras recientemente citadas. La elección de la institución, se hará acorde a los datos otorgados por la Comisión Nacional de Acreditación<sup>171</sup>, eligiéndose para ese fin a 10 universidades, agrupadas según la cantidad de áreas acreditadas:

---

<sup>171</sup> GOBIERNO DE CHILE, Comisión Nacional de Acreditación. Sitio web. <<http://www.cnachile.cl/oirs/resultados-de-acreditacion/>> [consulta: 08 febrero 2012]

**1° grupo: Universidades acreditadas en las 5 áreas.-**

- 1.- Universidad de Chile.
- 2.- Pontificia Universidad Católica de Chile.
- 3.- Universidad de Santiago de Chile.

**2° grupo: Universidades acreditadas en 4 áreas.-**

- 1.- Universidad Adolfo Ibáñez.
- 2.- Universidad Nacional Andrés Bello.
- 3.- Universidad de Talca.

**3° grupo: Universidades acreditadas en 3/2 áreas.-**

- 1.- Universidad del Desarrollo.
- 2.- Universidad Diego Portales.
- 3.- Universidad de los Andes.

4.-

Universidad

Arturo

Prat.

*1) Odontología*

**I.- 1° grupo**

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UCh	3.232.569	4.344.900	34%
PUC	3.232.569	5.280.000	63%
USACH	-	-	-

**II.- 2° grupo**

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UAI	-	-	-
UNAB	2.859.753	5.933.913	107%
UTAL	3.108.240	4.039.100	30%

### III.- 3° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UDD	2.860.551	5.954.000	108%
UDP	2.866.052	5.494.000	92%
UAndes	2.883.644	5.918.376	105%
UAP	-	-	-

### 2) Medicina

#### I.- 1° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UCh	3.639.642	4.344.900	19%
PUC	3.639.642	5.280.000	45%

USACH	2.747.830	3.477.800	27%
-------	-----------	-----------	-----

## II.- 2° grupo

	Arancel Referencial 2012	Arancel Real 2012	Diferencial
UAI	-	-	-
UNAB	3.000.968	5.933.913	98%
UTAL	3.639.642	4.614.400	27%

## III.- 3° grupo

	Arancel Referencial 2012	Arancel Real 2012	Diferencial
UDD	3.000.968	5.876.000	96%
UDP	2.948.189	5.494.000	86%
UAndes	2.961.164	5.558.900	88%
UAP	-	-	-



### 3) *Arquitectura*

#### I.- 1° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UCh	2.673.784	2.946.300	10%
PUC	2.673.784	4.520.000	69%
USACH	1.987.429	2.875.410	45%

#### II.- 2° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UAI	-	-	-
UNAB	2.398.076	3.552.772	48%
UTAL	2.622.007	3.101.400	18%

### III.- 3° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UDD	2.398.077	4.445.000	85%
UDP	2.400.689	3.616.000	51%
UAndes	-	-	-
UAP	2.033.000	2.033.000	0%

#### *4) Ingeniería Comercial*

### I.- 1° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UCh	2.776.917	3.950.100	42%
PUC	2.883.881	4.700.000	63%

USACH	2.439.581	3.274.500	34%
-------	-----------	-----------	-----

## II.- 2° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UAI	2.370.557	4.450.000	88%
UNAB	2.076.756	3.720.133	79%
UTAL	2.206.715	2.504.500	14%

## III.- 3° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UDD	2.182.807	4.462.000	104%
UDP	2.114.009	3.616.000	71%
UAndes	2.094.106	4.224.764	102%
UAP	1.775.732	2.372.010	34%

### 5) Ingeniería Civil Industrial

#### I.- 1° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UCh	2.959.229	4.122.300	39%
PUC	2.959.229	5.060.000	71%
USACH	2.479.090	3.274.500	32%

#### II.- 2° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UAI	2.322.781	4.225.000	82%
UNAB	2.096.900	3.651.639	74%
UTAL	2.311.476	2.818.500	22%

### III.- 3° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UDD	2.170.642	4.334.000	99%
UDP	2.145.379	3.616.000	69%
UAndes	1.878.971	4.002.408	113%
UAP	1.861.220	1.938.000	4%

#### 6) *Derecho*

### I.- 1° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UCh	2.622.233	3.375.700	29%
PUC	2.622.233	4.130.000	58%
USACH	-	-	-

## II.- 2° grupo

	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UAI	2.233.009	4.000.000	79%
UNAB	2.233.009	3.708.984	66%
UTAL	2.377.743	2.661.500	12%

## III.- 3° grupo

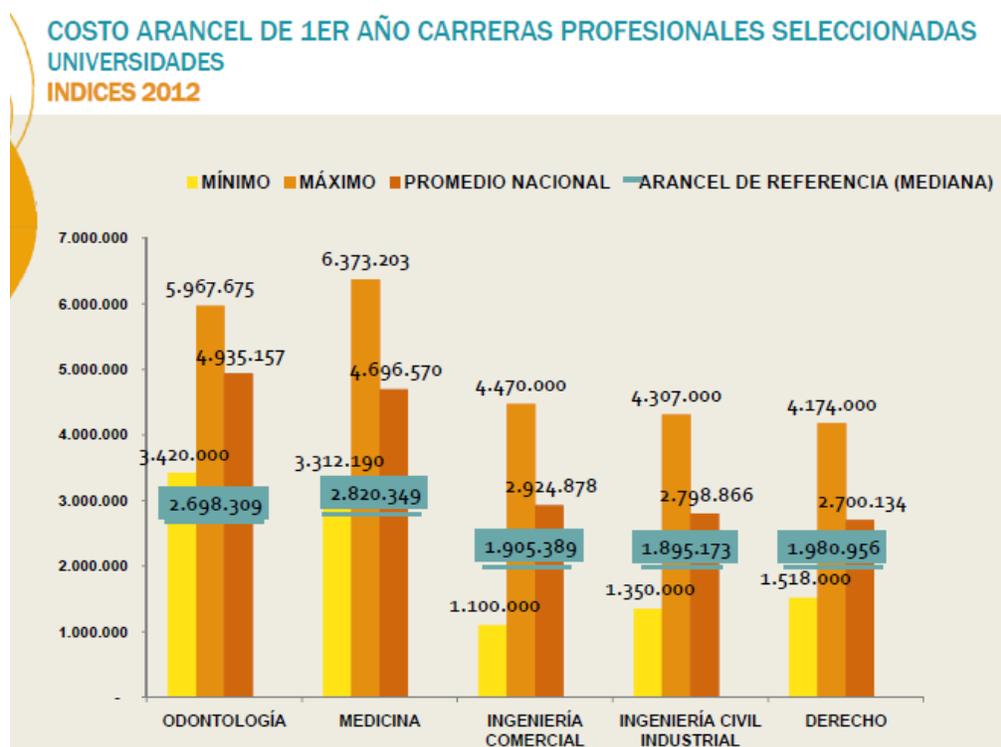
	<b>Arancel Referencial 2012</b>	<b>Arancel Real 2012</b>	<b>Diferencial</b>
UDD	2.261.981	4.322.000	91%
UDP	2.284.634	3.756.000	64%
UAndes	2.177.033	4.002.408	84%
UAP	2.078.000	2.078.000	0%

Con estos datos, se demuestra lo siguiente:

- Dentro de las universidades del primer grupo, la Universidad que presenta las mayores tasas diferenciales, es la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Dentro de las universidades del segundo grupo, los diferenciales de la universidad tradicional seleccionada, son menores a aquellos de las universidades privadas independientes seleccionadas.
- En el tercer grupo, se presenta la mayor tasa de diferencia. Exceptúese a la universidad tradicional elegida, cuyo diferencial no supera el 35%.

Si bien en algunas carreras se producen distorsiones de precio, como en el área de la salud, cabe preguntarse cuán válido es producir tasas de diferencia mayores al 100%. No hay dudas que esta diferencia puede deberse a la infraestructura que, para esas carreras, deben tener un nivel más que suficiente.

Por último, el Consejo Nacional de Educación<sup>172</sup> realizó el siguiente gráfico, corroborando las diferencias existentes entre los aranceles reales y de referencia para el proceso de admisión 2012:



Cabe señalar que el arancel referencial también da luces sobre la competencia entre los oferentes. Con estas premisas, son las universidades privadas independientes (y la universidad tradicional católica) las que

<sup>172</sup> GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Educación. Sistema de Información INDICES 2012, 17 noviembre 2011. [en línea] <[http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/doc/Estadisticas2011/Presentacion\\_INDICES\\_2012.pdf](http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/doc/Estadisticas2011/Presentacion_INDICES_2012.pdf)> [consulta: 10 febrero 2012]

cobran el mayor arancel real, respecto a sus pares. Esto sin duda perjudica a los alumnos que no tienen recursos, ya que en el evento de solicitar un crédito (CAE, Fondo Solidario), éste no alcanzará a cubrir el 100% del arancel real y solo cubrirá –en algunos casos- el 50% de éste.

Y cabe preguntarse también cuál es la relación calidad-precio. Cabe recalcar que en el tercer grupo de universidades, acreditadas por la CNA en 2 o 3 áreas, se producen las mayores tasas de diferenciación. Esto podría justificarse por el nivel de selectividad que tienen aquellas Universidades y el grupo específico de alumnos a que apunta. Al no haber un parámetro que mida la calidad de las universidades, sino tan solo los índices de acreditación, lamentablemente la relación calidad-precio, no puede ser corroborada. Incluso, esta falta de regulación solo deja abierta la posibilidad de una arbitrariedad en la fijación de los precios.

Además, en el evento que las universidades cobren un arancel real más bajo del referencial, éstas podrán captar a mayores alumnos que puedan adquirir la deuda por el 100% del arancel: “las instituciones más beneficiadas con esta oportunidad serán aquellas con cobros anuales

inferiores al promedio del mercado, en el entendido que pretendan captar estudiantes potencialmente elegibles para el crédito”<sup>173</sup>.

En síntesis y con toda la información cotejada, el estudio de Cecilia Dooner y Paula Mena, da algunas importantes conclusiones<sup>174</sup>:

- i) Los precios de las instituciones y sus respectivas carreras, son muy diversos, “la que evidentemente no son recogidas por los aranceles de referencia”<sup>175</sup>.
- ii) En las Universidades del CRUCH y las universidades privadas independientes, están las mayores diferencias respecto a los aranceles referenciales.
- iii) Al haber una segmentación de precios entre instituciones y carreras, “hay una clara distinción entre instituciones con precios altos, otras con valores medios y otras con aranceles relativamente bajos”<sup>176</sup>, por lo que el arancel referencial cobra

---

<sup>173</sup> *Ibíd.*, pg. 304.

<sup>174</sup> *Ibíd.*, pp. 313-318.

<sup>175</sup> *Ibíd.*, pg. 313.

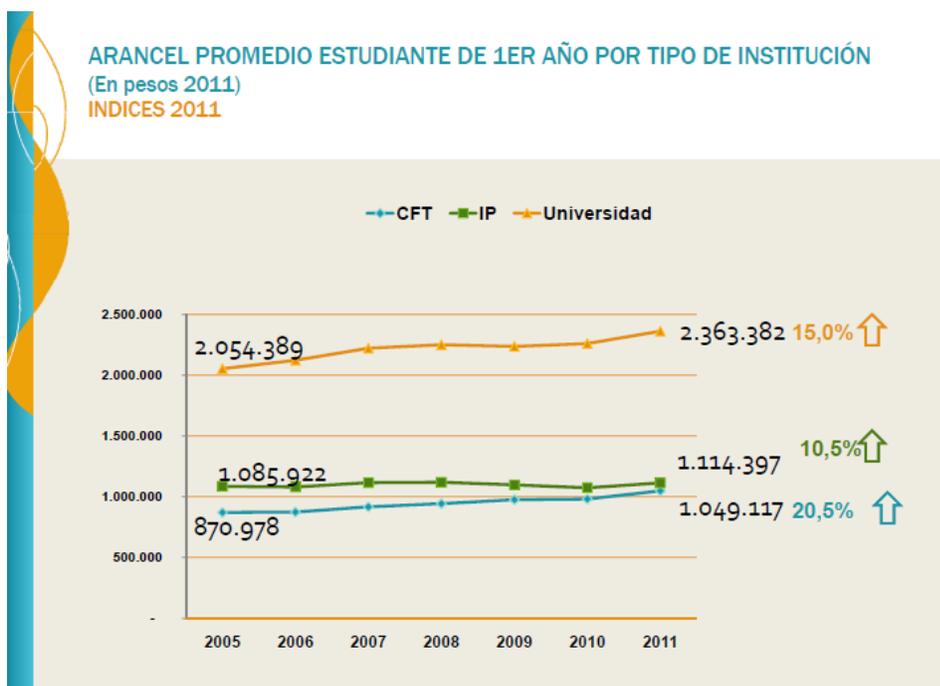
<sup>176</sup> *Ibíd.*, pg. 314.

relevancia como instrumento de medición de la determinación de los precios.

- iv) El precio depende de muchos factores, como el prestigio institucional. En consecuencia, cada institución tendrá precios relativamente más altos o más bajos que el arancel referencial para la generalidad de las carreras. Esto es, una institución que se ubica por sobre el arancel referencial, replica este modelo de precio para todas sus carreras; y viceversa para las instituciones que estén bajo el arancel de referencia.

### 1.5.2.2.- Evolución de los aranceles universitarios en Chile.

Conforme a la información proporcionada por Consejo Nacional de Educación<sup>177</sup>, la evolución los aranceles de todas las instituciones de educación superior, en el período que comprende los años 2005 a 2011, ha sido la siguiente:



Con estos datos, se da cuenta de la tendencia al alza de los aranceles de las Instituciones de educación superior, principalmente de los Centros de

<sup>177</sup> GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Educación. Sistema de Información INDICES 2012.

Formación Técnica, con un 20,5%. Sin embargo, el alza de los aranceles universitarios es lo que más ha centrado la atención en el último tiempo, debido a que ahí se encuentra la mayor tasa de la matrícula. Y, considerando estos datos, el arancel promedio real ha subido un 15%.

Si bien el alza de los precios es una conducta general en cualquier mercado, la situación del mercado universitario ha sido especial, debido a la proporción de esta alza con el IPC. Según un estudio del autor Patricio Meller<sup>178</sup>, hacia 1997 el promedio de los aranceles era de \$936.263, pero hacia el año 2010, el crecimiento de los aranceles ha llegado a la cifra de \$2.302.481. Así, el autor sostiene que si los aranceles se hubieren adecuado a la tasa IPC promedio de los años 1997-2010, esa cifra solo llegaría a \$1.443.023. En conclusión, los aranceles universitarios han subido 60% sobre el IPC. El autor explica en el mismo artículo citado que las universidades no están compitiendo en base a precios bajos, sino a precios altos, principalmente por el aumento del costo de las remuneraciones de los académicos.

---

<sup>178</sup> ESTUDIO muestra que desde 1997 los aranceles universitarios subieron 60% por sobre el IPC. El Mercurio, Santiago de Chile, 2 de agosto de 2010, C-7.

Por otro lado, un estudio del autor Víctor Salas Opazo<sup>179</sup>, quien analiza la evolución de los aranceles universitarios en Chile y su comportamiento durante el período 1999-2009, refleja lo siguiente:

- 1) Que la estructura arancelaria universitaria en Chile es altamente diferenciada, la cual parece “estar asociada con la calidad académica de las universidades, posicionamiento del mercado a través de su marca e incluso con la ubicación geográfica de ésta”<sup>180</sup>.
- 2) Que la evolución parece indicar que hay un nivel y ritmo de convergencia entre universidades de similares características. Especialmente, para el caso de universidades tradicionales y privadas independientes con el mismo tamaño de matrícula: “Las universidades grandes (tradicionales y privadas) convergen en ellas a un ritmo importante (40%) (...) mientras que las medianas también convergen a una tasa no menor (16%) (...) por lo que

---

<sup>179</sup> SALAS Opazo, Víctor. Estructura, diferenciación y convergencia de los Aranceles Universitarios en Chile, 1999 a 2009. Departamento de Economía, Universidad de Santiago de Chile, 2010. 26p. [en línea] <[http://www.sociedadpoliticaspUBLICAS.cl/archivos/BLOQUET/Educacion\\_Superior/Precios%20de%20la%20Docencia%20Universitaria%20en%20Chile.pdf](http://www.sociedadpoliticaspUBLICAS.cl/archivos/BLOQUET/Educacion_Superior/Precios%20de%20la%20Docencia%20Universitaria%20en%20Chile.pdf)> [consulta: 31 enero de 2012]

<sup>180</sup> *Ibíd.*, pp. 25-26.

tardarían poco más de 6 años en converger a un nivel similar de aranceles”<sup>181</sup>.

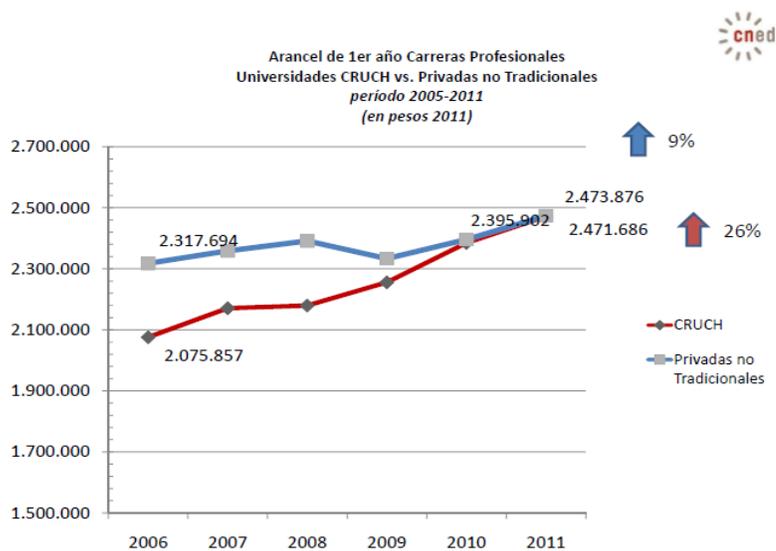
Entonces, el estudio ratifica una tendencia que es perceptible en estos días: la estructura de precios está empezando a responder más bien al nivel de tamaño de la matrícula y de la posición de mercado de la institución. Luego, las universidades que tienen la misma posición en el mercado, están convergiendo en sus precios. Esto ratifica que el elemento decisivo en la competencia es el prestigio de la institución (y su nivel de selectividad), y no su tipo de propiedad (pública o privada). Además, esto también confirma que las instituciones públicas han debido ajustar sus precios al alza, debido al entorno competitivo donde se desenvuelven y del dilema de aumentar la calidad de su enseñanza y reajustar sus precios, tesis que ya ha sido expuesta en este trabajo y que es de autoría de Patricio Meller<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> *Ibíd.*, pp. 21-22.

<sup>182</sup> MELLER, Patricio. *Ob. Cit.*

De partida, se citará la evolución de los aranceles promedio del período 2005-2011, de las Universidades del CRUCH y de las Universidades privadas independientes<sup>183</sup>:



Claramente hay una convergencia entre los aranceles de las universidades tradicionales y privadas independientes. Mientras que en el año 2006, había una diferencia promedio del 12%, en el año 2011 esa tasa se reduce a un 0,09%. Por lo tanto, el alza dentro de este período es significativa en los aranceles de las Universidades del CRUCH, cuyo

<sup>183</sup> GOBIERNO DE CHILE, Consejo nacional de Educación. Aranceles 2011, Educación Superior. Año 2011. [en línea] <[http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/doc/Estadisticas2011/estd/09\\_EMArancel.pdf](http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/doc/Estadisticas2011/estd/09_EMArancel.pdf)> [consulta: 08 febrero 2012]

promedio está en un 26%; en cambio, las privadas independientes solo aumentaron sus aranceles en un 9%.

Esta tendencia tiene su origen en la última década, especialmente por el fenómeno de expansión que hubo a partir del año 2000<sup>184</sup>. “El mercado de carreras profesionales dictadas por las universidades chilenas ha estado, en la última década, sometido a un creciente proceso de competencia, especialmente debido al fortalecimiento y expansión de la matrícula de las universidades privadas”<sup>185</sup>.

En el caso de las universidades tradicionales, este aumento ha sido consecuencia de su “estrategia de precios” que principalmente obedecen a dos razones: primero, equilibrar sus presupuestos, ya que con el objetivo de mantener la calidad de su enseñanza, las universidades tradicionales han tenido que mejorar las remuneraciones de sus académicos y así evitar la constante fuga que se producía de éstos a las universidades privadas independientes. Y, segundo, al asumir esta estrategia de ajustar sus precios al alza “las universidades tradicionales asumen implícitamente que sus

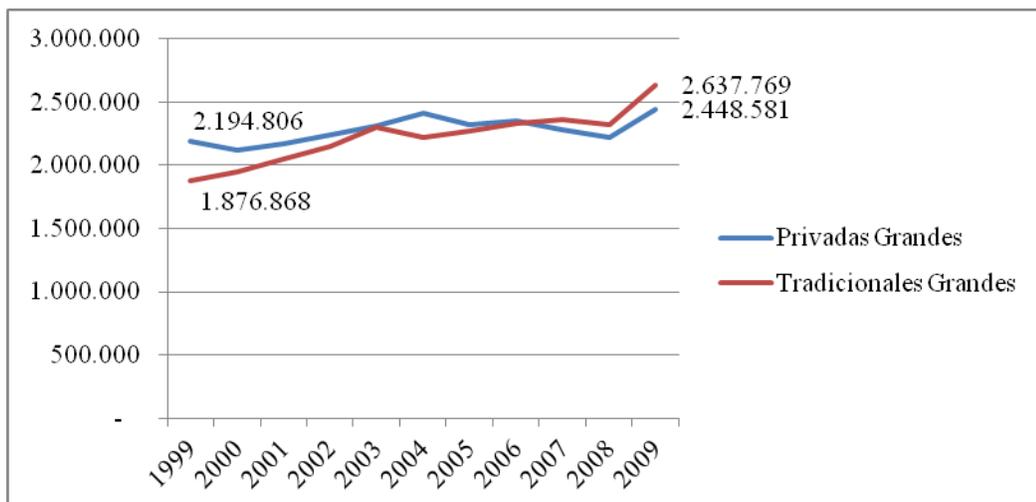
---

<sup>184</sup> SALAS Opazo, Víctor. Ob. Cit., pg. 1

<sup>185</sup> *Ibíd.*, pg. 4.

servicios son de mejor calidad al proporcionado por las instituciones privadas y que ello será reconocido por los postulantes a las carreras universitarias”<sup>186</sup>.

Si cotejamos la información con un nivel de detalle más específico, encontraremos otras tendencias. A continuación, se presentará la evolución de los aranceles universitarios dentro de período 1999-2009<sup>187</sup>, según su nivel de tamaño y su permanencia en el CRUCH:



En este caso, la comparación entre tradicionales y privadas es por el volumen de su matrícula, las que pueden considerarse “grandes”. No mide

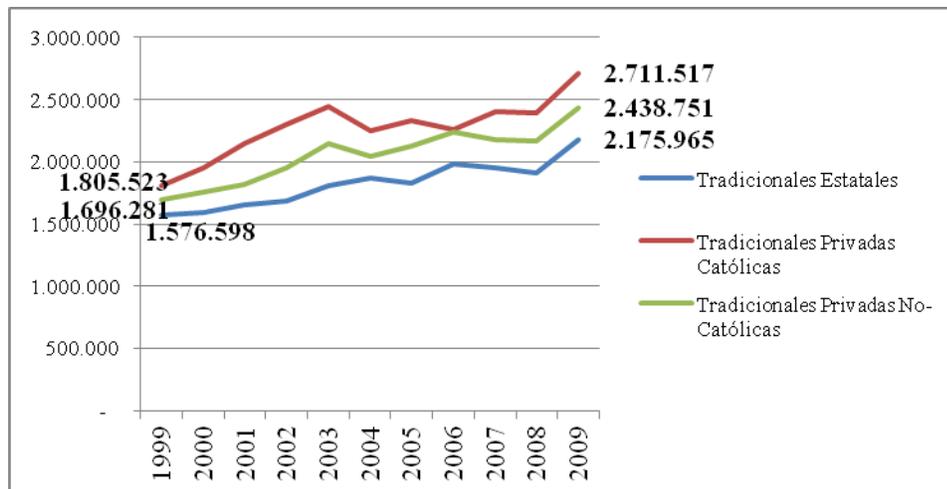
<sup>186</sup> *Ibíd.*

<sup>187</sup> *Ibíd.*, pg. 17.

nivel de selectividad, solo mide cobertura. Así las cosas, en el año 1999 existía una diferencia de arancel en torno del 17% y a favor de las privadas independientes “grandes”. Sin embargo, la tendencia durante los siguientes diez años, cambió trasladando ese diferencial (8%) a favor de las tradicionales grandes.

Ahora bien, el aumento de los aranceles de las universidades tradicionales grandes fue de un 41%, versus al de las privadas grandes que fue de un 12%, diferencia de un **29%**.

Si trasladamos ese análisis solo a las Universidades del CRUCH, la tendencia es la siguiente<sup>188</sup>:



<sup>188</sup> *Ibíd.*

En el año 1999, las diferencias de arancel entre las universidades tradicionales de propiedad estatal y:

- Las universidades tradicionales privadas católicas, era de un 15%.
- Las universidades tradicionales privadas no-católicas, era de un 8%.

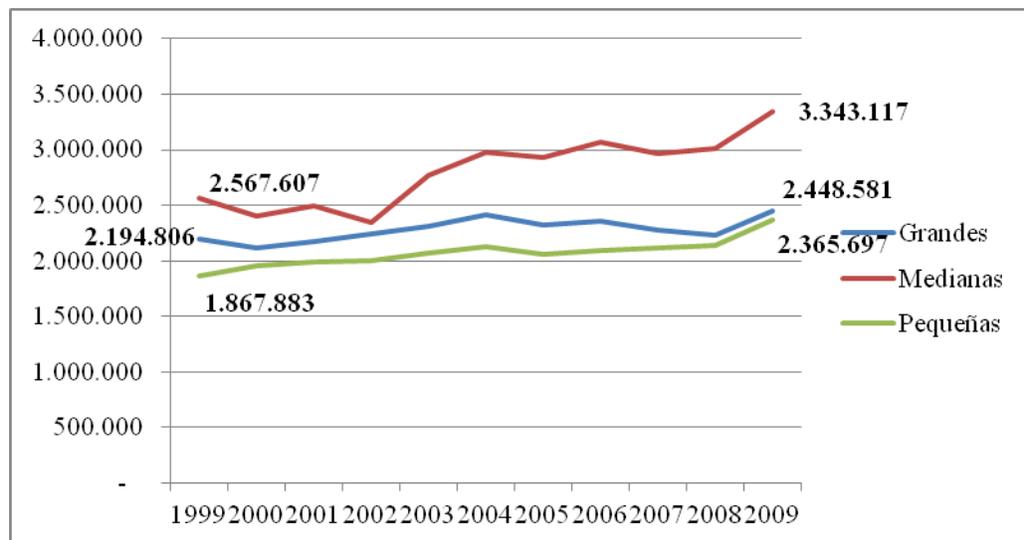
En cambio, hacia el año 2009, las diferencias entre las universidades tradicionales de propiedad estatal y:

- Las universidades tradicionales privadas católicas, es de un 25%.
- Las universidades tradicionales privadas no-católicas, es de un 12%.

En consecuencia, el aumento del valor de las universidades tradicionales, obedece principalmente a que los aranceles de las privadas tradicionales, aumentaron un 47% en 10 años, versus el de las estatales, que aumentaron un 38%. Y las instituciones privadas tradicionales que más aumentaron sus aranceles, corresponden a las universidades privadas tradicionales católicas, en un **50%**.

En cuanto a las universidades privadas independientes, el estudio indica que las universidades privadas medianas son las que más han

aumentado sus aranceles (**30%**), seguida por las universidades pequeñas (**27%**) y las grandes (**12%**). Por ende, las universidades a medida que incrementan su matrícula, también incrementan sus precios. Sin embargo, en los últimos años ya la diferencia de aranceles entre estos tipos de universidades es muy baja, lo que ha llevado a otra convergencia. Así se indica en el siguiente gráfico:



En conclusión, con todos los datos ya entregados, la tendencia al alza de los aranceles y su desmedida desproporción con el IPC, se debe a un sin número de factores, tales como: el aumento explosivo de la demanda y de la oferta; el aumento de los costos (en especial, el personal académico); el

ambiente competitivo para las universidades estatales; el aumento de los subsidios, tanto hacia la demanda como la oferta; pero por sobre todo la escasa regulación legal del mercado universitario. El Estado solo se encarga de fijar precios referenciales que, en la práctica, no son respetados por los oferentes ni siquiera como referencia. Y aún peor, el mecanismo del arancel de referencia ha sido del todo inútil para guiar los precios. Aún más, el Estado no responde por la totalidad de los costos, ya que el tope es el arancel de referencia. Ayuda que se considera insuficiente, si entendemos que en algunos casos el arancel real llega a ser superior al 100% respecto de su referencial. Lo anterior implicará que los estudiantes asuman una carga más cara y que, en definitiva, le resulte más riesgoso y, por ende, más costoso estudiar.

Sin duda, el tema está planteado. La evidencia indica un aumento desmedido de los precios, a nuestro juicio, por la falta de regulación. La insólita libertad que tienen los agentes para entrar y salir del mercado (v. gr. el mero depósito en un registro nacional del MINEDUC ya le da opción a una corporación de derecho privado para constituirse como institución superior) ha terminado por inflar los precios sobre la media. Si bien la

atención del Estado estuvo por sobre-estimular la demanda, la hizo sin una adecuada regulación que, a final de cuentas, ha resultado perjudicial para el estudiante y sus familias.

## **2.- La Demanda en el mercado educacional terciario. La educación como bien. Los niveles de retorno.**

### **2.1.- La educación dentro de la teoría del capital humano.**

El análisis de la educación desde la perspectiva de la demanda, está estrechamente ligado a la teoría del capital humano y del análisis costo/beneficio, tanto social como privado, sobre la inversión en educación<sup>189</sup>. La teoría del capital humano afirma que “la educación incrementa la productividad de los individuos al dotarlos de mayores conocimientos y destrezas, hecho que luego sería reconocido y premiado en el mercado de empleo a través de mayores ingresos”<sup>190</sup>. La educación sería la principal herramienta para el desarrollo del capital humano y del crecimiento económico, mejorando e incrementando los procesos productivos<sup>191</sup>. Esta premisa ha estado recogida en el diseño de toda política pública en torno a educación, ya que la experiencia de diversos

---

<sup>189</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pg. 62.

<sup>190</sup> *Ibíd.*

<sup>191</sup> MARCEL, Mario y TOKMAN, Carla. Pg. 3.

países así la ha corroborado<sup>192</sup>. Por lo tanto, esta relación de complementariedad trae consigo un atractivo para invertir, tanto desde el punto de vista del particular como del Estado.

Como bien se mencionó anteriormente, la educación constituye la mayor inversión que puede realizar el estudiante para mejorar sus ingresos y su calidad de vida<sup>193</sup>. Invertir en educación, es el resultado de una decisión tomada de forma individual, luego del análisis que ha realizado el postulante sobre su conveniencia y rentabilidad. “La cantidad de mano de obra educada en una economía es el resultado de una serie de decisiones tomadas de forma individual, o a lo sumo, en el seno de la familia, sobre la conveniencia de emplear tiempo y dinero en la formación”<sup>194</sup>. Por lo tanto, la educación es un bien de inversión y, por ende, el análisis costo/beneficio se orienta, principalmente, hacia el análisis de sus niveles de retorno.

---

<sup>192</sup> CARLSON, Beverley. Educación y mercado del trabajo en América Latina frente a la globalización. [en línea]. Revista de la CEPAL 77, Agosto 2002. 123-141p.

<[http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/19289/lcg2180e\\_Carlson.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/19289/lcg2180e_Carlson.pdf)> [consulta: 11 enero de 2012]

<sup>193</sup> MARCEL, Mario y TOKMAN, Carla. Ob. Cit.

<sup>194</sup> GONZÁLEZ E., Carlos Giovanni. Desarrollos recientes sobre demanda de educación y sus aplicaciones empíricas internacionales. Borradores de Economía y Finanzas, No. 19, Junio de 2009. Universidad ICESI, Departamento de Economía, Facultad de Ciencias Administrativas y Económicas. [en línea] <<http://www.icesi.edu.co/departamentos/economia/images/19.pdf>> [consulta: 19 enero de 2012] 65p.

Sin embargo, antes de profundizar en el análisis de los niveles de retorno, cabe exponer una descripción general de las dos principales teorías que existen respecto a la relación entre capital humano y educación, desde la perspectiva de la demanda. Se pueden distinguir las corrientes neoclasicista y credencialista:

**1) La teoría neo-clásica del capital humano.** (T. Schultz, G. Becker y J. Mincer)<sup>195</sup>

Esta teoría recoge la clásica premisa indicada anteriormente. Para esta teoría, “las inversiones en capital humano son aquellas actividades que repercuten sobre las rentas monetarias futuras a través del incremento de los recursos incorporados a los individuos”<sup>196</sup>. Por lo tanto, la educación es un bien de inversión y el desarrollo de sus resultados, una especie de capital.

Se le considera una inversión, porque el individuo decide asumir sus costos con el objeto de mejorar sus aptitudes y cualificaciones, para así

---

<sup>195</sup> KRÜGER, Natalia S. Reflexiones acerca del alcance y limitaciones de la teoría del capital humano. [en línea]

<[http://www.econ.uba.ar/www/institutos/epistemologia/marco\\_archivos/ponencias/Actas%20XIII/Trabajos%20Episte/Kruger\\_trabajo.pdf](http://www.econ.uba.ar/www/institutos/epistemologia/marco_archivos/ponencias/Actas%20XIII/Trabajos%20Episte/Kruger_trabajo.pdf)> [consulta: 19 enero de 2012] 6p.

<sup>196</sup> BECKER, Gary. Human Capital: A Theoretical and empirical analysis with special reference to education. Chicago, University of Chicago Press, 1964. En: GONZÁLEZ E., Carlos Giovanni. Ob. Cit. Pg. 11.

optar a una inmejorable posición en el mercado laboral y que, en un futuro, pueda concretarse en una mayor corriente de ingresos<sup>197-198-199</sup>.

Además, como también se ha indicado, al ser una inversión se le considera como una decisión individual<sup>200</sup>. El individuo considera dos variables para realizar esta inversión: primero, los costos individuales directos e indirectos de adquirir educación; y, segundo, de las fluctuaciones que la educación producirá posteriormente en las oportunidades de empleo y los niveles de ingresos.<sup>201</sup>

Sin embargo, hay un sector de la doctrina económica que discute la naturaleza de la educación como bien de inversión, sosteniendo que es un bien de consumo y que ésta no tendría mayores variaciones en un futuro, puesto que el individuo demanda solo la prestación del servicio educacional y no con ello mayores ingresos. Pero la mayoría de los analistas no simpatiza con lo anterior, puesto que consideran que los beneficios en materia de educación nunca pueden ser instantáneos, sino que son el

---

<sup>197</sup> GONZÁLEZ E., Carlos Giovanni. Ob. Cit. Pp.11-12. La principal consecuencia de esta concepción es que se considera a la educación más “(...) un *bien de inversión* que como un bien de consumo”.

<sup>198</sup> *Ibíd.*

<sup>199</sup> KRÜGER, Natalia S. Ob. Cit.

<sup>200</sup> *Ibíd.* “Los costos abarcan tanto los gastos directos como los costos implícitos”.

<sup>201</sup> GONZÁLEZ E., Carlos Giovanni. Ob. Cit. Pg. 11.

resultado de un proceso y, por ende, se asimilan a largo plazo<sup>202</sup>, a diferencia de un bien de consumo en los cuales sus beneficios son prácticamente inmediatos. “Los beneficios de consumo se generan en el corto plazo, mientras que los rendimientos como bien de inversión se extienden a medio y largo plazo”<sup>203</sup>.

**2) La teoría Credencialista (efecto sheepskin).** (Arrow, Spence, Taubman, Wales, Riley y Stiglitz).<sup>204</sup>

Esta concepción rechaza la idea que la educación per sé aumente la productividad del trabajador, por lo que la educación solo es considerada como “señalización” para los demandantes del mercado laboral, más que una inversión en capital humano<sup>205</sup>. Postula que la mejora en la posición dentro del mercado laboral no se debe a los años de educación, sino que al logro de “grados académicos”. Por ende, “(...) los años en educación que

---

<sup>202</sup> *Ibíd.*, pg. 13.

<sup>203</sup> *Ibíd.*

<sup>204</sup> *Ibíd.*

<sup>205</sup> *Ibíd.*

no dan a lugar a un título, no tienen ningún efecto en los ingresos laborales asociados con el logro de grados académicos”<sup>206</sup>.

Por lo tanto, a esta teoría se le llama también como “el efecto *sheepskin*” ya que la mera graduación del individuo, la obtención de la credencial, gatilla la mejora de ingresos y perspectivas.

La principal causa de lo anterior, según esta teoría, se encuentra en las asimetrías de información que existen dentro del mercado laboral, porque al no haber un buen acceso por parte de los empleadores a la información de la calidad de las instituciones y sus egresados, el valor del “cartón” cobra relevancia para hacer las diferencias de remuneraciones entre uno y otro. “(Esta teoría) se basa en los supuestos de que la información sobre la productividad del trabajador se distribuye asimétricamente y que los trabajadores más capaces les resulta más rentable invertir en una señal que a los menos capaces”<sup>207</sup>. Así, la educación actúa como filtro para discriminar a los más capacitados de los que no lo están.

---

<sup>206</sup> SAPELLI, Claudio. Los retornos a la educación en Chile: Estimaciones por corte transversal y por cohortes. Documento de Trabajo IE-PUC, n° 349, 2009. [en línea] <[http://www.economia.puc.cl/docs/dt\\_349.pdf](http://www.economia.puc.cl/docs/dt_349.pdf)> [consulta: 17 enero de 2012]. Pg. 8.

<sup>207</sup> GONZÁLEZ E., Carlos Giovanni. Ob. Cit. pg. 13

Dentro de esta corriente es posible distinguir dos vertientes: una fuerte y una débil. La fuerte, establece que “la educación no es capaz de acrecentar en modo alguno la capacidad productiva de los estudiantes, sino que simplemente se limita a diferenciar a los hábiles”<sup>208</sup>. Es una teoría extrema, otorgándole al grado académico un rol determinante y único en la diferenciación de la demanda. En cambio la versión débil, si bien recoge la tesis del credencialismo, -esto es, que el empleador premia a aquellos trabajadores que ostentan un grado académico-, matiza la tesis con una consideración hacia la experiencia laboral, ya que “si el nivel educativo no tiene un efecto positivo real sobre la productividad del trabajador, este comportamiento del empleador es totalmente irracional (...) (Así) se trata de detectar si el trabajador cobra un salario irracional solo al comienzo de su contrato, o por el contrario el cobro de estos salarios irracionales se perpetúan en el tiempo”<sup>209</sup>.

Pero, el análisis del neoclasicismo es la herramienta más útil y de mayor uso por parte de los economistas para comprender la relación entre

---

<sup>208</sup> *Ibíd.*

<sup>209</sup> *Ibíd.*

educación y demanda, ya que el análisis de los costos/beneficios, denota mayor objetividad a pesar de los pocos datos que pueda abarcar<sup>210</sup>. Por lo tanto, es menester seguir esta lógica y comprender un análisis en torno a los niveles de retorno de la educación como inversión.

---

<sup>210</sup> BRUNNER, José Joaquín y URIBE, Daniel. Ob. Cit., pg. 62.

## **2.2.- Los niveles de retorno de la educación y la distribución de ingresos. El caso chileno.**

Una vez descritas las dos principales corrientes respecto a la demanda en educación, se pueden enumerar una serie de consecuencias macroeconómicas. Cabe señalar que estas consecuencias serán vistas desde la perspectiva del neoclasicismo, por lo tanto, el análisis será respecto a los niveles de retorno.

En educación, a medida que mayor sea el nivel que haya cursado o esté cursando el individuo, mayores y mejores serán sus tasas de retorno.<sup>211</sup> Esa es la premisa fundamental y que ha sido corroborada en diversos estudios<sup>212</sup>. Por lo tanto, el nivel de educación es determinante a la hora de calcular los ingresos: mientras más profunda, capacitada y profesionalizada sea la educación del estudiante, mayores serán tanto sus expectativas de remuneración, como su remuneración efectiva. “El impacto de un mayor

---

<sup>211</sup> CARLSON, Beverley. Ob. Cit. Pg. 128.

<sup>212</sup> PSACHAROPOULOS, George y PATRINOS, Harry A. Returns to Investment Education. The World Bank, Latin American and Caribbean Region, Education Sector Unit, September 2002. 36p. [en línea] <[http://siteresources.worldbank.org/EDUCATION/Resources/278200-1099079877269/547664-1099079934475/547667-1135281504040/Returns\\_Investment\\_Edu.pdf](http://siteresources.worldbank.org/EDUCATION/Resources/278200-1099079877269/547664-1099079934475/547667-1135281504040/Returns_Investment_Edu.pdf)> [consulta: 13 enero de 2012].

alfabetismo funcional, sobretodo en empleos muy calificados, varía según el nivel educativo alcanzado por los individuos. Los beneficios que les reporta un mayor alfabetismo funcional son aún más marcados para los trabajadores con educación terciaria que para los que solo han cursado la enseñanza secundaria”<sup>213</sup>.

Por lo tanto, la educación es una inversión rentable.<sup>214</sup> Para el estudiante, el retorno de la inversión será mayor a medida que su educación también lo sea. En los cuadros siguientes<sup>215</sup>, se expone un análisis realizado entre diversos países que muestra el nivel de retorno de la inversión. Se toman en consideración las siguientes variables: (1) el desarrollo económico del país y (2) del nivel de educación que haya cursado el individuo<sup>216</sup>:

---

<sup>213</sup> CARLSON, Beverley. Ob. Cit. Pg. 128.

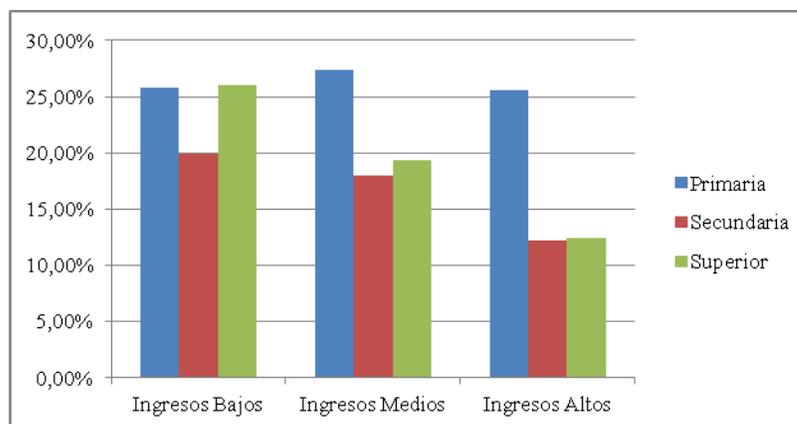
<sup>214</sup> MARCEL, Mario y TOKMAN, Carla. Ob. Cit. Pg. 8.

<sup>215</sup> PSACHAROPOULOS, George y PATRINOS. Ob. Cit. Pp. 16-18.

<sup>216</sup> Ibid., pg. 4 “The classic pattern of falling returns to education by level of economic development and level education are maintained. Also, in the updated data set the private returns to higher education are increasing. These new results are based on 6 new observations and updated estimates for 23 countries since the last review”.

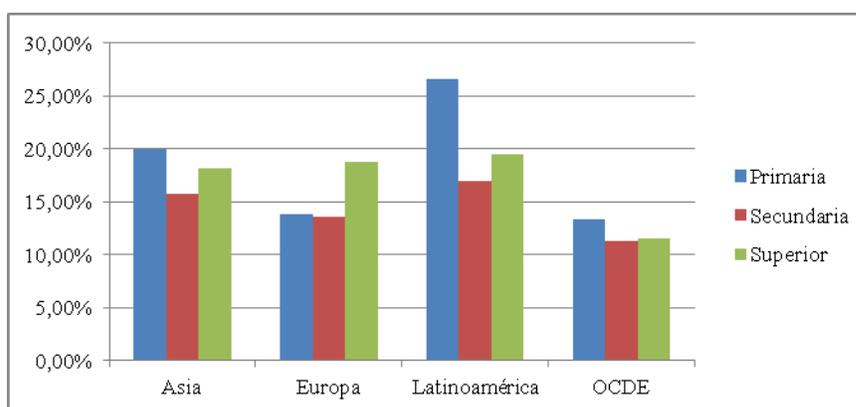
**Cuadro 1:** Nivel de retorno del particular según nivel de ingreso.-

GRUPOS DE INGRESO PER CÁPITA	PRIMARIA	SECUNDARIA	SUPERIOR
<b>Ingresos bajos</b> (\$755 o menos)	25,8%	19,9%	26,0%
<b>Ingresos medios</b> (hasta \$9125)	27,4%	18,0%	19,3%
<b>Ingresos altos</b> (\$9266 o más)	25,6%	12,2%	12,4%



**Cuadro 2:** Nivel de retorno, según región y nivel de desarrollo económico.-

REGIÓN	PRIMARIA	SECUNDARIA	SUPERIOR
<b>Asia</b>	20,0%	15,8%	18,2%
<b>Europa, Medio Oriente y Norte de África</b>	13,8%	13,6%	18,8%
<b>Latinoamérica y Caribe</b>	26,6%	17,0%	19,5%
<b>OCDE</b>	13,4%	11,3%	11,6%



Así las cosas, la educación es considerada como una de las inversiones con mejores tasas de retorno<sup>217</sup>. Como bien se aprecia en los

<sup>217</sup> MARCEL, Mario y TOKMAN, Carla. Ob. Cit. Pg. 8.

cuadros anteriores, el sujeto que estudia y tiene un nivel de ingreso per cápita bajo, obtendrá una tasa de retorno mayor, a medida que logre un mayor nivel educativo, llegando a la tasa promedio de un 26% en la educación terciaria. Luego, a medida que suben los ingresos, menores serán los niveles de retorno. Sin embargo, el promedio del nivel de retorno se sitúa en: 27% para el nivel primario, 15% para el nivel secundario y el 16% a nivel superior.

Por último, el nivel de retorno también varía conforme al nivel de desarrollo económico del país. A mayor desarrollo, menor nivel de retorno. Latinoamérica, tiene altas tasas de retorno, en especial respecto a la educación primaria. En educación superior es proporcionalmente más alta que en el resto de los países, pero no sustantivamente menor respecto a los otros dos niveles educativos. Esto debido a que el nivel de desarrollo depende del nivel de productividad, cuyo principal factor está compuesto por el desarrollo de mayor tecnología. Por lo tanto, en países de menor desarrollo, la inversión en educación superior es más rentable, puesto que permite al individuo adoptar mejores competencias para facilitar aquel desarrollo. Así, el aporte del capital humano al crecimiento se

manifiesta primordialmente a través del aumento en la productividad total, mejorando la adopción de nuevas tecnologías y procesos productivos más sofisticados y flexibles que elevan la competitividad y el potencial de crecimiento de las economías<sup>218</sup>.

Respecto a Chile, la situación no es totalmente distinta en cuanto a sus pares de la región. Sin embargo, existe una desigualdad importante entre el nivel de retorno en la educación superior, respecto de los otros niveles. Esto último podría ser un factor preponderante en la estructura socioeconómica del país y que se ha traducido en las importantes tasas de desigualdad económica.<sup>219</sup> “ Si uno descompone la distribución de los ingresos en nuestro país se encuentra con que ésta en su parte inferior no es demasiado distinta de la que se observa en países mucho más igualitarios. La parte superior de la distribución, sin embargo, se dispersa significativamente. Ello se explica porque el impacto de la educación apenas se nota para aquellos que tienen 12 o

---

<sup>218</sup> Ibid.

<sup>219</sup> BEYER, Harald. Educación y desigualdad de ingresos: una nueva mirada. Estudios Públicos, 77, verano 2000. 34p. [en línea] <[www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1418\\_747/rev77\\_beyer.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1418_747/rev77_beyer.pdf)> [consulta: 13 enero de 2012]

menos años de educación (...). Solo a partir de la educación superior tiene un año adicional de educación un impacto significativo en los ingresos de las personas”<sup>220</sup>.

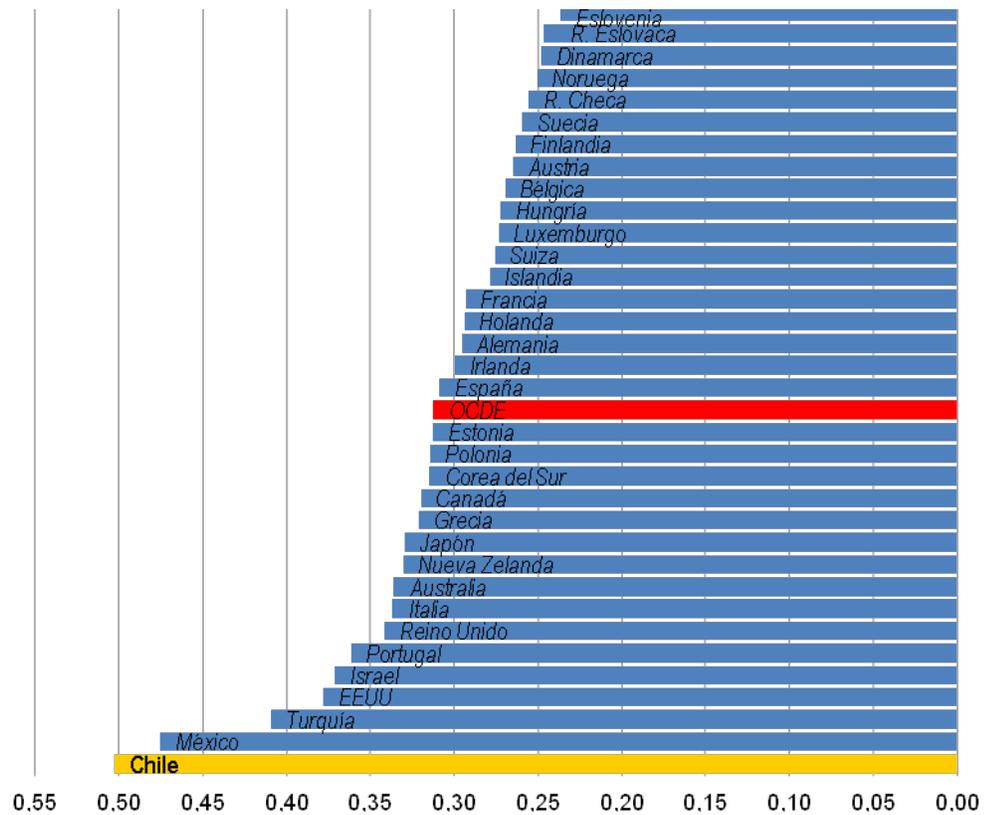
El nivel de equidad en una economía, así como de su desarrollo económico, depende de los niveles de ingreso de las personas, incluyendo aquellos provenientes del trabajo; y mientras mayor sea el desarrollo económico, mejores serán aquellos ingresos.<sup>221</sup> A nivel comparativo, Chile presenta el coeficiente más alto de desigualdad entre los países OCDE, al año 2011, como bien se ilustra en el siguiente gráfico<sup>222</sup>, usando como parámetro el índice GINI:

---

<sup>220</sup> *Ibíd.*, pg. 97.

<sup>221</sup> *Ibíd.*, pg.102. Cabe recalcar que el autor es cauteloso ante esta premisa, citando un estudio de Kaldor. Sin embargo, sostiene que su teoría es poco sostenible empíricamente, pues “la rentabilidad del capital cae a medida que los países crecen (Barro y Sala-i-Martin, 1995) por lo que es probable que los ingresos del capital pierdan importancia relativa con el desarrollo económico”, pg. 104.

<sup>222</sup> OCDE. Society at a Glance 2011: OCDE Social Indicators. [en línea] <<http://statlinks.oecdcode.org/812011041P1G024.XLS>> [consulta: 13 enero de 2012]

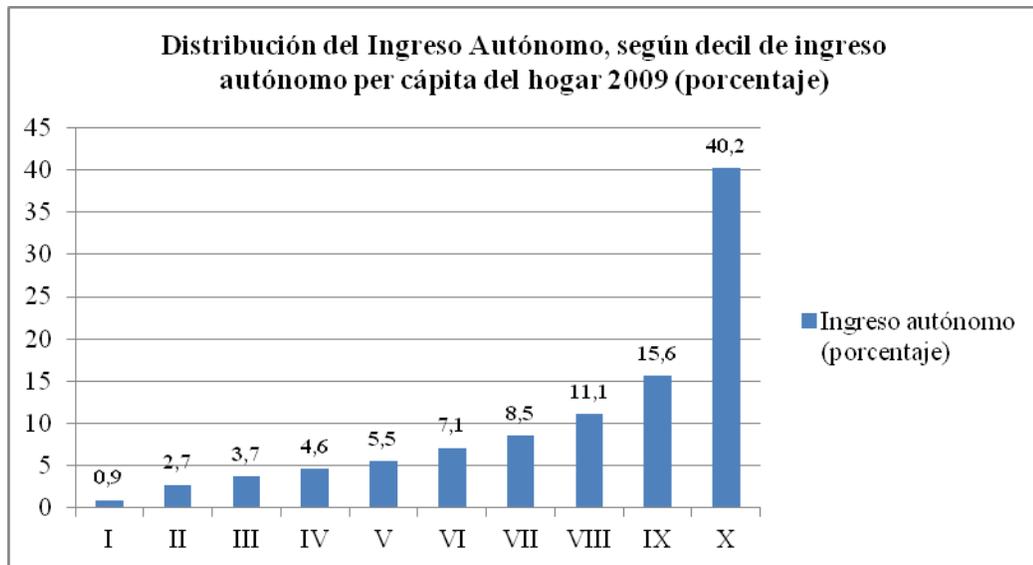


Así, la distribución de los ingresos autónomos<sup>223</sup> en Chile alcanza una diferencia de aproximadamente 39 puntos, entre el decil más pobre y el decil más rico, tal como lo indica el siguiente cuadro<sup>224</sup> que

<sup>223</sup> GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Desarrollo Social. Distribución del ingreso, encuesta CASEN 2009. [en línea] <[http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/distribucion\\_ingreso\\_casen\\_2009.pdf](http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/distribucion_ingreso_casen_2009.pdf)> [consulta: 16 enero de 2012] 18p. El “ingreso autónomo” es aquel que recoge todos los pagos que recibe el hogar como resultado de la posesión de factores productivos. Incluye en él sueldos y salarios, ganancias del trabajo independiente, la auto provisión de bienes producidos por el hogar, rentas, intereses, pensiones y jubilaciones, pg. 2.

<sup>224</sup> GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Desarrollo Social. Ob. Cit.

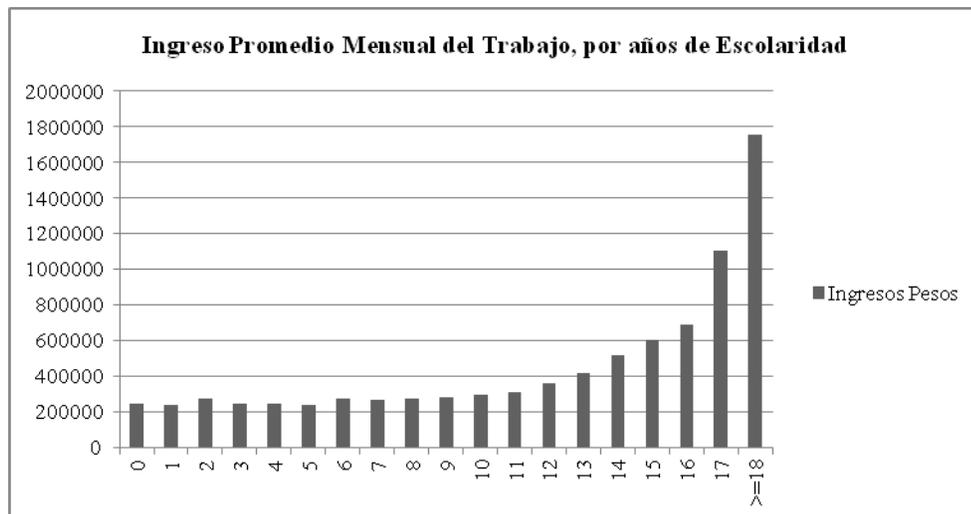
recoge los resultados de la encuesta CA SEN 2009, correspondiente a la distribución de los ingresos autónomos por hogar, según decil:



Esta desigualdad en la distribución de ingresos, puede estar relacionada con el nivel de educación alcanzado porque, al cursar un nivel académico superior, con ello también mejoran los ingresos provenientes del trabajo<sup>225</sup>. “(Hay) evidencia que aquellos que cursan la educación superior tienen la posibilidad de ver aumentados significativamente sus ingresos. La curva implícita que se forma en este nivel educativo tiene características exponenciales. En cambio, en la educación básica y media, años adicionales

<sup>225</sup> BEYER, Harald. Educación y desigualdad de ingresos: una nueva mirada. Pg. 108.

de educación tienen efectos relativamente marginales. La falta de graduación en el impacto de la educación sobre los ingresos del trabajo, seguramente marca la distribución de los ingresos en Chile”<sup>226</sup>. El autor cita los resultados de la encuesta CASEN sobre la relación entre nivel de ingresos promedio y nivel de escolaridad que, en su versión del 2009, presenta los siguientes<sup>227</sup>:



Por lo tanto, el principal efecto de la educación en la distribución de los ingresos, se define por la relación directa y proporcional entre ingresos

<sup>226</sup> *Ibíd.*

<sup>227</sup> GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Desarrollo Social. Educación, encuesta CASEN 2009. [en línea] <[http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/casen\\_educacion.pdf](http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/casen_educacion.pdf)> [consulta: 16 enero de 2012] 34p.

promedios mensuales del trabajo y años de escolaridad<sup>228</sup>: “La marcada diferencia de ingresos de las personas según su nivel de educación, especialmente entre aquellos que tienen educación superior y los que no la tienen se traduce en una segmentación económica que claramente está definida por la educación”<sup>229</sup>. Harald Beyer, la denomina como “premio” a la educación superior<sup>230</sup>. Concluye que en Chile ese premio es elevado, tendencia que se ha replicado a lo largo de los últimos cuarenta años. Y esto último ha redundado en severas tasas de desigualdad: “(...) en Chile ha habido un fuerte aumento en el premio relativo a la educación superior en los últimos cuarenta años y que ello explica los cambios en la distribución del ingreso en el mismo período”<sup>231</sup>. En los siguientes cuadros, se da cuenta de dos situaciones que corroboran esta hipótesis en la actualidad: primero, que a mayor decil de ingreso, mayor porcentaje de escolaridad; y que a mayor escolaridad del jefe de hogar, menor es la probabilidad de estar en la pobreza.

---

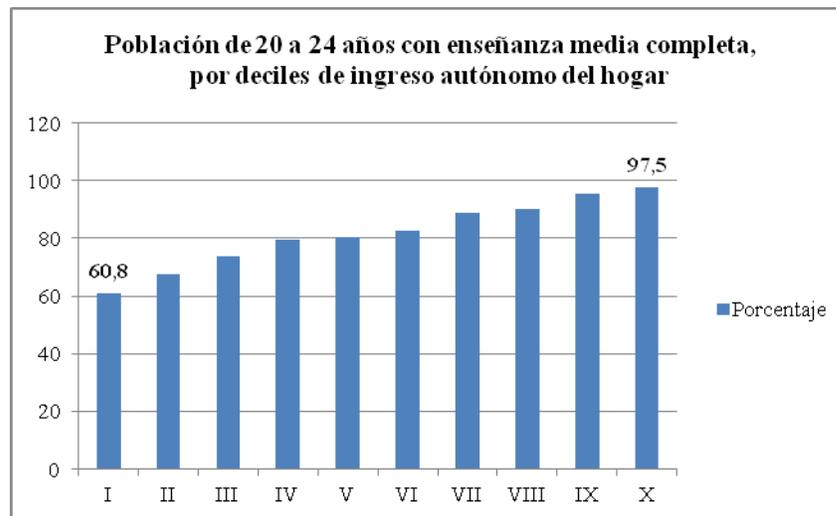
<sup>228</sup> BEYER, Harald. Educación y desigualdad de ingresos: una nueva mirada. Pg. 110.

<sup>229</sup> *Ibíd.*

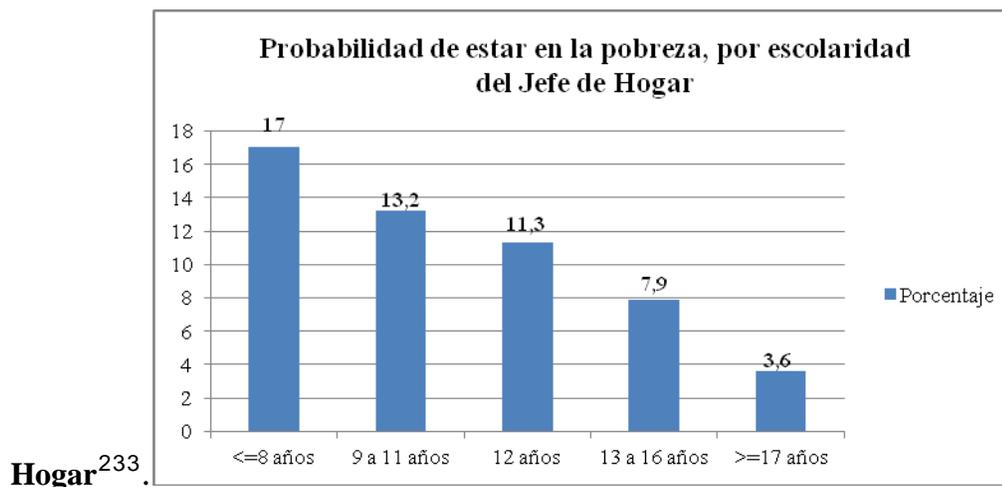
<sup>230</sup> *Ibíd.*, pg. 119.

<sup>231</sup> *Ibíd.*

**Cuadro 1: Población de 20 a 24 años con enseñanza media completa, por deciles de ingreso autónomo del hogar<sup>232</sup>.**



**Cuadro 2: Probabilidad de estar en la pobreza escolaridad del Jefe de Hogar<sup>233</sup>.**



<sup>232</sup> GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Desarrollo Social. Educación, encuesta CASEN 2009. Pg. 7

<sup>233</sup> Hogar. Ibid. Pg. 34

En la doctrina económica, las dos principales teorías (la del neoclasicismo y la credencialista) explican por qué se premia este mayor nivel educativo en los ingresos. Si bien estas dos hipótesis no son excluyentes<sup>234</sup>, sí se puede distinguir una de otra. De manera sintética, estas conclusiones son<sup>235</sup>:

En cuanto al neoclasicismo, el premio en educación se produce una vez cursado el nivel educativo, más allá del desarrollo experiencial. Esto debido a que el proceso educativo “produce un aumento de la productividad de los individuos que se verá reflejado en un aumento de sus rentas en el mercado de trabajo”<sup>236</sup>, por lo que, desde el punto de vista del individuo, “invierten más en educación porque de esta forma el flujo de rentas netas a lo largo de la vida es mayor”. Cabe recalcar que esta teoría clásica es la que más se utiliza para explicar el modelo de la inversión y los niveles de retorno en educación<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> SAPELLI, Claudio. Ob. Cit.

<sup>235</sup> *Ibíd.*

<sup>236</sup> GONZÁLEZ, E., Carlos Giovanni. Ob. Cit. Pg. 12

<sup>237</sup> SAPELLI, Claudio. Ob. Cit. Pg. 7.

En cambio, para la teoría credencialista, es el grado académico lo que define y detona la “obtención del premio”. Sin embargo, esta diferencia no es sustancial dentro del marco de la inversión, puesto que tanto para el neoclasicismo como para el credencialismo, existe un premio, pero empíricamente es muy difícil distinguir si la inversión en educación es rentable, ya sea porque mejora la productividad de los individuos, o bien porque la educación se utiliza como señal de productividad dentro de un mercado de trabajo con información incompleta.<sup>238</sup>

Tomando en consideración todo lo anterior, cabe recalcar que la encuesta Casen del año 2009, presentó que, durante los últimos veinte años, ha habido un incremento de personas cursando o que tenga algún nivel de educación superior. Sin embargo, aquel incremento ha sido modesto<sup>239</sup>. Por lo tanto, no es forzoso concluir que, a pesar de haber un aumento considerable en la escolaridad de 12 años (educación media), los niveles de equidad han mejorado, pero no sustancialmente<sup>240</sup>. Esto sigue teniendo como principal causa la diferencia sustancial de los niveles de retorno de la

---

<sup>238</sup> GONZÁLEZ, E., Carlos Giovanni. Ob. Cit. Pg. 14.

<sup>239</sup> BEYER, Harald. ¿Qué veinte años no es nada...? Una mirada a la desigualdad de ingresos a partir de las encuestas CASEN. Pg. 28.

<sup>240</sup> *Ibíd.*

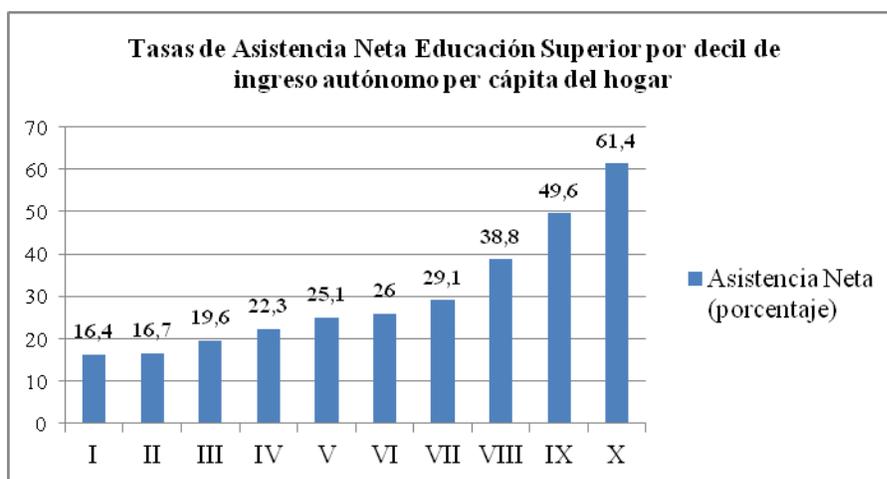
educación escolar versus la educación superior. “Los retornos para la educación superior, a pesar del aumento en la proporción de personas con trece años y más de escolaridad entre 1990 y 2009, parecen no ceder. (...) la proporción de personas con trece años o más de escolaridad había aumentado solo en seis puntos porcentuales: desde un 22 a un 28 por ciento. Este incremento es pequeño para una economía que desde 1990 ha tenido un crecimiento significativo y que, además, ha aumentado su nivel de apertura comercial”<sup>241</sup>.

En los cuadros 1 y 2, se mostrarán los porcentajes de los deciles de la población que están cursando actualmente la educación superior, conforme a los datos de la encuesta CASEN 2009.

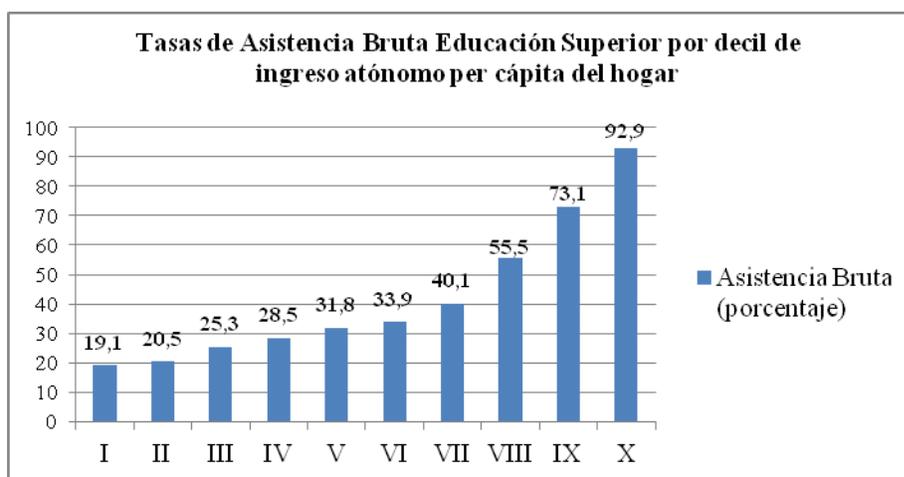
---

<sup>241</sup> *Ibíd.*, pg. 22

**Cuadro 1: Asistencia Neta por decil de ingreso autónomo per cápita del hogar<sup>242</sup>.**



**Cuadro 2: Asistencia Bruta por decil de ingreso autónomo per cápita por hogar<sup>243</sup>.**



<sup>242</sup> GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Desarrollo Social. Educación, encuesta Casen 2009. Ob. Cit. Pp. 21-22. Según el glosario de la CASEN, la tasa de asistencia Bruta/Neta de Educación Superior es el “número total de alumnos de 18 a 24 años que asisten a (la educación) superior por sobre la población de 18 a 24 años”, pg. 33.

<sup>243</sup> *Ibíd.*

En cuanto al nivel de retorno de la inversión en Chile, existen promedios que indican una objetiva diferencia entre los niveles de educación, situación que se repite en todos los países de la región. “Los resultados (...) muestran la conveniencia de desagregar en modelación los distintos niveles de escolaridad para el sistema chileno, obteniendo resultados notoriamente distintos para los distintos niveles”<sup>244</sup>. Utilizando la ecuación tradicional *Mincer*<sup>245</sup>, y basados en los datos proporcionados por la encuesta Casen **2006**, el autor recopiló lo siguiente<sup>246</sup>:

	<b>1990</b>	<b>1992</b>	<b>1994</b>	<b>1996</b>	<b>1998</b>	<b>2000</b>	<b>2003</b>	<b>2006</b>
Básica	5,5%	4,5%	5,9%	7,1%	5,9%	5,4%	6,0%	4,6%
Media Humanista	13,0%	13,9%	14,2%	12,3%	10,8%	10,1%	10,4%	8,7%

<sup>244</sup> SAPELLI, Claudio. Ob. Cit.

<sup>245</sup> *Ibíd.* Cabe recalcar que el autor en este documento, hace un análisis comparativo entre los distintos resultados que arrojan dos ecuaciones (Mincer y Cohortes Sintéticos) para medir el retorno de la inversión. En este trabajo, se expondrán los datos resultantes de la ecuación Mincer, porque “por distintas razones, la ecuación que formuló Mincer en 1974, a partir de la identidad contable, ha tenido la capacidad de cautivar a los investigadores y guiar parte muy importante del esfuerzo por evaluar el proceso de inversión en educación. Ya sea por su capacidad de generar resultados razonables, para distintos conjuntos de datos correspondientes a distintos países y momentos del tiempo, o por su fácil aplicación, o tal vez por su falta de contenido de teoría económica (...) el hecho es que su popularidad se ha mantenido con los años”, pg. 2.

<sup>246</sup> *Ibíd.*, pg. 7

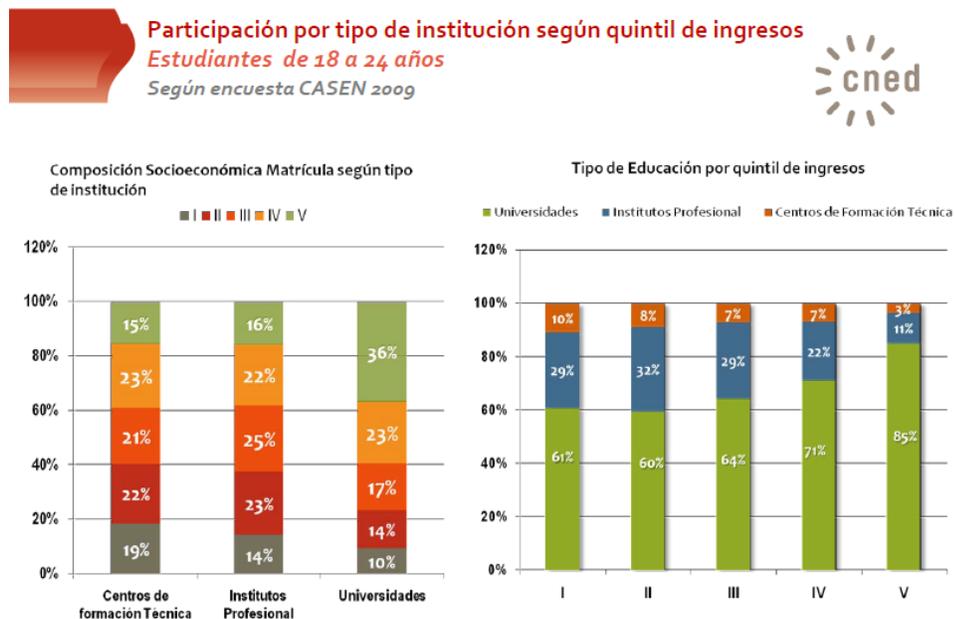
Media Técnica	13,6%	14,3%	16,1%	17,2%	13,8%	13,5%	13,2%	12,8%
Técnico Profesional	17,9%	19,8%	17,9%	23,9%	21,0%	19,9%	20,5%	20,0%
Universitaria	<b>23,5%</b>	<b>24,5%</b>	<b>24,5%</b>	<b>25,7%</b>	<b>26,8%</b>	<b>25,4%</b>	<b>26,7%</b>	<b>23,6%</b>

Ante la luz de estos antecedentes, claramente la educación superior tiene los mayores y mejores niveles de retorno. En promedio, desde el año 1990 hasta el año 2006, el retorno es de un 25%. En cambio, si solo se toma en consideración la educación secundaria, éste tiene de un promedio de un 11,7%. “El resultado es que los retornos privados de años adicionales de educación básica y media son bajos mientras que los de educación superior son muy altos. Estas importantes diferencias en los retornos a la educación amplifican las desigualdades de ingreso que introducen naturalmente las aún significativas brechas educacionales existentes entre ricos y pobres.”<sup>247</sup>

---

<sup>247</sup> BEYER, Harald. Educación y desigualdad de ingresos: una nueva mirada. Pg. 99. “Estos niveles de retorno, solo consideran los costos de oportunidad en la educación, esto es “el ingreso que se deja de percibir mientras se está estudiando. No incluyen, por lo tanto, los costos directos de la enseñanza y tampoco ajustes por desempleo que interrumpen el flujo de ingresos de una persona”, pg. 113.

Por último, y en cuanto a la educación terciaria propiamente tal, también existe una tendencia y una correlatividad respecto a los niveles de retorno y la distribución social de la matrícula, lo que podría explicar aún más las diferencias existentes. Según los datos correspondientes de la encuesta CASEN 2009, la composición social de la matrícula en estas instituciones es el siguiente<sup>248</sup>:



Así, la tendencia sugiere que el quintil con mayor ingreso (V) está en su mayoría cursando la educación universitaria (36%) y el porcentaje

<sup>248</sup> GOBIERNO DE CHILE, Comisión Nacional de Educación. Ob. Cit.

disminuye a 16% y 15%, correspondiente a los Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica, respectivamente. A su vez, el primer quintil se encuentra cursando en su mayoría en algún Centro de Formación Técnica (19%), versus a aquellos que están en la Universidad, que solo corresponde al 10%. En los quintiles medios, la tendencia es similar, salvo que la leve mayoría está cursando su enseñanza en los Institutos Profesionales.

Por ende, la educación universitaria, al ser moderadamente más cara, termina por segregar económicamente, porque existe un mayor “premio” a sus egresados, lo que sin duda también termina repercutiendo en la distribución de ingresos.

En síntesis, con los datos ya señalados, se puede asentar lo siguiente:

- a. **La educación, como inversión, tiene una tasa de retorno.** Y que ésta, dependerá del nivel de educación que se curse o se haya cursado, así como del nivel de ingresos del estudiante. Además se demostró por la experiencia comparada que también depende del nivel de desarrollo económico, puesto que, a mayor desarrollo, menores serán las tasas. Además, en

países con menores niveles de desarrollo, el promedio de retorno es desigual entre los distintos niveles educativos. En conclusión, la tasa promedio de retorno en la educación superior, supera con creces a las de menores niveles.

- b. **Chile, presenta un desequilibrio en la distribución de sus ingresos, explicados en gran medida por el “excesivo premio” que existe hacia la educación superior, siendo éste mucho más favorable para quienes han cursado la educación superior.** Y téngase presente que la cobertura de la educación superior es proporcionalmente mucho menor en los primeros deciles de la población versus a los últimos. La tasa promedio nacional, sin embargo, es del 39,8%<sup>249</sup>. En concordancia con la tesis de Harald Beyer, esto explicaría en gran medida la desigualdad de los ingresos porque, si bien la oferta y la demanda laboral han aumentado, ha habido una desproporción entre los diferentes niveles educativos. Ha aumentado proporcional y significativamente más el mercado

---

<sup>249</sup> GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Desarrollo Social. Educación, encuesta Casen, 2009, pg. 21-22. Es la tasa bruta de asistencia a educación superior a nivel nacional.

laboral de aquellos que han cursado la educación secundaria, versus el correspondiente a la educación superior. “(...) se observa que el aumento en la escolaridad ha sido crucial para reducir las diferencias salariales entre las personas que tienen educación media y menos. Ello ha ocurrido como resultado de una caída relativa en el retorno a la educación secundaria, que a su vez es consecuencia del importante aumento en la oferta de graduados de educación secundaria. En cambio, el retorno a la educación superior se ha mantenido en niveles elevados (...). Ello obedece principalmente al hecho que el aumento en la oferta de graduados con educación superior incompleta o completa ha sido pequeño respecto de la fuerza de trabajo”<sup>250</sup>.

- c. **El “premio” determina lo atractivo que resulta para el estudiante invertir en educación.** Más aún si decide invertir en educación superior. Por ello, es del todo necesario facilitar el desarrollo de esta inversión, puesto que desde su doble óptica, trae mayores y mejores beneficios tanto para la

---

<sup>250</sup> BEYER, Harald. . ¿Qué veinte años no es nada...? Una mirada a la desigualdad de ingresos a partir de las encuestas CASEN. Pg. 32.

sociedad como para el individuo. Sin embargo, es preocupante el nivel de diferenciación que existe para los “premios”. En especial cuando se considera la educación técnica versus la profesional, registrando esta última tasas de retorno mayores y cuyo promedio en los últimos años ha sido de un 20% versus al 25%, respectivamente. Eso sí, en los últimos años esta brecha se ha acortado, presuntamente por la mayor cobertura que ha tenido la educación técnica en el mercado de la educación superior.

## **II. El Derecho a la educación en la Constitución y Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile.**

### **1. - Aproximación doctrinaria al derecho a la educación en nuestra normativa.**

#### **1.1.- Introducción.**

A continuación, se hará una breve mención de la naturaleza jurídica del derecho a la educación, de su tratamiento normativo en Chile y de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile. Asimismo, se analizará someramente cómo la jurisprudencia nacional ha tratado este derecho en los fallos relativos a la materia.

Anteriormente, se hizo hincapié en las directrices que se establecieron en materia de educación superior. La finalidad que se plantearon, tanto el constituyente como el legislador, fue de un cambio de paradigma<sup>251</sup>. Este cambio se vio manifestado en una mayor participación

---

<sup>251</sup> OLIVA, María Angélica. “Política educativa y profundización de la desigualdad en Chile” (*Educational policy and deepening of inequality in Chile*). [en línea]. *Estudios Pedagógicos* XXXIV, N°2: 207-226, 2008. <<http://www.scielo.cl/pdf/estped/v34n2/art13.pdf>> [consulta: 04 enero de 2012], pg. 210. El liberalismo chileno del siglo XIX, defendía la profundización del rol estatal en la educación. Esta noción de *Estado docente*, siempre estuvo en confrontación con la noción de *Sociedad docente* que era defendida por grupos conservadores cercanos a la Iglesia. Esta colisión de valores, se manifestaba –por un lado- en el ideario del Estado docente “(...) que recoge influencias internacionales, principalmente de Francia, Alemania y Estados Unidos, donde la educación es un deber del Estado y un Derecho. Corolario

de los privados en la oferta, igualándoseles las condiciones de las cuales gozaban las instituciones estatales y, a su vez, integrando a estas últimas en el mercado educacional. Además, se incentivó el aumento de la matrícula mediante subvenciones, ya sea a la oferta o a la demanda. Dentro de este marco jurídico, el constituyente deliberadamente no quiso referirse a la educación superior, otorgándole su regulación –particularmente de aranceles- a la dinámica del mercado.

En palabras de Cristián Aedo y Luis Eduardo González<sup>252</sup>, la legislación se apoyó en cuatro pilares fundamentales: “En primer lugar, en la oportunidad para que el sector privado abriera nuevas instituciones, tanto universitarias como no universitarias, pudiendo ser estas últimas con fines de lucro. En segundo término, en la reducción del gasto público en educación superior, que entre 1974 y 1980 descendió de un 35,2% a un

---

de ello es la red de educación nacional, cuyo protagonista es el Estado, aunque también participan la iglesia y las comunidades locales”, versus a la noción de Sociedad Docente, que se basa en el principio de la libertad de enseñanza. Más allá de esta confrontación política, ambas ideas tuvieron participación fáctica en la educación. Sin embargo, la noción de Estado docente fue siempre la predominante en las Constituciones anteriores a la de 1980, llegando incluso en 1971 a establecer que era una “función primordial” del Estado. Sin embargo, el cambio de paradigma se produjo hacia 1980, estableciéndose en el texto constitucional el ideario de “Sociedad docente”, cuya principal consecuencia jurídica es tratar al derecho a la educación como un ejercicio de la libertad individual, abandonando con ello la naturaleza de Derecho Económico, Social y Cultural que se le da en diversos tratados internacionales.

<sup>252</sup> AEDO, Cristián y GONZALEZ, Luis Eduardo. La educación superior en Chile. Ediciones Monográficas, Calidad en la Educación. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532010000100010](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000100010)> 61-85p. [consulta: 27 enero 2012]

29,8%. En tercer lugar, y en directa relación con lo anterior, en la incorporación del criterio de autofinanciamiento y de la eficiencia interna en las universidades estatales y las privadas tradicionales que reciben subsidios del Estado; esto se tradujo en el establecimiento de fondos concursables como única fuente para la investigación, y en el cobro de matrículas similares, tanto en instituciones públicas como privadas, junto con la creación de un sistema de créditos para los estudiantes de estas universidades. En cuarto lugar, en la subdivisión de las dos universidades nacionales en catorce universidades regionales, con el fin de hacerlas más eficientes en su administración”<sup>253</sup>.

Sin embargo, el mercado de la educación superior ha demostrado que tiene serias deficiencias, debido principalmente a esta nueva política focalizada en las subvenciones, a la falta de información de los oferentes – principalmente- a los estudiantes, y a la desregulación estatal en esta materia. Todo lo anterior, producto de la mercantilización de la educación superior chilena y que una de sus principales consecuencias microeconómicas ha sido la constante alza de los aranceles por sobre el

---

<sup>253</sup>Ibíd., pg. 61.

IPC. En esta materia, el Estado solo ha develado este fenómeno con la creación del arancel referencial. Lo devela, en cuanto demuestra las importantes distorsiones que existen entre el arancel referencial versus al real que, en algunas carreras y universidades, supera el 100% de diferencial. Pero el legislador no pudo matizar los efectos de esta alza reiterativa de los aranceles, ya que no lo hizo vinculante para las instituciones de educación superior.

En este capítulo, se hará una breve referencia al derecho a la educación, estimando las posibles razones que tuvieron tanto el constituyente como el legislador de no regular moderadamente esta materia. A su vez, se hará una breve mención a los tratados internacionales que Chile ha suscrito y ratificado en la materia y, por último, develar si existe o no un mecanismo jurídico que dé protección y garantice el derecho a la educación.

## **1.2.- El derecho a la educación en la Constitución Política de la República. La libertad de enseñanza y el rol subsidiario del Estado.**

El derecho a la educación se encuentra garantizado constitucionalmente en el catálogo de derechos contenido en el artículo 19 de la Constitución Política de la República (en adelante, CPR) que en su numeral 10° prescribe:

*“La constitución asegura a todas las personas [...]:*

*10° El derecho a la educación.*

*La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.*

*Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.*

*Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y financiamiento fiscal al segundo*

*nivel de transición, sin que éste constituya requisito para el ingreso de la enseñanza básica.*

*La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.*

*Corresponderá al Estado, asimismo, 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.*

*Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación [...]”*

Junto con garantizar este derecho, en el siguiente numeral del citado artículo, la CPR también asegura la libertad de enseñanza que sustancialmente consiste en el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

*“11°.- La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.*

*La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.*

*La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna.*

*Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.*

*Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el*

*reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”.*

Sin embargo, la CPR no otorga una definición normativa de educación, como tampoco de sus principales características. Solo establece cuál es su objetivo y que es primordialmente “el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”<sup>254</sup>.

Además, el constituyente otorga al derecho a la educación un tratamiento equivalente a lo que se conoce por libertad de enseñanza, la cual se manifiesta principalmente en el derecho y deber preferente de los padres de elegir los establecimientos educacionales. La única obligación que el constituyente prescribe para el Estado es la de promover y procurar una educación pre-escolar, primaria y secundaria, *gratuita*. Respecto a la educación superior, nada dice.

---

<sup>254</sup>Se llegó a esta concepción amplia de la educación, porque detallarla podría dar lugar a equívocos. El comisionado Diez, en la Comisión Ortúzar destaca que “(...) *fuera de precisar que la educación tiene por objeto la formación integral del hombre, no se debiera llegar más allá, porque hacerlo es tocar un poco con la libertad de enseñanza, que todos están dispuestos a establecer en la Constitución*”. Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 139. [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_IV\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf)> [consulta: 27 mayo 2013] p. 572.

La naturaleza jurídica del derecho a la educación recogido por nuestra CPR, siempre ha sido discutido y que se ha desarrollado en dos puntos de vistas que, parecen ser antagónicos, pero que finalmente son complementarios<sup>255</sup>. Así, los autores Sofía Correa Sutil y Pablo Ruiz-Tagle, definen a la libertad de enseñanza por “aquella que ejercen los docentes al definir sus métodos pedagógicos y los padres al elegir el establecimiento educacional para sus hijos, así como también la que ejercen los propios establecimientos al asumir un proyecto educativo específico”<sup>256</sup>. Esto último, es la garantía que se protege constitucionalmente en el artículo 20.

Solo como antecedente histórico, cabe tener presente que en la Comisión Ortúzar hubo discusión respecto a los límites de la libertad de enseñanza<sup>257</sup>. Al efecto, el comisionado Diez, sintetiza el problema en establecer –por un lado- el contenido de aquella libertad y, por el otro, cómo el Estado debe intervenir en pos de las buenas costumbres y el orden

---

<sup>255</sup> CORREA S. Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo. El Derecho a una educación de Calidad. Anuario de Derechos Humanos, Santiago, 2007. Pp. 173-180. [en línea] <<http://www.anuariodh.uchile.cl>> [consulta: 13 enero 2011].

<sup>256</sup> *Ibíd.*, p. 174.

<sup>257</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 133. [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/politica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_IV\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/politica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf)> [consulta: 27 mayo 2013]

público<sup>258</sup>. Por otro lado, el comisionado Silva Bascuñán, estableció la importancia de distinguir libertad de enseñanza con el derecho a la educación, añadiendo que “son dos conceptos diferentes, y que deben estar perfectamente diferenciados en el texto constitucional, la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, pero cree que no se puede dejar de reconocer que están muy vinculados, porque la verdad es que el derecho a la educación, si no existiera la libertad de enseñanza, sería bastante precario, casi nulo”<sup>259</sup>.

Respecto al derecho a la educación, también hubo debate respecto a su naturaleza jurídica. Para el comisionado Guzmán, el derecho a la educación es la consagración de dos libertades diferentes: “una que es la libertad de enseñanza (...), y otra, que es la libertad de aprendizaje que, en el fondo, se la ha llamado más técnicamente y de manera más adecuada ‘derecho a la educación’”<sup>260</sup>. Agrega que el derecho a la educación es “en esencia, libertad para aprender, sea aprovechando el conocimiento que otros

---

<sup>258</sup> *Ibíd.*, p. 467.

<sup>259</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 136. [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_IV\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf)>, p. 507. [consulta: 27 mayo 2013]

<sup>260</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 139. [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_IV\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf)>, p. 569. [consulta: 27 mayo 2013]

han adquirido de una ciencia determinada y así obtenerlo a través de la docencia, o ya sea adentrándose en el campo no alcanzado todavía por cualquier ciencia (...)"<sup>261</sup>.

A su vez, el comisionado Guzmán establece que el derecho a la educación es lo que la doctrina llamaba como “pretensiones sociales”<sup>262</sup>, que según su parecer son “más bien derechos a los cuales se supone que la comunidad debe tender a hacerlos realidad, pero que, lógicamente, por estar en su plenitud limitados por las circunstancias de orden material, no siempre se logran configurar, y (...) es imposible defenderlos mediante recursos”<sup>263</sup>.

En cambio, el comisionado Ovalle, establece la diferencia entre la libertad de enseñanza –que es el ejercicio de una libertad individual- versus al derecho a la educación que “es un derecho social, no individual (...) Es el típico concepto de los derecho sociales, que no dice relación con la libertad, sino que con el desarrollo o la capacitación de los hombres en todos los planos y que, en el campo del saber, se concreta en el derecho a la

---

<sup>261</sup> *Ibíd.*

<sup>262</sup> *Ibíd.*, p. 579.

<sup>263</sup> *Ibíd.*, pp. 579-580.

educación, que obliga al Estado o, más precisamente, a la comunidad toda a otorgar a cada individuo la posibilidad de alcanzar el mejor desarrollo de sus aptitudes físicas o intelectuales, en otros términos, de su personalidad”<sup>264</sup>. Agrega que el fin del derecho a la educación es “que todos los hombres tengan la posibilidad de desarrollar sus capacidades, sus aptitudes y que ese pleno desarrollo de la personalidad humana esté garantizado por la Constitución en cuanto obliga a la comunidad a dar la ocasión y la posibilidad de alcanzarlo”<sup>265</sup>. A su juicio, lo diferencia de la libertad de enseñanza, por cuanto esta última tiene como objetivo que “(...) cada grupo y cada individuo en la comunidad, cuando crean que pueden enseñar algo, lo hagan, y lo hagan válida y libremente, dándose la estructura que sea necesaria para que los conocimientos, doctrinas e ideas que quieran impartir o comunicar, en forma sistemática, a quienes quieran aprenderlos, sean protegidos por la Constitución (...)”<sup>266</sup>. Por ende, insiste y señala que “la libertad de enseñanza se mira desde otro ángulo (...) obliga esencialmente a la comunidad, y preferentemente al Estado, a no intervenir,

---

<sup>264</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 140. [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_IV\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf)>, p. 594. [consulta: 27 mayo 2013]

<sup>265</sup> *Ibíd.*

<sup>266</sup> *Ibíd.*, p. 595.

a dejar que cada uno enseñe lo que pueda enseñar y lo que quiera enseñar, con la condición esencial de que no altere, de que no viole ni las buenas costumbres, ni la moral, ni el orden público”<sup>267</sup>. En cambio, el derecho a la educación “(es) un derecho social que la comunidad debe garantizar y otorgar a cada chileno. La educación no impone ni al Estado ni a la comunidad la obligación de abstenerse de intervenir como si fuera una libertad cualquiera. La educación es una obligación que el Estado y la comunidad tienen con respecto de cada uno de sus componentes: tienen la obligación de garantizarle a cada componente el derecho a ser educado”<sup>268</sup>. Por último, el mismo comisionado añade la idea de separar las nociones de libertad de enseñanza y derecho a la educación, puesto que “[P]ara garantizar el efectivo derecho a la educación, el Estado tiene que concurrir con aportes económicos, o bien, con la creación de establecimientos suyos. Si esto se trata en la libertad de enseñanza podría dar lugar a pensar que esta libertad dependería, un poco, o podría depender, del auxilio económico del

---

<sup>267</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 141. [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_IV\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf)>, p. 616. [consulta: 27 mayo 2013]

<sup>268</sup> *Ibíd.*

Estado (pero) no dicen relación con ella, sino con la obligación que tiene de garantizar el efectivo derecho a la educación”<sup>269</sup>.

Respecto a las universidades se quiso dejar constancia que la Constitución debía referirse a ella en términos generales<sup>270</sup>. Así el comisionado Guzmán deja de manifiesto que “(...) hay que procurar ser lo más general que se pueda. Hay muchos derechos considerados en las indicaciones que se han hecho (...) que quedan absolutamente cubiertos por la igualdad ante la ley, y que no podrían ser vulnerados (...)”<sup>271</sup>

Finalmente, la Comisión se inclinó que era preferente que el constituyente definiera a la educación conforme a su objetivo. Asimismo, sugirió que no era conveniente establecer como un deber del Estado el otorgar una educación superior gratuita, sino que solamente en los niveles pre-escolares, primario y secundario, ya que “por razones de bien común

---

<sup>269</sup> *Ibíd.*, p. 631.

<sup>270</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 139. [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_IV\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf)>, p. 589. [consulta: 27 mayo 2013]

<sup>271</sup> *Ibíd.*

(se asegura) que toda persona alcance un mínimo de instrucción que resulte indispensable para su desarrollo”<sup>272</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es interesante hacer referencia al Acta Constitucional N°3 del año 1976 que establecía en su artículo primero, número 13, inciso penúltimo: “Corresponderá, asimismo, al Estado fomentar el desarrollo de la educación superior en conformidad a los requerimientos y posibilidades del país, contribuir a su financiamiento y garantizar que el ingreso a ella se determine atendiendo únicamente a la capacidad e idoneidad de los postulantes”<sup>273</sup>, entregándole al legislador la determinación de los requisitos de ingreso y capacidades de aquellos postulantes. Además obligaba al Estado a la contribución de su financiamiento, asunto que actualmente el constituyente omite.

A su vez, la omisión del constituyente respecto del derecho de la educación en el ámbito de la educación superior, atendió a que tiene una exigencia distinta a la educación escolar, por cuanto su grado de

---

<sup>272</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 136, p. 526.

<sup>273</sup> Acta Constitucional N°3, 1976. Artículo 1, n°13, inciso penúltimo.

exigibilidad es inferior a la del nivel medio<sup>274</sup>. Este aspecto es importante destacar ya que con ello se consagra el principio de subsidiariedad en la educación<sup>275</sup>, que conforme al comisionado Jaime Guzmán se manifiesta en la obligación del Estado de abrir establecimientos educacionales donde la iniciativa privada no sea suficiente, debido a que la función educadora compete prioritariamente a los padres de familia, y a ella podrían colaborar en forma especial las entidades particulares que lo deseen<sup>276</sup>. Concluye Guzmán en que “la obligación del Estado es proteger y respetar el ejercicio de este derecho, como asimismo complementar la labor educacional en aquellos campos en que la iniciativa particular no es suficiente”<sup>277</sup>.

En síntesis, y a la luz de la Comisión Ortúzar, el rol subsidiario del Estado en la educación –en términos generales-, se manifiesta –principalmente- en (2):

---

<sup>274</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 144 [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_IV\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf)> pp. 724-726. [consulta: 27 mayo 2013]

<sup>275</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 137 [en línea] <[http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_IV\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf)> pp. 546. [consulta: 27 mayo 2013]

<sup>276</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 135.

<sup>277</sup> *Ibíd.*

(1) La abstención del Estado en la labor educativa que realizan los padres, ya que son éstos los que determinan la educación de sus hijos, otorgándole autonomía a la familia para el cumplimiento de sus propios fines.

(2) La asunción del Estado en realizar dicha labor en cuanto haya sido abandonada o no asumida por la familia.

En definitiva y a modo de síntesis, la noción esencial en esta materia para los constituyentes, lo constituye la libertad de enseñanza y cuya consecuencia en orden jurídico, es la consagración del rol subsidiario del Estado, cuyos pilares fundamentales, son:

(1) **Rol normativo y de supervisión;** que en materia de educación superior consiste principalmente en el reconocimiento, acreditación a instituciones de educación superior, así como en el establecimiento de requisitos para la obtención de títulos o grados académicos.

(2) **Rol subsidiario –propriadamente tal- y de corrección;** que es la apertura y cobertura de la educación en la población, cuando las

necesidades de las familias así lo acrediten o cuando éstos no puedan cubrirla o simplemente, porque no hay interés. Acá se origina un deber para el Estado, especialmente en el área escolar, de otorgar educación gratuita. En el ámbito superior, dicha obligación no existe y solo se conforma –a grandes rasgos- en el mantenimiento de las Universidades Estatales ya existentes antes de 1981.

(3) **Rol protector y de promoción;** a juicio de la doctrina, el rol protector del Estado se traduce al “fomento de la responsabilidad educacional de la familia”<sup>278</sup> y cuya principal herramienta es la acción de protección, pero solamente orientada al derecho preferente de los padres al ejercicio de su libertad de enseñanza. Por ende, no hay acción de protección para garantizar el derecho social a la educación.

---

<sup>278</sup> *Ibíd.*

### **1.3.- El derecho a la educación en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y en leyes especiales.**

#### **1.3.1.- El derecho a la educación en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile.**

Como bien se señaló anteriormente, la única referencia conceptual de educación que da el constituyente está en el artículo 19, n°10 inciso primero, la da en relación a su finalidad, estableciendo que es el “pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”. Sin embargo, a pesar del poco tratamiento que otorga el constituyente a este derecho (inclusa su omisión conceptual), éste ve mejorada su conceptualización y características en los tratados internacionales que Chile ha suscrito y ratificado.

El derecho a la educación está consagrado, principalmente, en dos tratados: en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en su artículo 26, prescribe:

*“1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.*

*2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, favorecerán la comprensión, la tolerancia religiosa y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.*

*3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.*

A su vez, en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, suscrito por el Estado chileno en 1966, ratificado en

1972 y publicado en el Diario Oficial en mayo de 1989, reconoce la educación como un derecho fundamental en su artículo 13°:

*“1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.*

*2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:*

*a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.*

*b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.*

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

*3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

4. *Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”.*

Es así como en el párrafo 1° del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que la educación debe “orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”<sup>279</sup>. Es este pacto el que ha dado sustancia al derecho en estudio y que ha constituido la base de argumentación jurídica sobre la materia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> NOGUEIRA ALCALA, Humberto. El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos. *Ius Et Praxis*, 2008, vol. 14, n°2. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122008000200007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200007&lng=es&nrm=iso)>. [consulta: 19 abril 2013]

<sup>280</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Vigilancia del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>> [en línea] [consulta 22 abril de 2013]. *El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) es aquel órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos*

La observación general del Comité N°13, es aquella en que el Comité interpreta el derecho a la educación establecido en el Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales, siendo lo más destacable el contenido de las obligaciones del Estado de respetar, promover y cumplir en el derecho a la educación<sup>281</sup>.

En su número 1, se desprende que, si bien es un derecho social, también está ligado a los derechos civiles y políticos ya que a través de él se promueve el respeto al resto de los derechos humanos. Es por ende, un derecho humano propiamente tal y un medio para el pleno ejercicio de éstos. Dice el numeral 1 que “La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la

---

*Económicos, Sociales y Culturales por sus estados partes. Aquel Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17 de 28 mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar funciones de supervisión asignadas a este Consejo. El comité publica sus interpretaciones, en las denominadas “observaciones generales”.*

<sup>281</sup> NOGUEIRA, Ob. Cit., pg. 213.

emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana”<sup>282</sup>.

Así las cosas, esta interpretación permite ampliar el objetivo que el constituyente estableció para la educación y que es importante tenerlo en cuenta para complementar la definición dada por la CPR, que es a todas luces vaga.

En la observación general del Comité N°13 en sus párrafos 44 a 47, se interpretan cuáles son las obligaciones del Estado en materia educativa y

---

<sup>282</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 13, 1999. Disponible en: <<http://www.escr-net.org/docs/i/428712>> [consulta 19 abril 2013]

la manera cómo se satisfacen. Los párrafos 46 y 47, se refieren a lo recientemente mencionado de la siguiente forma:

“46. El derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de *respetar*, *de proteger* y *de cumplir*. A su vez, la obligación de cumplir consta de la obligación de facilitar y la obligación de proveer.

47. La obligación de respetar exige que los Estados Partes eviten las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación. La obligación de proteger impone a los Estados Partes adoptar medidas que eviten que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros. La de dar cumplimiento (facilitar) exige que los Estados adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación y les presten asistencia. Por último, los Estados Partes tienen la obligación de dar cumplimiento (facilitar el) al derecho a la educación. Como norma general, los Estados Partes están obligados a dar cumplimiento a

(facilitar) un derecho concreto del Pacto cada vez que un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo con los recursos a su disposición. No obstante, el alcance de esta obligación está supeditado siempre al texto del Pacto”<sup>283</sup>.

En síntesis, se puede observar que el Comité definió puntualmente en qué consistían las obligaciones de respetar, proteger y dar cumplimiento. Establece que la obligación de respetar se satisface cuando el Estado evita medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación; la de proteger, con medidas que eviten que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros; y la de promover con la adopción de medidas positivas para que los individuos gocen de este derecho<sup>284</sup>. “Como norma general, los Estados Partes están obligados a dar cumplimiento a (facilitar) un derecho concreto del Pacto cada vez que un individuo o grupo no puede,

---

<sup>283</sup> *Ibíd.*

<sup>284</sup> NOGUEIRA, Ob. Cit., pg. 214.

por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo con los recursos a su disposición”<sup>285</sup>.

Sin embargo, el Comité es claro en señalar que las obligaciones del Estado frente a este derecho no son iguales en todos sus niveles, especialmente referente a su obligación de cumplir. En su párrafo 48, establece:

“48. A este respecto, es preciso insistir en dos elementos del artículo 13. En primer lugar, está claro que en el artículo 13 se considera que los Estados tienen la principal responsabilidad de la prestación directa de la educación en la mayor parte de las circunstancias; los Estados Partes reconocen, por ejemplo, que "se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza" (apartado e) del párrafo 2 del artículo 13). En segundo lugar, habida cuenta de las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 en lo que respecta a la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental, los parámetros por los que se mide la obligación del

---

<sup>285</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 13, 1999.

Estado Parte de cumplir (facilitar) no son los mismos para todos los niveles de la enseñanza. En consecuencia, a la luz del texto del Pacto, la obligación de los Estados Partes de cumplir (facilitar) se acrecienta en relación con el derecho a la educación, pero el alcance de esta obligación no es el mismo respecto de todos los niveles de educación. El Comité observa que esta interpretación de la obligación de cumplir (facilitar) respecto del artículo 13 coincide con el derecho y la práctica de numerosos Estados Partes”<sup>286</sup>.

Por lo tanto, la obligación del Estado frente a la educación superior según el Comité, es distinta respecto del resto de los niveles de enseñanza. Antes de mencionar cuáles son los deberes esenciales del Estado en aquel nivel de enseñanza, en la observación general N°13 en su párrafo 6°, se enumeran las características de la educación que son cuatro, a saber: Disponibilidad, esto es, que el Estado debe tener la capacidad de incentivar y mantener la existencia de establecimientos educacionales; accesibilidad que es la obligación del estado procurar acceso a los individuos de su comunidad a la educación; aceptabilidad, que la educación y sus programas

---

<sup>286</sup> *Ibíd.*

de estudio sean medianamente idóneos para la satisfacción del derecho a la educación; y adaptabilidad de la educación, esto es que sea flexible conforme a las condiciones y/o circunstancias socioeconómicas y culturales de la población. Señala el párrafo 6°:

“6. Si bien la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte, la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas (2):

a) **Disponibilidad**. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán

además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.

b) **Accesibilidad**. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

i) *No discriminación*. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos más vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación);

ii) *Accesibilidad material*. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia);

iii) Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13).

d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en

transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”<sup>287</sup>.

“El acceso y permanencia en la educación superior o universitaria a diferencia de la educación básica o media no tiene un carácter obligatorio, dicho acceso a la educación superior depende de las aptitudes y capacidades demostradas a través de evaluaciones objetivas y racionales determinadas por el legislador”<sup>288</sup>. Ya señalamos que la accesibilidad de la educación – según el Comité- se subdivide en la no-discriminación, material y económica. Y es aquí donde realiza un matiz respecto del resto de los demás niveles de enseñanza. Sin embargo, el Comité ha señalado expresamente que los Estados partes deben propender gradualmente a la accesibilidad gratuita a la educación superior o, al menos, facilitar los recursos pertinentes para que los estudiantes puedan ingresar a ésta. Señala en su párrafo 19, referente a la educación superior:

“19. La tercera diferencia, y la más significativa, entre los apartados b) y c) del párrafo 2 del artículo 13 estriba en que, si bien la

---

<sup>287</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 13, 1999.

<sup>288</sup> NOGUEIRA, Humberto. Ob. Cit., pg. 221.

enseñanza secundaria "debe ser generalizada y hacerse accesible a todos", la enseñanza superior "debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno". Según el apartado c) del párrafo 2 del artículo 13, la enseñanza superior no "debe ser generalizada", sino sólo disponible "sobre la base de la capacidad", capacidad que habrá de valorarse **con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual.**"<sup>289</sup>.

Por ende, el Comité establece que la accesibilidad en la educación superior –a diferencia del resto de los niveles de enseñanza- no puede ser universal. Sin embargo, el Estado sí debe garantizarla una vez que el estudiante cumpla con las condiciones que el legislador estableció para su ingreso. Y en la observación general, en su párrafo 19, el Comité interpreta lo que debe entenderse por capacidades, que son "(los) conocimientos especializados y la experiencia de cada cual", eliminando de raíz cualquier otro factor de selectividad que no sea en relación a los méritos y/o aptitudes académicas del estudiante.

---

<sup>289</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 13, 1999.

“La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del artículo 13 del Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior; mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita”<sup>290</sup>. Sobre esto, el autor Humberto Nogueira<sup>291</sup> fundamenta que el Estado chileno no ha cumplido a cabalidad con esta obligación progresiva, puesto que la política pública dentro de los últimos treinta años, no ha contemplado en su diseño ni implementación la gratuidad o –al menos- la reducción de los aranceles en la educación superior: “El acceso a la educación superior o universitaria no está asegurado en forma gratuita, sin perjuicio de que se establezca un sistema de becas y un sistema especial de préstamos a quienes no tienen actualmente los recursos para poder cancelar los costos financieras de ellas, aun cuando la política en materia de educación superior no está orientado hacia el objetivo determinado por el Pacto Internacional

---

<sup>290</sup> NOGUEIRA, Humberto. Ob. Cit., pg. 221-222.

<sup>291</sup> *Ibíd.*

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que es la implantación progresiva de la gratuidad”<sup>292</sup>.

Y si bien el Comité en su observación general número 13 no define lo que debe entenderse por “implantación progresiva de la gratuidad” en la educación superior, sí hace referencia a ella en el párrafo 20, que a su vez nos reenvía al párrafo 14, donde a mayor abundamiento establece:

“14. "La implantación progresiva de la enseñanza gratuita" significa que, si bien los Estados deben atender prioritariamente a la enseñanza primaria gratuita, también tienen la obligación de adoptar medidas concretas para implantar la enseñanza secundaria y *superior* gratuitas. Véase el párrafo 7 de la Observación general N° 11 sobre el artículo 14 en lo que respecta a las observaciones generales del Comité sobre el significado de "gratuito"”<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup> *Ibíd.*, pg. 222.

<sup>293</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 13, 1999.

Así las cosas, la observación general del Comité número 11, referente a “Planes de acción de la enseñanza primaria”, establece en su párrafo 7 lo siguiente:

“7. Gratuidad. El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos. Su eliminación es una cuestión que debe ser tratada en el necesario plan de acción. Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría. Otros gastos indirectos pueden ser permisibles, a reserva de que el Comité los examine caso por caso. Esta disposición no está en modo alguno en conflicto con el

derecho reconocido en el párrafo 3 del artículo 13 del Pacto para los padres y los tutores "de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas"<sup>294</sup>.

Dentro del párrafo anteriormente citado, es relevante lo que el Comité establece con atención cómo el derecho de matrícula, pudiera afectar el derecho a la educación. Se destaca: "Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, **son desincentivos del disfrute del derecho** que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos. Su eliminación es una cuestión que debe ser tratada en el necesario plan de acción".

En consecuencia, el Comité interpreta que la obligación de implantación progresiva de la gratuidad en educación, se satisface en un diseño e implementación de políticas públicas tendientes a asegurar una accesibilidad económica razonable a la educación superior. Y cita como ejemplos de vulneración del derecho a la educación por falta de

---

<sup>294</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 11, 1999. [en línea] <<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm11s.htm>> [consulta: 14 agosto 2013]

accesibilidad económica, los “derechos de matrícula”, que son los aranceles. Incluso, el comité va más allá al establecer que el fin último de aquella política pública, debe ser la eliminación del “derecho de matrícula”. Todo lo anterior fundamentados en la observación general número 13, párrafos 14 y 20, en relación a la observación general número 11, párrafo 7, ya citados.

Siguiendo al autor Humberto Nogueira<sup>295</sup>, el Estado también estaría incumpliendo con su obligación de no discriminar en materia de educación superior. El Comité, interpreta que los Estados partes cumplen con su obligación de no-discriminar, estableciendo ayudas a sectores que socio-económicamente son más vulnerables. En la observación general número 13, párrafos 31 y siguientes, trata el derecho a la no-discriminación en materia de educación. Así, su párrafo 37 establece que:

“37. Los Estados Partes deben supervisar cuidadosamente la enseñanza, comprendidas las correspondientes políticas, instituciones, programas, pautas de gastos y demás prácticas, a fin de poner de manifiesto cualquier discriminación de hecho y adoptar las

---

<sup>295</sup> NOGUEIRA, Humberto. Ob. Cit.

medidas para subsanarla. Los datos relativos a la educación deben desglosarse según los motivos de discriminación prohibidos”<sup>296</sup>.

Es entonces que, a juicio del autor anteriormente citado, el Estado de Chile con sus políticas de becas y créditos, ha incumplido aquella obligación por cuanto: “El distinto tratamiento de acceso al crédito por parte de alumnos de universidades del Consejo de Rectores y de universidades privadas constituye una causa de inequidad y de tratamiento discriminatorio que afecta la igualdad de oportunidades para desarrollar una educación superior, quedando fuera de ella muchas personas que teniendo talento y capacidades no puede acceder por falta de recursos económicos”<sup>297</sup>. Recordemos que tanto los subsidios a la demanda como a la oferta que otorga el Estado a los agentes de la educación superior, aplican criterios de discriminación suficientemente amplios, como por ejemplo el sistema de créditos del Fondo Solidario (que solo se otorga a quienes acceden a la universidad del consejo de rectores) o el Aporte Fiscal Indirecto (que solo se otorga a aquellas instituciones que captan un cierto

---

<sup>296</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 13, 1999.

<sup>297</sup> NOGUEIRA, Humberto. Ob. Cit., pg. 228.

porcentaje de alumnos que hayan obtenido un cierto puntaje en la Prueba de Selección Universitaria).

En definitiva es posible concluir que el Estado chileno no ha cumplido a cabalidad con su obligación de implantar progresivamente la gratuidad en la educación superior, debido a que el diseño e implementación de sus políticas públicas referente a la materia ha llevado al efecto contrario, como bien se ha explicado en el capítulo anterior: al alza de los aranceles por sobre el promedio del IPC. Y, particularmente, los aportes fiscales indirectos así como el sistema de créditos, han conllevado a este fenómeno y que a juicio del propio Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, económicos y culturales, perjudican el pleno ejercicio del derecho a la educación. Incluso, a juicio de aquel Comité, el Estado debe propender a la política pública con la finalidad de eliminar cualquier derecho de matrícula, obligación que claramente el Estado de Chile ha incumplido.

Sin embargo, este acápite solo ha tenido como finalidad demostrar que el derecho internacional ha tratado al derecho a la educación como un

derecho social, a diferencia del tratamiento que el constituyente ha hecho sobre aquel, quien lo interpreta como el ejercicio de una libertad. En específico, de la libertad de enseñanza. Así las cosas, en Chile no hay protección del derecho a la educación por la vía de la acción de protección, porque el constituyente lo ha eliminado deliberadamente del catálogo del artículo 20. A pesar de ello, aquí están señalados los argumentos en virtud de los cuales, Naciones Unidas considera que el derecho a la educación es un derecho humano, estableciendo una interpretación común para todos los Estados partes, respecto de sus obligaciones en la materia. Y un especial tratamiento hay respecto a la obligación de “implantación progresiva de la gratuidad”, al cual el Comité le da plena eficacia, señalando cómo se satisface aquella obligación. Más aún hace hincapié en los derechos de matrícula (y otros costos indirectos), expresando que, cuando escapan de los parámetros de razonabilidad, afectan este derecho de manera sustancial. Por ello, es razonable concluir que el Estado de Chile ha incumplido con su obligación en razón de las políticas públicas que se han implementado en las últimas décadas, aunque se hayan planificado con otras finalidades. Esto porque han devenido en fenómenos (v.gr. el alza constante de los aranceles

universitarios) totalmente opuestos a los que el Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales, han establecido como obligación.

A continuación, se hará breve mención sobre la Ley General de Enseñanza y su aplicación en el ámbito de la educación superior, enumerando sus principales características, así como los principios rectores de la educación en nuestra legislación.

### **1.3.2.- El derecho a la educación en leyes especiales. La Ley N° 20.370 del año 2009.**

En el capítulo anterior, ya se hizo mención sobre las leyes que regulan la educación superior, especialmente respecto al sistema de subsidios. Entre estos cuerpos legales pueden citarse: el DFL n°1, n°4, n°5 y n°24 de 1981; las leyes 18.591, 18.597 y 19.287 sobre Crédito de Fondo Solidario; y la ley 20.027, sobre Crédito con garantía Estatal. Sin embargo es la Ley General de Educación, el principal cuerpo legal que regula la materia y que a continuación se hará una breve descripción.

La Ley 20.370 del año 2009, conocida como la Ley General de Educación (a continuación LGE), además de reforzar las directrices constitucionales, regula más detalladamente este derecho. Así, en su artículo 2° inciso primero, define a la educación como aquel “*proceso de aprendizaje permanente* que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el

cultivo de valores, conocimientos y destrezas. Se enmarca en el respeto y valoración de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la diversidad multicultural y de la paz, y de nuestra identidad nacional, capacitando a las personas para conducir su vida en forma plena, para convivir y participar en forma responsable, tolerante, solidaria, democrática y activa en la comunidad, y para trabajar y contribuir al desarrollo del país”.

El artículo 3° establece los principios que deben regir el sistema educativo chileno. Aquí sólo citaremos aquellos que se relacionan con el deber de las universidades de no privar arbitraria o ilegalmente a sus estudiantes, mediante un acto administrativo o privado.

*“Artículo 3°.- El sistema educativo chileno [...] se inspira, además, en los siguientes principios:*

*a) Universalidad y educación permanente. La educación debe estar al alcance de todas las personas a lo largo de toda su vida.*

*b) Calidad de la educación. La educación debe propender a asegurar que todos los alumnos y alumnas, independientemente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los objetivos generales y los*

*estándares de aprendizaje que se definan en la forma que establezca la ley.*

*c) Equidad del sistema educativo. El sistema propenderá a asegurar que todos los estudiantes que tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad, con especial atención en aquellas personas o grupos que requieran apoyo especial”.*

Adicionalmente este artículo prescribe que el sistema educacional “*se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes [...]”.*

En el artículo 4° en su inciso último señala que “*es deber del Estado velar por la igualdad de oportunidades y de inclusión educativa, promoviendo especialmente que se reduzcan las desigualdades derivadas de circunstancias económicas, sociales [...]”.*

Cabe recalcar que el derecho a la educación no está contenido en el listado de derechos amparados por la acción de protección del artículo 20 de la CPR. De este modo, a la hora de buscar protección a este derecho, los

recurrentes han ideado distintas estrategias. A continuación se pasará a desarrollar esta última idea.

## **2.- Aproximación a la jurisprudencia chilena sobre el derecho a la educación.**

### **2.1.- Introducción.**

El derecho a la educación no está protegido por la acción constitucional de protección. Sin embargo, actualmente se está tramitando en el parlamento un proyecto de ley para incorporarlo al catálogo de derechos del artículo 20<sup>298</sup>. Aun así, esto no ha sido impedimento para que, amparado por otros derechos que sí están contenidos en el artículo 20 de la CPR, se presenten acciones de protección, cuyo fin último sea resguardar el derecho a la educación. María C. Tabilo<sup>299</sup> ha enumerado siete vías jurídicas por las cuales, invocando derechos distintos al de la educación, se ha pedido su protección. A saber: el derecho a la libertad de enseñanza; el de *propiedad*; el derecho a la vida y la integridad física y psíquica; la

---

<sup>298</sup> CONGRESO NACIONAL. Reforma constitucional que establece como deber del Estado velar por la calidad de la educación. Boletín no. 4222/2007. [en línea] <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 14 de agosto 2013]

<sup>299</sup> TABILO, María Concepción. El derecho fundamental a la educación en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 2008.

libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes; la igualdad ante la ley; la igual protección ante la ley, y el debido proceso<sup>300</sup>.

De estos derechos, nuestro estudio se concentrará en el de propiedad puesto que, tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia, ha sentado las bases para que a través de esta vía, se le dé garantía –siempre indirecta- al derecho a la educación. Esto debido a la doctrina de la propietarización de los derechos<sup>301</sup>, que establece la protección de los derechos emanados de los contratos celebrados entre particulares, por la vía de la acción de protección del derecho de propiedad y que se desarrollará posteriormente.

Sin embargo es preciso señalar que en el caso del derecho a la educación, la materialización de la relación entre el estudiante y la institución de educación superior, se lleva a cabo a través del contrato de prestación de servicios educacionales. Sin ahondar en sus detalles, la Itma. Corte de Santiago<sup>302</sup> ha establecido su naturaleza jurídica y características

---

<sup>300</sup> *Ibíd.* pp. 77-78.

<sup>301</sup> VERGARA B., Alejandro, *La propietarización de los derechos*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XIV, Valparaíso, 1991-1992, pp. 281-291.

<sup>302</sup> CORTE DE SANTIAGO, 10.5.2011, Legal Publishing N° 49334 (2011), ROL: 2137-2010. El Tribunal, resolviendo un recurso de apelación a favor de una alumna de veterinaria, quien interpuso una demanda por responsabilidad contractual e indemnización del daño moral, en contra de la Universidad UNIACC que se negó a autorizarla a ejercer la práctica por razones no previstas en el contrato.

esenciales: “(...) debe entenderse que el contrato de educación, es de carácter bilateral y de tracto sucesivo, es decir, se va cumpliendo en sucesivas etapas, previamente definidas en el mismo contrato”<sup>303</sup>.

A continuación, se desarrollará aquella tesis y sus implicancias en materia de protección y garantía constitucional del derecho a la educación; y cómo la doctrina y la jurisprudencia, han protegido indirectamente este derecho mediante ésta.

---

<sup>303</sup> *Ibíd.*

## **2.2.- La doctrina de la propietarización de los derechos. Aproximación doctrinaria. Contrato de prestación de servicios educacionales.**

### **2.2.1.- Aproximación doctrinaria.**

La acción de protección es una vía que contempla el constituyente para la protección *efectiva* de los derechos. En palabras del autor Enrique Navarro<sup>304</sup>, “se trata de una acción cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de derechos preexistentes, mediante la adopción de medidas de resguardo frente a actos u omisiones ilegales o arbitrarias que impida, amague o moleste el mismo”<sup>305</sup>. Actualmente, el número de acciones de protección por la vía de la propiedad, es considerable. “El crecimiento ha sido exponencial, si se piensa que durante el año 2011, la Corte Suprema acogió casi 4.000 casos vinculados a la afectación del derecho de propiedad. Los recurso de protección acogidos por la Corte Suprema en resguardo de este derecho, lo fueron tanto en la propiedad recaída sobre cosas corporales, como sobre cosas incorporales, e incluso, sobre derechos

---

<sup>304</sup> NAVARRO B., Enrique. 35 años del Recurso de Protección: Notas sobre su alcance y regulación normativa. Estudios Constitucionales, Año 10, N°2, 2012, pp. 617-642. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002012000200017&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200017&lng=pt&nrm=iso)> [consulta: 10 mayo de 2013]

<sup>305</sup> *Ibíd.*, pg. 618.

de contenido patrimonial (...)”<sup>306</sup>. Por ende, es una vía muy recurrida para la protección de otros derechos. Sin embargo, lo más destacable es la vía de protección del derecho de propiedad sobre las cosas *incorporales*. Es en este último aspecto donde cobra relevancia la doctrina de la propietarización de los derechos.

La doctrina de la “propietarización de los derechos”<sup>307</sup> se encuentra recogida en nuestra legislación, específicamente en nuestro Código Civil, así como en la propia CPR. En el Código Civil, se encuentra expresamente consagrado en los artículos 565, 576 y 583. El artículo 565, divide a los bienes en corporales e incorporales, señalando en su último inciso que son incorporales “*las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres*”. A su vez, en el artículo 576, dentro del párrafo denominado “de las cosas incorporales”, incorpora la sub-división de las cosas incorporales en “*derechos reales y personales*”. Luego, el artículo 583 señala lo siguiente: “*Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo*”.

---

<sup>306</sup> *Ibíd.*, pg. 625.

<sup>307</sup> VERGARA B., Alejandro. *Ob. Cit.*, pp. 281-282.

En nuestra CPR, el derecho de propiedad sobre todas las cosas se encuentra en el numeral 24 del artículo 19. En lo referente a la propietarización de los derechos, la doctrina destaca que el constituyente sí otorga protección a la propiedad sobre las cosas incorporales.

*“Artículo 19 – CPR.- 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.*

*Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador (...).”*

Entonces, la doctrina de la propietarización de los derechos, asegura que tenemos un derecho de dominio sobre los derechos ya sean reales o personales. “(...) Por la vía de la propiedad es posible abarcar todos los derechos, y queda consagrada la propiedad sobre los derechos, esto es, la ‘propietarización de los derechos’”<sup>308</sup>. Por ende, para el legislador civil, “(...) el ‘dominio’ (que se llama también propiedad) es también un derecho; en nuestro Código hay ‘derechos sobre derechos’, figura un tanto extraña incluso para sus orígenes, pues recuérdese que para los romanos el dominio no era un derecho (real), era la cosa misma”<sup>309</sup>. Y así fue recogida por el constituyente, al establecer que la Constitución asegura el derecho de propiedad sobre cosas *corporales e incorpales*.

“La mayor parte de los recursos acogidos por la Corte Suprema en razón de vulneraciones al derecho de propiedad, estuvieron referidos a tal derecho sobre cosas incorpales. A su vez, la mayor parte de los recursos presentados, las recurridas fueron las ISAPRES, respecto de las cuales los afiliados alegaron atentados a su derecho de propiedad sobre beneficios

---

<sup>308</sup> *Ibíd.*, pg. 284.

<sup>309</sup> *Ibíd.*

emanados de los correspondientes contratos de salud”<sup>310</sup>. Por lo tanto, es de suma importancia comprender este fenómeno jurídico que ya está asentado en nuestro Derecho. Tanto la jurisprudencia como la doctrina ya están contestes respecto a la posibilidad que da nuestro Derecho de proteger otros derechos por la vía de la propiedad, como pudo apreciarse anteriormente con la cantidad de fallos relativos a la materia.

“En el ámbito jurisdiccional, la acción de protección no cubre directamente el derecho a la educación en sus diversos atributos básicos, lo que vulnera el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Los tribunales de justicia puede sostenerse que no han desarrollado una línea jurisprudencial clara, algunas sentencias acogen recursos de protección en virtud de actos de discriminación en el ámbito educacional o del derecho de propiedad incorporal a las prestaciones educacionales y otros niegan la protección, lo que a su vez, ha llevado algunos casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violaciones de la igualdad ante la ley o casos de discriminación, en los cuales se ha determinado la violación por parte de agentes del Estado del

---

<sup>310</sup> NAVARRO B., Enrique. Ob. Cit. Pp, 626-627.

Derecho, lo que ha obligado al Estado a establecer reparaciones adecuadas a tales infracciones”<sup>311</sup>. Lo que da a entender el autor Humberto Nogueira, en la cita recientemente descrita, es que no hay una línea jurisprudencial clara respecto del ámbito del derecho a la educación. Hay jurisprudencia escasa y contradictoria.

Para el autor Eduardo Soto K.<sup>312</sup> ha sido el poder judicial quien ha reconocido, a través del derecho de propiedad, a la educación como un derecho posible de ser recurrido: “si bien el constituyente no previó de modo específico la tutela proteccional, esta vez el juez, y el juez supremo, ha comprendido esa omisión y la ha reparado derechamente- aunque fallos hay contradictorios- pero no bajo el velo del derecho a la educación sino de la propiedad”<sup>313</sup>. Continúa el autor, “con mucho de tanteo y sin mayor convencimiento sino como un medio de provocar la actuación del juez para que este pudiera entrar a conocer del asunto, estudiarlo y llegar a una

---

<sup>311</sup> NOGUEIRA, Humberto. Ob. Cit., pg. 268.

<sup>312</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Recurso de Protección y derechos de los estudiantes, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Volumen LXXVIII, Tomo 1, Santiago, páginas 83-98.

<sup>313</sup> *Ibíd.*, pg. 86.

solución, fue que se invocara por los recurrentes la vulneración del derecho de propiedad”.<sup>314</sup>

Esta tendencia a invocar el derecho de propiedad sobre cosas incorporales como medio para proteger otros derechos, como ya ha sido señalada, se denomina “propietarización de los derechos”<sup>315</sup> la cual se fundamenta en normas positivas del Código Civil y en el artículo 19 n° 24<sup>316</sup>. Respecto a la CPR, la redacción final de este numeral fue producto de una indicación del comisionado Jaime Guzmán E. cuyo propósito era lograr “una forma de protección a los derechos y a las titularidades privadas diferentes al dominio (en el sentido del artículo 582 del Código Civil)”<sup>317</sup>. La consecuencia de esta forma de protección al dominio derivó en que “la jurisprudencia nacional hoy habla de propiedad no sólo sobre los derechos, sino también, por ejemplo, de propiedad sobre el empleo, propiedad sobre una concesión de un bien nacional de uso público, la calidad de estudiante universitario, propiedad del subarrendatario sobre un derecho para usar el

---

<sup>314</sup> *Ibíd.*

<sup>315</sup> VERGARA B., Alejandro. *Ob. Cit.*, pp. 281-282. *El autor señala que hoy en día hay tres categorías dogmáticas respecto de la propiedad: derecho de propiedad, derecho a la propiedad y derecho de propiedad sobre derechos.*

<sup>316</sup> *Ibíd.*, pg. 288.

<sup>317</sup> *Ibíd.*

bien raíz, propiedad sobre la facultad de desempeñarse como consejero de una Asociación Gremial, sobre la función de empleado público [...]”<sup>318</sup>.

Como se ha ido señalando, la doctrina de la propietarización de los derechos exige que se ejerza el derecho real de dominio sobre una cosa incorporal, que son los derechos. En el caso de los alumnos de las instituciones de educación superior (aunque también extensibles a alumnos de establecimientos de otros niveles de enseñanza), la relación se materializa a través de un contrato celebrado entre el estudiante y la institución, denominado como “contrato de prestación de servicios educacionales”. A raíz de este contrato, nacen para ambas partes ciertos derechos y obligaciones, debido a que la jurisprudencia y la doctrina han señalado que se trata de un contrato bilateral<sup>319</sup>. De esos derechos son titulares y cuya primerísima facultad es ejercer su derecho real de dominio sin respecto a determinada persona. En consecuencia, en el caso del estudiante, éste es dueño de todos los derechos que nacen del contrato, y particularmente, del derecho de matrícula. A continuación se hará un breve

---

<sup>318</sup> *Ibíd.*, pp. 289-290.

<sup>319</sup> CORTE DE SANTIAGO, 10.5.2011, Legal Publishing N° 49334 (2011), ROL: 2137-2010.

análisis de la naturaleza jurídica de este contrato, de lo que la doctrina ha señalado como derechos y obligaciones para ambas partes y, en especial, cuán relevante el derecho de propiedad del estudiante sobre su derecho de matrícula.

### **2.2.2.- El contrato de prestación de servicios educacionales.**

Ha sido la jurisprudencia la encargada de entregar un concepto, naturaleza jurídica y características del contrato de prestación de servicios educacionales, ya que no hay ninguna ley que lo defina ni aun señale cuáles son sus características. El legislador solo hace mención de éste, en la Ley N°19.496 que establece normas sobre protección de derechos de los consumidores, que en su artículo 2, letra d) establece:

*“Artículo 2 – Ley N° 19.496.- Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley:*

*d) Los contratos de educación de la enseñanza básica, media, técnico profesional y universitaria, solo respecto del Párrafo 4° del Título II; de los Párrafos 1° y 2° del Título III; de los artículos 18, 24, 26, 27 y 39 C, y respecto de la facultad del o de los usuarios para recurrir ante los tribunales correspondientes, conforme a los procedimientos que esta ley establece, para hacer efectivos los derechos que dichos Párrafos y artículos les confieren.”*

A pesar de ser la única normativa<sup>320</sup> que le es aplicable a los contratos de prestación de servicios educacionales, es menester señalar que el legislador se preocupó de establecer su existencia en nuestro ordenamiento jurídico, nombrándolo dentro del catálogo de contratos que regula la Ley 19.496, dándole un ámbito de aplicación restringido referente a: normas sobre contrato de adhesión; infracciones de información y publicidad; promociones y ofertas; al precio superior ofrecido; publicidad engañosa; las restituciones (mutuas) y en materia de créditos.

---

<sup>320</sup> Sin perjuicio de ello, existe un proyecto de ley que regula el contrato de prestación de servicios educacionales (Boletín N° 2862-04). En el Oficio Remisor de la H. Cámara de Diputados al Senado de la República (N°7425) es posible encontrar algunas definiciones de interés.

*Artículo 1°.- Concepto.- El contrato de prestación de servicios educacionales es aquel mediante el cual una parte se obliga a prestar servicios educacionales y la otra a remunerar la prestación de tales servicios de manera completa o parcial o mediante algún sistema de beca. Dichos servicios se otorgarán por el prestador de servicios educacionales al alumno, quien podrá ser parte del contrato o beneficiario del mismo.*

*Artículo 4°.- Concepto de matrícula y arancel.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 5°, la remuneración del prestador de servicios educacionales comprenderá aquellos servicios que se acuerden en el contrato, los que podrán incluir, entre otros:*

- a) Un pago anual o semestral denominado “derecho de matrícula”;*
- b) Pagos mensuales, denominados colegiaturas o aranceles.*

*En el contrato se consignará el precio por cada período anual o semestral, sin perjuicio de las cláusulas de reajustabilidad, y regirá hasta que el estudiante complete todos los cursos o asignaturas que comprende su formación. Si el prestador de servicios educacionales supeditara la permanencia de un estudiante para un nuevo año o para un nuevo semestre a la suscripción de un nuevo contrato, éste se tendrá íntegramente por no escrito, manteniéndose vigente el primer contrato que hayan acordado las partes, aun cuando en el nuevo contrato el estudiante aparezca resciliando el contrato primitivo.*

En base al artículo ya citado, el legislador lo clasifica como un contrato de *adhesión*. El autor Jorge López Santa María<sup>321</sup>, lo define como “aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra solo se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas”.<sup>322</sup> A su vez, la misma Ley 19.496, en su artículo 1, número 6, da una definición de contrato de adhesión, señalando que es “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”.

Por lo tanto, ya tenemos al menos una característica legalmente establecida del contrato de prestación de servicios educacionales y que es la *adhesión*, cuya particularidad radica en el desequilibrio de las partes para negociar las cláusulas de un contrato, sometiendo la redacción de dichas cláusulas a una sola de las partes. Es en virtud de ello que el legislador le da regulación en la ley 19.496. En consecuencia, el legislador mira –a primera vista- al estudiante como un consumidor y a la institución de educación,

---

<sup>321</sup> LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos, parte general. Tomo I. 4ta. Edición revisada y ampliada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Agosto, 2005. 339p.

<sup>322</sup> *Ibíd.*, pg. 150.

como un proveedor –en este caso de servicios educacionales<sup>323</sup>-. Sin embargo, también es necesario señalar que la ley en comento, solo se aplica a casos especiales, referidos primordialmente a la regulación del fenómeno jurídico de la adhesión contractual.

Asimismo, López Santa María agrega que el contrato de adhesión tiene como rasgo decisivo “el desequilibrio del poder negociador de los contratantes”<sup>324</sup>, que tiene como una de sus principales raíces (por regla general) la superioridad económica<sup>325</sup>, de modo que el contrato termina siendo “obra exclusiva del oferente”<sup>326</sup>, quien finalmente termina dictando las cláusulas contractuales, en virtud del cual “el destinatario, siendo el más

---

<sup>323</sup> Ley N° 19.496. CHILE. Establece normas de protección de los derechos de los consumidores. En: Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438>> [consulta: 13 mayo de 2013]. Cabe señalar que en su artículo primero, da una definición de lo que se entiende por consumidor y proveedor.

*Artículo 1.- La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, estableciendo las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias.*

*Para los efectos de esta ley se entenderá por:*

*1.- **Consumidores o usuarios:** las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores.*

*2.- **Proveedores:** Las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.*

*No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente.*

<sup>324</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Ob. Cit. Pg. 152.

<sup>325</sup> *Ibíd.*

<sup>326</sup> *Ibíd.*

débil, no puede discutir la oferta y debe circunscribirse a aceptarla”<sup>327</sup>. López Santa María, termina señalando que el destinatario no puede rechazar la oferta, rehusando de la contratación, puesto que generalmente carece de alternativa<sup>328</sup>.

Conforme a lo que ya se ha descrito en el capítulo anterior respecto al mercado de educación superior, el cual es financiado casi exclusivamente por el gasto privado que llega a niveles que bordean el 80%; en el cual no existe una regulación ni normalización de las mallas curriculares entre los distintos agentes (instituciones); y que por la política subsidiaria del Estado los precios de los aranceles han subido por sobre el IPC en los últimos diez años; solo cabe concluir que el estudiante está en la situación anteriormente descrita por López Santa María, en que no puede discutir el contenido del contrato de prestación de servicios educacionales. Si bien el estudiante al momento de ingresar al mercado puede seleccionar diversas alternativas (educación profesional –privada o tradicional-; técnico profesional y técnica propiamente tal), cuando elige una institución, éste se encontrará cautivo de aquel, en virtud de las normas que la propia institución les somete en el

---

<sup>327</sup> *Ibíd.*

<sup>328</sup> *Ibíd.*

contrato anteriormente descrito. Y este sometimiento se debe a que no tiene alternativa negociadora alguna. Incluso, al no existir una política que iguale las mallas curriculares de las instituciones de educación superior o que dé facilidades de intercambio dentro del sistema (por ejemplo, elegir retirarse de una institución privada para ingresar a una tradicional sin tener que asumir el costo de una prolongación de sus estudios), la institución termina obligando al estudiante a terminar la carrera en *esa* institución. Si no, la institución que acoge a los alumnos que deciden migrar, los obliga a convalidar mallas curriculares siempre sometidas a algún precio en particular. Es tan grande el poder negociador de la institución de educación superior en Chile que incluso es sancionador, al no otorgar la titulación correspondiente por la falta de pago de algún arancel u otro precio que la propia institución exige<sup>329</sup>. Y todo ocurre en virtud de este fenómeno contractual de la adhesión.

En síntesis, el legislador sí otorga existencia al contrato de prestación de servicios educacionales, dándole la naturaleza de contrato de adhesión.

---

<sup>329</sup> EN 41 carreras universitarias la titulación cuesta entre \$1 millón y \$3,5 millones. La Tercera. Santiago, Chile, 10 junio, 2012. País, pg. 13. [en línea] <<http://diario.latercera.com/2012/06/10/01/contenido/pais/31-111014-9-en-41-carreras-universitarias-la-titulacion-cuesta-entre--1-millon-y--35.shtml>> [consulta: 17 mayo 2013]

Además, le da la calidad de consumidor al estudiante; y de proveedor a la institución. Por ende, en esta materia, es la única protección jurídica que le otorga al estudiante que, a nuestro juicio, es muy poca porque les confiere resguardo a ciertas materias –generalmente a materia de incumplimiento contractual o bien a problemas de interpretación de la oferta- en un procedimiento establecido en esa misma ley, conforme al artículo 2, letra d) de la Ley 19.496.

La Ley 19.496, hace aplicable a este contrato, las normas sobre cláusulas abusivas, puesto que están dentro del Párrafo 4° del Título II. Si bien nuestro estudio se refiere al ámbito del derecho público, creemos que es menester señalar el criterio de la Excma. Corte Suprema, relativo a las modificaciones unilaterales en los contratos de adhesión. El último caso en comento de la opinión pública, se dio en circunstancias del aumento unilateral de la mantención de las tarjetas de la empresa CENCOSUD S.A. a sus clientes, resolviendo el tribunal que éstas no se ajustaban a Derecho. El criterio es posible de ser extendido a cualquier contrato de adhesión que estipule un alza unilateral de los precios sin el consentimiento del

consumidor. Es así como en la Sentencia de Reemplazo<sup>330</sup> (ROL 12.355-2011), en su considerando 5°, establece **un principio** en materia de modificación unilateral del contrato de adhesión: *“En efecto, para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta”*<sup>331</sup>. Por lo tanto, para la Corte Suprema una alteración unilateral a los contratos es **“cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ello se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción al consumidor de aceptar aquella modificación o de poner término al contrato”**. Lo que en definitiva establece la Corte que realizar ello significa desconocer el derecho del consumidor (o de la contraparte) de darle subsistencia al contrato, puesto que el cambio de las circunstancias que se

---

<sup>330</sup>CORTE SUPREMA, ROL 12.355-2011, veinticuatro de abril de dos mil trece. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl>> [consulta: 15 mayo de 2013]

<sup>331</sup> *Ibíd.*, considerando 5°.

previeron al momento de vincularse, se han modificado sustancialmente lo que daría pie al término de la relación contractual.

El legislador considera como cláusula abusiva aquella que modifica unilateral y sustancialmente la relación contractual, como lo establece el artículo 16, letra a), primera parte de la Ley 19.496<sup>332</sup>. Y el mismo cuerpo legal en su artículo 2, letra d), extiende el ámbito de su aplicación a los contratos de prestación de servicios educacionales. Es por ello que la Corte en el mismo considerando anteriormente citado, termina por concluir que “(...) *basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente **no pueda continuar** con el contrato en los términos inicialmente pactados. Existe, por este solo hecho, una contravención al artículo 16 letra a) y la cláusula debe considerarse abusiva*”<sup>333</sup>.

Si bien el caso “CENCOSUD” solo se refiere a un ámbito específico y que es la falta absoluta de manifestación del consentimiento del

---

<sup>332</sup> Ley N° 19.496. CHILE. Establece normas de protección de los derechos de los consumidores. Así, en el artículo en comento se establece:

Artículo 16.- *No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:*

- a) *Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan.*

<sup>333</sup> CORTE SUPREMA. Fallo cit. Considerando 5°.

consumidor respecto al alza de las comisiones de mantención de la tarjeta, el fallo logró establecer un principio rector en materia de contratos de adhesión y que es la posibilidad que el consumidor se oponga a un alza unilateral y arbitrario de los costos de la relación contractual.

Para los efectos de este estudio, solo dejamos por sentado que siguiendo el criterio anteriormente propuesto y sumado a las características especiales del mercado educacional superior chileno, que un cambio unilateral del contrato de prestación de servicios educacionales, sí produce un menoscabo en la posición del estudiante. Especialmente en materia de alza de los aranceles, en los cuales no existe posibilidad alguna de negociar: el estudiante deberá o no aceptar las nuevas condiciones propuestas por la institución. Y, en vista que el estudiante se encuentra cautivo de aquella situación derivada de la falta sustancial de regulación del legislador, sus únicas alternativas serán: o seguir con la relación contractual; o bien abandonar sus estudios. Claramente, esta última alternativa contraría su derecho a la educación y es virtud de la cual que consideramos que el fallo contra CENCOSUD S.A. propone el debate de estas nuevas circunstancias.

Retomando lo anterior, habíamos señalado que el legislador solo reconoce la existencia de un contrato de prestación de servicios educacionales y que le da regulación solo en ciertos ámbitos ya expuestos. Ahora, abarcaremos sus principales características que ha ido construyendo la jurisprudencia con el paso de los años. Dentro de sus principales características, siguiendo la clasificación del Código Civil, podemos señalar las siguientes:

- 1) Es un contrato **bilateral**, ya que crea derechos y obligaciones para ambas partes: *contrato de prestación de servicios educacionales del cual emanan derechos y obligaciones para ambas partes, la forma legal de solicitar el cumplimiento de aquéllas que se estiman incumplidas es a través de las acciones jurisdiccionales correspondientes.*<sup>334</sup>
- 2) Es un contrato **oneroso-conmutativo**, *“toda vez que el contrato de prestación de servicios educacionales es conmutativo, de manera que ambas partes se obligan una a favor de la otra, por lo que el actor*

---

<sup>334</sup> CORTE SUPREMA. Rol 9383 – 2011. Veintitrés de noviembre de dos mil once. Considerando 2° [en línea] <<http://www.pjud.cl>> [consulta: 15 mayo 2013]. *El fallo en comento, se realizó respecto al ejercicio de la acción cautelar de protección por parte del estudiante, en virtud que la Universidad de Concepción negó otorgarle su título profesional por obligaciones incumplidas. La Corte Suprema acogió el recurso en cuestión, basándose en la tesis de la propietarización de los derechos.*

*está obligado a cumplir con las obligaciones que dicho contrato le impone*”<sup>335</sup>.

- 3) Es un contrato **consensual**, ya que el legislador civil establece que “los contratos que no requieren la entrega de la cosa (reales) ni el cumplimiento de una formalidad objetiva (solemnes), son consensuales”<sup>336</sup>. Es por ello que solo se perfecciona por el consentimiento de las partes, sin perjuicio de las formalidades convencionales. La Corte de Santiago (cuya sentencia fue confirmada por la Corte Suprema), estableciendo como manifestación de voluntad cualquier forma de comunicación, al efecto señala: “*(que) la referida comunicación no aparece sino como una manifestación de voluntad de la referida institución, en orden a consentir en eliminar de sus registros curriculares a quien había aceptado inscribir como alumna regular del plantel, comprometiéndose a impartirle un determinado programa de enseñanza superior (...)*”<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> *Ibíd.* Considerando 5°.

<sup>336</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Ob. Cit.*, pg. 131.

<sup>337</sup> CORTE SUPREMA. Rol 7936 – 2009, tres de diciembre de dos mil nueve. Considerando 6°. [en línea] <<http://www.pjud.cl>> [consulta: 13 mayo 2013].

- 4) Es un contrato **principal**, porque subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención. Así por cierto lo establece la ley 19.496.

Sin embargo, las instituciones de educación también celebran con el estudiante otro contrato, de carácter previo, denominado “*contrato de matrícula*”. El contrato de matrícula no es más que un contrato de *membresía o ingreso* al establecimiento de educación superior. En Chile no está definido ni regulado. Sin perjuicio de ello, sí podemos encontrar una definición en el Derecho comparado, específicamente en la Ley General de Educación del Estado de Colombia (Ley N°115 de 1994), que en su artículo 95 da la siguiente definición:

*Artículo 95 – Ley 115 de 1994, Colombia. Ley General de Educación del Estado de Colombia.- Matrícula. La matrícula es el acto que formaliza la vinculación del educando al servicio educativo. Se realizará por una sola vez, al ingresar el alumno a un establecimiento educativo, pudiéndose establecer renovaciones para cada período académico”.*

Al menos en materia de derecho privado, el estudiante celebra dos contratos con la institución, lo que no debe llevar a la confusión que uno sea el accesorio de otro, porque es de la esencia de la accesoriedad que garantice una obligación principal<sup>338</sup>. Ambos son principales. Sin embargo, el contrato de matrícula es un contrato *dependiente*: “Denomínase dependientes a ciertos contratos que están supeditados a otra convención, pero sin garantizar su cumplimiento”<sup>339</sup>. En consecuencia, es dependiente por cuanto está supeditado al contrato de prestación de servicios educacionales que, por otro lado, se celebra una vez que se ha perfeccionado el contrato de matrícula. En términos prácticos, el estudiante debe cancelar una cuota de ingreso que se materializa en el contrato de matrícula, para luego exigir la prestación de servicios educacionales que se celebra en el contrato en estudio. A nuestro juicio lo interesante es que ambos contratos, se complementan, pero manteniendo cada uno su respectiva autonomía jurídica.

La jurisprudencia al respecto ha señalado que el estudiante adquiere su calidad como tal, cuando celebra el contrato de prestación de servicios

---

<sup>338</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Ob. Cit., pg. 128.

<sup>339</sup> *Ibíd.*

educacionales, mediante el contrato de la matrícula: “6º) *Que, en consecuencia, la cancelación de la matrícula decidida por la autoridad de la escuela San Ramón, debe ser considerada como una acción arbitraria que resulta atentatoria contra la garantía constitucional prevista en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, si se considera que el alumno, al celebrar el respectivo contrato de prestación de servicios educacionales, mediante la correspondiente matrícula, llevó a su patrimonio el derecho incorporal de recibir el señalado servicio educacional, derecho que es una de las formas que reviste el dominio, de manera que siendo procedente la protección deducida, esta Corte deberá adoptar e inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho asegurando la debida protección del afectado*”<sup>340</sup>.

Por último y solo para tener presente, la voz “*matrícula*” se puede referir tanto: al contrato de matrícula anteriormente señalado; al derecho que le confiere el contrato de prestación de servicios educacionales al

---

<sup>340</sup> CORTE DE LA SERENA, Rol 22396-1998, confirmada por la Corte Suprema. Veinticuatro de Julio de mil novecientos noventa y ocho. Considerando 6º. En: VARAS BRAUN, Antonio. Los Contratos Educacionales, Memoria para optar al Grado de licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2006. Pg. 13.

alumno de permanecer en la institución; y como forma de expresión de una cantidad de alumnos inscritos en una cierta institución.

Una vez abordadas las clasificaciones del contrato en estudio conforme al Código Civil, se nombrarán dos clasificaciones más que no están recogidas en el cuerpo legal, pero que la doctrina ha nutrido con su desarrollo.

- 1) Es un contrato de **adhesión**; conforme a la clasificación que el propio legislador le otorgó en la ley 19.496 y con todas sus consecuencias ya enunciadas;
- 2) Es un contrato de **tracto sucesivo**: “Los contratos de tracto sucesivo son aquellos en que los cumplimientos se van escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado. La relación contractual tiene permanencia (...)”<sup>341</sup>. Así lo confirma la Corte de Santiago que en un considerando menciona lo siguiente:  
*“Que debe entenderse que el contrato de educación, es de carácter bilateral y de tracto sucesivo, es decir, se va cumpliendo en sucesivas etapas, previamente definidas en el mismo contrato.*

---

<sup>341</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Ob. Cit., pg. 144.

*Es así que la actora contrató con la Universidad demandada por cuatro años para obtener su título profesional, cumpliendo ciertos requisitos estipulados en el mismo y que de hecho cumplió, negándose la demandada a cumplir su obligación recíproca de autorizarla para la realización de su práctica profesional”<sup>342</sup>.*

En materia de derecho privado, que un contrato sea de tracto sucesivo tiene efectos en lo que se refiere a su terminación, ya que los produce para futuro. Sin embargo, cobra también relevancia porque -parte de la doctrina- lo considera como un requisito de resolución por excesiva onerosidad<sup>343</sup>.

En este apartado, se desarrolló la idea que la naturaleza de la relación entre el estudiante y la institución de educación, es contractual y que de éste se derivan derechos y obligaciones. Ya ha quedado demostrado que es bilateral y oneroso-conmutativo, por lo que requiere que hayan prestaciones recíprocas entre las partes y que éstas se miren como equivalentes. Por otro lado, también cobra relevancia que sea de tracto sucesivo, por la relación de permanencia que debe haber entre las partes. Si bien es materia de derecho

---

<sup>342</sup> CORTE DE SANTIAGO, Fallo Cit. Diez de Mayo de dos mil once. Legal Publishing N° 49334 (2011), ROL: 2137-2010. Considerando 6°.

<sup>343</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Ob. Cit., pg. 319.

privado analizar cada uno de los derechos y obligaciones que emana del contrato, en nuestro estudio se quiere establecer la noción que existen dos derechos ya en disputa en virtud de este contrato, a saber: el derecho del estudiante a su matrícula y el derecho de la institución a percibir los ingresos que se hubieren estipulado. La mayor discusión jurisprudencial se radica en la negación de la institución de educación superior a otorgar la titulación u la obtención de grados académicos por el no pago de aranceles, asunto que ha nutrido la doctrina de la propietarización de los derechos en el derecho a la educación. Esto debido a que el estudiante tiene un *derecho de propiedad sobre su calidad de estudiante* –derivado del contrato de prestación de servicios educacionales- y es en función de aquello que debe ser protegido mediante la acción cautelar de protección.

A continuación se hará un breve análisis y se mencionarán los fallos más relevantes de la jurisprudencia respecto a la propietarización de los derechos en materia educacional.

### **2.3.- El derecho de matrícula.**

Como bien se ha reiterado, en el caso de los alumnos de instituciones de educación superior, hay un derecho de propiedad sobre la matrícula que deriva del contrato de prestación de servicios educacionales. Soto Kloss fue el primer jurista en reconocer esta doctrina en materia de educación, señalando que el estudiante tiene a su haber un derecho de carácter patrimonial sobre su matrícula. Señala el autor “(que) el alumno al ingresar a la universidad, a través de un acto administrativo de admisión – perfeccionado a través de la matrícula- ingresa a un status donde posee derechos y está sujeto a obligaciones/deberes tanto académicos como disciplinarios”<sup>344</sup>. Y siguiendo la tesis de Soto Kloss, el derecho de matrícula incluye también las calificaciones y sus consecuentes promociones, las que se adquieren de modo irrevocable<sup>345</sup>.

---

<sup>344</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Ob. Cit., pp. 96-97.

<sup>345</sup> *Ibíd.*

Así las cosas, el derecho de matrícula bajo el punto de vista del autor recientemente citado, tiene como contenido lo siguiente<sup>346</sup>:

- (1) **El derecho a recibir una prestación**, que en este caso, es la de servicios educacionales;
- (2) **El derecho a ser calificado y promovido**;
- (3) **El derecho a egresar**;
- (4) **El derecho, -una vez egresado- de efectuar las prácticas, rendir los seminarios y exámenes de grado**;
- (5) **Y el derecho de, una vez cumplidos los requisitos de titulación, obtener el título.**

El autor Eduardo Soto K. sostiene que existe un derecho de propiedad sobre el derecho de matrícula y que tiene como contenido lo enumerado anteriormente. Señala el autor que “es más que indiscutido que se tiene un derecho de propiedad pleno y cabal sobre esas calificaciones, sobre la promoción al curso superior (si se han cumplido las exigencias estatutarias), sobre la promoción – una vez egresado – a efectuar prácticas, seminarios, exámenes de grado, y una vez cumplido todo ello, al título mismo [...] Y se

---

<sup>346</sup> *Ibíd.*

tienen esos derechos, precisamente, por ser los efectos propios de un acto jurídico (...) que para el beneficiario –una vez cumplidos los requisitos exigidos- *ingresan a su patrimonio*, forman parte de él, han sido ‘adquiridos’ (...), siendo ‘propiedad’ del beneficiario/adquirente, y, en consecuencia, amparada constitucionalmente por el recurso de protección”<sup>347</sup>.

“En el caso de acciones que afectan, en el hecho, el derecho a la educación (fundamentalmente por medidas adoptadas por establecimientos educacionales), los tribunales han entendido como infringido el derecho de propiedad sobre la matrícula o, en su caso, la no discriminación arbitraria”<sup>348</sup>. Como bien señala el autor Enrique Navarro<sup>349</sup>, la jurisprudencia en esta materia ha derivado en otorgar protección a derechos que no se encuentran amparados por la acción cautelar de protección, mediante la invocación de otros derechos. En el caso del derecho a la educación, ha sido el derecho de propiedad y el de igualdad ante la ley, las vías que más se han ocupado.

---

<sup>347</sup> *Ibíd.*

<sup>348</sup> NAVARRO B., Enrique. Ob. Cit. Pg. 632.

<sup>349</sup> *Ibíd.*

El desarrollo de la jurisprudencia, no ha sido uniforme<sup>350</sup>: “A fines de la década de los ochenta encontramos sentencias que rechazan las acciones, sosteniendo que la conculcación del derecho a la educación, al estar excluida de la protección constitucional, no puede razonarse sobre la base de otros derechos”<sup>351</sup>. Incluso, en contradicción con la tesis del autor Soto Kloss anteriormente citada, “se denegaba la posibilidad de invocar el derecho de propiedad sobre los títulos profesionales, dado que no participarían del carácter de bienes incorporales”<sup>352</sup>.

Dentro de la jurisprudencia, podemos citar algunos fallos que se han relacionado con la protección del derecho de propiedad para garantizar el derecho a la educación, particularmente el derecho de matrícula. Cabe recalcar que la jurisprudencia es escasa, por lo que solamente citaremos aquellos relevantes para el objeto de estudio. Sin embargo, en principio, podemos afirmar que se encuentra asentado el derecho de matrícula como parte del derecho de propiedad que tiene el estudiante sobre el contrato de prestación de servicios educacionales; y que aquel derecho se nutre de un

---

<sup>350</sup> *Ibíd.*

<sup>351</sup> *Ibíd.*, pp. 632-633.

<sup>352</sup> *Ibíd.*, p. 633.

sin número de facultades (v.gr. obtención del título profesional) y que según el razonamiento de la jurisprudencia favorable a esta tesos, se encuentra vulnerado por cualquier restricción o privación derivada de actuaciones que las instituciones de educación superior han realizado en virtud de las facultades entregadas por la ley.

De partida, citaremos el siguiente fallo que rechazó la acción de protección del derecho de propiedad del estudiante sobre su matrícula, por considerar que la institución de educación superior ha actuado conforme a la ley, lo que excluye la arbitrariedad o ilegalidad de su proceder. Este recurso fue rechazado por la Corte de Santiago en la causa caratulada *Juan Meléndez F. y otros con Universidad de Chile* del 19 de Agosto de 1988 (rol no. 187/1988)<sup>353</sup>, un grupo de alumnos egresados de arquitectura de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile, accionan de protección para cautelar su derecho de propiedad sobre sus títulos universitarios en contra de Juan de Dios Vial L., (Rector delegado de aquella casa de estudios). Esto, a raíz del Decreto Universitario n° 00814, en virtud del cual los obligaba a pagar el arancel de la carrera para la

---

<sup>353</sup> CORTE DE SANTIAGO. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Vol. LXXXV, 1988, pp. 266-270.

obtención del título universitario, el que éstos no podían pagar. Los actores argumentaban que aquel decreto les vedaba la posibilidad de hacer sus proyectos, puesto que el cobro de aquellos aranceles impediría la obtención del título profesional, el cual era requisito para el desarrollo de sus proyectos. Además, argüían que el cobro de esos aranceles les privaba de su propiedad sobre ciertas calidades esenciales derivadas de su calidad de egresados, ya que hasta antes del decreto, no se encontraban obligados al pago de aquellos aranceles. Concluyen que se les lesiona sus derechos sobre la matrícula como resultado de la nueva exigencia pecuniaria que éstos no podían cumplir<sup>354</sup>.

Por su parte, el recurrido se defendía argumentando que la Universidad de Chile se encontraba regida por su estatuto contenido en el D.F.L. n° 153, de 1981, el cual les otorga autonomía y que en virtud de la cual gozan de la potestad para determinar su funcionamiento, administración y forma de distribución de su presupuesto para satisfacer los fines que le son propios<sup>355</sup>. Sostienen aquella afirmación en virtud del artículo 10 de sus Estatutos, el cual señala que el rector es la autoridad

---

<sup>354</sup> *Ibíd.*

<sup>355</sup> *Ibíd.*

máxima y es a él quien le corresponde adoptar todas las medidas conducentes a dirigir y administrar las actividades académicas, administrativas y financieras de la Universidad. En uso de aquellas facultades fueron dictados los Decretos n° 00814 de 1988, que fijó normas sobre pago de matrículas, y n° 002033 de 1987, que fijó la nueva regulación sobre reglamento de Becas para estudiantes de la Universidad de Chile, el que establecía que debían pagar las matrículas aquellos egresados que reciban una atención periódica de las unidades académicas correspondientes, por el tiempo que recibieren dicha atención.

En cuanto a la vulneración de su derecho de propiedad sobre su calidad de egresados y el de matrícula que incluye la idea de permanencia por una exigencia que no podían cumplir, señala el recurrido que el reglamento general de la Universidad de Chile contempla el otorgamiento de grados académicos y títulos profesionales y que no está considerado en él, la ‘calidad de egresado’, como pretenden los recurrentes, de modo que no podrían verse privados de algo que no ha ingresado a su patrimonio<sup>356</sup>.

---

<sup>356</sup> *Ibíd.*

La Corte de Santiago rechazó el recurso por considerar que el Decreto Universitario en cuestión había sido dictado dentro de las facultades que la ley y el Estatuto de la Universidad de Chile le conceden al Rector, por tanto, el acto no era ilegal ni arbitrario<sup>357</sup>. Además, concluye la Corte, que “la calidad de universitarios que poseen los recurrentes no es propiamente la de ‘egresados’, estimada esta calidad como título o grado, pues en el mencionado Plan de Estudios Universitarios no se contempla el título de ‘egresados’”<sup>358</sup>. Por ende, la calidad de los recurrentes es solo la de alumno universitario que se mantiene hasta que obtiene su título, estado que no ha sido alterado, menoscabado ni vulnerado por el decreto universitario que se impugna en el recurso, el cual se refiere únicamente a obligaciones de orden económico de los estudiantes con la Universidad, pues ese estado no es ni constituye derecho similar al de propiedad sobre bienes incorporales, susceptible de ser cautelado por el recurso de protección [...]”<sup>359</sup>.

---

<sup>357</sup> *Ibíd.*, considerandos 11° y 12°.

<sup>358</sup> *Ibíd.*, considerando 14°.

<sup>359</sup> *Ibíd.*

A pesar del fallo recientemente citado, sí existen fallos que han acogido el recurso de protección intentado, han dado sustancia al derecho de matrícula y han establecido casos de privación o restricción de aquel en virtud de actuaciones hechas por las instituciones de educación superior.

En *Julia R. Rojas Bascur con Universidad de Concepción*<sup>360</sup> de Noviembre de 1980, la Corte Suprema, mientras estaba vigente el Acta constitucional no. 3, confirmó la sentencia de la Corte de Concepción, la cual dio lugar a la acción de protección presentado por la actora. A la recurrente por medio de un decreto universitario se le había cancelado la matrícula al hallársele dentro de sus cuadernos universitarios material político considerado subversivo por las autoridades universitarias. En este caso, al igual que en otros que revisaremos a continuación, la parte recurrente no consideró vulnerado el derecho de propiedad sobre su condición de estudiante, sino que su derecho a la educación. Sin embargo, fueron los jueces quienes rectificaron y consideraron que sobre la condición de estudiante se posee una especie de propiedad, y ese derecho fue el vulnerado. La Corte razonó de la siguiente manera:

---

<sup>360</sup> CORTE SUPREMA. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Vol. LXVII, 1980, pp. 109-111.

“3° a) las autoridades universitarias, como todas las otras que ejercen las facultades legales o reglamentarias que le han sido conferidas, deben sometimiento a las disposiciones constitucionales; y entre otras, a las que rigen el recurso de protección cuyo conocimiento una norma de esta índole entregó al poder judicial, como una forma de control de la legalidad quebrantada por causa de actos u omisiones ilegales o arbitrarias de cualquier autoridad o persona: en el presente caso la norma quebrantada es, según el recurso, el artículo 67 del Reglamento de los Alumnos de la Universidad de Concepción aplicado por el Rector a la recurrente sin que hubiera, según ésta, fundamento alguno para ello, y la autonomía universitaria no puede sustraer al Rector del control judicial creado por una norma de jerarquía superior como es el artículo no. 2° del Acta Constitucional no. 3;

b) en cuanto al derecho a la educación no está constitucionalmente protegido por el recurso que se dedujo; pero si este derecho se trueca en un asunto de dominio sobre una cosa incorporal pertinente al sistema educativo, como por ejemplo el derecho relativo a un título

universitario o las calificaciones necesarias para obtenerlos, existe protección constitucional a favor del interesado, el que por un acto arbitrario e ilegal puede que sea privado del dominio que tiene sobre un título o calificación;

c) sobre el mismo asunto del párrafo anterior, es preciso recordar que el recurso de protección ampara no sólo el dominio de cosas incorporales, sino también la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, conforme al número 15 del artículo 1° y al artículo 2° del Acta Constitucional no. 3; y si en el caso que ahora se resuelve la recurrente no invocó específicamente aquel precepto, la preterición no impide a la judicatura un pronunciamiento atinente porque es esencial para la procedencia del recurso la determinación de los hechos que constituyen el agravio – la cancelación de la matrícula en este caso – para que el tribunal protector pueda aplicar a los hechos descritos los textos constitucionales concernientes [...];

d) De acuerdo a los antecedentes, la **recurrente tenía el derecho de adquirir su título, salvo, naturalmente, las infracciones a la**

**reglamentación pertinente que hubieran tenido mérito para la aplicación de la sanción máxima de cancelación de su calidad de alumna, infracciones concretas que no se probó que hubiera cometido**”;

“5. b) la naturaleza jurídica de la matrícula de los alumnos universitarios no está controvertida en este recurso; **pero se afirma que las calificaciones de los alumnos son suyas y una vez obtenidas no pueden ser desposeídos del derecho que tienen para lograr en ellas el título universitario**, salvo las facultades del Rector ejercitadas reglamentariamente;

c) las facultades del rector y las judiciales no son contradictorias, sino *complementarias*, como lo son las de todas las autoridades y personas en relación con la judicatura: todas pueden ser compelidas a presentarse ante la justicia por sus actos facultativos reglados [...];

d) así pues, la autonomía funcionaria en general, o universitaria en particular, está limitada por la facultad que tiene el Poder Funcional

de conocer todos los asuntos del orden temporal que se susciten en el territorio de la República [...].”<sup>361</sup>

En *Aída Cerro Saavedra con Universidad de Concepción* (rol no. 4682/1980, 13 de Octubre)<sup>362</sup> la Corte de Concepción acogió el recurso de protección intentado por la estudiante al cancelársele la matrícula mediante decreto universitario no. 80-439 por haber sido detenida durante la conmemoración del día del trabajador. Razona la Corte de la siguiente manera:

“25) Que el recurso de protección ha sido establecido en el Acta Constitucional no. 3 con el fin de resguardar los derechos ciudadanos para que éstos no queden sometidos al derecho de la libertad personal, sino que a todos aquellos que pudieran ser lesionados por actos arbitrarios tanto de particulares, como de la autoridad. El artículo 2° del Acta Constitucional estableció entre las garantías y derechos constitucionales que por su naturaleza se estimaron susceptibles de ser amparados **como el derecho de propiedad en todas sus manifestaciones**, corporales e

---

<sup>361</sup> *Ibíd.*

<sup>362</sup> CORTE DE CONCEPCIÓN. *Revistas Fallos del Mes*, no. 263, 1980, pp. 235-244.

incorporales, de acuerdo con el no. 16. Este derecho se había traducido respecto de la amparada en el título profesional que a la sazón está en condiciones de obtener.”.

En *Juan E. Baeza Carrasco con Universidad Católica de Chile* (rol no. 13.813/1988, 6 de Abril)<sup>363</sup>, la Corte de Santiago acogió el recurso de protección interpuesto por el estudiante de derecho de dicha casa de estudios a quien se le había cancelado la matrícula. La Corte estableció, primariamente que:

“1º) Que el actor, *en posesión de su calidad de estudiante y asilándose en ella*, se encuentra en situación de **usar su derecho para optar al título de abogado**, cumpliendo las exigencias universitarias y legales que con tal objeto existan.

2º) Que, en efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 565 del Código Civil ‘los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son los que tienen un ser real y pueden ser percibidos por los

---

<sup>363</sup> CORTE DE SANTIAGO. Revista Fallos del Mes, no. 365, 1989, pp. 125-128.

sentidos, como una casa, un libro. Incorporales las que constituyen en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas’.

Y, conforme a lo ordenado en el artículo 576 del mismo Código, las cosas incorporales son derechos reales o personales.

Ahora bien, el artículo 582 del referido Código dispone que ‘El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o derecho ajeno’; y el artículo 583 preceptúa que ‘sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo’.

De tal modo que sobre los derechos o bienes incorporales existe también el derecho de propiedad aunque la ley lo expresa *diciendo ‘una especie de propiedad’, para no identificarlo con el derecho de propiedad de las cosas corporales por tratarse de un derecho de clase o calidad distinta de aquél.*

3º) Que el artículo 19 no. 24 de la Constitución Política del Estado asegura a todas las personas: ‘24. El derecho de propiedad en sus diversas

especies sobre toda clases de bienes corporales e incorporales’; y, como el artículo 583 del Código Civil, dispone que sobre las cosas incorporales hay también ‘una especie de propiedad’, resulta indudable que esta especie o clase de propiedad sobre los derechos incorporales, también se encuentra protegida por el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Carta Fundamental.

Y, es de advertir que el constituyente empleó aquel lenguaje utilizado por el Código Civil en el artículo 583 para garantizar el derecho de propiedad en sus diversas especies.”<sup>364</sup>.

El fallo fue confirmado por la Corte Suprema (rol no. 504/1988), agregando nuevas consideraciones que establecieron que la privación de la matrícula es la perturbación de un germen de derecho de optar al título de abogado. Así en su considerando 3°:

“3°) Que la determinación adoptada en agosto de eliminar como alumno al recurrente quebranta la garantía constitucional del artículo 19 no. 24, inciso 1°, como quiera que el señor Baeza *tiene un derecho a que*

---

<sup>364</sup> *Ibíd.*

*se le respete su calidad de estudiante para que más tarde pueda lograr su licenciatura y el título de abogado,* si cumple con las normas pertinentes del reglamento de estudios. Aún no tiene un derecho al título de abogado, del cual carece, pero su situación de estudiante **es un germen, un principio, que podrá permitirle más tarde alcanzar el título profesional.**

Y en este sentido, al ser privado arbitrariamente de su calidad de estudiante, se ha desconocido este derecho incorporal a que se hizo referencia.<sup>365</sup>

En los casos anteriormente presentados, podemos concluir que la jurisprudencia ha confirmado y dado sustancia al derecho de matrícula que fuera descrito por Eduardo Soto Kloss. Ha considerado que la privación de la matrícula, conlleva una serie de circunstancias que son gravosas para el estudiante, como por ejemplo la pérdida de la oportunidad para obtener el título profesional. Y prontamente podemos concluir que la jurisprudencia no ha considerado relevante la causa de aquella privación (v.gr. mal comportamiento; no pago de aranceles; manifestaciones políticas) sino que el *hecho* de la privación. Por ende, consagra el derecho de matrícula como

---

<sup>365</sup> *Ibíd.*

elemental para el desarrollo pleno del derecho a la educación y que termina por garantizarse por la vía de la protección a la propiedad.

En *Miguel A. Castillo Apolonio con Universidad de Talca* (rol no. 52.485/1997)<sup>366</sup> la Corte de Talca (otra vez, sin que el recurrente haya invocado el derecho de propiedad) acogió el recurso presentado por el estudiante de Agronomía tras haber sido eliminado sin que previamente la Universidad se haya pronunciado sobre la solicitud de condicionalidad presentada por el alumno:

“7°) Que según lo estatuido por el artículo 20 de la Constitución Política de la República, el derecho de protección procede contra actos u omisiones arbitrarios o ilegales que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de alguno de los derechos o garantías establecidos en los números y acápite que del artículo 19° se especifica, entre los que no se incluye el derecho a la educación consagrado en el artículo 19° no. 24° de la Carta Fundamental.

---

<sup>366</sup> CORTE DE TALCA. Revista Fallos del Mes, no. 464, 1997, pp. 1053-1062.

Lo anterior no admite dudas; tampoco aparecía resguardado en el Acta Constitucional no. 3°; y en las actas de la comisión constituyente se dejó constancia que se excluía expresamente del recurso de protección, el derecho a la educación.

8°) Que, sin perjuicio del razonamiento, nada obsta a analizar los hechos en que se basa el recurso, para determinar si un por un acto atribuible al recurrido, el recurrente fue privado, perturbado o amenazado *el derecho de propiedad* a que se refiere el artículo 19 no. 24° de la Constitución Política de la República, protegido ampliamente en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, o si en alguna de esas formas se afectó la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, consagrada en el no. 23° del mismo precepto constitucional.

14°) Que ante la inexistencia de dicha resolución debe concluirse que en la especie se ha procedido a la eliminación del recurrente como alumno regular sin que previamente se produjera el rechazo de su solicitud de condicionalidad formulada, la que de haber sido aceptada

le permitiría continuar gozando de la calidad de alumno de la referida casa de estudios y, en el caso de rechazo, adoptar las decisiones legales procedentes y pertinentes para accionar a fin de obtener su reversión.

15°) Que los hechos precedentemente señalados **importan la privación del legítimo ejercicio del derecho de propiedad** que la Constitución Política del Estado reconoce al recurrente como alumno regular sobre la matrícula otorgada que le confiere la posibilidad de obtener el título de agrónomo en la respectiva Escuela puesto que se ha procedido a su eliminación sin sujeción a la reglamentación correspondiente de esa universidad que obligaba, en forma previa a ella, a resolver sobre su solicitud de condicionalidad.”<sup>367</sup>

En el caso *Pedro Alvear Martínez con Escuela Santa Joaquina de Vedruna* (rol no. 363/1996)<sup>368</sup> la Corte de San Miguel acogió el recurso presentado por la madre de la alumna a quien se le canceló la matrícula porque sus padres se retrasaron en el pago de la escolaridad al considerar

---

<sup>367</sup> *Ibíd.*

<sup>368</sup> CORTE DE SAN MIGUEL. Gaceta Jurídica, no. 201, 1997, pp. 80-82.

que la medida afectaba el derecho de propiedad sobre la condición de estudiante, aun cuando la requirente no lo había invocado:

“13.- Que, en tal virtud, la excesiva severidad de la medida adoptada – que recae directamente sobre la estudiante ajena al conflicto apoderados/colegio - y la *falta de proporcionalidad* que se advierte entre ella y el hecho que la provocó, sin haberse tenido en cuenta los antecedentes mencionados en los razonamientos 4.- a 12.-, determinan que la cancelación de la matrícula debe ser calificada como un acto arbitrario, susceptible de ser corregido a través de la acción cautelar interpuesta, tanto más si se considera que fue impuesta en época del año en la cual es público y notorio que los estudiantes no logran encontrar fácil ubicación en otro establecimiento, dado que las gestiones pertinente deben ser efectuada con mucha anticipación al término del año.

14.- Que el derecho a la educación está asegurado a todos los habitantes de la República en el artículo 19 no. 10 de la Carta

Fundamental, derecho cuyo acceso se ve impedido por la cancelación de la matrícula.

A este respecto, no está de más recordar que la Ley no. 18.962, Orgánica Constitucional de Educación, declara que la educación **es un derecho** de todas las personas, y que le corresponde a la comunidad en general el deber de contribuir al desarrollo perfeccionamiento de la educación.

15.- Que el mérito de las argumentaciones precedentes lleva a concluir que se ha menoscabado, asimismo, la garantía protegida a través del artículo 19 no. 24 de la Constitución Política, toda vez que la estudiante Lorena Alvear Hernández es **titular de un derecho inmaterial de propiedad sobre su condición de estudiante** – cuya integridad ha de ser respetada-, puesto que, de acuerdo al Código Civil, tal derecho puede recaer no sólo sobre cosas corporales, sino también incorporales, como la que ha motivado esta Litis.

Si bien el recurrente no ha invocado la garantía citada, esto no inhibe al tribunal que ha sido requerido para restablecer el imperio del

derecho, de advertir su concurrencia y efectuar, dentro de la órbita de su competencia, un análisis amplio y profundo del conflicto, con todas sus ramificaciones jurídicas, sin estar atados únicamente a formalidades externas.”<sup>369</sup>

En este último fallo, la Corte deja de manifiesto dos razonamientos: el primero, al señalar que el derecho a la educación está recogido en la ley, específicamente en la Orgánica de Enseñanza, y es en virtud de ello que la legislación le da una titularidad. Sin embargo, ésta no se encuentra garantizada constitucionalmente lo que viene a ratificar el párrafo siguiente, pero que por la vía de la propiedad, se establece su derecho sobre *la calidad de estudiante*. Claramente y como hemos venido formulando, la calidad de estudiante se adquiere una vez que se ha perfeccionado el contrato de prestación de servicios educacionales.

En *Miguel Barraza González con Colegio Salesiano San Ramón de la Serena* (rol no. 22.396/1998)<sup>370</sup> la Corte de La Serena dio a lugar al recurso presentado en contra de la cancelación de la matrícula por parte del

---

<sup>369</sup> *Ibíd.*

<sup>370</sup> CORTE DE LA SERENA, Revista Gaceta Jurídica, 218, 1998. Pp.49-53.

establecimiento educacional. En su considerando 6°, derechamente la Corte acogió la tesis que está siendo tratada que es la incorporación al patrimonio del estudiante de su derecho de matrícula, cuya fuente es el contrato de prestación de servicios educacionales:

“6°) [...] la cancelación de la matrícula decidida por la autoridad de la escuela San Ramón, debe ser considerada **como una acción arbitraria que resulta atentatoria contra la garantía constitucional prevista en el no. 24 de la Constitución Política de la República**, si se considera que el alumno, al celebrar el respectivo contrato de prestación de servicio educacional, mediante la correspondiente matrícula, **llevó a su patrimonio el derecho incorporal de señalar el servicio educacional, derecho que es una de las formas que reviste el dominio [...]**”.

En *Myriam Valenzuela Faúndez con Universidad de Talca* (rol no. 56.215/2000)<sup>371</sup>, la Corte de Talca acogió la acción de protección presentada por la alumna de Derecho por haber sido eliminada de la carrera al haber reprobado tres veces el curso Derecho Civil II, aunque entre el año

---

<sup>371</sup> CORTE DE TALCA. Revista Fallos del Mes, no. 494, 2000, pp. 3132-3140.

1996 y 1998 se había modificado su contenido (en el año 1996 abarcaba bienes y obligaciones, mientras que para los años 1997 y 1998 contenía obligaciones y fuentes de las obligaciones):

“7°) Que de lo que se deja señalado en los razonamientos que anteceden, aparece demostrado que la resolución de eliminación que afecta a doña Myriam Valenzuela Faúndez ha sido adoptada con infracción de las normas que sobre la materia se contemplan en el respectivo Reglamento de Régimen de Estudios de la Universidad de Talca, **con lo que ilegítimamente se ha conculcado su derecho de propiedad respecto de su condición de alumna de la Escuela de Derecho de dicha Universidad** [...]”.

En *Sandra Lecaros Torres con Instituto AIEP S.A.* (rol no. 60.845; Gaceta Jurídica; 2002), sucursal de Curicó, la Corte de Talca acogió el recurso presentado por la recurrente en contra del instituto que se negaba a entregarle un certificado de concentración de notas por aranceles impagos:

“2° Que en el caso de autos, la recurrente fundamenta su acción cautelar en que se ha vulnerado su derecho a la educación consagrado

en el artículo 19 no. 10 de la Constitución Política de la República, por parte del Centro de Formación Técnica AIEP S.A., fundando aquélla en que por inconvenientes económicos suyos se encuentran impagas algunas mensualidades y habiendo solicitado a la dirección de ese establecimiento certificados de concentración de notas y de estudios, respecto al grado académico cursado, su emisión le ha sido condicionada a previo pago de dichos aranceles.

3° Que la entidad recurrida en su informe de rigor solicita el rechazo del recurso fundado en la improcedencia de éste, en razón a que el recurso de protección no ampara la garantía constitucional en el cual lo cimienta la recurrente [...].

4° Que al respecto corresponde dejar precisado que **el recurso de protección no es formal**, lo que obliga a esta Corte a considerar cuál sería en definitiva la garantía constitucional vulnerada, en correspondencia con el hecho señalado como fundamento de la acción cautelar.

5° Que en la especie, **la recurrente tiene una propiedad incorporal sobre logros académicos obtenidos en dicho establecimiento**, lo que la habilita para solicitar los expresados certificados para presentarlos en otro plantel educacional.

6° Que, en cuanto al previo pago de los aranceles adeudados por la recurrente al establecimiento antes mencionado, no puede perturbar el derecho a que se ha hecho referencia en el fundamento anterior, **toda vez que tal condicionamiento no tiene base en el ámbito jurídico**

[...]

7° Que el actuar del recurrido conculca el aludido derecho de propiedad, consagrado en el artículo 19 no. 24 de la Constitución Política de la República, razón por la cual la presente acción de protección deberá ser acogida.”

En *Daniela A. Espinoza Ellis con Universidad Santo Tomás* (rol no. 620/2004)<sup>372</sup> la Corte Suprema revocó la sentencia que rechazó el recurso de protección intentado por la alumna de Derecho a quien, el día 4 de

---

<sup>372</sup> CORTE SUPREMA. Revista Fallos del Mes, no. 520, 2004, pp. 153-160.

diciembre, se le había informado negado rendir los exámenes, fijados para el día 9 del mismo mes, para aprobar el 3er año de la carrera por encontrarse morosa en las mensualidades del año 2003. Anteriormente, en marzo de 2003, la recurrente había pagado la totalidad del arancel mediante un vale vista del Banco del Desarrollo, pero la Universidad decidió imputarlo a deudas de años anteriores. En primera instancia la Corte de Santiago rechazó la acción (rol no. 8244/2004), siendo revocada la sentencia por la Corte Suprema al considerar que se vulneraba el derecho de propiedad:

“8°) Que de lo expuesto se desprende la Universidad recurrida actuó de modo ilegal, vulnerando la normativa sobre la imputación del pago, anteriormente mencionada, y además procedió de un modo arbitrario, porque sin que concurriera razón justificada suspendió de las actividades académicas consistentes en la rendición de los exámenes de fin de año a la recurrente, lo que era improcedente de que ésta había cancelado dicho año académico de contado, con el producto del tanta veces aludido préstamo. Con ello se vulneró la garantía consagrada en el no. 24° del artículo 19° de la Carta Fundamental,

esto es, el derecho de propiedad de la recurrente, a quien se le recibió el pago correspondiente al año académico 2003 para luego, *unilateral e incorrectamente*, tenerla por deudora de dicho período, dejándose de esa manera en situación de no poder exigir la contraprestación pertinente.”.

En *Francisca Sáez Suárez con Universidad San Sebastián* (rol no. 69/2011)<sup>373</sup> la Corte de Puerto Montt acogió el recurso de protección hecho valer por la estudiante de medicina veterinaria por cuanto la Universidad, alegando aranceles adeudados, se negaba a otorgarle el título universitario:

“*Quinto*. Que, existiendo un contrato de prestación de servicios educacionales del cual emanan derechos y obligaciones para ambas partes, la forma legal de solicitar el cumplimiento de aquellas que se estiman incumplidas es a través de las acciones jurisdiccionales correspondientes, resultando ilegítimo utilizar cualquier medio de presión para obtener dicho pago [...].

---

<sup>373</sup> CORTE DE PUERTO MONTT. Revista Gaceta Jurídica, no. 371, 2011.

*Sexto.* Que los razonamientos señalados conducen a estimar injustificada y carente de razón lógica la actitud de la recurrida y, por lo tanto, arbitraria puesto que condiciona la entrega del certificado al previo pago de la deuda pendiente y con ello discrimina a la actora al privarla de la documentación que necesita [...].

*Octavo.* Que, por otra parte, al respecto cabe tener presente que el otorgamiento de un certificado no impide el ejercicio, por las vías jurisdiccionales correspondientes, del cobro por parte de la recurrida, de los aranceles impagos por la recurrente y, de contrario, su no otorgamiento por la existencia de deudas previas, **sí conculca la garantía constitucional del derecho de propiedad sobre un bien incorporal** contemplada en el numeral 24 del artículo 19° de la Constitución Política de la República de doña Francisca Sáez Suárez, **respecto de su calidad de egresada** de la Universidad recurrida, y de obtener los antecedentes que la habiliten para obtener la titulación de médico veterinario.”

Por último citaremos el voto de minoría redactado por el Ministro de Corte Haroldo Brito y el Abogado integrante Benito Mauriz en dos sentencias de la Corte Suprema (rol no. 3.853/2008 y rol no. 7.359/2009)<sup>374</sup> en las que se rechazaron recursos de protección intentados por los apoderados de alumnos a quienes se les había cancelado la matrícula en sus respectivos establecimientos. En ambos casos las escuelas a las cuales pertenecían los estudiantes alegaron que éstos habían vulnerado el reglamento de disciplina interna que los regía, por lo que, amparándose en el mismo reglamento, procedieron a cancelarles la matrícula. Los recursos fueron rechazados, pero el voto disidente, redactado en términos idénticos en ambas sentencias, de los dos integrantes mencionados aborda la discusión no desde el punto de vista contractual de una prestación de servicios, sino que desde la especial naturaleza del derecho en cuestión:

“1° No obstante existir un contrato de prestación de servicios educacionales, el conflicto jurídico derivado de la no renovación de la matrícula de estudios **no es de naturaleza contractual. Esta cuestión está vinculada al derecho a la educación y al derecho de los padres**

---

<sup>374</sup> CORTE SUPREMA. Revista Gaceta Jurídica, no. 341 (2008), y Gaceta Jurídica, no. 354 (2009).

*de escoger el establecimiento de enseñanza* para sus hijos que previenen los numerales 10° y 11° inciso 4° del artículo 19 de la Constitución Política de la República y, como se explicará, ha de ser resuelta desde la garantía de la igualdad; por todo lo cual han de aplicarse criterios jurídicos relativos a esta clase de derechos constitucionales.

A juicio de los disidentes la exclusión del estudiante es arbitraria, y vulnera la ya mencionada garantía de igualdad.

2° Es sabido que los derechos fundamentales tienen una pretensión moral que es recepcionada por el Derecho positivo para que la finalidad de éstos pueda ser alcanzada plenamente. De lo anterior deriva que una acertada comprensión de esta materia sólo puede ser el resultado del escrutinio de la moralidad implícita de lo que se trata y de su correspondencia con la legalidad –y la arbitrariedad en esta clase de acción-, esto es, dicho de otro modo, el análisis no ha de hacerse sólo desde la juridicidad que deriva de la ley secundaria como son las normas contractuales sino también **a partir de los valores jurídicos y**

**del contenido de la norma constitucional eventualmente vulnerada.**

3° El recurso de autos obliga a resolver si la referida exclusión importa una negación injustificada de la igualdad de acceso a la educación que la Constitución Política de la República asegura, en este caso por la imposibilidad de que el menor continúe su proceso formativo en el colegio al que se integró los años precedentes.

Es un problema de igualdad de oportunidades porque, como se ha dicho, la decisión del educador impide que el estudiante conserve la calidad de integrante del establecimiento educacional y obtenga los beneficios educativos que su desarrollo requiere y que se espera sea completo, en circunstancias que éstos son proporcionados a los demás alumnos. Planteadas así las cosas, el disidente se pregunta si tal discriminación a resultas de la actuación del alumno de que se trata queda suficientemente justificada.

En concepto de los disidentes del reglamento del colegio contenido en denominado *Community Handbook*, no obstante contener una cláusula

en tal sentido, no justifica la desvinculación del estudiante, porque en razón de lo que se trata, educación en el sentido del artículo 2° de la ley no.18.962, esta estipulación es impertinente.

Además, según el criterio de los disidentes, **la autonomía de la voluntad y la aceptación de aquella cláusula no legitiman la decisión reclamada atendido el contenido moral del contrato, por la especial naturaleza de lo regulado [...].**

4° Para el análisis de la garantía de la libertad es indispensable tener en consideración que la igualdad supone que todas las personas deben ser tratadas igualitariamente, y que un trato diferenciado es concebible únicamente a resultas de razones valederas, porque de existir éstas o ser inaceptables las que sean entregadas se está en presencia de una discriminación [...].

5° La decisión de excluir al menor no es aceptable desde la perspectiva de la garantía constitucional de la igualdad. En efecto, no obstante entender que la diferenciación es objetiva porque no es consecuencia de criterio sujetos a interpretación y porque nada indica

un proceder selectivo tenido corrientemente como forma de desconocimiento –a juicio de los disidentes no es razonable o proporcional. La razonabilidad o justificación razonable es un indicador al cual debe recurrirse para constatar la presencia de objetivos válidos o conformes con la Constitución, y la inferencia ha de ser consecuencia de un proceso intelectual en el que los valores han de ser ponderados y sopesados, el que también otorga posibilidades de control por terceros. (En este sentido Robert Alexy. ‘Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales’).

Es claro, y no es necesario justificar la afirmación, que el Derecho acepta discriminaciones, y que el límite de las mismas han de ser los valores que sirven de base a los Derechos Fundamentales y a la organización del Estado Democrático de Derecho [...]”.

Este voto de minoría redactado en los mismos términos en dos sentencias distintas es, a nuestro juicio, importante por dos razones. En primer lugar porque pone un límite a la autonomía de la voluntad contractual al afirmar que, atendida la especial naturaleza del objeto del

contrato, deben primar las normas constitucionales de igualdad y libertad de enseñanza. En segundo lugar, porque incorpora el principio de razonabilidad para determinar si la expulsión de los alumnos se ajusta o no a Derecho. Desde luego, el que sea un voto de minoría es un punto en contra que no puede ser negado, sin embargo, también es un reflejo que la práctica de los Tribunales no es inmune a las tendencias constitucionales modernas que conceptualizan a los derechos sociales como derechos justiciables y no meras expectativas de ellos; además, es normal que las posiciones doctrinarias de “vanguardia” sean, en un primer momento, minoritarias, para luego llegar a ser dominantes como en el caso del alza de los planes de salud por las ISAPRES.

Como fue posible apreciar, en materia de recursos de protección colisionan dos principios: por un lado y como se ha venido señalando, el principio de la protección de la propiedad sobre los derechos del estudiante que, en este caso, es el derecho a la educación y su consecuente derecho de matrícula. Por el otro lado, sin embargo, los recurridos han desarrollado como defensa que de los actos que están siendo objeto del recurso, fueron la consecuencia del ejercicio de las potestades que la propia legislación les ha

consagrado. Especial relevancia cobra la redacción de sus cuerpos normativos, como la de sus reglamentos, los que constituyeron en final la justificación de los establecimientos educacionales para las expulsiones y/o vulneraciones de los derechos de los estudiantes. Esto último, jurídicamente, es el ejercicio de una facultad, derivada a su vez de un principio que se ha considerado rector en materia educacional: el *principio de autonomía universitaria*. A continuación se hará referencia sobre lo que la doctrina ha desarrollado al respecto y cómo nuestra legislación lo consagra.

## 2.4.- El principio de autonomía universitaria.

Como se hizo mención en el apartado anterior, los principales argumentos jurídicos que esgrimían los recurridos se encuentran fundamentados en el principio de autonomía universitaria. En nuestra legislación está recogido y definido, específicamente en la Ley 20.370, conocida como Ley General de Educación<sup>375</sup> que en su título V, artículo 104, inciso primero, establece:

*Artículo 104, inciso primero – Ley 20.370. Se entiende por autonomía el derecho de cada establecimiento de educación superior a regirse por sí mismo, de conformidad con lo establecido en sus estatutos y en todo lo concerniente al cumplimiento de sus finalidades y comprende la autonomía académica, económica y administrativa.*

---

<sup>375</sup> Solo como antecedente, la norma que prohíbe la creación de Universidades privadas con fines de lucro se encuentra en el título III, párrafo 1º, artículo 53, inciso primero de la Ley 20.370.

*Artículo 53, inciso primero – Ley 20.370.- Las universidades, los institutos profesionales y los centros de formación técnica estatales solo podrán crearse por ley. Las universidades que no tengan tal carácter, deberán crearse conforme a los procedimientos establecidos en esta ley, y serán siempre corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro para el efecto de tener reconocimiento oficial.*

Es interesante observar la redacción en términos imperativos de la norma anteriormente citada.

Por ende, el legislador les confiere expresamente un derecho a los establecimientos de educación superior, destinado a “regirse por sí mismos”, todo en cuanto a la cátedra, establecimiento de aranceles, destinación de recursos, entre otros. Por lo que se puede vislumbrar, es una concepción amplia y que no encuentra mayor restricción que el respeto por la ley, el orden público y las buenas costumbres.

En sus siguientes incisos, el legislador establece el contenido de la autonomía universitaria, que son: la autonomía académica, económica y administrativa.

*Artículo 104, incisos segundo y siguientes – Ley 20.370.- La autonomía académica incluye la potestad de las entidades de educación superior para decidir por sí mismas la forma cómo se cumplan sus funciones de docencia, investigación y extensión y la fijación de sus planes y programas de estudio.*

*La autonomía económica permite a dichos establecimientos disponer de sus recursos para satisfacer los fines que le son propios de acuerdo con sus estatutos y las leyes.*

*La autonomía administrativa faculta a cada establecimiento de educación superior para organizar su funcionamiento de la manera que estime más adecuada de conformidad con sus estatutos y las leyes.*

Por otro lado, en el artículo 105 de la misma ley, señala otro principio que rige a los establecimientos de educación superior y que es el de libertad académica.

*Artículo 105 – Ley 20.370.- La libertad académica incluye la facultad de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, cumpliendo los requisitos establecidos por la ley, y la de buscar y enseñar la verdad conforme con los cánones de la razón y los métodos de la ciencia.*

En el artículo siguiente, el legislador establece los límites a ambos principios. Señala el legislador:

*Artículo 106 – Ley 20.370.- La autonomía y la libertad académica no autorizan a las entidades de educación superior para amparar ni fomentar acciones o conductas incompatibles con el orden jurídico ni*

*permite actividades orientadas a propagar, directa o indirectamente, tendencia político partidista alguna.*

*Estas prerrogativas, por su esencia misma, excluyen el adoctrinamiento ideológico político, entendiendo por tal la de enseñanza y difusión que excedan los comunes términos de la información objetiva y de la discusión razonada, en las que se señalan las ventajas y las objeciones más conocidas a sistemas, doctrinas o puntos de vista.*

Y el artículo 108, establece la potestad de los establecimientos para dictar sus propios estatutos y/o reglamentos para el cumplimiento de los principios anteriormente citados.

*Artículo 108 – Ley 20.370.- Los establecimientos de educación superior establecerán en sus respectivos estatutos los mecanismos que resguarden debidamente los principios a que se hace referencia en los artículos anteriores.*

Es importante destacar que el principio de autonomía universitaria es de rango legal y no constitucional, porque la CPR no lo establece ni menos

la desarrolla<sup>376</sup>. El autor Manuel A. Núñez<sup>377</sup>, señala que “para demostrar esta afirmación es preciso recordar preliminarmente que la Constitución de 1980 no reconoció, con *status* constitucional, la autonomía de las universidades estatales. En efecto, a diferencia de lo que dispuso la Constitución de 1925 tras el ‘Estatuto de garantías’ de 1971 (...), la Constitución de 1980 guardó silencio en lo que se refiere a autonomía de las universidades estatales”.<sup>378</sup> Si bien este último autor hace referencia a la aplicación del principio de autonomía al ámbito de las universidades estatales, este principio se encuentra también reconocido legalmente a aquellos institutos de educación superior que se crearon con posterioridad a 1981, puesto que el artículo 104 se encuentra dentro del título V de la Ley 20.370 que es de aplicación general.

Sin embargo, Núñez señala que hay que distinguir la autonomía de las universidades estatales versus de las privadas: en principio, para las

---

<sup>376</sup> Sin embargo, a nuestro juicio el de libertad académica sí está consagrado constitucionalmente, dentro de la libertad de enseñanza (artículo 19, n°11 – CPR), la que incluso está amparado por la acción cautelar de protección.

<sup>377</sup> NUÑEZ, Manuel A. Las Universidades Estatales y la construcción unitaria del principio de autonomía universitaria: Ensayo de una crítica a la jurisprudencia constitucional chilena. Estudios Constitucionales, Año 5, N°2, 2007, pp. 223-249. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. [en línea] <[http://www.cecococh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n\\_2\\_5\\_2007/12\\_Las\\_universidades.pdf](http://www.cecococh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/12_Las_universidades.pdf)> [consulta 24 mayo 2013]

<sup>378</sup> *Ibíd.*, p. 225.

universidades estatales es de rango legal, pero para aquellas que no lo son y que fueron creadas con posterioridad a 1981, tiene un rango *constitucional*, pero no porque el constituyente lo haya consagrado de manera expresa, sino que por aplicación del principio de la autonomía de los *cuerpos intermedios*. Señala el autor en comentario que “La autonomía de las universidades privadas resulta ser la particular manifestación, en el ámbito educacional, de la autonomía de los grupos intermedios que reconoce el primer artículo de nuestra Constitución y que resultan del ejercicio de las libertades de asociación (artículo 19, número 15 – CPR), y de enseñanza, especialmente en su dimensión institucional (artículo 19, número 11 – CPR)”<sup>379</sup>. Más aún, señala que el objetivo del constituyente fue omitir la autonomía constitucional a las universidades estatales, dándole a éstas solo un rango legal, con el fin que sus facultades de administración y económicas estuvieran sometidas dentro de su potestad reglamentaria. En cambio, las universidades que sean corporaciones de derecho privado, sí tienen una autonomía constitucional, pero solo reconocidas dentro del principio de autonomía de los *cuerpos intermedios*. Por lo tanto, el

---

<sup>379</sup> *Ibíd.*, p. 229.

constituyente procuró que las instituciones de educación superior creadas con posterioridad a 1981, tuvieran autonomía con rango constitucional y, en consecuencia, dotadas de una mayor y mejor protección jurídica. “El binomio señalado (asociación y enseñanza) otorga fundamento y protección constitucional a las universidades no estatales en la gama más amplia de sus funciones (y, especialmente en la docente, que vendría a ser la única función oficial y exclusiva de estos cuerpos intermedios) y de sus características de identidad”<sup>380</sup>.

En vista de lo anterior, existe una dicotomía jurídica en la consagración de la autonomía, dependiendo de la institución. En el caso de las corporaciones de derecho privado, su autonomía encuentra rango constitucional en la protección de un ejercicio de la libertad (en este caso, organizacional); en cambio, las instituciones estatales no verían su autonomía consagrada constitucionalmente, solo legalmente, precisamente porque no se consideran cuerpos intermedios de la sociedad, sino que solamente instituciones del Estado. “En este sentido, la autonomía fundacional, de organización, de definición de los fines y del ideario propio,

---

<sup>380</sup> *Ibíd.*

como también de los medios necesarios para alcanzarlos, son una manifestación más del principal atributo que la Constitución reconoce al individuo frente al Estado: su libertad. Las universidades estatales, en cambio, surgen de un acto esencialmente público: la ley (...). En cuanto tal, el órgano público nunca podrá poseer derechos en el sentido liberal-constitucional del término. Aquel se encontrará dotado y ejercerá, en su caso, las competencias con las que se encuentra investido”<sup>381</sup>.

Siguiendo al autor, éste plantea la construcción de un concepto unitario de autonomía universitaria, el cual tendría como contenido<sup>382</sup>:

- 1) La capacidad para administrar y regular el uso de sus bienes;
- 2) La determinación de los requisitos para expedir un título profesional y la libertad que las universidades poseen frente a los criterios de la Contraloría General de la República para entender cuándo se está frente a un título profesional y cuándo no;
- 3) La forma en que deben elegirse sus autoridades rectorales;
- 4) La capacidad directiva de los decanos;

---

<sup>381</sup> *Ibíd.* P. 230.

<sup>382</sup> *Ibíd.*, pp. 230-231.

- 5) La facultad para definir las diversas formas que asume la docencia universitaria y destinar a sus profesores a cumplir sus funciones docentes de acuerdo a dichas definiciones;
- 6) La facultad para dictar “ordenanzas, reglamentos, decretos y resoluciones para su administración y el mantenimiento del buen orden”;
- 7) La forma en que debe ponerse término a las funciones de sus empleados;
- 8) La forma de distribución de los beneficios económicos entre los funcionarios; y la (in)competencia para otorgar beneficios previsionales no contemplados en la ley;
- 9) La facultad para determinar el cobro de aranceles a sus estudiantes y, en general, el régimen de derechos de estos últimos;
- 10) La capacidad para suprimir cargos de planta de funcionarios.

De la jurisprudencia citada en el apartado anterior y con la enunciación de las facultades que conlleva la autonomía universitaria, es posible advertir que las controversias jurídicas entre los estudiantes y la institución de educación superior, surgen a raíz de las facultades de:

determinación de requisitos para la obtención del título profesional; la de dictar ordenanzas y reglamentos para *su administración* y aquella para determinar el cobro de aranceles a sus estudiantes; *versus* al derecho de propiedad del estudiante sobre su matrícula (derecho de matrícula). Así fue contrastado, al determinar que la mayoría de los recurrentes reclamaron la vulneración del derecho de propiedad sobre su matrícula, por el ejercicio de las facultades recientemente descritas, ya que no se les permitía (en la mayoría de los casos) la obtención del título profesional por concepto de aranceles impagos.

Así, las instituciones de educación superior argumentaban que dentro de su organización y conforme a los reglamentos que dictaban al amparo de la ley (v.gr. los cuales les facultaba a no otorgar el título profesional sin el pago de aranceles ordinarios o extraordinarios), éstos podían negar el otorgamiento de los títulos profesionales en cuestión. Por último, como bien señalamos en el apartado anterior, hay jurisprudencia que señala que finalmente lo que se debe proteger es el derecho de propiedad del alumno sobre su matrícula, y como consecuencia de ello otorgar protección indirecta al derecho a la educación. Radica ahí la importancia de entender

qué es el principio de autonomía universitaria y de las facultades que implica, porque la ley solo se dedica a enunciar –a grandes rasgos- su contenido.

Núñez, cita considerandos de sentencias que rechazan el binomio de autonomía universitaria, afirmando -por el contrario- que en Chile sí hay un concepto unitario de autonomía. Cita una sentencia de la Corte de Santiago del año 2002, *Pardo Marchant con Universidad de Chile*, en la cual resalta que “El concepto de autonomía universitaria es uno solo y es aquel definido por el artículo 75 del cuerpo legal antes citado (actualmente, artículo 104 de la ley 20.370), por lo que al no entenderlo así se llegaría al absurdo de colocar en una situación de clara desventaja a esta universidad estatal, rigidizando su administración con evidente menoscabo de su autonomía administrativa, en relación al trato que el orden jurídico dispensa a otras corporaciones”<sup>383</sup>.

Solo dejamos planteado que existe un debate respecto a la autonomía universitaria y su rango de protección, dependiendo de la propiedad de la institución: si es pública o privada. El autor citado concluye que las

---

<sup>383</sup> *Ibíd.*, pg. 235.

universidades estatales se rigen por el principio de autonomía, pero de manera distinta que las corporaciones de derecho privado, cuya fuente es el Estatuto Administrativo.

Ahora bien, el objeto de estudio de este trabajo será determinar si es legal y constitucionalmente permitido que una institución de educación superior, pueda vulnerar el derecho del estudiante a la educación, en virtud del principio de autonomía y de sus consecuentes potestades reglamentarias. En particular, nuestro estudio se enfocará hacia el cobro desproporcionado de aranceles, por el fenómeno económico por el cual atraviesa el mercado de la educación superior y que fue analizado en el primer capítulo de este trabajo. Y, dentro de las facultades legalmente expresas, la que debe ser analizada y contrastada es aquella económica, puesto que “en el plano *económico* la autonomía otorga a las universidades la capacidad de fijar sus propias remuneraciones en conformidad a la ley, la facultad de regular el cobro de sus acreencias, las modalidades de pago de los aranceles que

adeuden los estudiantes y todo lo relativo a la percepción de los recursos que integran su patrimonio”<sup>384</sup>.

En la doctrina comparada, se puede apreciar un mayor desarrollo del principio en estudio. El jurista español Francisco de Borja, define a la autonomía universitaria –de partida consagrada constitucionalmente-, como *“un poder limitado de autonormación y, por extensión, de autogobierno, distinguiéndose así con claridad de soberanía como poder en principio ilimitado de autonormación y autogobierno”*<sup>385</sup>, de manera que *“autonomía administrativa sería siempre un autogobierno en el marco de las leyes”*<sup>386</sup>. Para el autor italiano Massimo Severo Giannini la autonomía es fundamentalmente autonomía normativa entendida como la *“potestad atribuida, en el ordenamiento jurídico estatal, a entes distintos del Estado de emanar normas que formen parte del mismo ordenamiento jurídico estatal”*<sup>387</sup>.

---

<sup>384</sup> *Ibíd.*, pg. 247.

<sup>385</sup> DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco De. La autonomía de las Universidades como derecho fundamental: la construcción del Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, España, 1991, p. 22.

<sup>386</sup> *Ibíd.*, página 24.

<sup>387</sup> GIANINNI, M.S., Autonomía (Saggio sui concetti di autonomia), Rivista trimestale di Diritto Pubblico 1951, p. 856, citado en F. de Borja López-Jurado, op. cit., p. 23.

Por ende para la doctrina comparada, el concepto de autonomía normativa está relacionado con la potestad de dotarse de un ordenamiento jurídico particular, tal y como lo ha entendido el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 55/1989:

“[la autonomía universitaria] es una potestad de autonormación entendida como capacidad de un ente (en este caso de la universidad) para dotarse de su propia norma de funcionamiento o, lo que es lo mismo, de un ordenamiento específico y diferenciado, sin perjuicio de las relaciones de coordinación con otros ordenamientos en lo que ha de integrarse”<sup>388</sup>.

Precisando su contenido, John Farrant<sup>389</sup> la entiende como “*un poder que permite a las universidades designar el personal académico sin interferencias externas, decidir a quiénes se admite como estudiantes, identificar lo deben enseñar y cómo enseñarlo, determinar sus propias*

---

<sup>388</sup> BORJA LÓPEZ-JURADA ESCRIBANO, Francisco De. Ob. Cit. P. 25.

<sup>389</sup> FARRANT, J., *Central control of the university sector*, en *British Higher Education*, Londres, 1987, p. 48, citado en FERRADA BORQUEZ, JUAN CARLOS, *La autonomía universitaria y los recintos universitarios: algunas reflexiones crítica acerca del contenido de esta relación jurídica*, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, no. 209, 2001, p. 78-95.

*normas, establecer las prioridades académicas y adoptar los patrones de su futuro desarrollo”.*<sup>390</sup>

La finalidad de la autonomía universitaria, es asegurar la libertad de cátedra o enseñanza<sup>391</sup>. Para el Tribunal Constitucional (en adelante TC), en su sentencia Rol no. 523/2006, la libertad de enseñanza está garantizada no sólo por el precepto constitucional que se refiere a ella (esto es, el numeral 11° del artículo 19° de la Carta Política), sino que también por la autonomía universitaria<sup>392</sup>:

**“VIGESIMOSEPTIMO:** Que, del mismo modo, la autonomía universitaria tiene además fundamento en sede constitucional, **toda vez que constituye la garantía institucional de la libertad de enseñanza**, tutelada en el artículo 19 no. 11 de la Constitución Política de la República;

**VIGESIMOOCTAVO:** Que, en efecto, como se ha expresado por la doctrina, desde una perspectiva más finalista, la autonomía

---

<sup>390</sup> *Ibíd.*

<sup>391</sup> FERRADA B., J.C., *op. cit.*, p. 78-79.

<sup>392</sup> NÚÑEZ, Manuel A. *Ob. Cit.*, p. 245.

universitaria importa ‘una fórmula organizativa de la administración pública prevista por el constituyente como garantía de la libertad de enseñanza. (Palma, B., L’Università fra accentramento ed autonomia, Urbino, 1983, pp. 188 y 189). De este modo ‘la autonomía universitaria es una garantía institucional de la libertad académica y cuyo contenido esencial está determinado por esta’. (Juan C. Ferrado Bórquez, La autonomía universitaria, Revista de Administración Pública no. 117, 1988, p.11). De este modo, la libertad de enseñanza constituye ni más ni menos que uno de los fundamentos esenciales de la autonomía que singulariza a las universidades, *cualquiera sea su naturaleza*;

**VIGESIMONOVENO:** Que así las cosas, si bien la autonomía universitaria no se encuentra reconocida y tutelada expresamente en la carta fundamental, *se relaciona estrecha e indisolublemente con la libertad de enseñanza*, conformada por el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, en los términos que

resguarda y ampara el artículo 19 no. 11 de la Constitución Política de la República”<sup>393</sup>.

A nivel legal, como bien se señaló anteriormente, está definida en el artículo 104 Ley no. 20.370. Cabe recordar que la Ley no. 20.370 General de Educación, derogó la Ley no. 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza, salvo sus títulos III, excepto su párrafo segundo referente al Consejo Superior de Educación y sistema de Acreditación, y IV, los cuales fijan la normativa aplicable a los establecimientos de educación superior (de modo que el artículo 104 corresponde al artículo 75 de la LOCE).

La jurisprudencia ha señalado que dentro de las facultades que la autonomía otorga están la de dictar ordenanzas, reglamentos, decretos y resoluciones para su administración y la de fijar el cobro de aranceles<sup>394</sup>.

Como se ha argumentado por las universidades recurridas, la determinación

---

<sup>393</sup> *Ibíd.*, pp. 232-235.

<sup>394</sup> *Ibíd.*, pp. 230-231. El considerando 5º de la sentencia rol no. 13429/2000 de la Corte de Antofagasta señala que: “[...] *la Universidad de Antofagasta es una corporación de derecho público, autónoma, con patrimonio propio y domicilio en la ciudad de Antofagasta, y que goza de la libertad académica y de la autonomía que le permite cumplir fielmente con los principios que le son propios y cuya finalidad es el desarrollo y la preservación del saber y la cultura por medio de la enseñanza, la investigación científica y tecnológica, y la creación artística [...] Con el objeto de cumplir con sus objetivos y por su autonomía, la Universidad se rige por sí misma tanto en lo académico como lo administrativo. Por ello está en condiciones de dictar ordenanzas, reglamentos, decretos y resoluciones para su administración y el mantenimiento del buen orden, según lo dispone el decreto con fuerza de ley [no. 148 de 1981 del Ministerio de Educación] ya señalado en su artículo 5º*”.

del precio de los aranceles es una potestad que emana de la autonomía administrativa y económica que la ley les otorga.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha señalado que, al menos en el caso de las universidades estatales, no obstante su autonomía, de igual forma están sujetas al *principio de juridicidad* de acuerdo a lo prescrito por los artículos 6° y 7° de la Constitución. La sentencia rol no. 1892/2011<sup>395</sup>, el TC se pronunció sobre un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por el Rector de la Universidad de Chile, para que se declarara inaplicable el artículo 2° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, no. 20.385. Para el requirente, la Universidad de Chile no quedaba comprendida en la frase final del inciso primero del mencionado artículo, es decir, “*los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*”; sino que al contrario, la Universidad de Chile, como órgano autónomo, estaría facultada para determinar cuáles antecedentes tendrían el carácter de reservado, de modo

---

<sup>395</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ROL 1892/2011. Diecisiete de noviembre de dos mil once. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl>> [consulta: 27 mayo 2013]

que la ley en cuestión vulneraría la autonomía de la Universidad. El TC desechó esta hipótesis y consideró que la Universidad de Chile, como todas las demás universidades estatales, es un órgano de la administración del Estado regido por la Constitución y demás leyes que se refieran a ellos. Se citan los siguientes considerandos:

“**TERCERO:** Que, desde luego, no es el del caso apartarse aquí del criterio precedentemente sostenido por este tribunal, en orden a que la Administración del Estado a que hace mención el artículo 38° de la Constitución, así como la ley N° 18.575 (artículo 1°) dictada en su virtud comprende, de manera amplia, a todos los órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa del Estado, incluidas la universidades estatales [...];

**CUARTO:** Que, asumida esta identidad de la Universidad de Chile, como institución estatal con personalidad jurídica propia de derecho público, entonces su más elemental aplicación es que necesariamente debe subsumirse en alguna de las clases genéricas que con que la Constitución concibe al Estado e integrar, por tanto, su

Administración, habida cuenta que no cabe enmarcarla en el Poder Judicial ni en el Congreso Nacional, ni ha sido incorporada expresamente en el texto supremo en una categoría diferenciada, al modo del Ministerio Público o Tribunal Constitucional. Siendo de agregar que la unanimidad de la jurisprudencia y la doctrina, *reconocen a la Universidad de Chile como un servicio público descentralizado correspondiente a la Administración del Estado;*

**QUINTO:** Que en esta sede, pues, no procede sino afirmar que representa el punto de partida aceptado por la jurisprudencia constitucional, cual es que la Universidad de Chile, al igual que las otras universidades estatales, se perfila con todos los rasgos peculiares y distintivos que caracterizan a los servicios públicos de la Administración del Estado [...];

**SÉPTIMO:** Que el principio de juridicidad, a que se encuentran sometidas las personas jurídicas administrativas por mandato de los artículos 6° y 7° del texto constitucional, no significa que deben sumisión sólo a las normas imperantes en el área de su respectiva

especialidad, puesto que aquél abarca a todo el ordenamiento jurídico en su integridad. *Así, las universidades estatales, junto con ceñirse a las reglas atinentes a su función, conducente a la concesión de títulos profesionales, diplomas y grados, además, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas, sean éstas generales o específicas, cuando a cualquier título son tenidas por destinatarias;*

En esta lógica el artículo 88° de la ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, actual artículo 113° del DFL N° 2, del Ministerio de Educación, acota que estas entidades, existentes al 31 de Diciembre de 1981, ‘se regirán’ por las disposiciones que indica y ‘por las leyes que hagan referencia a ellas’ (inciso 2°). Ya que si este precepto se interpreta coordinadamente con el contexto en que se halla inserto, aparece claro su reducido objeto, consistente en delimitar cuáles normas vigentes del sector educacional rigen a las universidades estatales, en este específico campo de acción. Sin que quepa entender – por ende – que su propósito haya sido eximir las de

la obligación de sujetarse a las demás leyes generales que disciplinan a la administración del Estado;

**OCTAVO:** Que tampoco la autonomía o independencia frente al poder central, con que cuentan para actuar estas entidades administrativas descentralizadas, puede concebirse en contradicción con la plena vigencia del principio de juridicidad. De esta forma, *la autonomía académica, económica y administrativa que su estatuto orgánico, contenido en el DFL N° 3 del Ministerio de Educación, de 2006, artículos 1° y 7°, le confiere a la Universidad de Chile, debe entenderse con el alcance que a estas especies de autogestión le otorga el artículo 104° del precitado DFL N°, ninguna de las cuales conlleva la posibilidad la posibilidad de marginarse de las normas generales aplicables a la administración.*

Tales atributos legales, aun cuando pudieran considerarse vinculados, de alguna manera, con la libertad de enseñanza asegurada en el artículo 19°, numeral 11°, de la carta fundamental, *no permiten inferir la existencia de una autonomía constitucional de que serían*

*titulares las universidades estatales. Ni facultan suponer que habrían de regirse por un estatuto cerrado que, más allá del campo educativo, tendría que reservarle un régimen legal separado del resto de la Administración [...];*

**DECIMOSEGUNDO:** Que tocante a la situación de dependencia en que se encontraría la Universidad de Chile frente al Consejo para la Transparencia, en los términos reseñados en el considerando 6° anterior, valga recordar – en primer lugar – que uno de los asertos más sólidos e indiscutidos que permite el derecho administrativo nacional *es que autonomía y control no son términos antagónicos si no complementarios*. Es decir, que el hecho de contar la Universidad de Chile con la facultad de ejecutar sus funciones administrativas con independencia y sin sujeción a la jerarquía del Jefe del Estado, excluye el control por parte de éste, pero no obsta otras modalidades determinadas de fiscalización [...]<sup>396</sup>.

En el caso anteriormente citado, el TC concluye que la autonomía que rige para las universidades es aplicable a la generalidad de las

---

<sup>396</sup> *Ibíd.*

instituciones, sin distinguir si son de propiedad pública o privada, ya que a su sometimiento están conforme a los artículo 104 y siguientes de la Ley 20.370. Al efecto, señala que la única diferencia entre la autonomía de una u otra institución, radica que las universidades estatales deben someterse – además- a los controles de juridicidad a los cuales deben someterse todas las instituciones públicas. De esta manera, el TC deja por sentado que el principio de autonomía es de carácter general y obligatorio, y cuyo único límite es el respeto por la ley, el orden público y las buenas costumbres.

### **III. El derecho a la protección de la salud. Presentación, descripción y breve análisis de la jurisprudencia respecto a la constitucionalidad de los numerales 1 a 4 del inciso 3°, del entonces artículo 38 ter (hoy artículo 199) de la Ley de ISAPRES.**

#### **1. Introducción.**

A continuación, se hará énfasis sobre la última jurisprudencia relativa a la constitucionalidad del entonces artículo 38 ter (hoy artículo 199) de la Ley de ISAPRES, específicamente los numerales 1 a 4, los cuales establecían parámetros normativos para la determinación de factores de riesgo, y con ello, la tabla de factores.

Sin embargo, es preciso recordar que tomamos como referencia esta doctrina y jurisprudencia, en razón de la naturaleza jurídica del derecho a la protección de la salud que es la misma al derecho a la educación. Esto es, ambos derechos son de naturaleza social, tal como lo señala el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Y, en el entendido que los Tratados Internacionales se tienen por incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, este apartado tendrá por objeto asentar la nutrida regulación que existe en ese mercado específico, a

diferencia del derecho a la educación. Incluso, en consideración a la regulación de este mercado, es que se planteó en sede de constitucionalidad la norma que otorgaba a la Superintendencia de Salud, determinar la tabla de factores en razón de factores de riesgo. Aún más, el legislador previó de tal forma la regulación de este derecho que otorgó definiciones, metodologías y parámetros para el establecimiento del precio final del contrato de salud. En definitiva, se consideró que el artículo en comento, vulneró derechos fundamentales, pero no en razón de la potestad concedida a aquel organismo administrativo, sino porque establecía criterios de diferenciación que se consideraron poco razonables a la hora de determinar el precio.

Y es relevante también desarrollar esta jurisprudencia, puesto que el derecho a la salud, y la relación entre afiliado y aseguradora, también nace a través de un contrato. En este caso, el contrato de salud.

Por lo tanto, es menester para los objetos de este trabajo hacer una presentación normativa, jurisprudencial y doctrinaria respecto de este

derecho social y que fue fruto de una gran controversia jurídica que se mantiene hasta estos días.

## **2.- El derecho a la protección de la salud. El contrato de salud: definición, naturaleza jurídica y características esenciales. La determinación del precio final del plan de salud previsional.**

### **2.1.- El derecho a la protección de la salud. Manifestación del principio de subsidiariedad del Estado.**

A continuación se harán los siguientes esbozos en materia de salud y previsión, planteando cómo el constituyente consagra este derecho y cuál ha sido su tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial. Sin embargo, es pertinente señalar que este acápite estará destinado a realizar una descripción breve y no analítica respecto del derecho a la salud, ya que a nuestro juicio, es lo suficiente para abarcar nuestro estudio. Es por ello que, tal como se hizo en el derecho a la educación, tomaremos como referencia lo dispuesto por el constituyente relativo a la materia, especialmente dentro del catálogo de derechos incluidos en la CPR.

El derecho a la protección de la salud está garantizado constitucionalmente en el numeral 9° de la Constitución Política de la República, el que se encuentra redactado en los siguientes términos:

*“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*

*9°- El derecho a la protección de la salud.*

*El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.*

*Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.*

*Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias,*

*Cada persona tendrá derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.*

En esta norma -de contenido esencialmente programático- se manifiesta el principio de subsidiariedad, pues permite y garantiza, junto a un sistema público, la existencia de un sistema privado de salud, siendo las

personas libres de elegir el sistema al cual se acogerán y que es el aspecto protegido por la acción cautelar de protección. Así lo ha fallado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, precisamente en conocimiento de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del antiguo artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES (hoy artículo 199 de la Ley de ISAPRES): “Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza”.<sup>397</sup>

No obstante el principio de subsidiariedad, el Estado tiene el deber preferente de garantizar las acciones de salud que comprende su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. La expresión “*deber preferente del Estado*” implícitamente se estableció para consagrar el rol subsidiario del Estado en este derecho. Y así ha sido fallado por el Tribunal

---

<sup>397</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 1675-2010, considerando 20°. Doce de julio de dos mil once. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl>> [consulta: 14 de junio 2013].

Constitucional (en adelante TC), en la causa rol 1710-2010 que en su considerando **centesimovigésimoprimer**; señala lo siguiente: “Que, en seguida, la Constitución utiliza la expresión *preferente*, lo que en doctrina ha sido interpretado en el sentido de que el Estado “*no es el único obligado a cumplir el deber que le entrega, sino que él es el principal responsable* (El establecimiento de este deber) *significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona a desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de esta última*”<sup>398</sup>.

Antes de profundizar en la consagración legal, cabe señalar que la norma principal es el D.F.L. n°1 del Ministerio de Salud, del año 2005 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 del año 1979; y de las Leyes N° 18.933 y n° 18.469. El Decreto Ley N° 2.763, fue aquel que reorganizó el Ministerio de Salud y creó los Servicios

---

<sup>398</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 1710-2010. Seis de agosto de dos mil diez. Considerando 121°. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl>> [consulta: 26 noviembre 2011]

de Salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud; la ley N° 18.933 que creó la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dictó normas para el otorgamiento de prestaciones por las Instituciones de Salud y Previsión y derogó el decreto con fuerza de ley n°3 de 1981; y la ley n° 18.469 que regulaba el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y que creó un régimen de prestaciones de Salud. Como fue un D.F.L. que refundió los tres cuerpos legales anteriormente citados, a continuación se le denominará como Ley de ISAPRES.

El artículo 131 de la Ley de ISAPRES, señala que “el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquellas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse.”

Acorde al principio de subsidiariedad, el ordenamiento jurídico contempla las Instituciones Previsionales de Salud (a continuación ISAPRES), las cuales están consagradas en el artículo 171 y siguientes de la ley de ISAPRES.

En el artículo 171, aun sin definición legal, el legislador otorga sus características fundamentales. Así, puede sintetizarse legalmente:

*Artículo 171, inciso primero, primera parte – Ley de ISAPRES.- Las Instituciones de Salud Previsional financiarán las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior convenida, a las personas que indica el artículo 135 de esta ley<sup>399</sup>.*

---

<sup>399</sup>Artículo 135 – Ley de ISAPRES.- Tendrán la calidad de afiliados al Régimen:

- a) Los trabajadores dependientes de los sectores público y privado. Tratándose de personas que hayan efectuado cotizaciones, al menos, durante cuatro meses en los últimos doce meses calendario en virtud de contratos por obra o faena determinada, mantendrán la calidad de afiliados por un período de doce meses, mantendrán la calidad de afiliados por un período de doce meses a contar del mes al que corresponde la última cotización.  
En todo caso, los trabajadores dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas, que registren, al menos, sesenta días de cotizaciones en los doce meses calendario anteriores, mantendrán la calidad de afiliados durante los doce meses siguientes a aquel correspondiente a la última cotización;
- b) Los trabajadores independientes que coticen en cualquier régimen legal de previsión;
- c) Las personas que coticen en cualquier régimen legal de previsión en calidad de imponentes voluntarios, y;
- d) Las personas que gocen de pensión previsional de cualquier naturaleza o de subsidio por incapacidad laboral o cesantía.

*Artículo 171, inciso segundo y tercero – Ley de ISAPRES.- Las Instituciones deberán constituirse como personas jurídicas y registrarse en la Superintendencia.*

Los Servicios de Salud y los organismos adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud, no podrán registrarse en la Superintendencia como Instituciones de Salud Previsional”.

A su vez, el artículo 173, inciso primero del mismo cuerpo legal, señala la finalidad de aquellas instituciones:

*Artículo 173, inciso primero – Ley de ISAPRES.- Las Instituciones tendrán por objeto exclusivo el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud, así como las actividades que sean afines o complementarias de ese fin, las que en ningún caso podrán implicar la ejecución de dichas prestaciones y beneficios ni participar en la administración de prestadores.*

En consecuencia y tomando lo anteriormente señalado, es factible definir las legalmente como “aquellas personas jurídicas de Derecho Privado

que, a través de las cotizaciones de carácter legal por los afiliados<sup>400</sup>, tienen por objeto exclusivo el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud, así como de toda actividad complementaria o afín a ella, las que se materializan a través de un contrato de salud previsional entre la ISAPRE y el cotizante. Las ISAPRES deben registrarse en la Superintendencia de Salud”.

Conforme a la definición legal sugerida, la relación jurídica entre afiliado y la Institución Previsional, encuentra su fuente en el denominado contrato de salud. Es por ello que es de importancia para los efectos de este trabajo, señalar y describir algunas de sus características esenciales.

---

<sup>400</sup> *Ibíd.*

## **2.2.- El contrato de salud. El precio final del contrato de salud.**

### **2.2.1.- El contrato de salud. Definiciones y características esenciales.**

Hasta ahora ninguna ley ha expresado lo que debe entenderse por contrato de salud previsional. Sin embargo, es posible encontrar una definición en otros cuerpos normativos, como la que se consagró en la hoy derogada Resolución Exenta no. 1107 de la Superintendencia de ISAPRES de 1988. En ella, señalaba que el contrato de salud es aquel *“instrumento mediante el cual los afiliados del Régimen de la Ley no. 18.469 (Ley de ISAPRES), ejercitan su derecho de opción al sistema de ISAPRE, para recibir de las Instituciones Previsionales de Salud de acuerdo a los términos de la convención, el otorgamiento de las prestaciones de salud y beneficios de salud que regula el Decreto con Fuerza de Ley no. 3 del Ministerio de Salud, en relación con los artículos 25 y 26 de la Ley no. 18.469”*. En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico alguna vez contempló una definición y que nosotros tomaremos como suficiente para el objeto de este trabajo, ya que contempla sus características esenciales, que en definitiva, son las siguientes:

- 1) Es un contrato *Bilateral*, pues genera derechos y obligaciones para la ISAPRE –la de otorgar las prestaciones de salud y de recibir el pago del precio final del contrato de salud- y para el afiliado –la de pagar el precio final del contrato de salud y recibir dichas prestaciones-;
- 2) Es un contrato *Oneroso-Conmutativo*, pues ambas partes se gravan y cada prestación se mira como equivalente, conforme a la definición anteriormente propuesta;
- 3) Es un contrato *Nominado*, está regulado por el D.F.L. no. 1 del Ministerio de Salud de 2005. Si bien no está definido en aquel cuerpo legal, sí enumera los derechos y obligaciones de cada una de las partes;
- 4) Es un contrato *Individual*, suscrito, por un lado, por el afiliado y por el otro, por la aseguradora;
- 5) Es *principal*; porque no tiene por objeto la garantía de obligación alguna;

6) Es *consensual*, sin perjuicio que el legislador enumere algunas formalidades que, según la teoría del contrato, para estos efectos no constituyen solemnidades, las que se encuentran establecidas en el artículo 184, inciso segundo, de la Ley de ISAPRES<sup>401</sup>;

7) Es un contrato *dirigido*<sup>402</sup>, puesto que es el legislador quien enumera y establece el contenido del contrato. El artículo 189, en sus incisos 1° y 2° de la Ley de ISAPRES, prescribe respecto al contrato de salud que éste debe ser de plazo indeterminado y que “se podrán convenir libremente las prestaciones y beneficios convenidos, así como la forma, modalidad y condiciones de su otorgamiento [...]”.

No obstante reconocerse el principio de autonomía contractual, el

---

<sup>401</sup> Artículo 184, inciso segundo – Ley de ISAPRES.- *La Institución deberá comunicar la suscripción del contrato a la Superintendencia y a la entidad encargada del pago de la pensión, si el cotizante fuere pensionado o al empleador, si fuere trabajador dependiente, antes del día 10 del mes siguiente a la suscripción del contrato. Estas comunicaciones, como también las relativas al término del contrato, que deberán informarse a la Superintendencia y a la entidad encargada del pago de la pensión o al empleador, según corresponda, se efectuarán en la forma y de acuerdo a los procedimientos que dicha Superintendencia establezca.*

<sup>402</sup> Artículo 189 – Ley de ISAPRES.- *Para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud que norma esta ley, las personas indicadas en el artículo 184 deberán suscribir un contrato de plazo indefinido, con la Institución de Salud Previsional que elijan.*

*En este contrato, las partes convendrán libremente las prestaciones y beneficios incluidos, así como la forma, modalidad y condiciones de su otorgamiento. Con todo, los referidos contratos deberán comprender como mínimo.*

Sin embargo esta clasificación es discutible, ya que el legislador otorga libertad contractual a las partes, pero imponiendo un mínimo que está enumerado en el artículo 189 de la misma ley, letras a) a h).

mismo artículo impone condiciones y un contenido mínimo que deben ser respetados.

7) Es *por adhesión*, ya que existe un desequilibrio entre las partes, siendo una la redactora de las cláusulas. Así por cierto lo consagra el TC: “*nada impide cuestionar y revisar (el precio base) (...), en atención a la naturaleza propia de contrato de adhesión que reviste el seguro de salud previsional*”<sup>403</sup>.

Por lo tanto, el legislador ha dado características claras y fundadas sobre la naturaleza jurídica del contrato de salud. Ha establecido las reglas que norman tanto a los afiliados como a las Instituciones Previsionales. Y se vuelve a señalar que el legislador en esta materia igualmente consagró el principio de autonomía contractual, pero dentro de un campo bien delimitado.

Es por ello que en virtud de este contrato ha surgido la doctrina jurídica de atacar el alza unilateral de los precios de los planes de salud.

---

<sup>403</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 2258-2012. Primero de agosto de dos mil doce, considerando 3° por el título I a favor de la admisibilidad. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl>> [consulta: 14 junio 2013]

Razones que, según la doctrina del derecho privado, se deben principalmente a la naturaleza jurídica de la adhesión. Sin embargo, bajo los parámetros del derecho público y aun del carácter de derecho social que reviste el derecho a la protección de la salud, que el debate se ha orientado en brindar efectiva garantía a través de diversos recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad a la norma que establece los estándares por los cuales deben fijarse los llamados “precios base”.

En lo que aquí nos respecta, el contrato de salud tiene dentro de sus elementos, un precio que el cotizante debe cancelar para recibir la prestación de servicios, denominado “precio final del contrato de salud”. Este último se determina multiplicando el precio base por el factor de riesgo, el que está asociado a la tabla de factores<sup>404</sup>. Es por ello que a

---

<sup>404</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Rol 57/2007. Considerandos 40° y 41°. El Tribunal de la Libre Competencia, lo define en los siguientes términos: “*el precio final de cada plan de salud depende del precio base del mismo y de factores de riesgo asociados al cotizante y sus cargas. El precio base de cada plan depende de los beneficios ofrecidos al cotizante y sus cargas. Incluyéndose topes de cobertura y porcentajes de copago según tipo de prestación. Asimismo, los factores de riesgo buscan capturar diferencias en la probabilidad que el cotizante y/o sus cargas requieran usar el seguro de salud. En general, el factor de riesgo aumenta con la edad y difiere según el sexo del cotizante y sus cargas. Por ejemplo, mujeres en edad fértil presentan un factor de riesgo más alto que el hombre en el mismo grupo de edad. Adicionalmente, cada cotizante en sistema de ISAPRES tiene la opción de contratar un plan de salud cuyo precio base implique pagar más del 7% de su ingreso imponible, vía cotización adicional voluntaria.*

*Asimismo, frente a la elección entre diferentes planes de salud, incluyendo la elección entre el sistema de ISAPRES versus Fonasa, el cotizante comparará su respectivo ‘precio de demanda’, esto es, su disposición máxima a pagar por cada variante del plan. Este ejercicio requerirá comparar el valor total*

continuación se hará una descripción de la definición y mecanismo de fijación del precio final del contrato de salud.

---

*de lo que se espera pagar en cada plan, incluyendo la respectiva cotización mensual y los copagos adicionales por prestación recibida, en relación al valor esperado de los servicios y reembolsos totales por recibir según cada plan”.*

### **2.2.2.- El precio final del contrato de salud. Definición, características y método de determinación. La tabla de factores.**

Como bien se señaló en el apartado anterior, el precio final del contrato de salud es un elemento de la esencia de éste. Sin embargo, cabe considerar que está determinado por un procedimiento establecido por la ley. Por ende, no es un precio que quede a la voluntad de las partes, sino que debe seguir las instrucciones legales dadas en razón de esta materia. Así las cosas, el legislador se ocupó expresamente de regular esta materia, prescribiendo el procedimiento que a reglón seguido se expondrá.

La ley de ISAPRES, define y regula lo siguiente: *precio base, tabla de factores y precio final del contrato de salud*:

- 1) El “*precio base*” se encuentra definido en el artículo 170, letra m), primera parte de la Ley de ISAPRES.

*Artículo 170 – Ley de ISAPRES.- Para los fines de este Libro se entenderá:*

*m) La expresión “precio base”, por el precio asignado por la Institución a cada plan de salud. Se aplicará idéntico precio base a todas las personas que contraten el mismo plan.*

Cabe señalar que este artículo precisa que el precio base debe ser idéntico para todos los contratantes del mismo plan.

Además, relacionado con lo anterior, el artículo 197 de la Ley de ISAPRES, en su inciso 3º, primera parte; otorga una facultad para la Institución Previsional de modificar el precio base del plan, pero con ciertos plazos y requisitos de comunicación y/o publicidad<sup>405</sup>:

---

<sup>405</sup> Sin embargo, existen más requisitos para la modificación que en todo caso son procedimentales. Artículo 197, inciso tercero – Ley de ISAPRES. *Anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario. Estas condiciones generales deberán ser las mismas que se estén ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes en el respectivo plan. La infracción a esta disposición dará lugar a que el contrato se entienda vigente en las mismas condiciones generales, sin perjuicio de las demás sanciones que se puedan aplicar. La adecuación propuesta deberá ser comunicada al afectado mediante carta certificada expedida con, a lo menos, tres meses de anticipación al vencimiento del período. En tales circunstancias, el afiliado podrá aceptar el contrato con la adecuación de precio propuesta por la Institución de Salud Previsional; en el evento de que nada diga, se entenderá que acepta la propuesta de la Institución. En la misma oportunidad y forma en que se comunique la adecuación, la Institución de Salud Previsional deberá ofrecer uno o más planes alternativos cuyo precio base sea equivalente al vigente, a menos que se trate del precio del plan mínimo que ella ofrezca; se deberán ofrecer idénticas alternativas a todos los afiliados del plan cuyo precio se adecua, los que, en caso de rechazar la adecuación, podrán aceptar alguno de los planes alternativos que se les ofrezcan o bien desafiliarse de la Institución de Salud Previsional. Sólo podrán ofrecerse planes que estén disponibles para todos los afiliados y el precio deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes.*

*“Artículo 197, inciso tercero, primera parte – Ley de ISAPRES.- Anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo solo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198<sup>406</sup>, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan.”*

---

<sup>406</sup> Artículo 198 – Ley de ISAPRES: “La libertad de las Instituciones de Salud Previsional para cambiar los precios base de los planes de salud en los términos del inciso tercero del artículo 197 de esta Ley, se sujetará a las siguientes reglas:

1.- Antes del 31 de marzo de cada año, las ISAPRES deberán informar a la Superintendencia el precio base, expresado en unidades de fomento, de cada uno de los planes de salud que se encuentren vigentes al mes de enero del año en curso y sus respectivas carteras a esa fecha.

Para expresar en unidades de fomento los precios base de los planes de salud que se encuentren establecidos en moneda de curso legal, las Instituciones de Salud Previsional utilizarán el valor que dicha unidad monetaria tenga al 31 de diciembre del año anterior.

2.- En dicha oportunidad, también deberán informar la variación que experimentará el precio base de todos y cada uno de los contratos cuya anualidad se cumpla entre los meses de julio del año en curso y junio del año siguiente. Dichas variaciones no podrán ser superiores a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precios base informadas por la respectiva Institución de Salud Previsional, ni inferiores a 0,7 veces dicho promedio.

El promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precio base se calculará sumando las variaciones de precio de cada uno de los planes cuya anualidad se cumpla en los meses señalados en el párrafo anterior, ponderadas por el porcentaje de participación de su cartera respectiva en la suma total de beneficiarios de estos contratos. En ambos casos, se considerará la cartera vigente al mes de enero del año en curso.

3.- Asimismo, la variación anual de los precios base de los planes creados entre febrero y junio del año en curso, ambos meses inclusive, deberá ajustarse a la regla indicada en el párrafo primero del numeral 2 precedente, al cumplirse la anualidad respectiva.

4.- La Institución de Salud Previsional podrá optar por no ajustar los precios base de aquellos planes de salud en donde el límite inferior de la variación, a que alude el numeral 2, es igual o inferior a 2%. Dicha opción deberá ser comunicada a la Superintendencia en la misma oportunidad a que alude el numeral 1 de este artículo.

5.- En ningún caso las ISAPRES podrán ofrecer rebajas o disminuciones respecto del precio base del plan de que se trate informado a la Superintendencia, a los afiliados vigentes o a los nuevos contratantes de ese plan.

2) La “*tabla de factores*” se encuentra definido en el artículo 170, letra n).

*“Artículo 170 – Ley de ISAPRES.- Para los fines de este Libro se entenderá:*

*n) La expresión “tabla de factores” por aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario.*

*Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o*

---

*6.- Se prohíbe ofrecer o pactar planes alternativos con menos de un año de comercialización o que, cumpliendo con la vigencia indicada, no tengan personas adscritas, a los afiliados o beneficiarios cuya anualidad se cumpla en el período indicado en el numeral 2. La misma prohibición se aplicará cuando se ponga término al contrato y la persona se afilie nuevamente en la misma Institución de Salud Previsional. Corresponderá a la Superintendencia fiscalizar el cumplimiento de esta norma, pudiendo dejar sin efecto alzas de precios que no se ajusten a lo señalado precedentemente, sin perjuicio de aplicar las sanciones que estime pertinentes, todo lo cual será informado al público en general, mediante publicaciones en diarios de circulación nacional, medios electrónicos u otros que se determine. Lo señalado en los incisos precedentes no será aplicable a los contratos de salud previsional cuyo precio se encuentre expresado en un porcentaje equivalente a la cotización legal”.*

*incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan”.*

Es en este punto donde se ha generado la controversia de la constitucionalidad de la determinación de la tabla de factores, en virtud de los parámetros que el propio legislador ha facultado a las ISAPRES: condición, salud, género, entre otros. Esto porque el precio final del contrato de salud resulta de *multiplicar el precio base con el factor de riesgo, determinado por la tabla de factores*. Más adelante se entrará en este punto y se desarrollará la discusión respecto a esta materia.

3) El “*precio final del contrato de salud*”, es aquel que resulta de la multiplicación del precio base -aquel precio asignado para cada plan de salud- por el *factor de riesgo*, que es aquel que corresponde al afiliado o beneficiario del plan de salud, conforme a la tabla de factores.

Así está definido en el artículo 170, letra m), segunda parte de la Ley de ISAPRES.

*“Artículo 170 – Ley de ISAPRES.- Para los fines de este Libro se entenderá:*

*m) (...) El precio final que se pague a la Institución de Salud Previsional por el plan contratado, excluidos los beneficios adicionales, se obtendrá multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario de conformidad a la respectiva tabla de factores”.*

Como se señaló anteriormente, la tabla de factores fue un punto controvertido en la jurisprudencia nacional, debido a que la ley de manera acuciosa entregaba parámetros de distinciones para la determinación del factor de riesgo, correspondientes a la edad, sexo o condición del afiliado. Era de esta forma que el precio final del plan de salud se determinaba de acuerdo a lo prescrito por el entonces artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES (hoy artículo 199 de la Ley de ISAPRES).

Para los efectos de este trabajo, se reproducirá en integridad el anterior artículo 199 (o artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES), para

distinguirlo del actual artículo 199, del cual se encuentran derogadas ciertas disposiciones.

El artículo 199 de la Ley de ISAPRES, antes de su modificación, establecía la manera cómo se calculaba el factor de riesgo, entregando una serie de parámetros de carácter legal y, por ende, general. Señalaba el artículo 199 – Ley de ISAPRES:

*“Artículo 199 – Ley de ISAPRES.- Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.*

*La Superintendencia fijará, **mediante instrucciones de general aplicación**, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.*

*Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:*

***1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;***

***2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;***

***3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan.***

***4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.***

***5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.***

*En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.*

*Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia,*

*manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.*

*Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197<sup>407</sup>”.*

---

<sup>407</sup> Artículo 197, inciso tercero – Ley de ISAPRES.- Anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario. Estas condiciones generales deberán ser las mismas que se estén ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes en el respectivo plan. La infracción a esta disposición dará lugar a que el contrato se entienda vigente en las mismas condiciones generales, sin perjuicio de las demás sanciones que se puedan aplicar. La adecuación propuesta deberá ser comunicada al afectado mediante carta certificada expedida con, a lo menos, tres meses de anticipación al vencimiento del período. En tales circunstancias, el afiliado podrá aceptar el contrato con la adecuación de precio propuesta por la Institución de Salud Previsional; en el evento de que nada diga, se entenderá que acepta la propuesta de la Institución. En la misma oportunidad y forma en que se comunique la adecuación, la Institución de Salud Previsional deberá ofrecer uno o más planes alternativos cuyo precio base sea equivalente al vigente, a menos que se trate del precio del plan mínimo que ella ofrezca; se deberán ofrecer idénticas alternativas a todos los afiliados del plan cuyo precio se adecua, los que, en caso de rechazar la adecuación, podrán aceptar alguno de los planes alternativos que se les ofrezcan o bien desafiliarse de la Institución de Salud

El inciso primero del artículo fija la fórmula general para determinar el precio del plan de salud, esto es, la cantidad que resulta de multiplicar el precio base por los factores de riesgo, determinados por la tabla de factores. El inciso segundo le entrega a la Superintendencia de Salud la fijación de la estructura de la tabla de factores, mediante las reglas 1 a la 5 –antes de la derogación de los 1 a 4-. Luego, en el inciso tercero, establece las reglas que deberá seguir la Superintendencia para la fijar la estructura de las tablas de factores, “estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar.”<sup>408</sup>. Finalmente el inciso cuarto consagra la libertad económica que tienen las ISAPRES para determinar los factores de cada tabla que incidirán en el precio final del plan de salud dentro de los límites impuestos por el mismo artículo 199 (anterior artículo 38ter de la antigua Ley 18.933)<sup>409</sup>.

Sin embargo, antes de profundizar en la discusión jurídica respecto de la constitucionalidad de la tabla de factores, resumiremos de la mejor forma

---

*Previsional. Sólo podrán ofrecerse planes que estén disponibles para todos los afiliados y el precio deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes.*

<sup>408</sup> MONTT, Santiago y CÁRDENAS, José Luis. La declaración de Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES: mitos y realidades de un fallo histórico. Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2011, pp. 17-53.

<sup>409</sup> *Ibíd.*, p. 24.

posible el método por el cual se fijaban los factores de riesgo, conforme al antiguo artículo 38ter de la Ley 18.933 (Hoy artículo 199 – Ley de ISAPRES). El método era el siguiente<sup>410</sup>: “(...) analizar los costos *medios* unitarios por sexo y edad, y los costos *esperados* por sexo y edad, comparando las medias entre grupos para establecer la significancia estadística de sus diferencias”<sup>411</sup>. Por ende la tabla de factores –antes de la derogación del inciso 3º números 1 al 4 del artículo 199- consideraba –a grandes rasgos<sup>412</sup>:-

1º) Una tabla de costos medios *esperados* para cada año de edad y por sexo, de todos los beneficiarios de las ISAPRES y todas las prestaciones registradas.

2º) Luego, la construcción de varias tablas de factores de riesgo promedio *del sistema* con distintos rangos etarios, de las cuales se extrajo una muestra aleatoria, según el archivo de prestaciones del sistema y, así, diseñar “Tablas objetivo”.

---

<sup>410</sup> CID P., Camilo y MUÑOZ V., Alberto. Estructura de la Tabla de Factores de Riesgo del Plan Complementario del Sistema ISAPRE. Departamento de Estudios y Desarrollo, Gobierno de Chile, Superintendencia de Salud. Mayo de 2005. [en línea] <[http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articulos-1061\\_recurso\\_1.pdf](http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articulos-1061_recurso_1.pdf)> [consulta: 19 de junio de 2013] 11p.

<sup>411</sup> *Ibíd.*, p. 2.

<sup>412</sup> *Ibíd.*, p. 3.

3º) Concordante con lo anterior, se establecía “conglomerados jerárquicos”, descartando unos de otros conforme a la tabla de factores con los tramos de edad “mejor evaluados”;

4º) Y así, se estandarizaban los *costos esperados* para cada año de edad y sexo que incorporaban las prestaciones de las ISAPRES y del Sistema de Licencias Médicas, las cuales fueron imputadas a la base de datos.

En definitiva, la Superintendencia de Salud tomó en consideración para la creación de la tabla de factores: el promedio de prestaciones del sistema de ISAPRES y el promedio del Sistema de Licencias Médicas. Esto es, una relación proporcional entre las prestaciones que ofrecen las instituciones junto con las que demandan los cotizantes, correspondientes a su sexo, edad y condición; y que se canalizan mediante la cantidad de licencias médicas registradas. Es así que, por ejemplo, las mujeres tienen un factor de riesgo mayor, porque existen más prestaciones de salud dirigidas a ellas y éstas, a su vez, las demandan en mayor cantidad, en razón del

número de licencias médicas que fueron solicitadas conforme al registro de la Superintendencia.

Así, por ejemplo, cada ISAPRE contaba con su propia tabla de factores. En el sitio web de la Superintendencia de Salud, aparece ejemplificado ISAPRE por ISAPRE, cómo se componen estas tablas de factores<sup>413</sup>. Aleatoriamente, se eligió la ISAPRE Consalud S.A. y su correspondiente tabla de factores al año 2005, previo a la derogación de los números 1 a 4 del inciso 3° del artículo 38ter de la antigua ley o del artículo 199 de la actual Ley de ISAPRES:

**Consalud S.A.**

Grupos de Edad	Cotizante	Cotizante	Carga	Carga
	Masculino	Femenino	Hombre	Mujer
0 a menos de 2 años	1,80	1,80	1,80	1,80
2 a menos de 5 años	0,80	0,80	0,80	0,80

<sup>413</sup> GOBIERNO DE CHILE, Superintendencia de salud. Tabla de Factores de Riesgo del Plan Complementario de las ISAPRES, Año 2005. [en línea] <<http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/w3-article-1061.html>> [consulta: 19 junio 2013].

5 a menos de 10 años	0,70	0,80	0,60	0,60
10 a menos de 15 años	0,70	0,80	0,60	0,60
15 a menos de 20 años	0,70	1,30	0,60	0,75
20 a menos de 25 años	0,70	2,17	0,60	1,00
25 a menos de 30 años	0,90	2,50	0,70	1,40
30 a menos de 35 años	1,00	2,78	1,00	1,60
35 a menos de 40 años	1,05	2,60	1,05	1,60
40 a menos de 45 años	1,26	2,45	1,26	1,60
45 a menos de 50 años	1,40	2,70	1,30	1,75
50 a menos de 55 años	1,75	2,99	1,75	2,10
55 a menos de 60 años	2,22	3,34	1,90	2,20
60 a menos de 65 años	2,70	3,70	2,60	2,70
65 a menos de 70 años	3,70	3,70	3,70	3,70
70 a menos de 75 años	4,00	4,00	4,00	4,00

75 a menos de 80 años	4,50	4,30	4,50	4,30
80 y más años	5,00	4,80	5,00	4,80

Así, es posible diferenciar los rangos etarios, además del género para cada factor de riesgo. Evidentemente, éste crece con la edad y es distinto para cada género, especialmente para la mujer en edad fértil, que tiene casi el doble de factor de riesgo que el cotizante masculino (diferencial de 1,78 entre 25 a 30 años). Por ende, su precio final del contrato de salud será a todas luces más alto que el del cotizante masculino, del mismo rango etario. Cabe reiterar que el precio final del contrato de salud, se determina multiplicando el precio base por el factor de riesgo, determinado por la tabla de factores ya enunciada y descrita.

Del artículo legal en comento (antiguo artículo 38ter de la Ley 18.933 y actual artículo 199 de la ley de ISAPRES) los autores José Luis Cárdenas y Santiago Montt señalan al respecto:<sup>414</sup> *“el artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES no define el contenido de la denominada Tabla de Factores. Dicha disposición sólo establece una cierta arquitectura básica,*

---

<sup>414</sup> MONTT, Santiago y CÁRDENAS, José Luis. Ob. Cit., p.27.

*estableciendo además la potestad normativa de la Superintendencia para fijar su estructura, pero sin incluir factor de riesgo alguno. **Son las ISAPRES las que dan contenido a sus Tablas de Factores**, definiendo los correspondientes factores de riesgo, sobre la base de la arquitectura contemplada en el artículo 38 ter, la estructura de grupos de edad definida por la Superintendencia en la Circular no. 6 y la relación máxima contemplada en el artículo 2º transitorio de la Ley no. 20015”<sup>415</sup>.*

Dentro de este extenso y determinado marco regulatorio, se provocó una colisión de derechos entre las partes del contrato de salud (la Institución Previsional y el afiliado). Por un lado, el legislador estableció un marco sugerente, arquitectónico, modélico sobre la fijación del precio final del contrato de salud. Estableció un marco sugerente, por cuanto a que es vinculante, pero no del todo, ya que mantiene cada ISAPRE su propia tabla de factores. Hay una cierta libertad de determinación del precio, limitada por la autoridad mediante las circulares dictadas por la Superintendencia de Salud. Por otro lado, la fijación de este precio final del contrato de salud, ha sido la expresión de justificación de alzas de los planes de salud de las

---

<sup>415</sup> *Ibíd.*

ISAPRES (en razón del alza de los precios bases), lo que ha nutrido a la jurisprudencia sobre el resguardo de su derecho a la protección de la salud. Y, precisamente argüían los actores, su calidad de afiliado se veía vulnerada por estas alzas que, si bien están contempladas y reguladas expresamente la ley, provocaban que se vieran expulsados de la Institución por el encarecimiento de su plan, quedando desprovistos del acceso a las prestaciones de salud correspondientes.

Es así que durante los últimos años, se desarrolló la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Tribunales Superiores de Justicia, respecto de la constitucionalidad de la norma que facultaba a las ISAPRES para subir los precios bases y, consecuentemente, el plan de salud a los afiliados. La norma en comento es el artículo 199 (antiguo artículo 38 ter) de la Ley de ISAPRES, relacionada con el artículo 197 inciso tercero de la misma ley. Especial consideración cabe formular que los precios de los planes de salud eran producto de una fórmula contemplada por el legislador y es por ello que se planteó la constitucionalidad de la norma que facultaba a las ISAPRES al alza del *precio base* y, en definitiva, del plan de salud. Es en este contexto que la sentencia del Tribunal Constitucional Rol no.

1710/2010, declaró inconstitucional los numerales *1, 2, 3 y 4* del inciso tercero del artículo 199, como resultado de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia que terminaban por acoger las acciones cautelares de protección por dichas alzas.

En razón de lo anterior es que consideramos relevante describir y exponer la última jurisprudencia relativa a la materia, ya que encontrándonos frente a un derecho social con rango constitucional, regulado por el legislador que otorgó facultades a las aseguradoras de salud para determinar de forma unilateral los precios bases por los cuales se determinaban los precios finales de los contratos de salud.

### **3.- Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia conociendo de acciones cautelares de protección.**

A continuación, se hará una breve descripción de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, conociendo de acciones cautelares de protección en razón de la vulneración del derecho de los afiliados por el alza de sus planes de salud.

La evolución que ha tenido la jurisprudencia de los Tribunales Superiores sobre el actual artículo 199 de la Ley de ISAPRES (a continuación artículo 38 ter), refleja coherentemente el cambio en la visión sobre la naturaleza jurídica del derecho a la protección a la salud, pasando a ser considerado como derecho social. En efecto, las primeras acciones cautelares de protección que se interpusieron por el aumento unilateral del plan salud fueron rechazadas por los Tribunales Superiores de Justicia, en razón de que el derecho a la protección de la salud no se encontraba dentro de los derechos protegidos por el artículo 20 de la Constitución<sup>416</sup>. Posteriormente, desde el año 2005 en adelante, sería la Corte Suprema que

---

<sup>416</sup> BULNES, Luz. El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980, Revista Gaceta Jurídica, no. 295, 2005, pp. 13-29.

empezaría a acoger dichas acciones, sin perjuicio que en la primera instancia, fueran rechazadas por las respectivas Cortes de Apelaciones.

El primer caso en comento será el de *Fresia Muñoz R. con ISAPRE Banmédica S.A*<sup>417</sup>. La recurrente interpuso la acción de protección en contra de la ISAPRE por considerar que el alza de su plan de salud -en un 3,2%- infringía los derechos de igualdad ante la ley, libre elección del sistema de salud y derecho de propiedad. La ISAPRE le había comunicado el aumento del plan de salud mediante una carta sin explicar los fundamentos económicos en los cuales se apoyaba. La Corte de Apelaciones rechazó al estimar que la ISAPRE había actuado dentro de la facultad legal que la Ley no. 18.933 le confería:

“6°) Que, si bien es una norma de derecho, absoluta y universalmente aceptada, que los contratos son ley para las partes, no es menos cierto que los contratos de salud previsional dada su especial naturaleza están debidamente reglados por el legislador que, en el caso que nos ocupa, *ha autorizado expresamente su modificación unilateral* en

---

<sup>417</sup> CORTE DE SANTIAGO. Muñoz con Retamal, Fresia con ISAPRE Banmédica S.A, Rol N° 2.458-2006. Gaceta Jurídica, N° 314, 2006, pp. 97-100.

ciertos y determinados casos; disponiendo, en todo caso, que se den al usuario, como ocurrió en la especie, las alternativas necesarias para evitar que su salud pueda quedar desprotegida;

7°) Que, por lo relacionado fluye que Banmédica S.A. ha actuado dentro de la normativa legal vigente, dando cumplimiento además, hasta donde es dable precisar y en el marco de este recurso cautelar, su normal apego a las instrucciones de su órgano fiscalizador, contenidas en la circular IF/no. 14;

8°) Que, por lo expuesto es posible concluir que no se han amenazado las garantías amparadas en los números 2, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución política, *desde que el accionar de la ISAPRE no ha sido ilegal –conducta que por lo demás la recurrente reconoce- ni arbitraria*. En caso alguno ha podido, por ende, afectarse su igualdad ante la ley, la libre elección de un sistema de salud ni su derecho de propiedad;

9°) Que, por último, la ausencia de mayores explicaciones o fundamentos de que adolece la carta de 21 de Abril de 2006 –y que

reprocha la recurrente- no puede dar pie a acoger un recurso de la naturaleza que nos ocupa”.

La Corte Suprema revirtió el fallo de primera instancia porque a su juicio, no obstante que la ISAPRE hizo uso de su facultad legal, su conducta era arbitraria al carecer el alza del plan de salud de una justificación razonable:

“1°) Que si bien la ISAPRE denunciada tiene una facultad legal para hacer la adecuación que por esta vía se reclama, consistente en el presente caso en el aumento del valor del plan de salud complementario de la recurrente de 4,64 U.F. a 4,79 U.F., lo que implica el aumento del valor final del plan a 4,835 U.F., de acuerdo con lo previsto en el artículo 197 inciso tercero del D.F.L. no. 1 de 2005 del Ministerio de Salud, tal facultad resulta excepcional frente a la regla general del consentimiento mutuo para modificar contratos, establecida en el artículo 1545 del Código Civil;

2°) Que la facultad para revisar el monto de un plan de la entidad previsional debe entenderse condicionada a un cambio efectivo y

verificable del valor de las prestaciones médicas, en razón de un alteración sustancial de sus costos, para que se mantenga una verdadera equivalencia entre las obligaciones contractuales de ambas partes;

3°) Que no obsta a lo anterior la modificación efectuada a la Ley no. 18.933, la que ha restringido la facultad de las ISAPRES para adecuar el plan de salud, otorgándoles una libertad para la alteración de los precios base de acuerdo a las reglas que la norma explicita, desde que dicha 'libertad' no puede estimarse como absoluta frente al contratante del plan, sino que exige en su ejercicio una racionalidad que no la torne arbitraria como ha sucedido en la especie, debiendo permitir mantener el equilibrio entre las contraprestaciones de cada contratante;

4°) Que, en el caso de autos, la recurrida al disponer del aumento del plan de salud de la recurrente apartándose de lo antes indicado, ha actuado en forma arbitraria, pues su conducta no aparece revestida de la necesaria racionalidad y fundamento, vulnerándose con ello la

garantía establecida en el número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al obligar a la afiliada a pagar una suma mayor de dinero, sin debido motivo para ello”.

En *Brisa Pérez Q. con ISAPRE Banmédica S.A.*<sup>418</sup>, la recurrente interpuso la acción de protección en contra de la ISAPRE al subirle ésta el precio del plan de salud de 7,34 a 7,6 UF, ya que de acuerdo a la tabla de factores, su factor de riesgo había subido de 2,50 a 2,70. La Sra. Brisa Pérez Q. estimó que dicha alza vulneraba el derecho de propiedad que tenía sobre los derechos que emanaban del contrato de salud. En primera instancia, la Corte de Apelaciones falló en favor de la ISAPRE, pues en opinión de los jueces *“del texto del recurso no es posible colegir en que consistió el alza del plan que se considera arbitraria o ilegal, lo que resultaba importante de precisar ya que de acuerdo a lo informado ella se produjo por motivos distintos como lo son el plan compartido que se contrató y el factor etario. Por otra parte, el propio documento acompañado al recurso, consistente en la carta que remitiera al ISAPRE Banmédica, pone de manifiesto que ella contiene los datos necesarios como para precisar los motivos del alza, la*

---

<sup>418</sup> CORTE DE SANTIAGO, Rol 1500/2007. Treinta de mayo de dos mil siete. Considerando 3°. Disponible en <http://www.poderjudicial.cl>.

*que se ajusta a los términos del contrato celebrado por las partes”* (considerando 3°). Posteriormente, la Corte Suprema revocó la sentencia y acogió el recurso (rol 3013/2007), con los siguientes argumentos de derecho<sup>419</sup>:

“5°) Que ha de entenderse que esta facultad revisora de la entidad de salud, **exige una razonabilidad en sus motivos**, esto es, que la revisión responda a un cambio verificable de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan. No puede considerarse suficiente causa de revisión la simple indexación de los referidos precios, por cuanto para tal fin el pago de los planes se conviene en unidades reajustables que permiten mantener la equivalencia entre ellos y los costos de la ISAPRE; de manera que la alteración del valor de las prestaciones médicas ha de provenir de la introducción de nuevos tratamientos o tecnologías aplicadas, que modifiquen sustancialmente las respectivas prestaciones. Así entonces, el afiliado que desee mantener la cobertura de una prestación cuyo costo ha sido significativamente modificado y es, en consecuencia, mayor que el

---

<sup>419</sup> CORTE SUPREMA, Rol 3013/2007. Veintiséis de julio de dos mil siete. Considerandos 5° al 10°. Disponible en <http://www.poderjudicial.cl>.

previsto al contratar el plan, podrá optar por mantenerlo, asumiendo la diferencia en el precio, cambiarlo por otro plan alternativo, o bien, por desahuciarlo para derivar a otra ISAPRE o al sistema estatal;

6°) Que **la interpretación restrictiva de las circunstancias que justifican una revisión objetiva** aparece avalada por la naturaleza privada de los contratos de salud, a los que resulta aplicable el artículo 1545 del Código Civil, y a que hace excepción el artículo 197 ya citado, y es este *carácter extraordinario* de la facultad de la ISAPRE lo que lleva a su **aplicación restringida con el objeto de evitar su abuso**, atendida la especial situación en que se encuentran los afiliados a un plan frente a la nombrada Institución, a la hora de decidir si se mantienen o no las condiciones de la contratación. De este modo, se salvaguardan los legítimos intereses económicos de las instituciones frente a sustanciales variaciones de sus costos operativos, pero se protege la situación de los afiliados, en la medida que la revisión de los precios sólo resultará legítima por una alteración objetiva y esencial de las prestaciones, apta para afectar a todo un sector de afiliados o, a lo menos, a todos los que contrataron un

mismo plan, aunque sin perjuicio de que, en su caso, libremente, se puedan pactar modificaciones de las condiciones particulares, si todos los interesados convienen en ello;

7º) Que de lo estampado queda en claro que la facultad revisora de la ISAPRE debe entenderse condicionada en su esencia a un cambio *efectivo* del valor económico de las prestaciones médicas, en razón de una alteración *sustancial* de sus costos **y no por un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios o a la injustificable posición de que la variación pueda estar condicionada por la frecuencia en el uso del sistema**, pues es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre acerca de su utilización. Con el criterio de la recurrida, tal como ya se ha expresado reiteradamente por esta Corte Suprema, quien no hace uso de los beneficios pactados, debería obtener la devolución de las cotizaciones efectuadas, predicamento que tampoco es aceptable;

8º) Que en estos autos, la recurrida no ha invocado algún factor atendible para revisar las condiciones para efectuar la denominada

adecuación del precio base del plan al que se acogió la oponente, de lo que se sigue que la actuación observada y que se reprochó, si bien enmarcada en el inciso tercero del artículo 197 del DFL N° 1, **no corresponde a una aplicación razonable y lógica de la aludida facultad, pues no se fundó en cambios de las condiciones que se requieren para ello;**

9°) Que en armonía con lo expuesto, se puede colegir que la ISAPRE Banmédica S.A. actuó arbitrariamente al revisar los precios del plan de la reclamante y proponer las modificaciones indicadas en la comunicación que le dirigiera, en lo pertinente a este recurso, toda vez que procedió a ellas sin que se hubiesen producido las variaciones en cuya única virtud pudo válidamente obrar, incurriendo en una actuación arbitraria;

10°) Que dicha arbitrariedad importa **afectar directamente el derecho de propiedad** de la recurrente, protegido por el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, desde que lo actuado **implica una disminución concreta y efectiva en el patrimonio de ésta, al tener**

**que soportar una injustificada carga derivada del mayor costo de su plan de salud (...)**".

En *Velimir Kurte Bezmanilovic con ISAPRE Colmena Golden Cross S.A.*<sup>420</sup>, la Corte de Santiago (rol no. 2690/2008), en sentencia que acoge la acción cautelar de protección y confirmada por la Corte Suprema (rol no. 3258/2008), considera que:

“3°) En cuanto al aumento del valor base del plan de salud del recurrente del 15,6% sobre el precio base, si bien la ISAPRE tiene la facultad legal para hacer tal adecuación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 197 inciso tercero del D.F.L. no. 1 de 2005 del Ministerio de Salud, tal facultad resulta excepcional frente a la regla general establecida en el artículo 1545 del Código Civil y, por consiguiente, sólo puede ser aplicada por la ISAPRE en *forma restringida*. Por lo anterior, y como se ha dicho por esta Corte, la facultad revisora de la entidad de salud previsional debe entenderse condicionada **a un cambio efectivo y verificable del valor de las prestaciones médicas,**

---

<sup>420</sup> CORTE DE SANTIAGO. Kurte Bezmanilovic, Velimir con ISAPRE Colmena Golden Cross, Rol N° 2.690-2008. Gaceta Jurídica, N° 337, 2008, pp. 32-34.

en razón de *una alteración sustancial* de sus costos, de lo que se sigue que la recurrida, al disponer del aumento de plan de salud del recurrente en la forma indicado ha actuado en forma arbitraria, pues su conducta no aparece revestida de la **necesaria racionalidad y fundamento**, razón por la cual el recurso de protección debe ser acogido, pues el actuar ilegal y arbitrario descrito ha atentado contra la garantía establecida en el no. 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, recaída sobre los derechos que emanan del contrato de salud que mantiene con la recurrida.”

En el caso *Juan Pablo León U. con ISAPRE Consalud S.A.*, la Corte de Antofagasta (rol no. 406/2008) rechazó la acción interpuesta por no estar el derecho a la protección de la salud contenido dentro del artículo 20 de la CPR y porque la Institución recurrida, sí actuó dentro de sus facultades legales<sup>421</sup>:

“5°) Que en mérito de lo expuesto se impone el deber jurisdiccional de tener presente que, como lo ha dicho reiteradamente la

---

<sup>421</sup> CORTE DE ANTOFAGASTA. León Utrera, Juan con ISAPRE Consalud S.A, Rol N° 406-2008. Gaceta Jurídica, N°342, 2008, pp. 31-35.

jurisprudencia sobre la materia, el recurso de protección fue creado para evitar el daño que se pudiera originar, por actos u omisiones ilegales o arbitrarios, respecto del legítimo ejercicio de derechos – taxativamente señalados por el constituyente- que se encuentran establecidos, indubitadamente, circunstancia que no se da ciertamente en la especie, por lo que le presente recurso no puede prosperar, *porque la recurrida se ha limitado a hacer uso de la potestad legal vigente de readecuar los contratos vigentes con sujeción a la norma transcrita*”.

La Corte Suprema conociendo de la apelación a la sentencia (rol no. 6400/2008)<sup>422</sup>, revocó el fallo aduciendo que si bien la ISAPRE actuó dentro del marco de la ley, el alza del plan de salud *requiere una justificación racional*:

“3°) Que, en consecuencia, debe admitirse que la recurrida admite que su facultad, si bien no aparece reglada, **exige una razonabilidad en sus motivos**, esto es, que la revisión responda a una variación de los

---

<sup>422</sup> CORTE SUPREMA, Rol 6400/2008. Dieciséis de diciembre de dos mil ocho. Considerandos 3° a 7°. Disponible en <http://www.poderjudicial.cl>.

precios de las prestaciones cubiertas por el plan; sin embargo, aún es menester una precisión, en cuanto no puede estimarse suficiente causa de la revisión la simple indexación de los precios referido, por cuanto para tal fin el pago del plan se efectúa en unidades reajustables, que permiten mantener la equivalencia entre él y los costos de la ISAPRE. De modo que, la alteración del valor de las prestaciones médicas ha de provenir de la introducción de nuevos tratamientos o tecnologías aplicadas que modifiquen efectiva y sustancialmente las respectivas prestaciones [...];

4°) Que la anterior **interpretación restrictiva** de los motivos que justifican una objetiva revisión, resulta avalada por la naturaleza privada de los contratos de salud, a los cuales en esta virtud les resulta aplicable el artículo 1545 del Código Civil, al que hace excepción el citado artículo 197; es, entonces extraordinario el carácter de esta facultad de la recurrida, por lo que ella ha de ser aplicada restringidamente, a fin de evitar su abuso, *atendida la especial situación en que se encuentran los afiliados a un plan frente a la ISAPRE*, a la hora de decidir si se mantienen o no las condiciones de

contratación. De esta manera, se salvaguardan los legítimos intereses económicos de las instituciones frente a sustanciales variaciones de sus costos, pero se protege la situación de los afiliados –*referida a un bien tan fundamental como la salud*- en la medida que la revisión de los precios sólo resultará legítima por una alteración real, objetiva y esencial de las prestaciones, apta para afectar a un todo sector de los afiliados o, a lo menos, a todos los que contrataron un mismo plan [...];

5°) Que, de lo dicho, queda en claro que la facultad revisora de la ISAPRE debe entenderse condicionada en su esencia a un *cambio efectivo y verificable* del costo de las prestaciones médicas, **en razón de una alteración sustancial de esos costos y no por un simple aumento, debido a fenómenos inflacionarios**. De lo expuesto se sigue que la actuación de la ISAPRE Consalud S.A., si bien fundada en el inciso tercero del artículo 197 del D.F.L. no. 1, no corresponde a una aplicación razonable y lógica de la referida facultad, puesto que no se motiva en los cambios reales de las condiciones que se requieren para ello;

6°) Que es forzoso concluir que ISAPRE Consalud S.A. actuó *arbitrariamente* al revisar los precios del plan del actor y proponerle las modificaciones indicadas en su comunicación de fojas 1, *por cuanto procedió a ellas sin que se hubiesen producido las variaciones*, en cuya virtud pudo válidamente actuar. Esta arbitrariedad importa conculcar la garantía de igualdad ante la ley, ya que la actora y los demás afiliados al mismo plan, **quedarían en situación de desmedro frente a quienes, aun ajenos al sistema, pueden libremente actuar por el plan reajustado u otro**, no siendo así para los primeros en la medida que su afiliación anterior al sistema, a raíz del régimen de exclusiones contemplado en la Ley no. 18.933, permite calificar como preexistente cualesquiera patología diagnosticada durante la vigencia del plan antiguo, la que por ende, no queda cubierta por el nuevo plan, a menos que asuma un elevado coste;

7°) Que, por otra parte, las actuaciones de la ISAPRE hacen ilusorio el derecho de opción consagrado en el no. 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental, puesto que si las referidas exclusiones conducen a que

se haga excesivamente gravosa la afiliación, al punto de imposibilitar su pago, el interesado puede ser constreñido a incorporarse al sistema estatal”.

La siguiente causa, caratulada *Carolina Carvalho A. con ISAPRE Cruz Blanca S.A.*<sup>423</sup> se torna de interés, porque en ella la ISAPRE -junto con comunicar la adecuación del plan de salud-, adjunta un anexo en que se explican las razones del alza del 2,70% del precio base. Al igual que en el caso anterior, la Corte de Santiago (rol no. 262/2010) rechazó el recurso, estimando que el anexo adjuntado por la ISAPRE era justificación suficiente del alza:

“6°) Que, junto con la indicada carta de adecuación, la recurrida además ha remitido a la afiliada el documento denominado “Anexo 1. Consideraciones para determinar la variación de la tarifa base de su plan de salud”, por medio del cual le da a conocer a la recurrente, detalladamente, las consideraciones que han sido utilizadas para definir la variación que ha experimentado el precio base de su plan de

---

<sup>423</sup> CORTE DE SANTIAGO. Carvalho Arriagada, Carolina con ISAPRE Cruz Blanca S.A., Rol N° 262-2010. Gaceta Jurídica, N° 359, 2010, pp. 25-29.

salud, precisándole las variables que en definitiva a su juicio motivan y justifican el alza, correspondiendo éstos a la cantidad de beneficiarios, siniestralidad en 12 meses y siniestralidad esperada e 12 meses junio del año 2010, dando explicación detallada del proceso de adecuación;

7°) Que, como se ve, mediante estas comunicaciones la ISAPRE recurrida ha puesto en conocimiento de la actora, con la debida antelación, las razones que en su caso particular justifican la modificación del precio del plan base, ofreciéndole un plan alternativo en precio, y otras alternativas posibles;

8°) Que en las circunstancias relacionadas, en el procedimiento seguido por la ISAPRE recurrida no se advierte que el alza de precios propuesta por ésta a la recurrente sea producto de un acto ilegal ni arbitrario, toda vez, que como se ha dicho, la misma es fruto del ejercicio de una facultad legalmente establecida y regulada en los artículos 197 y 198 del D.F.L. no.1 de 2005 del Ministerio de Salud en virtud del cual las Instituciones de Salud Previsional están autorizadas

para revisar anualmente los contratos de salud de sus afiliados, pudiendo adecuar sus precios base en la medida que se sujeten a la regulación prevista al efecto, lo que, en la especie, no ha sido controvertido.

9°) Que en este mismo orden de reflexiones cabe destacar que, mediante la comunicación anexa consignada en el fundamento 6°, la ISAPRE ha justificado satisfactoriamente, las razones o fundamentos de la aplicación del alza de precio propuesta, y por ende su conducta, a juicio de esta Corte, aparece revestida de la necesaria racionalidad, sin que pueda estimársela un juicio arbitrario de la facultad legal concedida, en la medida en que ella se ajusta a los parámetros fijados en la ley, y denotan que en la planificación y determinación de la variación del precio, se tuvieron en consideración las exigencias establecidas por el legislador”.

La Corte Suprema revocó el fallo de primera instancia (rol no. 2935/2010), descartando que el anexo adjuntado fuese fundamento suficiente y razonable para determinar un alza en el precio del plan:

“3°) Que ha de entenderse que la referida facultad revisora de la entidad de salud **exige una razonabilidad en sus motivos**, esto es, que la revisión responda a *cambios efectivos y verificables de los precios* de las prestaciones cubiertas por el plan. Para cumplir con esta exigencia la recurrida ha adjuntado a la carta de adecuación un anexo mediante el cual pretende justificar su decisión, en el cual se informa al afiliado la metodología empleada por la ISAPRE Cruz Blanca en el proceso de reajuste de precios de sus planes de salud, indicando que sobre la base de los aumentos o disminuciones de costos y frecuencias del año anterior del total de la cartera se proyectan los costos de salud del plan para el siguiente período. Inserta al efecto un cuadro en el cual se indican las variaciones de costos expresados en unidades de fomento para el total de la cartera de clientes en el período 2007-2008, concluyendo con el porcentaje de variación real de la tarifa base del plan del recurrente, necesario para continuar otorgando las coberturas comprometidas con sus afiliados, finalizando con la indicación de los beneficios con que ellos cuentan;

4°) Que el anexo a que se ha hecho referencia y con el cual la recurrida pretende justificar su decisión de adecuar el plan de salud del recurrente no satisface a juicio de esta Corte la exigencia de razonabilidad referida en el motivo anterior. En efecto, el anexo se circunscribe a afirmar con cifras y criterios generales que los costos de la institución recurrida para otorgar las prestaciones a las que está obligada han aumentado, *sin que ello se demuestre o justifique de manera cabal, pormenorizada y racional*, por lo que no puede pretenderse reajustar los precios con los solo antecedentes que se invocan en citado anexo por quien está obligado a brindar por contrato que reviste características de orden público y jerarquía constitucional las prestaciones de un bien como la salud;

5°) Que la interpretación y aplicación *restrictiva* de las circunstancias que justifican una revisión objetiva, **se apoya en el carácter extraordinario de la ISAPRE y la particular situación en que se encuentran los afiliados, en la medida que la revisión de precios sólo resultará legítima por una alteración objetiva y esencial de**

**las prestaciones**, apta para afectar a todo un sector de afiliados o, a lo menos, a todos los que contrataron un mismo plan [...];

6°) Que, por lo expuesto, la facultad revisora de la ISAPRE debe entenderse *condicionada* en su esencia a un *cambio efectivo y plenamente comprobable* del valor económico de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos **y no por un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios o la injustificable posición de que la variación pueda estar condicionada por la frecuencia en el uso del sistema**, pues es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre acerca de su utilización;

7°) Que, de este modo, la recurrida no ha demostrado factores atendibles que justifiquen revisar la adecuación del precio base del plan al que se acogió el recurrente, de lo que se sigue que la actuación observada y que se reprochó, si bien enmarcada en el artículo 197 del D.F.L. no. 1 de Salud, no corresponde a una aplicación razonable y lógica de la aludida facultad, pues no se fundó en cambios

efectivamente pormenorizados y comprobados en las condiciones que se requieren para ello [...];

8°) Que, coherente con lo expuesto, es dable colegir que la ISAPRE Cruz Blanca actuó arbitrariamente al revisar los precios del plan del reclamante y proponer las modificaciones indicadas en la comunicación que le dirigiera, sin haber demostrado en los términos exigibles las modificaciones de precios de plan de salud en razón de una variación sustancial de costos para asegurar la equivalencia de las obligaciones del contrato de salud **con un estándar de razonabilidad y justicia** que asegure el equilibrio de las prestaciones, variaciones en cuya única virtud pudo válidamente obrar;

9°) Que dicha arbitrariedad importa **afectar directamente el derecho de propiedad** del recurrente protegido por el artículo 19 no. 24 de la Carta Fundamental, desde que lo actuado implica **una disminución concreta y efectiva** en el patrimonio de éste al tener que soportar una injustificada carga derivada del mayor costo de su plan de salud por este motivo”.

Los considerandos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º de la sentencia recién citada se repiten en el caso *Teresa Suárez C. con ISAPRE Cruz Blanca S.A.*, de modo que no los transcribiremos. Aquí, al igual que en el caso anterior, la ISAPRE adjuntó un anexo explicativo del alza, siendo aceptada la argumentación por la Corte de Santiago (rol no. 1246/2010), para luego ser rechazada por la Corte Suprema y acoger el recurso (rol no. 4271/2010)<sup>424</sup>.

La sentencia rol no. 933-2010 de la Corte de Santiago acogió el recurso presentado en contra de ISAPRE Cruz Blanca S.A.<sup>425</sup>. El recurrente, Cristián Cardemil C. interpuso el recurso al comunicarle la ISAPRE que el precio base de su plan de salud se reajustaría al alza en un 2,70%:

“4º) Que, en lo que respecta al aumento del valor del precio base del plan de salud del recurrente de 1,83 a 1,87 U.F., cabe precisar que si bien la ISAPRE tiene la facultad legal para hacer tal adecuación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 197 inciso tercero del D.F.L. no. 1 de 2005 del Ministerio de Salud, *tal facultad resulta excepcional*

---

<sup>424</sup> CORTE DE SANTIAGO. Suárez Cancino, Teresa con ISAPRE Cruz Blanca S.A., Rol N° 1.246-2010. Gaceta Jurídica, N° 361, 2010, pp. 32-37.

<sup>425</sup> CORTE DE SANTIAGO. Cardemil Correa, José con ISAPRE Cruz Blanca, Rol N° 933-2010, Gaceta Jurídica, N° 362, 2010, pp. 53-56.

*frente a la regla general establecida en el artículo 1545 del Código Civil y, por consiguiente, sólo puede ser aplicada por la ISAPRE en forma restringida.* Por lo anterior y como se ha dicho por esta Corte, la facultad revisora de la entidad de salud previsional debe entenderse condicionada **a un cambio efectivo y verificable** del valor de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos, de lo que se sigue que la recurrida, al disponer el aumento del plan de salud del recurrente en la forma indicada, ha actuado en forma arbitraria, pues su conducta no aparece revestida de la **necesaria racionalidad y fundamento**, razón por la cual el recurso de protección de protección debe ser acogido, pues el actuar arbitrario descrito ha atentado contra la garantía establecida en el número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al obligar a la afiliada a pagar una suma mayor de dinero de la que está obligada:

5°) Que la carta aviso de adecuación del plan de salud remitida por la ISAPRE no es suficiente para demostrar algún motivo o razón del cual pudiera colegirse fundadamente que es necesario aumentar el costo base del plan de salud primitivamente pactado con la recurrente, no

obstante de acompañarse de un anexo con diversos datos y cifras, pues con ello no se explica que la cotización recaudada en U.F. no pueda soportar los gastos, ni que éstos efectivamente tengan alza de precios superiores a esa reajustabilidad automática; lo que pone en evidencia que ese incremento carece de la *debida justificación*”.

Las sentencias de la Corte Suprema roles no. 6915/2010 y 10048/2010<sup>426</sup> (Corte de Santiago rol no. 5350/2010)<sup>427</sup> comparten la peculiaridad de ser dictadas después de la sentencia rol no. 1710/2010 del Tribunal Constitucional. Llamativo también resulta que en ambos casos la ISAPRE recurrida, Cruz Blanca S.A., haya acompañado un informe de auditoría externa realizado por la consultora “*Price Water House Coopers*” con el cual pretendía justificar el alza del precio base del plan de salud. De igual modo, en ambos casos la Corte de Santiago estimó que los referidos informes constituían fundamento suficiente para rechazar el recurso puesto que el alza se encontraba justificada (las sentencias están redactadas en términos idénticos por lo que sólo transcribiremos una de ellas):

---

<sup>426</sup> CORTE SUPREMA, Roles 6915/2010 y 10048/2010. EN: Revista Gaceta Jurídica, no. 364, 2010.

<sup>427</sup> CORTE DE SANTIAGO, Rol 5350/2010. EN: Revista Gaceta Jurídica, no. 367, 2010.

“6°) Que en el caso de autos, en la carta de adecuación propuesta por Cruz Blanca S.A. al recurrente, se le indica que el precio base de su actual plan de salud complementario vigente Universal 4900, cuyo código es 2UN4900509, ascendente a 1,00 U.F., tendrá un alza de un 4,40%, lo que sumado a la variación de los factores de riesgo y a lo cotizado por AUGE, alcanza una cotización compensada de 2,786 U.F. Agrega que dicho ajuste se encontraría dentro de los límites fijados por la banda de precios, en base al alza promedio definida por la ISAPRE, cuestión que no ha sido controvertida por la recurrente en autos;

7°) Que la recurrida además ha acompañado al recurso el informe de auditoría denominada “Revisión especial sobre el proceso de adecuación de planes de los afiliados abril de 2010”, efectuado por una empresa externa (...), que contiene las razones utilizadas para definir la variación que ha experimentado el precio base del plan de salud del recurrente, con indicación de la metodología seguida en dicho proceso, la base de cálculos con el costo promedio mensual por beneficiario de su plan de salud, precisando las variables que motivan

y justifican el alza, dando explicación detallada del proceso de adecuación;

9°) Que en las circunstancias relacionadas, en el procedimiento seguido por la ISAPRE recurrida, no se advierte que el alza de precios propuestas por ésta al recurrente sea producto de un acto ilegal o arbitrario, toda vez que, como se ha dicho, la misma es fruto del ejercicio de una facultad legalmente establecida y reguladas en los artículos 197 y 198 del D.F.L. no. 1 de 2005 del Ministerio de Salud, en virtud del cual las Instituciones de Salud Previsional están autorizadas para revisar anualmente los contratos de salud de sus afiliados, pudiendo adecuar sus precios base, en la medida que se sujeten a la regulación prevista al efecto, lo que en la especie, no ha sido controvertido;

10°) Que en este mismo orden de reflexiones cabe destacar que, mediante la comunicación anexa y documentos acompañados consignados en el fundamento 7°, la ISAPRE ha justificado satisfactoriamente las razones o fundamentos de la aplicación del alza

de precio propuesta, y, por ende, *su conducta aparece revestida de la necesaria racionalidad, sin que pueda estimársela un ejercicio arbitrario de la facultad legal concedida, en la medida en que ella se ajusta a los parámetro fijados en la ley*, y denotan que la planificación y determinación de la variación del precio se tuvieron en consideración las exigencias establecidas por el legislador;

11°) Que, por otra parte, debe también tenerse presente que el control de la legitimidad en el ejercicio de la mencionada facultad, ha de reservarse a aquellos casos en que la magnitud y la frecuencia de las adecuaciones practicadas por una institución, superan toda razonabilidad, o evidencian un ejercicio abusivo o discriminatorio de la referida facultad, *por los antecedentes aportados en esta causa no ocurre en la especie*, atendido el bajo porcentaje del alza propuesto al precio base del plan de salud de que se trata, y la inexistencia, por otra parte, de antecedentes de otra naturaleza que hagan necesaria la utilización de este recurso extraordinario, toda vez que si no dan las variables descritas, ni acaece alguna circunstancia especial de cautividad, el control puede ejercerse por el propio afiliado, mediante

el empleo de los recursos que la ley le reconoce, o incluso ejerciendo la opción de desafiliarse de una ISAPRE que ejerce de modo reprochable la facultad de adecuar los contratos, castigando de este modo su conducta”.

Sin embargo, la Corte Suprema revocó los fallos al considerar que el informe de auditoría externa, al igual que los anexos acompañados por las ISAPRES en los caso vistos más arriba, “*no satisface la exigencia de razonabilidad*” (considerando 4°), es decir, “*que la revisión responda a cambios efectivos y verificables de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan*” (considerando 3°). Tanto las sentencias 6.915/2010 como 10048/2010 de la Corte Suprema están escritas en los mismo términos que las sentencias 2.935/2010 y 4.271/2010 ya vistas, por lo que no citaremos sus respectivos considerandos.

Una vez ya expuestas algunas sentencias tanto de la Corte Suprema como de las respectivas Cortes de Apelaciones, ya sea acogiendo o rechazando la acción cautelar de protección, es posible concluir lo siguiente: Primero, que generalmente el argumento para desestimar las

acciones cautelares deducidas, tuvieron en su mayoría una razón de texto, esto es, la atribución legal conferida a las Instituciones de Salud de revisar sus precios y, por ende, de subirlos. Así al menos fue considerada en principio por la mayoría de las Cortes de Apelaciones conociendo de esta acción en primera instancia. Segundo, que a pesar de la tendencia de las Cortes de Apelaciones, la Corte Suprema comenzó a revisar los fallos y revocarlos, en razón que, si bien existe una facultad legal a favor de las ISAPRES, éstas no necesariamente se ajustaban a derecho, puesto que se consideró aquello como arbitrario, en razón de la presencia de la protección de un derecho que la jurisprudencia consideró de mayor connotación, como lo es el derecho a la protección de la salud. Y es en base de este argumento y en virtud de la teoría de la propietarización de los derechos, que se consideró un menoscabo efectivo al patrimonio de los afiliados, por verse éstos obligados a migrar de aquellas instituciones y que, en muchas ocasiones, terminaban por afiliarse al sistema estatal de salud. Además que, a todas luces era evidente, que el alza perjudicaba patrimonialmente al afiliado. Así las cosas, la Corte Suprema otorgó efectiva protección al derecho en cuestión, en consideración de la vulneración al derecho de

propiedad del cual goza todo afiliado a su contrato de salud, el que no puede verse perjudicado por algún alza que, a juicio de la Corte, atentare contra los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Esto, a pesar de los informes de auditorías que pretendían otorgar legitimidad a estas alzas, mediante el detalle de las razones financieras que cada ISAPRE pudo haber tenido para sustentar dichas alzas.

A continuación se hará énfasis en los fallos del TC conociendo de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del antiguo artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES. En particular, se sintetizará la sentencia del mismo tribunal (Rol 1710/2010) que acogió un recurso de inconstitucionalidad de la norma anteriormente citada, en razón de vulnerar los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y cuya principal consecuencia jurídica fue la derogación de los números 1 a 4 del artículo 199 de la Ley de ISAPRES (antiguo artículo 38 ter), texto que expresamente consagraba la tabla de factores y cómo ésta debía adecuarse a los parámetros que establecía aquellos numerales, todos en razón de género, edad y sexo.

#### **4.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

##### **4.1.- Fallos del Tribunal Constitucional conociendo de recursos de inaplicabilidad del antiguo artículo 38 ter de la ley de ISAPRES.**

A continuación se hará una breve exposición de algunos fallos en los cuales el TC conoció de recursos de inaplicabilidad respecto del antiguo artículo 38ter de la ley de ISAPRES, en razón de haber sido deducidos por los actores mientras éstos habían ya deducido las acciones cautelares de protección por el alza de los planes de salud. Es importante consignar que la descripción de la siguiente jurisprudencia, fue precedente del fallo que declaró inconstitucional la norma citada (rol 1710/2010), por lo que a continuación se dará una mención de los más importantes argumentos jurídicos que consideró el sentenciador para acoger la inaplicabilidad deducidas.

Dentro de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, previamente a la sentencia 1710/2010, encontramos cinco fallos que, en uso de la facultad que le otorga el artículo 93, numeral 6° de la CPR, declararon inaplicable por inconstitucional el referido artículo 38 ter. Se trata de las

sentencias roles no. 976/2007, 1.218/2008, 1.273/2008, 1.287/2008 y 1.348/2009<sup>428</sup>.

En la primera de ellas (rol no. 976/2007), la recurrente había deducido previamente una acción cautelar de protección en contra de la ISAPRE I.N.G. S.A., la cual, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 197, inciso 3º, de la ley de ISAPRES, había subido su plan de salud 7,40 a 9,40 U. F. mensuales, por haber cumplido sesenta años en aplicación de la ya descrita tabla de factores. La recurrida, justificó el alza basándose principalmente en dos argumentos: Primero, que el aumento del costo del plan de salud de la recurrida, fue producto del *costo promedio* de todos los afiliados al sistema, tal como se contemplaba en la tabla de factores y en la determinación del factor de riesgo. Segundo, que la variación en su caso particular, se produjo durante la última anualidad en la edad de los beneficiarios, la cual es uno de los factores de riesgo que contempla el sistema para determinar el precio del plan salud<sup>429</sup>. La recurrente, al

---

<sup>428</sup> Todas estas sentencias están disponibles en <http://www.tribunalconstitucional.cl>.

<sup>429</sup> La ISAPRE también invocó la cláusula contractual que le permitía subir el precio del contrato: “*el precio del plan también se ajustará cada vez que ocurra un cambio en el tramo de edad y/o en el tipo de beneficiario, según se clasifique en la tabla de factores relativos por sexo, edad y tipo de beneficiario. La modificación del precio del plan por estas causas se hará efectiva en la anualidad inmediatamente siguiente en se produzca el o los cambios respectivos*”.

momento de deducir la acción de protección, consideró que el alza de la cual era objeto, vulneraba su derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 no. 2° de la CPR), el derecho a la protección a la salud (artículo 19 no. 9) de la CPR), y de su derecho de propiedad sobre las prestaciones de salud (artículo 19 no. 24, de la CPR).

Para el Tribunal Constitucional la cuestión a resolver era si “*el artículo 38 ter de la ley no. 18.933, de ser aplicado (...) produce o no los efectos contrarios a la Constitución aducidos por la requirente, a saber, el quebrantamiento de la igualdad ante la ley, del derecho a la libre elección del sistema de salud y del derecho de propiedad, asegurados en los numerales 2°, 9° y 24° del artículo 19 de la Constitución*” (Considerando 10°), en la medida en que el afiliado tiene derecho a elegir el sistema de salud, público o privado, al cual adscribirse<sup>430</sup>.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional divide en cinco grupos la argumentación jurídica. En primer lugar, desarrolla con énfasis el

---

<sup>430</sup> “**Cuadragésimo séptimo:** *Que, desde el punto de vista expuesto y para la decisión del caso sub lite, merece realce el derecho a elegir el sistema de salud público o privado a que decida acogerse el beneficiario correspondiente. Así es, pues debe tenerse presente que tanto uno como otro sistema se validan en la medida que subsista, durante la duración del contrato, el derecho a la libre elección, sea para perseverar en él, ponerle término, cambiar de ISAPRE o trasladarse del sistema privado al público o viceversa*”.

principio general que rige todo el sistema constitucional chileno y que es precisamente la dignidad de todo ser humano, lo que conlleva una serie de deberes orientados a proteger con eficacia dicha dignidad. Por ende, concluye el TC que es menester adecuar todo indicio de arbitrariedad y/o contrariedad que pudieren cometer tanto los órganos públicos como privados en el otorgamiento de un servicio que se considera de fin público. En segundo lugar, establece la exigibilidad de los derechos sociales y los iguala para esos efectos a los que la doctrina denomina como derechos individuales, habiendo una relación de complementariedad entre ambas categorías de derechos. En tercer lugar, desarrolla el principio de subsidiariedad que, si bien la CPR les otorga a los particulares la facultad de prestar servicios públicos y que consisten precisamente en la satisfacción de un derecho en particular; aquello no debe contrariar derechos fundamentales y, por lo tanto, no puede ser justificativo de actitudes que impliquen una vulneración de éstos. En cuarto lugar, se realza que la relación entre particulares se deriva del contrato de salud, pero éste debe respetar toda norma de orden público, como lo es la Constitución y, específicamente, los derechos consagrados en ella. Y en último lugar, y en

relación al antiguo artículo 38 ter, que si bien otorga facultades a las ISAPRES para regular sus precios; éstos deben ser fijados con criterios de razonabilidad y proporcionalidad para, precisamente, no vulnerar los derechos consagrados en la Carta Política.

Así es como el TC, desarrolla el principio de la dignidad de la persona humana y como este principio condiciona todo el ordenamiento jurídico:

**“Vigésimosegundo.** Que, el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución, proclama que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, *principio matriz del sistema institucional vigente* del cual se infiere, con claridad inequívoca, **que todo ser humano, sin distinción ni exclusión, está dotado de esa cualidad, fuente de los derecho fundamentales que se aseguran en su artículo 19.** El mismo precepto, esta vez en su inciso cuarto, impone al Estado el deber de servir a la persona humana y de promover el bien común, para lo cual ha de contribuir, es decir, concurrir con otros a la realización de esa finalidad esencial, con pleno respeto a los

derechos y garantías declarados en la Carta Fundamental. Por último, el inciso final del artículo comentado, obliga al Estado a dar protección a la población y asegurar la participación, con igualdad de oportunidades, en la vida nacional;

**Vigesimotercero.** *Que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De estos atributos, se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y síquica y a la protección de la salud cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos;*

**Vigesimocuarto.** Que, en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, **se articula el sistema constitucional chileno**, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política

asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido de que preexisten a ella, y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y privados, en ejercicio de la competencia y facultades, respectivamente, que les han conferido la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, *además a protegerlos y promoverlos;*

**Vigesimoquinto.** Que, con sujeción al artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución, todos los valores, principios y normas articulados en ella gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político, rasgo del cual se sigue que ningún órgano estatal, persona institución o grupo puede invocar válidamente otras disposiciones de ese texto, ni acudir a su contexto o espíritu para prescindir de tan importante obligación, reputarse eximido de acatarla o dejar de asumir los deberes inherentes a dicha supremacía”.

A continuación el Tribunal Constitucional sostiene que los derechos sociales, entre los que está el derecho a la protección de la salud, *son*

*justiciables al igual que los derechos civiles y políticos* y que se encuentran ligados a ellos:

**“Vigesimosexto.** Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de segunda generación, *son tales y no simples declaraciones o meras expectativas*, cuya materialización efectiva queda suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica (...)”.

**Vigesimonoveno.** Que el derecho a la protección de la salud es de índole *social*, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea;

**Trigésimo segundo.** Que, del mismo modo, esta Magistratura no puede dejar de enfatizar *que el derecho a la protección de la salud, en cuanto derecho social, se halla sustancialmente ligado a otros*

*asegurados en nuestro Código Político*, v. gr., el derecho a la vida y a la integridad tanto física como síquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento la legitimidad ya aludida. Ilustra este sentido de contexto y espíritu lo dispuesto en el considerando 9º de la sentencia Rol 220: ‘el Estado debe velar como se lo exige la Constitución por la vida de las persona. Lo hace directamente a través de su poder público para cautelarlas de acciones y reconoce el derecho a la protección de la salud conforme al artículo 19 no. 9º con el objeto de que, en caso de enfermedades, se preserven sus vidas’.”

Desde los considerandos trigésimo cuarto hasta el trigésimo noveno el Tribunal Constitucional conecta el principio de subsidiariedad que permite a las ISAPRES otorgar prestaciones cuyo objetivo es un derecho fundamental con el deber de éstas de asegurar el máximo goce del derecho a la protección de la salud de sus afiliados:

**“Trigésimo cuarto.** (...) siendo la Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales

guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia algún precepto de ella, *cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares,* aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos;

**Trigésimo quinto.** Que lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza a la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella. En este sentido, pertinente es recordar la reflexión de autorizada doctrina, en uno de cuyos libros se lee que esa cualidad de la Ley Suprema: ‘apareja necesariamente estar dotada de fuerza normativa para operar sin intermediación alguna, y

obligación (**para todos los operadores gubernamentales y para los particulares en sus relaciones inter-privados**) de aplicarla, cumplirla, conferirle eficacia, no violarla –ni por acción ni por omisión-’ (Germán Bidart Campos: El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 88-89).

**Trigésimo sexto.** Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es, exactamente, lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinada a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19 no. 9 de la Constitución;

**Trigésimo séptimo.** Que, sin duda, las Instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que *ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común*, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes, *encuentran límites y obligaciones legítimas*, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad. Precisamente, entre tales delimitaciones aparece, al tenor del artículo 19 no. 24, inciso segundo, de la Constitución, cuanto exija la salubridad pública, es decir, lo que sea bueno para la salud de sus habitantes;

**Trigésimo octavo.** Que, en semejante orden de ideas, habiéndoles reconocido el poder constituyente a las Instituciones de Salud previsional, como manifestación del principio de subsidiariedad, la

facultad de intervenir en el proceso de satisfacer el derecho constitucional a la protección de la salud de sus afiliados, en los términos contemplados en el precepto respectivo, *ellas deben, siempre y en todo caso, procurar que los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, en especial aquél cuya satisfacción les ha sido reconocida y está amparada por la Carta Fundamental, no sean afectados en su esencia o menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio*, con sujeción a lo previsto en el artículo 19, no. 26, de la Carta Política;

**Trigésimo noveno.** Que, como consecuencia de lo afirmado, cabe concluir que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, *deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud*, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, no. 9, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa,

con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole”.

En cuarto lugar, el Tribunal Constitucional afirma la supremacía de la Constitución por sobre las cláusulas del contrato de salud, limitando, de esta forma, la autonomía contractual:

**Cuadragésimo.** Que el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. *Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos, y a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia*, interpretación, que a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente imposible;

**Cuadragésimo primero.** Que lo razonado resulta aún más evidente en los casos en que *la relación convencional entre sujetos de derecho privado halla reconocimiento o amparo constitucional, sea directo o indirecto pero inequívoco, como medio a través del cual uno de*

*ellos, en cuanto manifestación del principio de subsidiariedad* articulado en el Código Político, da satisfacción al ejercicio legítimo de derechos esenciales, en este caso de la contraparte, como sucede en el contrato de salud, celebrado entre una Institución de Salud Previsional y un particular determinado, respecto del atributo asegurado a este último en el artículo 19, no. 9, inciso final, de la Carta Política;

**Cuadragésimo tercero.** Que, por último, el derecho a la protección a la salud, en los términos en que se encuentra plasmado en el artículo 19, no. 9, de la Carta Fundamental, es, para estos efectos, *la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud*, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos. **Consiguientemente, estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas por ser contrarias a la Constitución,** efecto que tendría contemplar estipulaciones que, directamente o no, signifique que la contraparte quede, *de facto*, impedida de ejercer la

plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados en esta disposición suprema”.

Por último, el Tribunal pasa a considerar si de aplicarse el artículo 38 ter se estarían vulnerando los derechos de la requirente:

**“Quincuagésimo segundo.** Que, estando basada la estructura de la tabla de factores en criterios objetivos y de común o general vigencia, *la diferencia que ella importa en sí, por los rangos de edad que establece, no puede ser calificada por esta Magistratura como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria.* En esa medida, la alegación de la requirente dirigida en contra del precepto legal impugnado en cuanto, en el caso *sub lite*, autoriza a su Institución de Salud Previsional para aplicar la tabla de factores, a los efectos de determinar el valor de su plan de salud debe ser rechazada y así será declarado;

**Quincuagésimo cuarto.** Que, aplicando la estructura de la tabla de factores establecida por la Superintendencia Salud en conformidad a lo dispuesto en el precepto legal impugnado, ese órgano ha fijado

libremente los factores para la tabla incorporado al contrato de la requirente, con sujeción a las limitaciones legales y administrativas de rigor, estableciendo entre el factor menor y mayor de ellos un rango de 4,5 veces. Consiguientemente, al cumplir 60 años de edad, la requirente paso del factor 3,0 a otro igual a 3,5, cambio que se tradujo en un alza del costo de su plan de salud de 7,4 a 9,4 UF mensuales;

**Quincuagésimo quinto.** Que, si bien la ISAPRE, al establecer los factores de la Tabla incorporada al contrato de salud de la requirente parece haberse atendido a las normas legales y administrativas que rigen tal operación, no puede olvidarse tampoco que, en las estipulaciones de ese contrato de salud, tienen que ser respetados y promovidos los atributos que integran el derecho a la protección de ella, asegurado a la señora Peña Wasaff en el artículo 19, no. 9, de la Carta fundamental. Ciertamente, este efecto de la supremacía no puede quedar condicionado, diferido o supeditado a lo que preceptúan tales normas porque se hallan subordinadas a lo mandado en la Constitución;

**Quincuagésimo séptimo.** Que, consiguientemente, no cabe sino concluir que toda facultad que por ley se otorgue a las ISAPRES de fijar libre o discrecionalmente un factor para incorporarlo a dichas contrataciones **debe suponerse siempre limitada por los valores, principios y disposiciones constitucionales, deducción lógica, que si fuera desconocida o ignorada, sería equivalente a quebrantar el valor de la supremacía que caracteriza a la Constitución;**

**Quincuagésimo noveno.** Que, en el ejercicio de la facultad legal señalada en el razonamiento anterior, la ISAPRE debe observar, entre otros atributos afines asegurados a la requirente, *el derecho a la libre elección del sistema de salud, público y privado, al que ella resuelva acogerse*. Esta obligación implica que, durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no sufra cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que impidan al afiliado preservar en él, darle término, optar por ISAPRE o trasladarse de sistema;

**Sexagésimo primero.** Que la evolución de los factores de edad y sexo en el ciclo vital de la requirente, consultada en la tabla incorporada a su contrato representa una diferencia que, si bien está justificada en cuanto a su existencia en condiciones objetivas y generales de riesgo, *no lo está en lo relativo a su magnitud, la que oscila desde el factor 1,00 al factor 4,00*, facultando así a la ISAPRE para cuadruplicar el valor del plan de salud pertinente (...). Deviene insostenible, en consecuencia, argumentar que, en la especie, haya sido respetada la proporcionalidad de las prestaciones que exige un contrato válidamente celebrado. **Éste, por mandato de la Constitución, debe siempre tender a maximizar el goce del derecho a la protección de la salud y no dejarlo sin vigencia efectiva**, v. gr., al impedir que el cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse;

**Sexagésimo segundo.** Que, en el caso concreto y singular *sub lite*, al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla, incorporada al contrato de salud de la requirente de autos, en función del rol que han de servir

las Instituciones de Salud Previsional, debe concluirse que *se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonables y, en esa medida, arbitraria*. Aunque amparada en el texto del precepto legal impugnado en esta *litis* precisa, se torna evidente que tal disposición lesiona la esencia de la igualdad entre las partes asegurada por el artículo 19, no. 2, de la Constitución.

**Sexagésimo tercero.** Que, sin perjuicio de lo recién aseverado, es también base constitucional y de orden público del contrato de salud la prevista en el artículo 19, no. 9º, de la Carta Política, cuyo inciso final reconoce de la requirente a elegir el sistema de salud al que desea acogerse. Acorde con la idea de sistema coherente de valores, principios y preceptos ya expuesta, deviene irrefutable que **todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho**, más todavía si el afiliado envejece y, a raíz de ello, sube considerablemente el valor respectivo, lo cual repercute en el mayor costo de su plan de salud. Con ello, lejos de permitir el acceso a las prestaciones correlativas, las *dificulta*, y en

el caso extremo, cuando el afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, cual sucede en la causa aquí decidida, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público. Obviamente, el hecho descrito significa que el afectado se halla impedido de ejercer tales derechos, a pesar de estarles asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia;

**Sexagésimo cuarto.** Que, en el ejercicio de su competencia, esta Magistratura ha comprobado que el rasgo *inter partes*, casuístico, concreto y singular que hoy caracteriza al pronunciamiento de la inaplicabilidad de un precepto legal permite, al evaluar los hechos configurativos de la gestión pendiente invocada, concluir que ese precepto puede ser constitucionalmente irreprochable en abstracto pero que, confrontado con tales hechos específicos, resulta patente su pugna con lo asegurado en la Carta Fundamental (...).

**Sexagésimo quinto.** Que lo señalado en el razonamiento anterior se manifiesta particularmente en el caso *sub lite*, pues la libertad de

elegir el sistema de salud al que se desea estar afiliado queda restringida o impedida, si como en el caso de la señora Wasaff, se está frente a un cotizante cuya situación previsional es desmedrada, producto de las inestabilidades que experimentó durante su vida laboral activa, tal como ella lo argumenta en estrados (...).”

Con estos argumentos, el Tribunal Constitucional declaró inaplicable por inconstitucional el referido artículo 38 ter a su respectiva causa pendiente, por ser contrario a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y el derecho de propiedad de la recurrente. Pero cabe consignar que la declaró inaplicable no por ser una vulneración a la CPR, puesto que el TC la considera como una facultad legalmente establecida y ejercida conforme a Derecho; sino que por no respetarse los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad en la determinación del precio base que terminó por vulnerar el derecho de la recurrente. En simples palabras: la ISAPRE tenía la facultad de subir sus precios conforme a la tabla de factores, pero cometió una vulneración del derecho al no hacerlo a la luz de aquellos principios que, en definitiva, son las máximas a respetar cuando se

trata de la prestación de un servicio que conlleva un derecho consagrado constitucionalmente.

La sentencia rol no. 1218/2008 de igual modo declaró inaplicable por inconstitucional el referido artículo 38 ter. En este caso, la señora María Ximena Osorio Sagredo presentó un reclamo ante la Superintendencia de Salud, el cual fue ingresado bajo el Rol no. 10.913/2008. Aquí, al igual que en la sentencia anterior, a la requirente, al cumplir 60 años, se le subió unilateralmente el precio del plan de salud de 8,97 a 12 UF. La principal innovación de esta sentencia es que además de declarar vulnerados los derechos de igualdad ante la ley, a la protección de la salud y de propiedad, declara vulnerado el derecho a la seguridad social. Así en los considerandos sexagésimo segundo y sexagésimo tercero expone:

**“Sexagésimo segundo.** Que, como ha quedado demostrado con lo reflexionado en los capítulos III y IV de esta sentencia, no sólo se encuentra en juego el respeto al derecho a la protección de la salud de la requirente, sino también y muy especialmente, **su derecho a la seguridad social, dada la naturaleza de institución de seguridad**

**social, y no de contrato de seguro privado, que reviste el contrato de salud previsional,** en virtud de la cual se torna constitucionalmente inaceptable el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del beneficiario, toda vez que, como se dijo, forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona del estado de necesidad derivado de contingencias vitales de universal ocurrencia (como el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural). Ello hace que la existencia misma de los reajustes periódicos del plan de salud previsional por el aumento de la edad, que consagra el precepto legal impugnado en autos –independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base-, resulta inconciliable con el derecho de la seguridad social, constitucionalmente asegurado en el número 18° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, precepto que obliga al Estado a asegurar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el ejercicio de ese derecho;

**Sexagésimo tercero.** Que juzga este Tribunal que la aludida uniformidad resulta vulnerada si el costo de las cotizaciones para el asegurado, por el disfrute de unas mismas prestaciones, se ve acrecentado por el solo hecho de progresar en edad, lo que al mismo tiempo produce, como natural efecto, el menoscabo del ejercicio del derecho a la seguridad social de la requirente”.

La sentencia rol 1273/2008, utiliza los mismos argumentos de la sentencia anteriormente citada, añadiendo una interpretación unitaria y sistemática de los derechos fundamentales:

**“Cuadragésimo séptimo.** [...] cabe advertir que los mismos [derechos fundamentales] no pueden ser considerados de manera aislada o independiente unos de otros. Al contrario, ellos se manifiestan de manera integrada, constituyendo un entramado de normas y principios cuyo alcance no puede apreciarse correctamente sin considerar una visión de conjunto que los incluya a todos ellos y que, también, incorpore su relación con otras disposiciones y valores constitucionales”.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional utiliza, por primera vez, la doctrina alemana de igualdades esenciales y principio de proporcionalidad para fundamentar su posición:

“**Sexagésimo.** [...] es necesario distinguir conceptualmente entre *igualdades esenciales* y *desigualdades esenciales*. Así, estamos en presencia de una igualdad esencial cuando ‘*personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables*’. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario, y por ende inconstitucional, tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales. Además, se agrega la denominada ‘*nueva fórmula*’, consistente en considerar vulnerada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere una ponderación en el sentido de examen de

proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto;

**Septuagésimo segundo.** Que la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley no. 18.933, impugnado en estos autos, establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son i) la igualdad en derechos y dignidad con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación de la vida nacional (oración final del inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución)”.

La sentencia rol no. 1287/2008, reproduce muchos de los considerandos de las sentencias anteriores. Presenta, respecto de éstas, un

nuevo argumento relacionado al principio de subsidiariedad: si las ISAPRES remplazan la función del Estado de satisfacer un derecho fundamental, entonces su posición es análoga a la de éste, por tanto en el contrato de salud previsional las prestaciones a las que está obligada la ISAPRE no son conmutativas respecto de las del afiliado:

**“Quincuagésimo segundo.** Que preciso es apuntar que de los dispuesto en los incisos cuarto y quinto del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en tanto preceptúan, en relación con las acciones de salud: *‘sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas’* y en relación al derecho de toda persona de elegir el sistema al cual desea acogerse, *‘sea este estatal o privado’*, respectivamente, posible es inferir no sólo que los particulares pueden coadyuvar con el Estado en su deber de garantizar el derecho fundamental a la protección de la salud, lo que se halla en plena armonía con el principio de subsidiariedad que reconoce la Carta Fundamental, sino que, además, tales instituciones, al hacerlo en relación con sus afiliados, **se sitúan en un plano análogo al de su titular originario**, el Estado. En este sentido, la doctrina no en vano,

ha observado que las *'ISAPRES cumplen la función de sustituir a los servicios de salud y Fonasa en el otorgamiento de los beneficios de salud que comprenden los regímenes de medicina preventiva, medicina curativa y subsidio por incapacidad laboral'* (Gregorio de la Fuente Dreyfus, *Las ISAPRES*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 17);

**Quincuagésimo tercero.** Que, a la luz de lo señalado precedentemente, puede afirmarse que si bien existen sustanciales diferencias entre el sistema público y privado de salud, *aquellas en lo absoluto pueden afectar a las garantías y derechos de los afiliados a dichos sistemas*, contenido en el numeral 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental;

**Quincuagésimo cuarto.** Que, por lo señalado en los considerandos precedentes, no es posible afirmar que el contrato de salud previsional sea conmutativo, esto es, que *'que cada una de las partes se obligue a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte deba dar o hacer a su vez'* (artículo 1441 del Código Civil) y,

por tanto, que las prestaciones que las instituciones de salud previsional deben a sus afiliados no pueden exceder el monto que representa las cotizaciones de ésta, sino más bien todo lo contrario, ya que sólo esta interpretación es la que armoniza con lo previsto por la Constitución en orden a que tales instituciones, al ‘sustituir’ en esta materia al Estado, deben dar plena satisfacción al derecho a la protección de la salud asegurado en la Carta Fundamental”.

La sentencia rol 1348/2009 no presenta mayor innovación respecto de las sentencias analizadas más arriba. Repite en sus considerandos 27°, 28°, 29°, 30° y 31° que la primacía de la persona humana es la base sobre la cual debe ponderarse el artículo 38 ter. En el considerando 32° reafirma la unidad de los derechos civiles y políticos con los derechos sociales. En los considerandos 45°, 46° y 47° se vuelve a citar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre igualdades esenciales y el derecho de igualdad ante la ley. Finalmente, el considerando 69° reitera que el alza unilateral del contrato hace inefectivo el derecho a elegir el sistema de salud. A continuación una síntesis de alguno de los considerados citados anteriormente:

**“Vigesimonoveno:** Que a lo anterior cabe añadir que la dignidad de la persona corresponde a lo que la doctrina denomina “*fundamentación de los derechos*”. Como lo señala Pereira Menaut: “*la dignidad es el merecimiento, el crédito de respeto que nos es debido y que fundamenta el reconocimiento de un derecho*”, agregando: “*La dignidad de la persona, la igualdad básica (no la concreta) y la libertad humana, consideradas como tales –dejando ahora las libertades concretas que de ellas se deriven-, son atributos del ser humano por el mero hecho de vivir y de estar dotado de conciencia moral y de intelecto racional y, desde esa perspectiva, son anteriores al derecho e indisponibles para legisladores y jueces*”. (Antonio-Carlos Pereira Menaut: Teoría Constitucional, ConoSur, Santiago de Chile, 1998, p.424).

**“Trigésimo primero:** Que, en consecuencia, la dignidad de la persona se irradia en las disposiciones de la Constitución *en una doble dimensión*: como principio y como norma positiva. En esta doble calidad debe ser considerada ante el examen concreto de constitucionalidad que envuelve la acción de inaplicabilidad. Si la

aplicación del precepto impugnado (...), resulta contraria a la Constitución, ese efecto se entenderá como extendido a las dos disposiciones invocadas, en la medida en que se vea involucrado el artículo 1º, inciso primero, de la Carta;

**Trigésimo segundo.** Que a mayor abundamiento, los derechos fundamentales invocados en el requerimiento formulado por la Corte de Apelaciones de Talca en este proceso no pueden ser considerados de manera aislada o independiente unos de otros. Al contrario, ellos se manifiestan de manera integrada, constituyendo un entramado de normas y principios cuyo alcance no puede apreciarse correctamente sin considerar *una visión de conjunto que los incluya a todos ellos y que, también, incorpore su relación con otras disposiciones y valores constitucionales (...)*.

**Cuadragésimo sexto.** Que por la reputación que ha tenido en el derecho comparado, es menester tener en consideración, para dilucidar el caso de autos, el cuerpo doctrinal y el método que la doctrina y la jurisprudencia alemanas de las últimas décadas han desarrollado para

afrontar los problemas descritos. Según tal enfoque, es necesario distinguir conceptualmente entre “*igualdades esenciales*” y “*desigualdades esenciales*”. Así, estamos en presencia de una igualdad esencial cuando “*personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (...) son comparables*”. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario, y por ende inconstitucional **tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales**. Además, se agrega la denominada “*nueva fórmula*”, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma; son tratados *de manera distinta*, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente de una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad,

para lo cual se requiere que aquella persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto (Rolf Schmidt: Grundrechte (sowie Grundzüge derr Verfassungsbeschwerde)”).

En síntesis, a nuestro juicio, la argumentación jurídica del TC se basa en tres grandes aspectos:

- 1) La dignidad humana como principio rector de todo el ordenamiento jurídico;
- 2) La exigibilidad de los derechos sociales, en cuanto derechos consagrados constitucionalmente;
- 3) El respeto de los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la regulación de los servicios que particulares prestan, en razón del principio de subsidiariedad.

Es así como se conformó una nutrida jurisprudencia al respecto de la regulación normativa de este derecho. Y fue también como el TC derogó en definitiva los numerales 1 a 4 del actual artículo 199 de la ley de ISAPRES (antiguo 38 ter). Es en atención a lo anterior que a continuación se pasará a

desarrollar los grandes aspectos de la sentencia 1710/2010, puesto que profundiza las tres premisas citadas anteriormente y que de la cual derogó la norma ya citada.

## **4.2. La sentencia rol 1710/2010 del Tribunal Constitucional que derogó los numerales 1 al 4 del inciso 3° del entonces artículo 38ter de la Ley 18.933.**

### **4.2.1. Introducción. Acciones de inconstitucionalidad. Concepto, requisitos y características esenciales.**

La sentencia rol 1710/2010<sup>431</sup>, declaró inconstitucional -en abstracto- los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del entonces artículo 38 ter (hoy artículo 199 de la Ley de ISAPRES) y que puede entenderse como la culminación de la jurisprudencia que se desarrolló anteriormente, nutrida especialmente de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de aquel artículo y cuya fuente mediata se encuentra en las acciones cautelares de protección que conocieron los Tribunales Superiores de Justicia.

Antes de entrar en la descripción de la sentencia en comento, nos referiremos de manera genérica de la naturaleza jurídica, características y finalidad de la atribución constitucional del TC para revisar normas jurídicas y derogarlas por inconstitucionalidad que se ejerce mediante la *acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y la acción pública por inconstitucionalidad*.

---

<sup>431</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 1710/2010. Seis de agosto de dos mil diez. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl>

Ambas acciones, fueron consagradas al Tribunal Constitucional por la Ley 20.050, que reformó la Constitución Política en diversos aspectos, siendo estas facultades revisoras del TC, una de las más importantes. “La doctrina (...) es relativamente unánime en reconocer que el traspaso del recurso de inaplicabilidad, desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, junto con la acción de inconstitucionalidad para invalidar un precepto declarado inaplicable, son las atribuciones más trascendentes que la reforma confió a la magistratura constitucional”<sup>432</sup>.

Como bien se señaló anteriormente: la CPR consagró 2 tipos de acciones por inconstitucionalidad de una norma, en el artículo 93, n° 6 y 7 de la CPR, distinguiéndose en: 1) *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* (n°6); y 2) *Acción pública de inconstitucionalidad* (n°7).

---

<sup>432</sup> MASSMANN BOZZOLO, Nicolás. La admisibilidad del recurso de inaplicabilidad: a tres años de la reforma. *Ius et Praxis*, 2009, vol.15, n.1 pp. 263-293. [en línea]. <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122009000100008&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100008&lng=es&nrm=iso)>. [consulta: 3 julio 2013]

*“Artículo 93 – CPR. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:*

*6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;*

*7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.*

Conforme a lo anterior, ambas son *acciones de derecho público*, que en rigor significan el ejercicio de un derecho subjetivo: “Una *acción constitucional*, es un derecho público subjetivo cuyo ejercicio, reconocido por la propia Constitución, tiene la virtud de poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado con el objeto de obtener la protección o tutela extraordinaria o ‘diferenciada’ del ejercicio legítimo de un derecho

fundamental protegido por el ordenamiento constitucional”<sup>433</sup>. Por lo tanto, la doctrina y la jurisprudencia han dado las siguientes definiciones:

- a) ***Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*** (artículo 93, n°6 – CPR): En palabras de los autores Vega y Zúñiga, la definen como “un medio o garantía a través del cual, en un proceso jurisdiccional especial, se ejerce un control de constitucionalidad concreto de la ley, por el Tribunal Constitucional. La inaplicabilidad requiere una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, en la que un precepto legal resulte decisivo para la resolución del asunto sometido a ese tribunal, es decir, debe tratarse de un derecho material, sea ‘lex decisoria Litis’ o ‘lex ordenatoria litis’ (...). Esta declaración de inaplicabilidad, (es) de efecto interpersonal relativo o inter partes y de efecto temporal pro pretérito”<sup>434</sup>. Es por esto último que se habla de un control de constitucionalidad en *concreto*, porque –según el criterio del TC-, “En sede de inaplicabilidad, el Tribunal está

---

<sup>433</sup> VEGA, Francisco y ZÚÑIGA, Francisco. El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica. Estudios Constitucionales, Año 4, n°2. Universidad de Talca, 2006, pp. 135-174. [en línea] <[http://www.cecch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/4n\\_2\\_2006/6.pdf](http://www.cecch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/4n_2_2006/6.pdf)>. [consulta: 3 julio 2013].

<sup>434</sup> *Ibíd.*, p. 147.

llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica, resulta contraria a la Constitución”.<sup>435</sup>

b) ***Acción pública por inconstitucionalidad***: (artículo 93, n°7 – CPR): Los autores Vega y Zúñiga, en síntesis, la definen como aquella acción que tiene por objeto “anular o invalidar el precepto legal, con efecto erga omnes o general y con efecto temporal pro futuro”<sup>436</sup>. En este sentido, aquella acción supone un control de constitucionalidad en *abstracto*, “lo que exige una completa contradicción entre el precepto y la Constitución”<sup>437</sup>. Esto significa que el “juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular”<sup>438</sup>.

---

<sup>435</sup> MASSMANN BOZZOLO, Nicolás Ob. Cit., pg. 266.

<sup>436</sup> VEGA, Francisco y ZÚÑIGA, Francisco. Ob. Cit., pg. 147.

<sup>437</sup> NAVARRO B., Enrique. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la Acción de Inconstitucionalidad de la Ley entre los años 2006 y 2012. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIX. Valparaíso, Chile, 2012, 2° Semestre. Pp. 363-394. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n39/a14.pdf>> [consulta: 3 de julio 2013]

<sup>438</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 558/06, Considerando 5°. En: NAVARRO B., Enrique. Ob. Cit. Pp. 381-382.

A su vez, ambas acciones tienen distintos requisitos de procedencia.

a) *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, requiere para su admisibilidad<sup>439</sup>:

1. Demostrar la existencia de una gestión que se encuentre pendiente a la fecha de la presentación del recurso, ante un tribunal ordinario o especial.
2. Que la norma impugnada sea un precepto de naturaleza o rango *legal*.
3. El precepto cuya aplicación se impugna pueda resultar decisivo para la resolución de un asunto.
4. El requerimiento debe encontrarse razonablemente fundado.
5. Cumplir con los demás requisitos que contempla la ley<sup>440</sup>.

---

<sup>439</sup> MASSMANN BOZZOLO, Nicolás Ob. Cit., pg. 265.

<sup>440</sup> Ley N° 17.997 (Actual DFL N°5 – 2010). CHILE. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En: Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile. [en línea] <<http://www.leychile.cl>> [consulta: 3 julio de 2013]. En su Capítulo II, Títulos I y II, establece normas procedimentales para la tramitación en el TC. El Título I, establece normas generales en sus artículos 33 y siguientes. En el Título II, Normas especiales de procedimiento que, en su Párrafo 6, artículos 79 y siguientes, establece normas especiales sobre “cuestiones de inaplicabilidad”; y en su Párrafo 7, artículos 93 y siguientes, establece normas sobre “cuestiones de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable”. Destacamos el artículo 84 que establece casos de inadmisibilidad de la inaplicabilidad.

*Artículo 84 – LOCTC.- Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

1. *Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

b) *Acción pública de inconstitucionalidad*: El autor Enrique Navarro, establece 4 presupuestos para que concurra esta acción<sup>441</sup>:

1. Debe tratarse de un precepto de rango *legal*;
2. La norma debe haber sido previamente declarada inaplicable<sup>442</sup>;
3. Solo pueden considerarse las causales en que se sustentó la declaración previa de inaplicabilidad;
4. El proceso puede haberse iniciado por acción pública o de oficio<sup>443</sup>.

- 
2. *Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*
  3. *Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;*
  4. *Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*
  5. *Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto;*
  6. *Cuando carezca de fundamento plausible.*

Por ende, requiere **de una gestión judicial pendiente y de una norma que no haya sido declarada constitucional conforme a otro tipo de procedimientos de control que tiene el TC.**

<sup>441</sup> NAVARRO B., Enrique. Ob. Cit., pp. 378-381.

<sup>442</sup> Ley N° 17.997 (Actual DFL N°5 – 2010). CHILE. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Así, destacamos en el artículo 97, n° 1 y 2, establece casos de inadmisibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad.

*Artículo 97 – LOCTC.- Procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad promovida mediante acción pública, en los siguientes casos:*

1. *Cuando no exista sentencia previa que haya declarado la inaplicabilidad del precepto legal impugnado, y*
2. *Cuando la cuestión se funde en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado.*

Por ende, es **requisito de admisibilidad de esta acción pública, la existencia de una sentencia que haya declarado la norma inaplicable.**

Así las cosas, una vez sentadas las definiciones y características de estas acciones constitucionales, solamente cabrá analizar la sentencia 1710/2010 del TC que derogó el artículo 38 ter, inciso 3°, numerales 1 al 4 de la Ley de ISAPRES. Solo cabe consignar que a la luz de lo aportado, la acción por inconstitucional constituye una herramienta de control *en abstracto*, por ende, de una fundabilidad razonable como lo exige tanto la CPR como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y esto último, como requisito de admisibilidad de la misma. A continuación se hará exposición a la sentencia en comentario.

---

<sup>443</sup> En el caso de que se inicie por acción pública, requiere además un requisito de *fundabilidad* como lo establece el artículo 95, inciso primero de la LOCTC.

*Artículo 95, inciso primero – LOCTC.- Si la cuestión es promovida mediante acción pública, la o las personas naturales o jurídicas que la ejerzan deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo.*

Para el caso que sea de oficio, se establecen dos requisitos contemplados en los artículos 93 y 94 de la LOCTC.

*Artículo 93 – LOCTC.- En el caso del número 7° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser promovida por el Tribunal Constitucional actuando de oficio y por las personas legitimadas a que se refiere el inciso duodécimo del mismo artículo. Esta cuestión no podrá promoverse respecto de un tratado ni de una o más de sus disposiciones.*

*Artículo 94 – LOCTC.- En los casos en que el Tribunal proceda de oficio, así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas.*

**4.2.2.- Presentación de la Sentencia Rol n° 1710/2010 del Tribunal Constitucional que derogó el inciso 3° numerales 1 a 4 del entonces artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES.**

Este caso ha sido uno de los que el TC abrió de *oficio* el proceso para declarar inconstitucional los numerales 1 a 4 del entonces artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES, básicamente por las siguientes razones<sup>444</sup>: (3)

- 1) Que dichos preceptos, no eran adecuados a los fines constitucionales de: tutelar la igualdad ante la ley, de protección a la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud (especialmente en lo que se refiere al rol preferente del Estado en garantizar dichas acciones); y de proteger el libre e igualitario acceso de dichas personas al goce de prestaciones básicas uniformes de seguridad social;
- 2) Que la derogación de dichos preceptos, eran indispensables para alcanzar aquellos fines,
- 3) Y en especial, para guardar proporcionalidad con ellos.

---

<sup>444</sup> NAVARRO B., Enrique. Ob. Cit., pp. 375-376.

El Tribunal Constitucional, como en las anteriores sentencias, se basó en la dignidad de la persona humana, en la igualdad ante la ley, en el derecho a la protección de la salud, el derecho a la seguridad social y la interdependencia de los derechos políticos y sociales para declararlo inconstitucional, dejando fuera de su argumentación el derecho de propiedad. Del mismo modo, hace uso del principio de proporcionalidad para declarar inconstitucional los numerales referidos.

Sin embargo, es de considerar que esta sentencia también razonó sobre la base que el artículo en cuestión, significaría una infracción al principio de reserva legal por otorgarle a la Superintendencia de Salud -un órgano administrativo-, la determinación de la tabla de factores, sin limitar su facultad discrecional, conforme a los derechos fundamentales que estaban comprometidos en ella. De este modo, un derecho fundamental estaba siendo regulado tanto por normas legales como administrativas a la vez<sup>445</sup>. Es en este punto, donde partiremos nuestro análisis, así como lo hizo el propio TC, respecto de aquella facultad.

---

<sup>445</sup> MONTT, Santiago y CÁRDENAS, José Luis. Ob. Cit., pp. 34-41.

Antes de entrar en materia, se citará en completo la norma en comento:

*“Artículo 199 – Ley de ISAPRES (entonces artículo 38 ter).- Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.*

*La Superintendencia fijará, **mediante instrucciones de general aplicación**, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.*

*Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:*

***1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;***

*2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;*

*3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan.*

*4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.*

*5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.*

*En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá*

*autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.*

***Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.***

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.*

*Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante*

*respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197<sup>446</sup>”.*

A continuación, se establecerán las bases de análisis: primero, respecto a la facultad de la Superintendencia de Salud y, luego, de la constitucionalidad de los numerales del artículo en comento:

**1) Facultad de la Superintendencia de Salud de fijar la tabla de factores.**

---

<sup>446</sup> Artículo 197, inciso tercero – Ley de ISAPRES.- *Anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario. Estas condiciones generales deberán ser las mismas que se estén ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes en el respectivo plan. La infracción a esta disposición dará lugar a que el contrato se entienda vigente en las mismas condiciones generales, sin perjuicio de las demás sanciones que se puedan aplicar. La adecuación propuesta deberá ser comunicada al afectado mediante carta certificada expedida con, a lo menos, tres meses de anticipación al vencimiento del período. En tales circunstancias, el afiliado podrá aceptar el contrato con la adecuación de precio propuesta por la Institución de Salud Previsional; en el evento de que nada diga, se entenderá que acepta la propuesta de la Institución. En la misma oportunidad y forma en que se comunique la adecuación, la Institución de Salud Previsional deberá ofrecer uno o más planes alternativos cuyo precio base sea equivalente al vigente, a menos que se trate del precio del plan mínimo que ella ofrezca; se deberán ofrecer idénticas alternativas a todos los afiliados del plan cuyo precio se adecua, los que, en caso de rechazar la adecuación, podrán aceptar alguno de los planes alternativos que se les ofrezcan o bien desafiliarse de la Institución de Salud Previsional. Sólo podrán ofrecerse planes que estén disponibles para todos los afiliados y el precio deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes.*

Como bien se señaló anteriormente al momento de analizar la norma en comentario<sup>447</sup>, ésta tiene una complejidad que tomó en consideración el TC al momento de analizar su constitucionalidad. Y que, a raíz de ello, el juicio respecto a la constitucionalidad no se concentró tan solo a limitar declarar inconstitucional los numerales descritos (que distinguen entre sexo y edad, primordialmente), sino que el TC hizo la prevención que su análisis, podría llevar a un juicio de constitucionalidad de otras normas, como lo establece en el considerando 51°:

**“Quincuagésimo primero:** Que, como se observa, el artículo 38 ter transcrito (en el considerando anterior) constituye una norma de estructura compleja, destinada a regular una serie de materias sobre la determinación del precio de los planes de salud contratados con las Instituciones de Salud Previsional, no solo vinculadas estrechamente entre sí, sino también con otras disposiciones de la Ley N°18.933. *Tales características determinan que el examen de constitucionalidad de autos debe distinguir entre los diferentes aspectos que el precepto trata y tener en cuenta el efecto que una*

---

<sup>447</sup> Supra., pp. 342-ss.

*decisión de inconstitucionalidad tendría en las otras normas de la ley vinculadas con él’.*

En el considerando 53°, establece que el pronunciamiento de la magistratura, solo puede recaer respecto de la norma de la tabla de factores, y no del precio base. Esto significa que el juicio de constitucionalidad no tenía como objetivo analizar el resultado (el precio base), sino que el origen de aquella facultad otorgada a la Superintendencia de Salud (entregar y detallar la tabla de factores).

**“Quincuagésimo tercero:** Que, dado que el artículo 38 bis al que alude el artículo 38 ter no se encuentra sujeto al examen de constitucionalidad de autos, el pronunciamiento de esta Magistratura no puede recaer sobre el precio base cuya determinación aquel regula, sino *sobre los factores resultantes de dichas tablas*”.

A mayor abundamiento, el TC establece como objeto de analizar aquella facultad otorgada a la Superintendencia de Salud, como bien se señala en los considerandos 56° y 57°:

**“Quincuagésimo sexto:** Que en el segundo inciso del artículo 38 ter<sup>448</sup> se dispone la obligación que recae en la Superintendencia de Salud, de fijar, mediante instrucciones de aplicación general, la estructura de las tablas de factores que deberán utilizar las ISAPRES en los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados. Como se observa, esta norma no hace sino reiterar lo ya establecido en el artículo 170 ya citado. **Esta norma faculta a la Superintendencia del ramo para ejercer esta potestad. Para determinar el contenido y los criterios conforme a los cuales ella debe ejercerse, hay que atender a lo prescrito en el inciso siguiente,** el cual impone que la referida estructura *considere los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o de carga, y los rangos de edad que se deben utilizar* conforme a las reglas establecidas en su inciso tercero (...).

**“Quincuagésimo séptimo:** Que el tercer inciso del artículo 38 ter<sup>449</sup> establece las reglas a las que debe sujetarse la fijación de los rangos de

---

<sup>448</sup> Artículo 199, inciso segundo – Ley de ISAPRES.- La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

<sup>449</sup> Artículo 199, inciso tercero – Ley de ISAPRES. Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;

edad (...) **La observancia de estas reglas es una condición de ejercicio tanto de la potestad de la Superintendencia para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las ISAPRES, conforme al inciso cuarto<sup>450</sup>,**.

Establece, a su vez, que el resto de los incisos (luego de los numerales) sí establecían una relación de proporcionalidad, dadas por el legislador. Así lo confirma en el considerando 65°:

**“Sexagésimo quinto: Que los cuatro incisos siguientes del artículo 38 ter<sup>451</sup> están destinados a regular la proporcionalidad que deben**

---

2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;

3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan.

4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.

5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

<sup>450</sup> Artículo 199, inciso cuarto – Ley de ISAPRES.- En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

<sup>451</sup> Artículo 199, inciso cuarto y siguientes, Ley de ISAPRES.- En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que

**cumplir los distintos tramos al interior de las tablas de factores.**

Primero se establece la libertad de las ISAPRES para determinar los factores de cada tabla, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero ya comentado, **de modo que las reglas que se analizaron también determinan el ejercicio de este derecho.** La ley dispone expresamente **la no variabilidad de la tabla de un determinado plan para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos a él,** así como también para **quienes se incorporen al mismo,** a excepción que la modificación signifique una disminución de los factores, autorizada por la Superintendencia y aplicable a todos los planes que la utilicen. **Así, no se reconoce discrecionalidad amplia a las ISAPRES para determinar factores de cada tabla, sino solo en la**

---

requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197

*medida que lo hagan utilizando la tabla de factores estructurada de conformidad a los numerales del inciso tercero (...).”*

Por lo tanto, respecto a la tabla de factores, el TC concluye que las ISAPRES sí tienen la facultad de cambiar los precios base de sus respectivos planes, pero aquella facultad es limitada conforme a los incisos finales del artículo en comento. Sin embargo, la facultad de la Superintendencia de fijar la tabla de factores está supeditada al cumplimiento de las normas que establecen la no variabilidad de éstas a aquellos que ya están dentro del sistema y a los que entrarán en él, al mismo plan de salud. Por ende, la norma que obliga a la no variabilidad, obliga tanto a la Superintendencia como a la propia ISAPRE. Y cabe insistir que el juicio de constitucionalidad no es respecto al precio base, sino que al procedimiento que establece la tabla de factores.

Lo rescatable de este análisis, es que la fijación de precios, debe estar limitada por ley. Esa sería la conclusión amplia al respecto. Y, aún más importante, que el ejercicio de las potestades públicas como de las facultades de los privados, deben siempre sujetarse a la ley.

## 2) Vulneración del artículo 38 ter, numerales 1 a 4 a los Derechos Fundamentales consagrados en la CPR.

Primariamente, la sentencia hace diversos distinguos, como por ejemplo, noción de Derechos Fundamentales, distinción entre norma que otorga el derecho fundamental y el derecho fundamental propiamente tal; y la distinción entre principios y reglas. En esto último, citaremos el considerando 91° y 92°, por su importancia lógica al momento de armonizar la estructura de nuestro trabajo:

**“Nonagésimo primero:** Que (...) la definición de derecho fundamental está vinculada a su *verificación positiva*. Es lo que Robert Alexy denomina relación entre los conceptos de norma de derecho fundamental y derecho fundamental: *“Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho. Es dudoso que valga lo inverso”*. Esta diferencia debe acompañarse de otra distinción propuesta por el autor, la existente entre **principios y reglas**, siendo los principios, *“aquellas normas que ordenan que algo sea realizado*

*en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales posibles”, o sea entendidas como “mandatos de optimización”, mientras que las “reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Si la regla es válida, entonces de (sic) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas **contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible”**, concluyendo: “Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”.*

**“Nonagésimo segundo:** Que, según el mismo autor citado precedentemente, las diferenciaciones descritas sirven de base para la dilucidación de conflictos en materia de derechos fundamentales. Si la norma es equivalente a un principio, *“no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser recíprocamente contradictorios”*.

Y si no se introduce una cláusula de excepción, hay que declarar inválida por lo menos una de las reglas. En la colisión de principios, por su parte, *“uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro.*

*Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni*

*que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción” y el criterio para la dilucidación debe ser la ponderación”* (...) En esta obra, Alexy es muy conciso sobre el punto: “...*la forma de aplicación de los principios es la ponderación. Esta es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo, se puede intentar obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales”* (...).

Por ende, antes de declarar la inconstitucionalidad de la norma en comento, el TC dio luces sobre la metodología que iba a aplicar: la *ponderación*. Esto debido a que precisamente evidenció un conflicto entre dos principios. Por un lado, hay dos normas jurídicas que establecen derechos fundamentales y que éstos se encuentran en un evidente conflicto: entre el derecho a la libre empresa, de propiedad (de las aseguradoras de salud frente a su posición en el contrato respectivo), entre otros derivados precisamente de la libertad mercantil que así se encuentra consagrada en

nuestro ordenamiento. Sin embargo, por el otro lado tenemos los derechos fundamentales de los afiliados, que también están consagrados por una norma. Y es en razón del conflicto positivo de aquellos, que el sentenciador deberá seguir una pauta para resolver la vulneración de derechos a ambas partes. He ahí donde toma relevancia para estos efectos, la metodología de la ponderación y considerar las actitudes de los sentenciadores en cuanto a si una decisión, en definitiva, terminará vulnerando alguno de los dos (o más) derechos; pero que por razones de justicia deberá decidir en razón a la magnitud de aquella vulneración si es que no se toman los resguardos necesarios. En el caso en comento, la ponderación benefició a los afiliados (y potenciales afiliados) en desmedro de la libertad mercantil de las aseguradoras.

Una vez ya expuesta la metodología que utilizó el TC para fallar, empezó a analizar la norma en razón de los derechos que estaban vulnerando, partiendo con el derecho a la igualdad ante la ley.

### **1. Derecho a la igualdad ante la ley.**

La sentencia realiza el análisis con especial consideración a la distinción de sexo y edad de los cotizantes. Dice el sentenciador en sus considerandos 106°, 108° y 109°:

“**Centésimo sexto:** Que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud, y específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud (...).

“**Centésimo octavo:** Que el artículo 38 ter (...) incluye, en su inciso segundo, tres tipos de diferenciaciones o criterios para que las tablas de factores determinen los tipos de beneficiarios: **sexo, condición de cotizante o carga; y los rangos de edad.**

“**Centésimo noveno:** Que de entre los tres criterios enunciados, debe distinguirse sexo y edad, por una parte, y condición de cotizante o carga, por la otra. Mientras que esta última obedece a una situación en la que cada persona se coloca contractualmente en el marco de la autonomía de la voluntad, **el sexo y la edad son factores cuya**

**existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de las personas. (...) Ambas expresiones, por lo tanto, denotan estados naturales, inimputables a las personas que los viven, especialmente para ser afectados negativamente por la ley”.**

En consecuencia, el TC consideró que la vulneración a este derecho, se verifica una vez que el legislador contempla como factores de riesgo la salud y edad de los cotizantes, que provienen de una condición de la naturaleza y que el artículo en comento, termina por vulnerar, ya que –a diferencia de las cargas- no toma la voluntad de los afectados encontrarse en esa situación que termina por encontrarse en desmedro del resto de los afiliados o potenciales afiliados.

## **2. Derecho a la protección de la salud.**

El sentenciador parte su análisis, desde la naturaleza jurídica de este derecho, el cual no duda de considerarlo como un derecho social y bastante complejo. Sin embargo, concluye que el derecho a la salud debe entenderse como el derecho al disfrute de toda gama de facilidades, bienes, servicios y

condiciones necesarias para alcanzar el más alto grado de salud. Citamos al efecto el considerando 113°:

**“Centésimo décimo tercero:** Que el derecho a la protección de la salud, como está formulado en la Constitución chilena, se encuentra profundamente enraizado en una serie de convenciones internacionales vigentes y contraídas por Chile. Desde luego, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, **cuyo Comité está encargado de presentar informes periódicos sobre el estado de cumplimiento** de los diferentes derechos consagrados en el Pacto. Este Comité del mencionado Pacto *“interpreta el derecho a la salud como un derecho de contenido complejo que engloba no solo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada, sino que también se extiende a los determinantes básicos de la salud, tales como el acceso al agua potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, etc.”* **“El derecho a la salud debe entenderse como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes,**

*servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto grado de salud. (...).”*

Cabe recalcar que en este considerando, el TC razona sobre la base del Comité de la ONU sobre el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; que mediante observaciones generales, da interpretaciones sobre la naturaleza jurídica, extensión y características de los derechos sociales. Si bien no son vinculantes, es interesante observar que el TC los incorpora dentro de su sentencia y razonamiento.

En cuanto al rol del Estado en la materia, establece que la CPR otorga a los particulares el derecho a acogerse al sistema de salud que prefiera (considerando 117°) y que el Estado en ese rol, está ordenado a protegerlo, otorgándole un rol de *control o supervigilancia* (considerando 116°). Se citan a continuación los considerandos 118° y 119°, que se refieren a la naturaleza específica de este derecho.

**“Centésimo décimo octavo:** Que, tratándose del derecho a la salud, la Constitución va más allá, pues establece el *deber preferente del*

*Estado de garantizar las acciones de salud. Esta expresión es utilizada únicamente en este derecho (...)*”.

“**Centésimo décimo noveno:** Que este deber del Estado está asociado a que la Constitución no garantiza el derecho a la salud, sino que derecho a la “protección de la salud”.

Luego, el TC razona sobre el término “deber preferente del Estado de garantizar las acciones de salud”. Señala que como deber público, es distinto a una obligación ya que no existe un sujeto pasivo correlativo; sino que es genérico y abstracto (Considerando 120°). Por ende, se exige una conducta. Y que sea preferente, significa que el Estado no es el único obligado a cumplir aquel deber que se le entrega, sino que el Estado es el **principal responsable** (Considerando 121°). En definitiva y como se ha reiterado en el transcurso del trabajo, aquella norma consolida el rol subsidiario del Estado, por cuanto que *“el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del*

*derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de protectores de esta última”* (Considerando 121°, parte final).

Luego, se extiende sobre la garantía de aquel derecho, señalando que garantizar es *“pretender que todo titular del derecho, sin diferencias arbitrarias, podrá efectivamente gozar de las prestaciones de salud”* (Considerando 122°). Es por ello que en el Considerando 123° se establece que el Estado otorga este tipo de materias y en razón de evitar la arbitrariedad, a materias correspondientes a la potestad reglamentaria del Presidente de la República; y no a órganos administrativos.

**“Centésimo vigésimo tercero:** Que, conforme a la Constitución, dicho deber preferente debe llevarse a cabo, además, *“en las formas y condiciones que la ley determine”*. Ello, sin embargo, **no implica una reserva legal absoluta o particularmente intensa**, pues la Carta Fundamental establece que solo *“las materias relativas al régimen previsional y de seguridad social”* son materias de ley (...) y tal razonamiento **debe entenderse extendido a la regulación del**

**derecho a la protección de la salud.** En tal contexto, **tiene cabida la potestad reglamentaria del Presidente de la República o la que corresponde a los organismos reguladores, de acuerdo a las formas y condiciones determinadas por la ley, no por la autoridad administrativa.**

Por otra parte, la Constitución encarga al Estado “*el control de las acciones relacionadas con la salud*” siendo perfectamente legítimo, en consecuencia, que el legislador otorgue, a los efectos del ejercicio de tal deber-atribución, **una potestad normativa a la Superintendencia de Salud en su condición de organismo de la Administración del Estado**”.

En conclusión, no existe vulneración del derecho el otorgar aquella potestad normativa a la Superintendencia, sino que está legitimada en razón de la garantía de aquel derecho. Sin perjuicio de ello, el sentenciador lo limita a las condiciones establecidas en la ley y en razón del respeto de las garantías establecidas en la Carta Fundamental.

### **3. Derecho a la seguridad social.**

El TC, antes que todo, define lo que es este derecho y las obligaciones que implica. Señala que el contenido esencial de la seguridad social, tiene sentido cuando se interpreta sistemáticamente al texto constitucional, en cuanto a los principios recogidos: de solidaridad, universalidad; igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad. (Considerando 131°). A su vez, afirma que la Constitución ha previsto normativamente la *unidad del sistema de protección* en materia de seguridad social, que significa en definitiva la materialización del deber del Estado de garantizar el goce del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, sea que lo preste por sí mismo o por sujetos privados (Considerando 135°).

En definitiva, el sentenciador en razón del principio de unidad, enlaza dos derechos: el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social. Primero, porque existe una unidad de propósitos que son los “*de asegurar a sus beneficiarios condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos, como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros*” (Considerando 136°). Por ende, y en consideración de la edad, la norma vulneraría también este derecho, por estar íntimamente relacionado con el

derecho de la protección a la salud, y que en definitiva, la vejez no puede ser un factor que vulnere aquellos derechos al afiliado.

#### **IV.- Estudio análogo entre el derecho a la educación y el derecho a la protección a la salud. Descripción comparativa con sus respectivas consecuencias jurídicas.**

##### **1.- Planteamiento del problema. El alza desproporcionada de los aranceles universitarios.**

Este capítulo estará abocado a realizar un paralelo entre ambos derechos ya estudiados durante el desarrollo de este trabajo: el derecho a la educación y el derecho a la protección de la salud; señalando sus características esenciales, haciendo énfasis tanto en su ámbito jurídico como mercantil. Además, el paralelo consistirá en mencionar las principales similitudes entre ambos derechos, ya sea en cuanto a su naturaleza jurídica, regulación normativa, entre otros aspectos.

Los derechos sociales anteriormente mencionados, se encuentran consagrados pero no garantizados en nuestra CPR, en virtud del artículo 20. Es en razón de lo anterior que se desarrolló un fenómeno jurídico que, a su vez, es el resultado de la dinámica mercantil en la que se ven envueltos estos derechos. Principalmente, en cuanto a la regulación de precios.

Primariamente, respecto de la regulación normativa al mercado de la salud terminó incluso con un juicio de constitucionalidad de la norma que otorgaba la potestad a un órgano de la Administración de fijar los parámetros que debían seguir las instituciones de salud para determinar los precios. He aquí la importancia de tener como base de este trabajo, el criterio del Tribunal Constitucional para derogar los numerales 1 a 4 del inciso 3° del entonces artículo 38 ter, por considerar que atentaba contra la razonabilidad que debe orientar cualquier regulación del mercado, en la que están comprometidos derechos fundamentales.

En segundo lugar, el objeto de este trabajo consistió en demostrar el evidente desequilibrio regulador frente a estos dos mercados. Por un lado, el mercado de la salud contaba incluso con una norma que regulaba el procedimiento de determinación de precios de los contratos de salud. Sin embargo, esto no es posible de verificar dentro del mercado de la educación. El criterio adoptado en esta materia, tanto por el constituyente como por el legislador, fue de la creación de normas reguladoras de subsidios (becas o créditos), entre otras normas de financiamiento y acreditación. De esto último, lo único referente es la regulación que realizó

sobre el crédito con garantía estatal, en virtud del cual se fijaron parámetros para definir los aranceles de referencia de cada carrera en cada institución. Sin embargo, no es una norma vinculante a las instituciones de educación superior, y es solo vinculante para el Estado en cuanto a que su garantía solo cubrirá lo establecido en el arancel referencial. Y cabe recordar que el arancel real versus el referencial, tienen diferenciales que en algunas carreras o instituciones supera el 100%.<sup>452</sup>

En definitiva en el mercado de la educación superior, existe una dispersión de normas que, a final de cuentas, termina por entregar la facultad reguladora de precios a los propios establecimientos de educación. Especial énfasis existe respecto al mercado de la educación superior. Esto debido a que, si bien el legislador estableció normas de carácter evidentemente programático, omitió toda norma en relación a establecer parámetros de proporcionalidad y/o razonabilidad en la regulación de precios. Si bien este fenómeno es replicable a lo largo de todos los niveles de enseñanza, nuestra preocupación devino en la desprolijidad evidente que hubo en el nivel superior. Así las cosas, en el nivel escolar, existen normas

---

<sup>452</sup> Supra, pp. 122-134.

que regulan subvenciones, garantizan el acceso igualitario, gratuito y universal –además de establecer una orgánica dispersa-. Pero en el caso del nivel superior, el criterio se ve fuertemente disminuido, ya que la regulación específicamente se orientó hacia el establecimiento de una mayor participación de los estudiantes a este mercado, beneficiando con ello a las propias instituciones que no tienen aún un ente regulador –a diferencia del mercado de la salud-, propiciando para estos efectos políticas de carácter subsidiario, ya sea a la oferta o a la demanda. Se produjo una atomización de la oferta, tanto de establecimientos como de programas de enseñanza, que en definitiva derivó en el fenómeno ya corroborado por la doctrina económica: el alza de los aranceles por sobre la inflación<sup>453</sup>. Este fenómeno, en síntesis –y como se desarrolló en el Capítulo I-, tiene como principales causas<sup>454</sup>:

**(1) La competencia entre las instituciones de educación superior:** El cambio de paradigma que se produjo en 1981, tenía por objetivo

---

<sup>453</sup> MELLER, Patricio. *Universitarios, el problema no es el lucro, es el mercado*. 3ª edición. Santiago de Chile, Uqbar Editores, junio 2012. 148p. *El autor utiliza como indicador el costo promedio de los aranceles universitarios, en relación al PIB/cápita de un país que en Chile, su indicador es de un 0,41, lo que significa en términos concretos que el arancel promedio de las universidades chilenas está en el 41% del PIB/cápita de Chile, equivalentes a \$283.000.- promedio.*, pp. 21-22.

<sup>454</sup> *Ibíd.*, pp. 13-17.

aumentar el número de oferentes –y consecuentemente la demanda- lo que terminaría por reducir el precio de los aranceles. Sin embargo, lo que se produjo fueron diversas distorsiones. En primer lugar, la competencia obedece a otros parámetros, principalmente porque las instituciones de educación superior compiten por el prestigio. Luego, esto se traduce en la captación de los mejores estudiantes para la obtención de subsidios que favorecen al financiamiento de las instituciones. Luego, la competencia se traduce en qué instituciones son las que mayor y mejor captan los subsidios que otorga el Estado. Principalmente, respecto al Aporte Fiscal Indirecto. Así las cosas, los precios no tendieron a reducirse, sino todo lo contrario. La política de subsidios, tanto a la oferta como a la demanda, terminó por asegurárseles a todas las instituciones de educación financiamiento a través de esta vía, lo que distorsionó los aranceles.

**(2) La inadecuada información respecto a la calidad del aprendizaje de diferentes universidades.** Si bien el Estado se preocupa de ello mediante la acreditación, no produjo los efectos de otorgar al mercado laboral de herramientas suficientes como para discernir

entre un estudiante u otro. Lo que sucedió en realidad fue que producto de la competencia por el prestigio, terminó distorsionando la fuente de información sobre la demanda dentro del mercado laboral, al carecer los oferentes de una información detallada y estandarizada.

**(3) La disminución del gasto público en la educación superior, registrando Chile las tasas más alta de gasto privado<sup>455</sup>.** Por ende, la lógica mercantil terminó por optar en el autofinanciamiento de las instituciones de educación superior, considerándosele a la educación en definitiva como un bien privado<sup>456</sup>.

**(4) El aumento desproporcional de la matrícula<sup>457</sup>.** Increíblemente, la matrícula sigue aumentando, a pesar de los altos precios. Esto se debe, a juicio del autor Patricio Meller<sup>458</sup> a: (1) La alta tasa de retorno que tiene la educación universitaria<sup>459</sup>; y (2) La gran expansión del crédito para la educación superior. Y teniendo en consideración que para el estudiante (y la familia) la educación supone una inversión,

---

<sup>455</sup> Supra, p. 112.

<sup>456</sup> MELLER, Patricio. Universitarios, el problema no es el lucro, es el mercado., p. 14.

<sup>457</sup> *Ibíd.*, p. 24.

<sup>458</sup> *Ibíd.*, p. 25.

<sup>459</sup> Supra, p. 173.

“(el Estado) tomó como referente una expansión del crédito, y por la vía de la reducción del costo de éste –mediante reducción de las tasas de interés- (pensó que) resolvería el problema”<sup>460</sup>. Pero, en atención a las familias pertenecientes a un decil medio, cuyos ingresos bordean los \$700.000 pesos mensuales, el arancel promedio de la carrera les significa un 40% del ingreso mensual<sup>461</sup>. Esto último considerando solo a 1 estudiante por familia. Además que el fenómeno de la expansión del crédito también ha influido en el alza desmedido de los aranceles universitarios. Particularmente, el crédito con garantía estatal, o más conocido como CAE. Ha elevado los aranceles, por cuanto “(...) existe un sector financiero que va a proporcionar el crédito para pagarlos; los bancos van a aumentar el costo de los préstamos sin importarles que los estudiantes no puedan eventualmente pagar, porque (al final) le cobrarán al aval (que es el Estado)”<sup>462</sup>. Por ende, no existe riesgo para el Banco el otorgar el préstamo.

---

<sup>460</sup> MELLER, Patricio. Universitarios, el problema no es el lucro, es el mercado., p. 27.

<sup>461</sup> *Ibíd.*

<sup>462</sup> *Ibíd.*, p. 68.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la principal causa jurídica de este problema se debe a la falta de regulación al mercado universitario. “Por el lado de la oferta, las universidades compiten sin mayores restricciones, salvo regulaciones mínimas. Se podría decir que garantizan la libre competencia. Por el lado de la demanda, los estudiantes pueden escoger libremente universidades, con la restricción de tener el puntaje PSU (...). Como tiene la característica de ser un mercado competitivo, atomístico y de libre entrada y salida, la teoría económica (establece que) se autorregula”<sup>463</sup>. Y como se ha reiterado, la competencia de la oferta no se debe a la vía de precios, sino que a otros factores que estimulan el aumento significativo de los costos, y consecuentemente, de los aranceles universitarios<sup>464</sup>.

Por ende la falta de regulación estatal, trajo consigo una exigencia de autofinanciamiento que ha distorsionado los precios: “Los requerimientos de autofinanciamiento presionan al alza de los aranceles y al aumento del monto de los créditos proporcionados por el sector público. El encarecimiento del estudio universitario se está transformando en un

---

<sup>463</sup> *Ibíd.*, p. 35.

<sup>464</sup> *Ibíd.*, pp. 36-37.

problema social y político análogo al del creciente costo de la salud”<sup>465</sup>. Y es un fenómeno que trasciende la esfera pública y privada ya que “las universidades estatales se han visto obligadas a utilizar el aumento de los aranceles como un mecanismo para generar recursos. Esto genera un malestar en el Estado por cuanto mayores aranceles universitarios afectan negativamente el objetivo público de mayor acceso a la educación superior”<sup>466</sup>.

Pues bien, una vez asentado el problema, el objeto de este trabajo será encontrar una solución jurídica al problema en cuestión, ya que los datos son suficientes para establecer la evidente carga que debe soportar el estudiante y su familia para costear su educación universitaria. Y es por esta razón que concentramos nuestro estudio en el mercado de la educación superior porque, a nivel jurídico, el resto de los niveles de enseñanza gozan de una mayor regulación y si existiere un fenómeno correlativo de alza de aranceles en la enseñanza escolar, éstas se matizan con un acceso garantizado a una educación pública gratuita y universal.

---

<sup>465</sup> *Ibíd.*, p. 38.

<sup>466</sup> *Ibíd.*

En tercer lugar, hay que asentar que el mercado de la salud tiene mayor regulación que el de la educación. Esto último se corrobora, mediante la existencia del entonces artículo 38 ter de la ley de ISAPRES, numerales 1 a 4, que regulaba la determinación de los precios de los planes de salud, la que se derogó por el Tribunal Constitucional. Para nosotros constituyó una paradoja que en ambos mercados, se produzcan el mismo fenómeno de alza desproporcionada e injustificada de precios, puesto que, dentro del mercado de la salud, sí existían normas reguladoras de éste; pero por el otro lado, en el mercado de la educación terciaria, no existe ente fiscalizador ni regulador de precios.

Es por lo señalado en el párrafo anterior, que consideramos que es de significativa importancia recoger los razonamientos jurídicos sobre el juicio de constitucional y, en definitiva, establecer porqué el TC derogó la norma en comento. En el mercado universitario –por otro lado-, la regulación de precios jurídicamente se ve subsumida por el principio de autonomía universitaria que, a nuestro juicio, no tiene límite alguno, salvo el que impone la ley, el orden público o las buenas costumbres.

En cuarto lugar, también existen similitudes en el ámbito del derecho privado. Principalmente, porque en ambos la relación jurídica entre la institución que otorga el servicio y el particular, se desarrolla mediante un contrato. En el derecho a la protección de la salud, se denomina “contrato de salud” y en el derecho a la educación, “contrato de prestación de servicios educacionales”, ambos regulados por la ley. Y, llamativamente, ambos contratos comparten una serie de características esenciales y que fueron desarrollados en el transcurso del trabajo<sup>467</sup>:

- (1) Son contratos *bilaterales*;
- (2) Son contratos *onerosos-conmutativos*;
- (3) Son contratos *principales*;
- (4) Son contratos *consensuales*;
- (5) Son contratos de *tracto sucesivo*; y
- (6) Son contratos de *adhesión*.

Esto es interesante, por cuanto el Tribunal Constitucional (y la jurisprudencia ordinaria) estableció un marco normativo que debían cumplir las instituciones al momento de celebrar estos contratos. Esto significaba

---

<sup>467</sup> Supra, pp. 238-ss, 326-ss.

que debían respetar normas de orden público (como las garantías constitucionales), y por ende, no quedar totalizadas por la autonomía de la voluntad. Fue así que en el transcurso del trabajo, hemos demostrado que la jurisprudencia en base a la doctrina de la propietarización de los derechos<sup>468</sup>, ha dado garantía indirecta a los derechos anteriormente mencionados. Incluso, ha restringido las alzas unilaterales, constatándolas como un fenómeno económico evidente y que en razón de equilibrar los costos de los privados, ha acogido acciones que anulaban cláusulas abusivas, tendientes a elevar el precio del servicio que los privados estaban otorgando<sup>469</sup>.

A continuación, se establecerá el desarrollo doctrinario al respecto, pasando por la doctrina de los derechos sociales y la discusión respecto a su exigibilidad; para luego establecer qué criterios consideró el TC al momento de establecer la falta de razonabilidad de un alza. Por último, sugeriremos qué remedios jurídicos podemos aplicar para solucionar el problema del alza desproporcionada de los aranceles universitarios.

---

<sup>468</sup> Supra, pp. 229-ss.

<sup>469</sup> Supra, pp. 247-ss.

## 2.- Exigibilidad de los derechos sociales. Principio de la unidad de los derechos fundamentales.

Como se advirtió en el capítulo anterior, la regulación de ciertos derechos –especialmente en torno a sus prestaciones- trae consecuencias jurídicas importantes en cuanto al disfrute y ejercicio de algunos derechos que, en el caso del derecho a la salud y el derecho a la educación, son derechos sociales. Es en virtud de ello que, primariamente, se hará una breve descripción de la doctrina de los derechos sociales y la discusión respecto a su exigibilidad que, a nuestro juicio, está superada.

Por un lado, el derecho a la protección a la salud y el derecho a la educación, comparten la naturaleza jurídica de ser derechos sociales<sup>470-471</sup>.

---

<sup>470</sup> NOGUEIRA, Humberto. La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010-INC., del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38ter de la ley de ISAPRES. Estudios Constitucionales, vol. 8., número 2, 2010, Universidad de Talca, Chile., pp. 763-798. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200023&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200023&script=sci_arttext)> [consulta: 19 julio 2013] *En este artículo, el autor otorga al derecho a la protección a la salud la naturaleza jurídica de ser un derecho social y, que por el principio de la indivisibilidad de los derechos, fundamental: “(...) todos los derechos fundamentales, en cuanto componentes objetivos de la Constitución son indivisibles, vinculantes para todos e irradian el conjunto del ordenamiento jurídico nacional, teniendo efectos jurídicos verticales y horizontales, quedando vinculados a ellos no solo los órganos estatales y sus normas, sino también los particulares y sus actos jurídicos”, p. 776.*

<sup>471</sup> NOGUEIRA, Humberto. El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos. *En este artículo, el autor define al derecho a la educación, simultáneamente, como un derecho individual y un derecho social, conforme al criterio del Comité ONU de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cita al respecto que “(...) También, de muchas formas, es un derecho civil y político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos”, p. 210.*

Y ambos derechos están consagrados en el Pacto de Derechos Económicos,  
Sociales y Culturales<sup>472-473</sup>.

---

<sup>472</sup> Artículo 12 – PIDESC.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
  - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
  - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
  - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
  - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

<sup>473</sup> Artículo 13 – PIDESC.-

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:
  - a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
  - b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
  - c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
  - d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
  - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

La doctrina de los derechos sociales se ubica dentro del denominado ideario “Estado social de derecho”, el cual tiene como principal fundamento “(...) la idea de justicia distributiva, permitiéndose la intervención estatal en el funcionamiento del mercado con el fin de garantizar la cobertura de las necesidades básicas como la educación, la salud, la seguridad social, la vivienda entre otras”,<sup>474</sup>. Es en virtud de lo anterior, que se considera necesaria la existencia y exigibilidad de esta clase de derechos. Particularmente, porque permite al Estado asumir un rol garante y fiscalizador, respecto de la entrega de las prestaciones que suponen estos derechos.

Jurídicamente, la doctrina tradicional ha tendido a clasificarlos como derechos de “segunda generación” –por secundar a los derechos civiles y políticos-, o bien de “tercera generación” o de “promoción”, por

---

<sup>474</sup> BUSTOS BOTTAI, Rodrigo. Derechos Sociales: Exigibilidad y Justicia Constitucional. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho en el marco del Programa “Pasado y Presente de los Derechos Humanos”. Salamanca, España. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2009. 496p. p. 36. [en línea]  
<[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/76431/1/DDPG\\_Bustos\\_Bottai\\_RG\\_Derechos\\_sociales.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/76431/1/DDPG_Bustos_Bottai_RG_Derechos_sociales.pdf)>  
[consulta: 19 julio 2013]

considerárseles que para su realización requieren de una prestación adicional del Estado y que es “la obligación de garantía o satisfacción”<sup>475</sup>.

Estos derechos están consagrados, tanto en la Carta Fundamental como en los Tratados Internacionales que Chile ha suscrito y ratificado, particularmente, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC). Este último, entendido como un Tratado Internacional de Derechos Humanos.

En nuestro ordenamiento jurídico, los derechos sociales tienen un tratamiento normativo distinto. Si bien se encuentran reconocidos y consagrados en la Carta Fundamental, el constituyente les desconoce una acción cautelar. Este tratamiento es diametralmente opuesto a lo que

---

<sup>475</sup> NOGUEIRA, Humberto. La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010-INC., del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38ter de la ley de ISAPRES, pp. 776-777. *El autor, define cuatro tipos de obligación a las que se somete el Estado en materia de Derechos Humanos:*

- 1) *Obligaciones de respeto: Que consiste en la de “no afectar con sus acciones la debida protección” a la salud de las personas, la seguridad social o del derecho a la educación, como también la del “respeto a la irreversibilidad de los derechos sociales”.*
- 2) *Obligaciones de protección: Que consiste en las de “evitar que terceros afecten a través de acciones u omisiones ilegales los derechos sociales”.*
- 3) *Obligaciones de promoción: Que consiste en “realizar todas las acciones positivas para remover los obstáculos sociales, económicos, culturales y políticos que impidan el goce efectivo de los derechos”.*
- 4) *Obligaciones de garantía o satisfacción: Que consiste en “asegurar el derecho a las prestaciones mínimas exigidas por la dignidad humana y las obligaciones contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos”.*

dispone el Derecho Internacional, los cuales tienen rango de derecho humano. Esto último cobra relevancia en cuanto que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, impone a los Estados una serie de obligaciones de carácter positivo y negativo que son principalmente obligaciones de respeto, garantía y promoción. Y aun mayor relevancia adquiere en materia de derechos sociales, ya que está la obligación de adoptar medidas, conforme al artículo 2.1 del PIDESC<sup>476</sup>. “De la disposición (citada), se desprende que los derechos reconocidos en el Pacto solo pueden ser garantizados en forma ‘progresiva’, lo que constituye una importante diferencia con el PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (...). Sin embargo, a juicio del Comité<sup>477</sup> el principio de progresividad no implica que los derechos reconocidos en el Pacto carezcan de valor y queden a la merca discrecionalidad de los Estados. *La progresividad implica solamente asumir con flexibilidad las dificultades*

---

<sup>476</sup> Artículo 2, número 1 – PIDESC.- Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

<sup>477</sup> El Comité es aquel Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, el cual – mediante observaciones generales- interpreta y da contenido y extensión a los derechos consagrados en el PIDESC.

*que pueden existir en cada país para realizar los DESC y limitar las posibilidades de políticas regresivas”<sup>478</sup>.*

Sin embargo de entenderse incorporados los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile en razón del artículo 5, inciso segundo de la CPR<sup>479</sup>, el constituyente consideró que debido a la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, éstos no podían ser garantizados –directamente- por la vía de la acción cautelar de protección. Ejemplo de ello es la opinión del comisionado Guzmán quien señaló que “(la acción de protección) no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social y otros”<sup>480</sup>. Este criterio en definitiva fue recogido por el constituyente, determinando la no procedencia de la acción

---

<sup>478</sup> BUSTOS BOTTAI, Rodrigo. Derechos Sociales: Exigibilidad y Justicia Constitucional. pp. 51-52.

<sup>479</sup> Artículo 5°, inciso segundo – CPR.- *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

<sup>480</sup> BUSTOS BOTTAI, Rodrigo. Derechos Sociales y Recurso de Protección: ¿Una relación difícil? Revista de Derecho y Humanidades, N°15, 2009. 231-247p. [en línea] <<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewArticle/16044>> [consulta: 15 julio 2013].

cautelar de protección a estos derechos, por “requerir de prestaciones estatales para su realización”<sup>481</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, con el paso de los años, la concepción sobre la exigibilidad de los derechos sociales se ha ido incorporando a nuestra doctrina y jurisprudencia junto con la evolución de la doctrina de los Derechos Humanos. A juicio del autor Bustos Bottai<sup>482</sup>, hay una superación del ideario que inspiró a la actual Constitución y, por ende, consecuencias jurídicas distintas.

Primero, en razón de la titularidad. El constituyente, consideró que los derechos sociales son derechos de un grupo, como parte de lo que se le denominó como “pretensión social”<sup>483</sup>, y por lo tanto, con un contenido poco claro y meramente expectativo<sup>484</sup>. Sin embargo, a juicio de Bustos Bottai “los derechos humanos solo pueden tener como sujetos activos a personas individuales, sean estas naturales (...)”<sup>485</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, se debe distinguir entre titularidad y ejercicio: “Si bien pueden

---

<sup>481</sup> *Ibíd.*, p. 233.

<sup>482</sup> *Ibíd.*

<sup>483</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 139. p. 579.

<sup>484</sup> BUSTOS BOTTAI. Derechos Sociales: Exigibilidad y Justicia Constitucional. pp. 149-150.

<sup>485</sup> *Ibíd.*, p. 150.

existir derechos sociales que requieren ser ejercidos en forma colectiva (...) otra cuestión es su titularidad: ésta solo les corresponde a los miembros del grupo”<sup>486</sup>.

Segundo, en razón del tipo de prestación que el Estado está obligado a realizar en este tipo de derechos. Tradicionalmente, se ha entendido que los derechos civiles y políticos obligan al Estado únicamente de abstenerse; mientras que los derechos sociales, lo obligan a realizar prestaciones positivas y, por ende, “(...) solo serían exigibles jurídicamente las abstenciones y, por tanto, los derechos civiles y políticos”<sup>487</sup>. Sin embargo, hoy la doctrina jurídica, avala que tanto los derechos civiles y políticos como sociales, exigen prestaciones tanto negativas como positivas del Estado<sup>488</sup>: “(...) de lo que más propiamente cabría hablar en el caso de los derechos civiles y políticos, es que las obligaciones principales por parte del Estado son obligaciones de no hacer, pero sin descuidar que también existen obligaciones secundarias o complementarias que se traducen en

---

<sup>486</sup> *Ibíd.*

<sup>487</sup> *Ibíd.*, p. 152.

<sup>488</sup> BUSTOS BOTTAI, Rodrigo. *Derechos Sociales y Recurso de Protección: ¿Una relación difícil?* p. 234.

obligaciones positivas o de hacer”<sup>489</sup>. En cambio, en los derechos sociales “(...) no se traducen solamente para el Estado en obligaciones positivas, sino que implican en muchas hipótesis obligaciones negativas”.<sup>490</sup> El autor en comento, cita como ejemplo el derecho a la salud, por cuanto “el Estado no tiene solamente la obligación de prestar una adecuada atención de salud a los ciudadanos (obligación principal positiva), sino que también tiene el deber de no afectar este derecho en sus diversos aspectos mediante cualquier conducta que pudiera implicar prácticas nocivas a la salud (obligación secundaria negativa)”<sup>491</sup>. En razón de lo anterior, el autor concluye que “todos los derechos fundamentales deben ser considerados como un todo, constituido por un haz de obligaciones y posiciones diversas que no pueden ser vistas en forma unívoca. Es relevante destacar que esta interpretación de las obligaciones generadas por el PIDESC es de plena aplicación en nuestro país en virtud del artículo 5, inciso segundo de la CPR”<sup>492</sup>.

---

<sup>489</sup> *Ibíd.*

<sup>490</sup> *Ibíd.*, p. 235.

<sup>491</sup> *Ibíd.*

<sup>492</sup> *Ibíd.*, p. 236.

Esto último, ya ha sido resuelto por el TC al establecer como método de ponderación el principio de la unidad de todos los derechos fundamentales, en razón de estar basados en la dignidad humana. En el caso del derecho a la protección de salud, el TC ponderó el conflicto jurídico derivado este derecho social y su consecuente regulación mercantil que, mediante un desarrollo jurisprudencial que abarca desde la derivada de los Tribunales Superiores de Justicia hasta del propio Tribunal Constitucional, se puede advertir que los tribunales ya han establecido el principio de la unidad de los derechos fundamentales. Ejemplo de esto último, se encuentra en los considerandos 94° y 95° de la sentencia Rol 1.710/2010 que establecen; por un lado el reconocimiento de los Tratados Internacionales que Chile ha suscrito y ratificado, conforme al artículo 5, inciso segundo de la CPR; y sobre la justiciabilidad de ellos en razón de la incorporación que hizo el constituyente de éstos en el artículo anteriormente citado<sup>493</sup>:

**“Nonagésimo Cuarto:** Que en lo concerniente a la presencia de los derechos fundamentales como derecho positivo en Chile, en la más amplia obra de la doctrina nacional sobre la materia (...), el autor (Humberto

---

<sup>493</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 1710-2010. Seis de agosto de dos mil diez. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl>

Nogueira) señala por una parte: *“La Constitución enuncia los derechos fundamentales asegurados por ella, delimitando los derechos, fijando sus atributos, los elementos subjetivos y objetivos que los identifican” (...)* *“En tal perspectiva, los derechos fundamentales sociales se presentan en el sistema jurídico chileno como principios, reglas y parámetros hermenéuticos del orden constitucional, del mismo nivel jurídico y con la misma eficacia que los derechos civiles y políticos, encontrándose en un mismo artículo constitucional, el artículo 19, fortalecidos por el artículo 5, inciso segundo, de la Carta Fundamental (...)*”

**“Nonagésimo Quinto:** Que los derechos fundamentales sociales no solo se han consolidado en su establecimiento normativo y en su garantización positiva, sino que en el actual debate jurisdiccional constitucional, se discute su justiciabilidad, precisamente a partir de casos de revisiones judiciales del derecho a la salud en varios países (...).”

A su vez, es interesante observar que el Tribunal Constitucional pondera en su decisión las observaciones generales que el Comité señala al respecto de cada uno de los derechos contemplados en aquel pacto. Cabe

recordar que las observaciones generales, son interpretaciones que dan los Estados Naciones respecto a la concepción y tipos de obligaciones de los Estados frente a la materia. Si bien no son vinculantes para los Estados partes, sí pueden ser considerados como elementos de interpretación de los derechos sociales. Así fue como el TC, en la misma sentencia, en su considerando 113°, establece como herramienta de argumentación lo interpretado por el mismo Comité respecto al derecho a la salud<sup>494</sup>:

**“Centésimo décimo tercero:** Que el derecho a la protección de la salud, como está formulado en la Constitución chilena, **se encuentra profundamente enraizado en una serie de convenciones internacionales vigentes y contraídas por Chile.** Desde luego, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, cuyo Comité está encargado de presentar informes periódicos sobre el estado de cumplimiento de los diferentes derechos consagrados en el Pacto. *Este Comité del mencionado Pacto “interpreta el derecho a la salud como un derecho de contenido complejo que engloba no solo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada, sino que también se extiende a*

---

<sup>494</sup> *Ibíd.*, considerando 113°.

*los determinantes básicos de la salud, tales como el acceso al agua potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, etc.*” “El derecho a la salud debe entenderse como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto grado de salud. (...).”

Si bien esto no vincula al Tribunal en futuras decisiones, es interesante que en el derecho a la educación, también existen observaciones generales y de gran relevancia para el objeto de este trabajo. El PIDESC, otorga una definición del derecho a la educación; lo nutre de características; le otorga exigibilidad y, más aún, obliga al Estado a la implantación de una serie de deberes, con especial consideración a la progresividad de la gratuidad universal<sup>495</sup>. Así las cosas en el Capítulo II<sup>496</sup>, presentamos la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general N°13, referente al derecho a la educación.

---

<sup>495</sup>Artículo 13, número 2, letra c) – PIDESC.-

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

<sup>496</sup> Supra, pp. 206-ss.

En primer lugar, el Derecho Internacional le otorga el status jurídico de derecho social, pero como consecuencia de ser un derecho humano. Además, le otorga la calidad de ser un medio para ejercer otros derechos humanos. Es por tanto *un derecho en sí mismo y un medio*. Esto, a nuestro juicio, revela la magnitud del derecho a la educación en razón de su extensión y complejidad. En relación a la magnitud, abarca en definitiva el derecho a la cultura en términos amplios lo que significa dotar al individuo de los medios capaces para su integración a la comunidad, sea ésta socio-económica o cultural. Así, luego de que el individuo se encuentre integrado a la comunidad en razón de la educación recibida, éste podrá exigir el resto de los otros derechos correspondientes a su situación particular en la sociedad, que pueden ser diversos. Por ejemplo, el individuo podrá exigir de su derecho a recibir un trato digno, pero solo una vez se haya formado en él la convicción de aquella exigibilidad, la que se logra mediante la educación.

En relación a la complejidad, claramente el derecho a la educación es un derecho dotado de diversas características en cuanto a su naturaleza y exigibilidad. De este derecho, se coligen una serie de derechos auxiliares y

que fueron tratados en el Capítulo II<sup>497</sup>, especialmente en lo que se refiere al derecho de matrícula<sup>498</sup> que en definitiva es el principal derecho de contenido patrimonial derivado de este derecho social.

Sin perjuicio de lo anterior, surgen interrogantes respecto a la exigibilidad de este derecho social, principalmente a su calidad. Estas últimas son interrogantes que nosotros no desarrollaremos en amplitud, pero que dejamos planteadas en este trabajo. Cabe recalcar que nosotros consideramos que el derecho a la educación es un derecho social exigible, siguiendo el razonamiento tanto de la doctrina de Derecho Internacional, como de la propia Jurisprudencia chilena, en especial la del TC. A su vez, la exigibilidad de este derecho debe orientarse tanto respecto al acceso como en la *calidad* de la prestación de este servicio, sea por el Estado o a los particulares. “En efecto, el concepto de calidad en las prestaciones de un servicio se ha asentado en la doctrina jurídica, entendiéndose que el Estado tiene potestades para exigir a los particulares que éstas respondan a determinados estándares. Hay criterios para definir dichos estándares, tales como la *igualdad de acceso a los servicios, su continuidad y eficacia, la*

---

<sup>497</sup> Supra, pp. 246-ss.

<sup>498</sup> *Ibíd.*

*transparencia de su gestión, la no discriminación en el trato de los usuarios, y las compensaciones frente a fallas en las prestaciones, entre otros*”<sup>499</sup>.

Durante el lapso del trabajo, nos adentramos en el concepto del *derecho de matrícula*<sup>500</sup> y las consecuencias jurídicas que tiene su privación para el estudiante. Antes de entrar en detalles, queremos hacer presente que nuestro estudio tiene por objeto el análisis del derecho a la educación y su regulación en el mercado del nivel terciario. Sin perjuicio que el criterio a proponer pueda ser extendido al resto de los niveles de enseñanza, creemos a nuestro juicio que el fenómeno es más crítico en la educación superior, por los siguientes motivos.

Para cada nivel de educación, distintos son los principios y deberes que deben respetarse y fomentarse, como bien quedó reflejado en el Capítulo II<sup>501</sup>. A modo de síntesis, los estándares jurídicos son mayores en

---

<sup>499</sup> CORREA S. Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo. El Derecho a una educación de Calidad. p. 174.

<sup>500</sup> Debemos recordar que la voz “matrícula” en materia de educación, es bien amplia. Nosotros la abordamos desde el punto de vista del derecho patrimonial que adquiere el estudiante en virtud del contrato de prestación de servicios educacionales. Sin perjuicio de ello, según la observación del Comité, éste se refiere al precio que debe pagar el estudiante –y recibir la institución-, también derivado del mismo contrato, lo que nosotros solo denominaremos como el “precio del contrato de prestación de servicios educacionales”.

<sup>501</sup> Supra, pp. 210-ss.

el caso de la educación primaria y secundaria, por cuanto se exige accesibilidad global. En cambio, en la educación terciaria se exige igual acceso, pero en consideración a los méritos de los estudiantes que solamente pueden ser académicos<sup>502</sup>. Por lo tanto, los estándares de selección de los estudiantes no pueden considerar elementos socio-económicos, salvo para otorgarles una mejor y mayor accesibilidad a ésta. Es en razón de lo anterior que tomamos atención a lo que establece el Comité ONU que interpreta el PIDESC con especial consideración a los derechos de matrícula<sup>503</sup>, y que volvemos a citar expresamente: *“Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, **son desincentivos del disfrute del derecho** que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos. Su eliminación es una cuestión que debe ser tratada en el necesario plan de acción”*. Por lo tanto, a juicio del Comité ONU en su observación general N°13, y que nosotros retomamos por considerarlo de importancia –además de ser considerado por el propio TC en su razonamiento como bien se

---

<sup>502</sup> *Ibíd.*

<sup>503</sup> *Supra.*, pp. 218-221.

demonstró en el considerando 113° de la sentencia Rol 1710/2010-, jurídicamente se concibe que el derecho de los establecimientos de educación superior de recibir un precio en razón del contrato de prestación de servicios educacionales, cuando excede de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, menoscaba el derecho a la educación del alumno que, en términos patrimoniales, es su derecho de matrícula, como bien se desarrolló en el Capítulo II<sup>504</sup>. Esto es, se produce el menoscabo del derecho del alumno a: recibir la prestación a la que tiene derecho -que tiene carácter de fundamental-; a seguir recibéndola una vez pactada inicialmente y que producto de un alza unilateral se vea menoscabada; a egresar, a obtener el título, entre otros.

Antes de profundizar en lo anteriormente citado, cabemos señalar lo que a juicio del autor Humberto Nogueira ha sido el incumplimiento del Estado de Chile, particularmente, a la no implantación progresiva de la gratuidad en la educación superior, como se desarrolló en el Capítulo II<sup>505</sup>. Esto debido, como se hizo hincapié en el Capítulo I de este trabajo<sup>506</sup>, al

---

<sup>504</sup> *Ibíd.*

<sup>505</sup> *Supra*, pp. 221-225.

<sup>506</sup> *Supra*, pp. 107-ss.

alza de aranceles universitarios por sobre el IPC, el cual ha sido un fenómeno que no ha tenido algún ajuste ni intervención por parte del Estado; y que en los últimos años ha superado con creces a los índices del IPC, principalmente como consecuencia de la política de *vouchers* o de subsidios ya sea a la demanda o a la oferta. En consecuencia y considerando ambos planteamientos, se puede advertir que la política subsidiaria del Estado en el derecho a la educación, el cual tenía como principal objetivo garantizar y aumentar la cobertura de la matrícula en la población, ha terminado por producir jurídicamente el desincentivo de este derecho. Esto último toma ribetes preocupantes si consideramos que no es siquiera cautelado (directamente) por la acción de protección; por omisión expresa del constituyente del catálogo del artículo 20, ya por las razones doctrinarias expuestas al inicio de este apartado.

Este fenómeno es replicable a lo que está sucediendo en materia de salud, en virtud de la cual se planteó en sede de constitucionalidad la regulación de los precios a los cuales estaban afectos el contrato de salud. Sin embargo, previamente hay que hacer un paralelo, puesto que el legislador en ambos mercados, tomó dos actitudes diferentes. A

continuación se desarrollará la idea de razonabilidad y proporcionalidad que deben cumplir las alzas en contratos donde van envueltos derechos fundamentales.

### **3.- Criterios de razonabilidad y proporcionalidad en las alzas de los precios en los que van envueltos derechos sociales. El “estudiante cautivo”.**

En relación al derecho a la protección a la salud (y en la globalidad al derecho a la seguridad social), el legislador reguló la forma como debían determinarse los precios en el contrato de salud, mediante el controvertido artículo 38 ter de la ley de ISAPRES, el cual establecía los parámetros a seguir por la Superintendencia y, consecuentemente, las Instituciones de salud para la determinación del precio final del contrato de salud. En un principio, estas alzas unilaterales provocaron el fenómeno jurídico que está ocurriendo en nuestros días: la constante deducción de acciones cautelares de protección en razón de vulnerar el derecho de propiedad del afiliado a su calidad en el contrato de salud respectivo. Así, en palabras del autor Enrique Navarro, las acciones de protección acogidas en contra de las ISAPRES, se basaron en los siguientes criterios<sup>507</sup>:

---

<sup>507</sup> NAVARRO B., Enrique. 35 años del Recurso de Protección: Notas sobre su alcance y regulación normativa. p. 627.

- 1) Los motivos que justifican la revisión de un plan de salud por las ISAPRES, aunque hayan sido facultados por una norma, deben ser siempre interpretados restrictivamente;
- 2) Se considera arbitrario un alza al plan de salud sin antecedentes razonables que lo justifiquen ni una mejora en las prestaciones;
- 3) La facultad de revisar el precio del plan, debe realizarse bajo parámetros de razonabilidad;
- 4) La facultad otorgada por el entonces artículo 38 ter, debe ser a un cambio efectivo del costo de las prestaciones médicas.

Especial relevancia cobra para el objeto de este trabajo, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad propuesta por los Tribunales, en especial, el Tribunal Constitucional al examinar en sede de constitucionalidad la norma en comento. El Tribunal asentó que, sin perjuicio de la diferenciación que realiza el legislador en la materia – especialmente derivada de las condiciones de sexo y edad-, ésta debe realizarse bajo parámetros razonables y proporcionales, debido a que se están regulando derechos fundamentales. Cabe recalcar que el juicio de constitucionalidad de la norma no se debe a la diferenciación por

naturaleza, sino que a la proporcionalidad de establecer aquellas diferencias. Esto último, es análogo al acceso del estudiante a la educación superior, por cuanto que son las razones académicas las que deberían ser el justificativo de la selección –y no otras-, ya que la atención al mérito del estudiante es necesariamente razonable para la obtención del título al que aspira.

Siguiendo con lo anterior, el TC en el considerando 142° de la misma sentencia 1710/2010, establece que la norma debe “ponderarse según el criterio de razonabilidad, teniendo presente sus dimensiones de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad”<sup>508</sup>. A su vez, en el considerando 143° estableció que el objeto del estudio de constitucionalidad consistía:

**“Centésimo cuadragésimo tercero:** Que, consecuentemente con el método descrito, en el caso de autos (...) el objeto de este proceso constitucional:

- a) Cumple con ser *adecuado* a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres; de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado

---

<sup>508</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 1710/2010. Seis de agosto de dos mil diez, considerando 142°.

de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, especialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado;

- b) Si cumple con ser *indispensable* para alcanzar los fines señalados;
- y
- c) Si guarda *proporcionalidad* con tales objetivos”.

Por ende, la norma que regula los precios de los planes de salud –y consecuentemente el precio final del contrato de salud-, a la luz del TC debe cumplir con parámetros de: idoneidad; necesidad y proporcionalidad.

En los considerandos 145° y 146° de la sentencia en comento, el TC reitera que lo reprochable en sede de constitucionalidad no son las

diferencias, sino que la metodología poco razonable para la diferenciación en la tabla de factores<sup>509</sup>:

**“Centésimo cuadragésimo quinto.** Que, en primer lugar, es dable observar que si bien las diferencias fundadas en criterios de edad y sexo de las personas no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco prima facie arbitrarias, siempre que respondan a una fundamentación razonable, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos. En efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley no. 18.933 son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, **toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo** para determinar, a través de ‘instrucciones de general aplicación’, los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las ISAPRES al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para

---

<sup>509</sup> *Ibíd.*, considerandos 145° y 146°.

determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad”;

“**Centésimo cuadragésimo sexto.** Que [...] resulta desproporcionada y carente de razonabilidad la norma contenida en el artículo 2° transitorio de la Ley no. 20.015, y con apoyo en el mismo juicio jurídico debe estimarse inconstitucional la parte del articulado permanente de la ley en examen que entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración del Estado en los términos señalados, ya que esa clase de disposiciones *se aparta de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales* [...]”;

Luego, en su considerando 148°, establece que la norma otorga un trato arbitrario por considerar como desiguales a igualdades esenciales<sup>510</sup>. En el considerando 149°, establece un principio: que un derecho fundamental **no puede ser regulado indistintamente por la ley y por normas administrativas**, siendo el constituyente quien debe otorgar la

---

<sup>510</sup> *Ibíd.*, considerando 148°.

potestad de regulación, y no el legislador. Se cita en integridad el considerando 149<sup>o511</sup>:

**“Centésimo cuadragésimo noveno.** Que, en segundo lugar, en relación al derecho a la protección de la salud, debe señalarse que una misma materia no puede ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas y que, en consecuencia, no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar materias, **pues eso lo define el Constituyente”**.

Por lo tanto, cuando está en cuestión un derecho fundamental, deberá ser el Constituyente quien deba regular todo lo consecuente a aquel derecho, esto es: respecto a la accesibilidad, garantías accesorias, entre otros. Es menester recordar que, en lo que se refiere al derecho a la educación, el constituyente –además de omitir una definición profusa-, no toma en consideración el contenido de aquel derecho fundamental, dejándolo totalmente a la discreción del legislador quien, en definitiva, termina otorgándoselo a las instituciones de educación, en virtud del

---

<sup>511</sup> *Ibíd.*, considerando 149°.

principio de autonomía universitaria consagrada en los artículos 104 y siguientes de la Ley 20.370<sup>512</sup>.

A su vez, el TC reprocha la potestad conferida a la Superintendencia de salud, dejándolo de manifiesto en su considerando 151<sup>o</sup><sup>513</sup>:

**“Centésimo quincuagésimo primero.** Que si el legislador, en el año 2005, fijó en el citado precepto transitorio la determinación de tales márgenes en el entendido de que éstos se hallan dentro de las ‘materias básicas’ de la seguridad social, *él mismo vulneró la Constitución al entregarla su definición a un organismo regulador, esto es, a la Superintendencia del ramo, en la determinación permanente –específicamente en el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 bajo control”*.

Por consiguiente, el sentenciador se basó tres criterios para fundamentar la constitucionalidad de la norma que regulaba los precios en el mercado de salud: (1) Proporcionalidad; (2) Necesariedad e (3) Idoneidad. En definitiva, criterios que permiten considerar la regulación de precios y juzgar la razonabilidad de las alzas de los precios de los planes de

---

<sup>512</sup> Supra, pp. 293-ss.

<sup>513</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 1710/2010. Seis de agosto de dos mil diez, considerando 151°.

salud. Y atenta contra la razonabilidad, cuando ésta incurre en una discriminación arbitraria que es la “contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional”<sup>514</sup>. Y carece de razonabilidad un alza de precios, en cuanto el nuevo precio estipulado “aumente en una dimensión que puede ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado”<sup>515</sup>.

Ahora bien y para finalizar con el razonamiento del TC en base a la regulación de los precios en el mercado de la salud, el sentenciador considera relevante evitar la figura del “cotizante cautivo” que es aquella que resulta del alza desproporcionada del precio de su plan de salud y cuyo resultado es la lesión a su derecho a elección entre el sistema privado o público de salud, este último garantizado por la CPR: “(...) El aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce la amplitud no razonable (...) produce la calidad de ‘cotizante cautivo’ que obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional”<sup>516</sup>. A mayor abundamiento, un alza desproporcionada de los planes de salud puede traer consigo “una

---

<sup>514</sup> *Ibíd.*, considerando 147°.

<sup>515</sup> *Ibíd.*, considerando 155°.

<sup>516</sup> *Ibíd.*, considerando 157°.

completa imposibilidad de costearlos, ocasionando una indignidad que ello significa para el transcurrir de sus vidas”<sup>517</sup>. Incluso, el sentenciador es tan severo en su juicio de constitucionalidad que aduce a la evidente falta de concreción de la obligación del Estado para garantizar el acceso de las personas a la salud, provoca también una falta de razonabilidad que debe regir en toda regulación mercantil en la que estén derechos fundamentales involucrados<sup>518</sup>.

La figura del cotizante cautivo, es asimilable a la situación jurídica del estudiante. Un alza desproporcionada de los aranceles estipulados en un contrato de prestación de servicios educacionales, produce menoscabo jurídico a su derecho a la educación. De lo anterior, pueden derivarse diversas consecuencias.

La primera opción a enfrentarse el estudiante a un alza desproporcionada de su arancel, será la de consentir a dicha alza y mantener sus estudios en la misma institución. Sin embargo, esta consecuencia no es deseable a la luz de encontrarnos frente a un contrato de adhesión, cuya

---

<sup>517</sup> *Ibíd.*, considerando 160°.

<sup>518</sup> *Ibíd.*

particularidad radica en la falta de poder negociador por una de las partes, en razón de la disparidad existente entre quien redacta las cláusulas frente a quien las acepta. Y, en atención a que es el propio legislador quien consagra la adhesión al contrato respectivo, da por sentado que existe una disparidad negociadora, legitimando la tarea redactora de la institución de las estipulaciones contractuales. Por ende, le asigna un rol decisivo a la hora de mantener la relación contractual. Así las cosas, terminará siendo el estudiante quien deba aceptar dicha alza, asumiendo los costos. Esto último, como se vio anteriormente, está siendo duramente reprochado por la jurisprudencia actual<sup>519</sup>.

La otra opción que le queda al estudiante, es la de no aceptar dicha alza. Sin remedios jurídicos ante esta situación, el estudiante quedará sin la oportunidad de proseguir sus estudios profesionales o técnicos en la institución. Ante este escenario, el estudiante termina enfrentado a otra disyuntiva: mantenerse en la misma institución, pero cambiándose a una carrera más económica de la cual deberá partir nuevamente, a menos que exista un programa de convalidación de ramos; o bien emigrar de la

---

<sup>519</sup> Supra, pp. 247-ss.

institución y continuar los mismos estudios en otra más económica; o emigrar a otra institución más económica e iniciar nuevos estudios en otra carrera –también más económica-; o por último -y que sería la situación más grave- podría quedar sin la alternativa de estudiar. En todos estos escenarios probables, existe un menoscabo a su derecho a la educación. Pero, por sobre todo, hay una vulneración manifiesta a aquel derecho, en la última situación.

En el derecho a la protección de la salud, el cotizante cautivo no tiene más alternativa que emigrar al sistema público de salud. Ésta sería la consecuencia más grave, porque el Estado le garantiza un sistema público de salud. Pero, en el caso del derecho a la educación, el constituyente omite cualquier referencia a la garantía de una educación pública, universal y gratuita, lo que perjudica la posición del estudiante.

Considerando todo lo anterior, esto resulta evidente en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto el estudiante no goza de mayores garantías accesorias al derecho a la educación, como por ejemplo respecto a su derecho de convalidar de programas de estudios, o bien para el

intercambio de instituciones que tengan por finalidad garantizar la obtención de un título. Toda esta situación, el legislador la resuelve mediante la consagración de la autonomía universitaria, por cuanto a que faculta a las instituciones de educación superior para establecer sus propios programas de estudio, los requisitos de convalidación de programas o de intercambio de instituciones, entre otros. Esto claramente deja en una evidente desprotección al estudiante frente a este derecho fundamental.

Por ende, no existen garantías legales y/o constitucionales para el estudiante de educación superior que se encuentra en la situación anteriormente descrita. La ley solo se preocupa de consagrarles derechos a las instituciones y que se atomizan en el principio de la autonomía universitaria. En cambio, para el estudiante solo hay garantías de acceso a créditos o becas que, prácticamente, no da solución al problema del financiamiento privado de la educación superior. Y como ya se ha demostrado, la política subsidiaria ha derivado en un alza constante y desproporcionada de los aranceles en la educación superior.

Esta última situación que se ha transformado en un hecho público y notorio, la hemos de denominar como “estudiante cautivo”. Esto es, el estudiante queda vulnerado de su derecho a: mantenerse en la institución; obligándolo a emigrar a otra, o bien, a quedar sin estudios. Evidentemente, acá las instituciones de educación superior tienen un rol incluso sancionador, frente a la desprolijidad y falta de sustento justificable de las alzas reiterativas y desproporcionadas del último tiempo, cuya única justificación queda subsumida en el principio de la autonomía universitaria<sup>520</sup>.

Como bien se ha reiterado, todo lo referido al derecho a la educación pierde su eficacia en virtud de la exclusión del constituyente de su amparo constitucional. Por ende, nos propusimos a sugerir soluciones que el propio ordenamiento jurídico pudiera dar para lograr el amparo del derecho a la educación.

En primer lugar, nos planteamos si es posible lograr una alternativa jurídica por la vía del Derecho Internacional, tomando en consideración el PIDESC. Con todo lo ya expuesto, ha quedado demostrado que nuestra

---

<sup>520</sup> Supra, pp. 296-ss.

legislación (inclusa la CPR) es insuficiente frente a la protección, promoción y garantía del derecho a la educación. Especialmente a la situación del estudiante cautivo, descrita anteriormente.

A nuestro juicio, creemos que el Derecho Internacional da señales contundentes en establecer un incumplimiento del Estado chileno frente a las garantías de este derecho, aun considerando que deben entenderse incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en razón del artículo 5 inciso segundo de la CPR.

Sin embargo, es menester traer a cabo una posición doctrinaria respecto a la relevancia de los tratados internacionales de derechos humanos frente al catálogo de derechos que la CPR consagra. Por un lado, el autor Claudio Nash R.<sup>521</sup>, establece que los tratados internacionales de Derechos Humanos, tienen un rango normativo mayor, incluso al poder constituyente. Es por ello que, estableciendo el rango normativo de los tratados que consagran derechos humanos, podrían quedar protegidos por la vía interna

---

<sup>521</sup> NASH R., Claudio. La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: La experiencia chilena. Pp. 149-180. [en línea] <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/30.pdf>> [consulta: 27 mayo 2013] *El autor formula que la jurisprudencia nacional ha sabido resolver la incorporación de los tratados internacionales a nuestro ordenamiento jurídico, mediante decreto de promulgación y publicación del Presidente de la República. Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL 309/2000. pp. 158-159.*

en razón de su incorporación por el artículo 5, inciso segundo de la CPR: “Lo que debe discutirse no es el rango de los tratados propiamente dichos, sino el rango de las normas que consagran derechos humanos, incluyéndose en ellas no solamente las que los formulan, sino todas aquellas que regulan su alcance o contenido como, por ejemplo, las normas que imponen límites a su restricción en tiempos normales o a su suspensión en tiempos de emergencia, las que establecen criterios para su interpretación y otras semejantes, ya que la regulación de los derechos humanos constituye un todo que no se puede dividir”<sup>522</sup>. Es por ello que es de significativa importancia establecer el rango que tiene este tipo de tratados en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el Derecho Internacional obliga al Estado con deberes especiales, cuyos estándares son más altos en materia de derechos humanos. Y, el derecho a la educación, es un derecho humano.

A nuestro juicio, compartimos la premisa que el Estado ha incumplido sus obligaciones esenciales en materia de derecho a la educación, siendo su ejemplo más evidente la omisión cautelar, pero también existen otras omisiones. Por eso, nos parece más relevante estudiar

---

<sup>522</sup> *Ibíd.*, pp. 160-161.

el derecho a la educación bajo la perspectiva de la enseñanza superior, porque la omisión es evidente. Y siguiendo con el razonamiento anterior, el autor concluye que si “Estimamos, pues, que la enmienda al inciso segundo del artículo 5 reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile, y agregó rango constitucional a los derechos y las obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile con todo su acervo: catálogo con su acervo de jurisprudencia, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga más factible el pleno goce y ejercicio de los mismos”<sup>523</sup>.

Es por ello que nos parece sustancial considerar al derecho internacional de los Derechos Humanos, respecto a la garantía del derecho a la educación. De partida, el derecho tiene una definición más amplia y establece una gama de objetivos que ya fueron enunciados en su respectivo apartado<sup>524</sup>. Además que es un derecho consagrado en diversas naciones, que concordaron todas en una interpretación común dada por el Comité

---

<sup>523</sup> *Ibíd.*, pp. 162-163.

<sup>524</sup> *Supra*, pp.199-ss.

ONU que interpreta el PIDESC. Esto fortalece nuestra legislación y da mayor ponderación a materias que ha omitido pronunciarse y regular<sup>525</sup>. Así las cosas, el Derecho Internacional es auxiliar a las pretensiones de este trabajo: “(...) estas obligaciones existen para el Estado desde que éste se hace parte de un tratado. Es importante, sin embargo, que dicha obligación internacional se haya consagrado en el ámbito constitucional, ya que su infracción dará lugar, no solo a la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad internacional de Chile, sino también a un ilícito constitucional que puede ser recurrido internamente mediante los recursos

---

<sup>525</sup> Nuestro legislador solamente ha establecido un estatuto jurídico que regula la forma en cómo deben ser reconocidas las nuevas instituciones, subsidios, aspectos formales y también sancionadoras, como la de privación de la personalidad jurídica, establecida en el artículo 64 de la Ley 20.370.

*Artículo 64 – Ley 20.370.- Por decreto supremo fundado del Ministerio de Educación, previo acuerdo del Consejo Nacional de Educación, adoptado por la mayoría de sus miembros, en sesión convocada a ese solo efecto, y escuchada la entidad afectada, se cancelará la personalidad jurídica y revocará el reconocimiento oficial a una universidad, en los siguientes casos:*

- a) Si ella no cumple con sus objetivos estatutarios;*
- b) Si realizare actividades contrarias a la moral, al orden público, a las buenas costumbres y a la seguridad nacional;*
- c) Si incurriere en infracciones graves a sus estatutos;*
- d) Si dejare de otorgar títulos profesionales de aquellos que requieren haber obtenido previamente el grado de licenciado.*

*En la fundamentación del decreto respectivo deberá dejarse constancia de la causal que originó la cancelación de la personalidad jurídica y la revocación del reconocimiento oficial*

*En los casos que la causal respectiva se verifique solo respecto de una o más carreras o sedes de una determinada universidad, el Ministerio podrá disponer que solamente se revoque el reconocimiento oficial respecto de la carrera o sede afectada, subsistiendo la personalidad jurídica y el reconocimiento oficial de la Institución.*

*Será responsabilidad del Ministerio velar por el adecuado resguardo de la información acerca de los procesos iniciados en virtud de este artículo hasta que se haya dictado la resolución definitiva y no queden recursos pendientes por parte de la entidad afectada.*

establecidos en el ordenamiento jurídico chileno”<sup>526</sup>. Incluso, en la misma obra del autor en comento, se cita a una sentencia de la Excma. Corte Suprema que establece como límite la soberanía interna los derechos humanos reconocidos en un tratado internacional. Incluso, el argumento va más allá y, como se mencionó, limita al propio poder constituyente. Se cita el siguiente considerando de la sentencia citada de la Corte Suprema: “(En cuanto al Pacto) tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide que sean desconocidos”<sup>527</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, no es posible aventurar que el derecho a la educación se encuentra y debiera ser resguardado directamente –y por la vía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos- por la acción cautelar de protección de los derechos, ya que tradicionalmente se ha

---

<sup>526</sup> NASH R., Claudio. Ob. Cit., p. 166.

<sup>527</sup> CORTE SUPREMA, Rol. 517-2004, considerando 35. Diecisiete de noviembre de dos mil cuatro. En: NASH R., Claudio. Ob. Cit. Pg. 176.

entendido que existe una norma expresa que lo excluye y que es el artículo 20 de la CPR. En vista de ello, nos queda la segunda alternativa y que es la referente a la protección jurídica bajo el amparo de la normativa interna.

Pues bien, ha habido diversas alternativas para proteger – indirectamente- al derecho a la educación. Pero, principalmente, la jurisprudencia ha declinado en reconocerle protección, mediante la invocación del derecho de propiedad que tiene el estudiante sobre el contrato de prestación de servicios educacionales. Es, por tanto, su derecho de propiedad sobre la propiedad de aquella calidad jurídica, la que ha dado sustento a la jurisprudencia en la materia. Esta doctrina jurídica ha sido denominada como “propietarización de los derechos” y que tiene consagración legal y constitucional<sup>528</sup>. Y ha sido por esta vía que muchos han cautelado su derecho de propiedad sobre la calidad de estudiante y, por ende, su derecho a la educación. Esto es lo que hemos denominado *derecho de matrícula* y que da una serie de facultades, ya enumeradas anteriormente<sup>529</sup>, y que a nuestro juicio no es más que *una especie de derecho de propiedad del estudiante sobre su calidad de tal*, o bien el

---

<sup>528</sup> Supra, pp. 229-ss.

<sup>529</sup> Supra., pp. 259-261.

derecho patrimonial derivado del derecho social y fundamental a la educación.

La fuente del derecho de matrícula, se encuentra en el denominado contrato de prestación de servicios educacionales. En él, enumeramos sus principales características que han sido construidas por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, en conocimiento tanto de acciones ordinarias de indemnización de perjuicios, como también de acciones cautelares de protección. Esas características son: bilateralidad, onerosidad, de tracto sucesivo, entre otras. Sin embargo, el legislador también consagra este contrato dándole la naturaleza jurídica de la adhesión, tal como lo dispone en la Ley 19.496 que regula la protección a los consumidores.

Como el objeto de este trabajo es el alza unilateral, desproporcionada e injustificada de los aranceles en materia de educación; cuya fuente hemos dicho se encuentra en el contrato de prestación de servicios educacionales; nos pareció del todo relevante desarrollar la última jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema relativa a modificaciones unilaterales de los

contratos de adhesión<sup>530</sup>. El criterio es perfectamente aplicable al contrato en cuestión. Más aun considerando las características del fenómeno de la adhesión que, principalmente, radica en la falta de igualdad en la redacción del contrato. Principalmente, la Corte Suprema estableció un principio<sup>531</sup>: la prohibición de modificar unilateralmente aquellos contratos de adhesión sin el expreso o tácito consentimiento del consumidor. La especial connotación, sin embargo, adquiere al momento de interpretar la Corte los estándares de consentimiento tácito en esta materia, dotándoles de caracteres de indubitabilidad.

Esto último, en materia de educación, es más complejo que en otros ámbitos donde pueda darse el fenómeno contractual en estudio. Lo anterior por las siguientes razones, que serán sintetizadas de la mejor manera posible. En primer lugar, como se desarrolló en el primer capítulo de este trabajo, el mercado educacional superior es un mercado de carácter especial, con caracteres que en Chile han llevado a una reiterativa alza de aranceles que ha sobrepasado el IPC. Esto último, como se ha venido insistiendo, es un fenómeno que ha tomado su curso desde el cambio de

---

<sup>530</sup> Supra, p. 247.

<sup>531</sup> Supra., p. 248.

paradigma en esta materia, pero con especial fuerza desde la última década, coincidentemente con la profundización de la política subsidiaria del Estado. En segundo lugar, jurídicamente el mercado está poco y mal regulado: no existen normas que obliguen a los agentes del mercado a la entrega de información, ya sea a los propios estudiantes; al propio Estado e incluso a los futuros empleadores. Hay un total desconocimiento sobre cómo las instituciones de educación superior otorgan sus servicios y cómo la calidad de éstos pueden verse traducidas en un mejor desempeño laboral. Esto último desemboca en un perjuicio, tanto para el estudiante que ingresó a una institución en específico, como para el mercado laboral, ya que la poca información existente, es producto de una tradición y no como fruto del cambio de paradigma generado en la década de los 80. En tercer lugar, no hay norma ni institución estatal que regule el intercambio estudiantil dentro de las instituciones de educación superior. En simples palabras, el legislador ha omitido un catálogo de derechos para el estudiante, independiente de su institución y que contemple en definitiva: por un lado, su calidad de estudiante; y por el otro su derecho a que se le reconozcan sus estudios realizados en una institución y que pretenda continuar en otra casa

de estudios, sea ésta estatal o privada; tradicional o las creadas con posterioridad a 1981. No hay un igual tratamiento jurídico para todos los estudiantes de la educación superior. No se le reconoce al estudiante como un sujeto de derecho per sé, sino como un consumidor que debe respetar las reglas y bases que el propio mercado (totalmente atomizado) les entrega. Esto es de suma importancia, porque –como hemos mencionado- el estudiante finalmente se encuentra totalmente cautivo de la institución de educación superior por la cual optó. Y esto, por supuesto, que le provoca perjuicio y un detrimento a su propio derecho al derecho a la educación que, en su esfera patrimonial, es su derecho de matrícula.

Esto último, el Estado lo omite y lo entrega a plena disposición del principio de autonomía, el cual está recogido en nuestra legislación de manera expresa. Ha sido el principio de autonomía el que ha sustentado la defensa de las instituciones de educación superior cuando han sido recurridas y es aquel principio el que colisiona de manera evidente con el derecho a la educación. Y así fue descrito en este trabajo, considerando solo algunos aspectos generales y que mayor relevancia no tiene para el objeto

de este trabajo, porque nos concentramos en el derecho a la educación y, específicamente, en el derecho de matrícula propiamente tal.

En definitiva, considerando ambas premisas, es posible concluir que el estudiante se encuentra en una situación vulnerable y en evidente desventaja frente a los derechos consagrados –expresamente- para las instituciones de educación superior que, al amparo del principio de autonomía, han llevado a la situación del estudiante cautivo. El legislador optó por desconocer aquella situación lo que redundó en una falta de igualdad en el tratamiento de la calidad jurídica del estudiante, habiendo una discriminación que resalta cuando el estudiante ve afectado su derecho a la educación. Ejemplo de ello ocurre al momento en que una institución de educación superior se disuelve, negándole al estudiante el derecho a la prosecución de sus estudios. Y como la educación es un proceso permanente, en definitiva, el alto costo que deberá asumir por el cambio de institución o por la no prosecución de sus estudios; terminará en el desincentivo del derecho a la educación o en una vulneración manifiesta del mismo.

#### **4.- Contratos de salud y de prestación de servicios educacionales: son de orden público.**

Ahora bien, hemos reiterado que el derecho a la educación se desenvuelve en el ámbito del derecho privado, mediante el contrato de prestación de servicios educacionales. Al igual que el derecho a la salud, el cual es denominado “contrato de salud”. Hemos establecido que tienen características similares relevantes. También, dimos por sentado que ambos están regulados en cuerpos normativos distintos. En el primero, en la Ley del Consumidor y, el otro, por la Ley de ISAPRES.

Respecto de esto último, el Tribunal Constitucional también ha asentado un principio. “El Tribunal Constitucional junto con determinar que el contrato de salud entre una ISAPRE y el cotizante beneficiario, tiene elementos de orden público, por el hecho de regular el ejercicio de derechos fundamentales como el derecho a la protección de la salud en armonía con el derecho a la seguridad social, afirma su característica de ser un contrato indefinido de tracto sucesivo, el cual se revisa periódicamente, por lo cual el

cambio de marco jurídico dentro del cual se desarrolla el contrato, por expulsión de algunas de sus normas del ordenamiento jurídico, exige hacia el futuro el cambio de las normas contractuales”<sup>532</sup>.

Señala el TC, en la sentencia 1710/2010 que el contrato de salud –si bien está enmarcada dentro del ámbito privado-, tiene elementos de orden público<sup>533</sup>. Además en el mismo considerando, enumera las características que son todas asimilables al contrato de prestación de servicios educacionales: “Que (...) la naturaleza del contrato de salud que junto con ser un contrato con elementos de orden público, lo es de tracto sucesivo, no de ejecución instantánea (...) El contrato de salud origina una relación de permanencia entre la ISAPRE y el cotizante. De hecho esta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato. Las circunstancias fácticas que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato pueden cambiar y por ello se admiten ciertas modificaciones (*en marco de razonabilidad y proporcionalidad*) (...)”<sup>534</sup>.

---

<sup>532</sup> NOGUEIRA, Humberto. La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010-INC., del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38ter de la ley de ISAPRES, p. 797.

<sup>533</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 1710/2010. Seis de agosto de dos mil diez, considerando 170°.

<sup>534</sup> *Ibíd.*

Por ende, el contrato de salud –si bien está dentro del ámbito privado- tiene como objeto la regulación de un derecho fundamental. En consecuencia, a este contrato se le entienden incorporadas normas de orden público.

Creemos que el anterior razonamiento también es aplicable a los contratos de prestación de servicios educacionales, por las razones que hemos enumerado y que volvemos a repetir: la adhesión y la sucesividad de las prestaciones, principalmente. Y como lo anterior tiene por objeto mantener la permanencia de la relación jurídica, cobra mayor relevancia cuando estamos frente a un derecho fundamental, en la cual la permanencia debe ser el elemento de orden público a respetar frente a otros derechos patrimoniales accesorios que pudieran vulnerar aquel estado de permanencia, esencial para la satisfacción de estos derechos fundamentales.

Y esto fortalece nuestro criterio. El alza desproporcionada y unilateral de aranceles universitarios, como bien explicamos frente a la figura del estudiante cautivo, terminará por el fin de la relación de permanencia existente entre éste y la institución de educación superior. Por ende, el principio de la autonomía universitaria encontraría aquí su principal

límite: el respeto por los derechos fundamentales. No puede ser totalizadora la autonomía de las instituciones que, en razón de sus propias disposiciones, pueden convenir un alza sin el consentimiento del estudiante o de su familia. Esto provoca una vulneración al derecho a la educación y a su derecho patrimonial sobre la matrícula. Este es el mismo criterio que se aplicó en el ámbito del derecho a la protección de la salud, por cuanto el TC limitó de manera razonable el criterio de las ISAPRES para elevar los costos del plan de salud. Así las cosas, los contratos de salud y educación, son contratos de orden público.

A nuestro juicio, el contrato de prestación de servicios educacionales se rige o se debiera regir por normas de orden público, del mismo modo que el contrato de salud, ya que su objeto es satisfacer un derecho fundamental. No obstante ello, podría aducirse que existe una diferencia entre ambos contratos y que se refiere a su renovación. El contrato de prestación de servicios educacionales, se renueva año tras año, de modo que la Universidad podría argumentar que el alza del arancel no vulnera ningún derecho del estudiante porque una vez terminado el año académico, se extinguen las obligaciones para ambas partes. Si esto último fuese cierto, no

se podría extender la jurisprudencia sobre el artículo 38 ter al contrato de educación. Sin embargo, hay cuatro argumentos que permiten sostener que su duración es por el tiempo necesario para obtener el título profesional o grado académico:

1. El objeto del contrato de educación universitaria son las prestaciones académicas que habilitan para obtener el grado académico y/o título profesional. La educación superior está contenida dentro de lo que la Ley General de Educación define como educación formal o regular, esto es, *"aquella que está estructurada y se entrega de manera sistemática y secuencial. Está constituida por niveles y modalidades que aseguran la unidad del proceso educativo y facilitan la continuidad del mismo a lo largo de la vida de las personas"* (art. 2). El art. 21, inc. 3º, de la misma ley señala que *"la enseñanza de educación superior comprende diferentes niveles de programas formativos, a través de los cuales es posible obtener títulos de técnico de nivel superior, títulos profesionales, grados académicos o títulos universitarios o sus equivalentes".* Por su parte, el D.F.L no. 1 del Ministerio de Educación de 1980 que fija norma sobre

universidades señala en su art. 2 letra d) que "*a las universidades les corresponderá especialmente otorgar grados académicos y títulos profesionales reconocidos por el Estado*".

2. Citamos sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago rol no. 2.137-2010, el cual consideró el contrato de prestaciones de servicios educacionales como uno de "*carácter bilateral y de tracto sucesivo*, es decir, se va cumpliendo en sucesivas etapas, previamente definidas en el mismo contrato. Es así que la actora contrató con la Universidad demandada por cuatro años para obtener su título profesional, cumpliendo ciertos requisitos estipulados en el mismo y que de hecho cumplió, negándose la demandada a cumplir su obligación recíproca de autorizarla para la realización de su práctica profesional". Por ende, la Corte de Santiago en este caso consideró que la actora cumplió con todos los requisitos académicos necesarios, lo que va acorde a la protección del derecho a la educación en su esfera patrimonial, particularmente en la obtención del título. Otorga preferencia de los requisitos académicos por sobre los económicos.

Por consiguiente, definir el criterio económico como decisor de la renovación o no del contrato, es contradictorio a la permanencia que implica el desarrollo de este derecho fundamental.

3. El contrato de educación es de adhesión: el educando debe aceptar las cláusulas propuestas por la Universidad, entre ellas la que faculta a la casa de estudios para renovar o no anualmente el contrato<sup>535</sup>. El art. 2 letra d) de la Ley no. 19.496 o ley de protección al consumidor dispone que los contratos de educación de enseñanza básica, media y universitaria quedan sujetos a esta ley en lo que respecta al "Párrafo 4º del Título II; de los Párrafos 1º y 2º del Título III; de los artículos 18, 24, 26, 27 y 39 C". El párrafo 4º del Título II regula las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión. Este último párrafo prescribe que "[n]o producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones que otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución" o

---

<sup>535</sup> Consejo Nacional de Educación, *Aplicación de la Ley de Protección de derechos del consumidor la prestación de servicios de la Educación Superior*, sin fecha, pp. 1-27, disponible en <http://www.cnde.cl>.

que "en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen [...]". Si la finalidad del contrato de prestación de servicios es la obtención del grado académico o título, parece claro que, atendiendo al objeto del mismo, la facultad de suscribir un nuevo contrato que la casa de estudios se reserva produce un desequilibrio que perjudica al estudiante, puesto que lo privaría de la posibilidad de obtener el grado académico por el cual se tuvo a la vista al momento de vincularse contractualmente con la institución. Este criterio es secundado por la Corte Suprema, que en la sentencia rol no. 2335/2008 ha señalado que "el pago de la matrícula y de la colegiatura anual constituyen la contraprestación pactada en dinero de ese servicio, pero no aparece del contrato, ***ni se ha sostenido como argumento de la demandada, que ésta constituya la finalidad del contrato.*** Tampoco aparece de las otras cláusulas especiales que

rigen a las partes (excepción hecha de la cláusula impugnada) ni de las disposiciones generales sobre la materia, normas o reglas que permitan tener la estipulación del pago, como la finalidad de la esencia del contrato”<sup>536</sup>.

4. Por último, en la medida en que el estudiante va cumpliendo con los requisitos académicos anuales, esto es, aprobar los cursos impartidos por la universidad y, de este modo, habilitándolo para cursar los ramos posteriores, sus calificaciones ingresan a su patrimonio, conforme al contenido del derecho de matrícula<sup>537</sup> que, como hemos venido sosteniendo, es la esfera patrimonial del derecho a la educación. Y, precisamente, dentro del contenido del derecho de matrícula, se encuentra la obtención del grado académico y/o del título profesional.

---

<sup>536</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>537</sup> *Supra.*, pp. 259-ss.

## **5.- Solución jurídicamente posible frente al alza desproporcionada, injustificada y unilateral de aranceles universitarios.**

Una vez presentados los argumentos fácticos y jurídicos respecto a la desproporcionalidad de las alzas de aranceles universitarios y cómo éstos vulneran el derecho a la educación –el cual tiene el carácter de fundamental- sumado a los criterios desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina, es posible sintetizar que la mejor vía jurídica para este problema está en la: *deducción de acciones cautelares de protección en razón de la vulneración del derecho de propiedad del alumno sobre su calidad de estudiante y posición jurídica en el contrato de prestación de servicios educacionales.*

Así, seguimos la misma lógica jurídica que lo sucedido en materia del derecho a la protección de la salud. Claramente estos recursos ya han sido presentados bajo la teoría de la propietarización de los derechos, pero jamás en razón de un alza unilateral, injustificada y desproporcionada del arancel universitario.

Considerando la delicada situación jurídica del estudiante de la educación superior, y sumado a la omisión de una acción cautelar directa del derecho en cuestión, es que creemos que la vulneración al derecho de propiedad del estudiante sobre su calidad de tal en el contrato de prestación de servicios educacionales, puede estar fundado en la existencia jurídica que se le otorga a aquella situación y a las consecuencias jurídicas que podría llevar al propio estudiante al no aceptar dichas alzas.

Además que toda alza, necesita ser fundada. Más aún, cuando estamos en presencia de un contrato de orden público. La deducción acumulativa de estas acciones cautelares, podría llevar a una situación de mayor equilibrio entre el estudiante y la institución de educación superior. Relevante es para nosotros la exigencia de razonabilidad de las alzas que, en definitiva, se sintetizan en la exigencia de antecedentes concretos y suficientes para considerar idónea, necesaria y proporcional dichas alzas.

Por ende, la variación de los precios del arancel universitario deberá cumplir con los estándares de razonabilidad que los Tribunales han aplicado para, ya sea para acoger los recursos de protección presentados en contra de

las ISAPRES. Esto es, si obedecen “*a cambios efectivos y verificables de los precios de las prestaciones cubiertas*”.

Este último criterio es clave para que se acojan las acciones cautelares de protección, las que deberán ser verificadas mediante los antecedentes. Además, como no hay parámetros que midan la calidad de los servicios prestados, existe una mayor exigencia en la justificación de dichas alzas, porque las instituciones no informan debidamente sobre las condiciones en que prestan sus servicios o cómo se financian. Solo hay datos respecto al procedimiento de selección de alumnos y cómo compiten por el prestigio. Pero nada hay sobre calidad de profesores, insumos, infraestructura, etcétera. Esto sumado a que la situación del estudiante cautivo es particularmente grave, porque puede dejar al alumno sin educación, precisamente por no cumplir con el requisito económico impuesto por la institución de educación superior. Esto debido a que el constituyente no aseguró el acceso a una educación superior universal, pública y gratuita.

Y este criterio debe ser formulado tanto para instituciones públicas como privadas, a las del CRUCH o las creadas con posterioridad a 1981. Esto porque en ambos la autonomía universitaria es su principal argumento jurídico para sostener dichas alzas o, incluso, para quitar al alumno de la posibilidad de obtener su título. Y es evidente que el estudiante al momento de vincularse con una institución en particular, lo hace con el objetivo de obtener el título. Esto obviamente con su consecutivo deber de cumplir con los requisitos académicos. Pero solo académicos, como lo ha dejado claro el Derecho Internacional; ya que los económicos terminan por desincentivar el disfrute del derecho y, a la larga, por vulnerarlo manifiestamente.

El principio de la autonomía universitaria, es particularmente necesario de discutirlo. Esto porque, ya sea mediante decretos universitarios –como en el caso de las universidades estatales-, o bien a través de reglamentos dictados por universidades privadas, conducen a una dispersión en el *“reparto de competencias normativas, esto es, quién debe regular y con qué grados de discrecionalidad”*<sup>538</sup>, lo que en última instancia permite que la variación de los precios de los aranceles no esté sujeto a ningún

---

<sup>538</sup> MONTT, SANTIAGO, y CÁRDENAS, JOSÉ LUIS, *op. cit.*, p. 41.

parámetro de control. En la sentencia 1710/2010, el Tribunal Constitucional consideró que la infracción al principio de reserva legal atentaba contra la razonabilidad en la fijación del precio final del plan de salud, “*al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionado y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional*”. No obstante que no haya una relación directa entre reserva legal y razonabilidad<sup>539</sup>, este argumento es, a nuestro juicio, aplicable para el alza unilateral, desproporcionada e injustificada del arancel universitario, porque en el caso de la educación superior, con un marco legal menos regulado que en el mercado de la salud, no se le entrega una potestad discrecional a un órgano en particular, sino que a muchas entidades distintas, lo que hace aún más difícil establecer determinar las razones que llevaron a las distintas universidades a subir su arancel.

---

<sup>539</sup> *Ibíd.*, p. 36.

## **Conclusiones**

El objetivo de este trabajo fue demostrar que existen remedios jurídicos frente a la situación del alza de precios, en materia de educación superior, corroborando que existe un fenómeno económico de alza desproporcionada de los precios en este mercado, lo que termina afectando la satisfacción del derecho a la educación.

Como bien se analizó, el mercado educacional terciario en Chile, tiene una débil regulación lo que ha fomentado el fenómeno en estudio. Es interesante observar, sin embargo, que también se replicó el mismo fenómeno en lo que se refiere a otro derecho fundamental –el derecho a la protección a la salud- el cual se encuentra regulado de manera extensa por el legislador, incluyendo los precios. Esta desproporción fue tomada en cuenta por la jurisprudencia, por cuanto existe una lesión o menoscabo a los derechos y garantías que consagra la Constitución.

Así, se verificó en el primer capítulo de este trabajo que el mercado educacional terciario, es un mercado fragmentado con diversas

competencias entre los oferentes, en torno a programas académicos, financiamiento y, especialmente, en lo que se denomina como la “competencia por el prestigio”. Por consiguiente, se determinó que la principal competencia se traduce en qué institución es la que mejor capta a los mejores alumnos lo que trae consigo un mayor financiamiento. Sin embargo, producto de la asimetría de la información existente, no surge los efectos deseables ya que no existe un mecanismo –aparte de la acreditación y la selección de alumnos por la vía de la PSU- que permita discernir de manera correcta cómo el estudiante se vería beneficiado o perjudicado una vez que ingresa al mercado laboral. Más aún si, desde la perspectiva de la demanda, la educación es una inversión para el estudiante y sus familias. Esto último es preocupante si estimamos que los niveles de retorno se ven distorsionados frente a la enseñanza e institución de la que egresó el estudiante y, por ende, que termina por afectar y aumentar los niveles de desigualdad. Esto último, porque los niveles de retorno de la educación universitaria superan a los del resto de las ramas de la educación superior y quienes ingresan a ella, integran los quintiles más ricos de la población.

Por ende, la educación es la manera cómo las familias pueden mejorar su situación socio-económica. Sin embargo, las políticas de financiamiento no han permitido que mejoren su situación. O, al menos, que se fidelice la información correctamente en el mercado laboral, para así ofrecer mayores garantías al estudiante al momento en que decide vincularse con una institución de educación superior. Particularmente, creemos que la política de créditos ha perjudicado el interés del estudiante, porque los aranceles referenciales no son respetados por las universidades, habiendo diferenciales –respecto del real- que superan el 100% en algunas carreras e instituciones.

Por otro lado, el rol de la educación pública se ha visto mermado por esta política de atomización de la oferta: las instituciones de educación superior estatales han visto perjudicada la forma cómo deben impartir este servicio de manera accesible a todos sus ciudadanos. Esto considerando que deben mantener los requisitos de selectividad generalmente altos porque, en concordancia con la teoría credencialista de la educación, solo así pueden posicionarse dentro del mercado y, con ello, entrar en la competencia por el prestigio. Así las cosas, en iguales condiciones, también deben competir

con instituciones privadas para captar el financiamiento necesario. Es producto de lo anterior que las universidades estatales también han elevado sus aranceles por sobre el índice de precios del consumidor porque, debido a la conjugación entre igualdad de acceso, selectividad y gastos bajos, éstas tienen una carga mayor que el resto de las instituciones lo que influye al alza de sus aranceles.

En consecuencia, son tres grandes conclusiones respecto al mercado de la educación superior: atomización de la oferta y la demanda; excesiva subsidiariedad por parte del Estado a todas las instituciones –esto último factor desencadenante en el alza de precios-; y las dificultades que han debido enfrentar las instituciones estatales porque el tratamiento jurídico que se les da es diferenciado, a pesar que ante el mercado son igualmente agentes.

Luego de analizado el mercado de la educación superior, quisimos adentrarnos en la causa jurídica del fenómeno en estudio, orientado principalmente en la presentación de posturas doctrinarias respecto al derecho a la educación y la evolución jurisprudencial al respecto.

Como bien se estableció, el constituyente frente al derecho a la educación, lo consideró como el ejercicio de una libertad, la de aprendizaje (artículo 19, n°10, CPR). Por otro lado, mantuvo la libertad de enseñanza como eje de garantías respecto a la materia. Principalmente, esa fue la conclusión a la que llegó la Comisión Ortúzar, disponiendo que la libertad de enseñanza debe ser garantizada constitucionalmente (artículo 19, n°11 – CPR) y excluyendo al derecho a la educación de la cautela, principalmente derivada de su condición de ser un derecho social.

Fue por esta razón que incluimos en el estudio, el tratamiento jurídico del derecho a la educación. Primero que todo, está incluido en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 13, por lo que tiene rango internacional de Derecho Humano. Y en el entendido que los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile se entienden incorporados a nuestro ordenamiento, como consecuencia del artículo 5 inciso segundo de la Constitución, es que llegamos a la conclusión que es un derecho que debiera ser cautelado, por estar fundamentado en la dignidad humana.

Sin embargo, aún seguíamos enfrentados a la exclusión cautelar. Fue entonces que realizamos un estudio respecto a cómo la jurisprudencia ha dado garantía indirecta a este derecho, mediante acciones cautelares de protección en razón de la vulneración del derecho de propiedad que tiene el estudiante frente a su matrícula. Esta doctrina, es la llamada “propietarización de los derechos” que encuentra su consagración tanto legal como constitucional.

Fue así que concluimos que en el derecho a la educación, existe un derecho de carácter patrimonial y con un contenido extenso. Lo denominamos como “derecho de matrícula” que es una especie de derecho de propiedad. Y este derecho de matrícula, encuentra su fuente en el contrato de prestación de servicios educacionales que celebra el estudiante con la institución de educación superior.

Esta postura ha sido acogida por la jurisprudencia ordinaria, conociendo de diversas acciones cautelares de protección. Para la relevancia de este estudio, fueron aquellas que se dedujeron en virtud del no pago de los aranceles que exigía la institución para la obtención de su título

profesional o técnico –que es parte del contenido del derecho de matrícula. Fue para nosotros sugerente el voto de minoría de la causa Rol 3.853/2008, en la cual sustenta nuestra hipótesis al discernir que el contrato de prestación de servicios educacionales, debe respetar normas de orden público, como el derecho fundamental a la educación y que es en razón de ello, que el estándar de exigencia es más alto a la hora de analizar la vulneración del derecho. *“Es sabido que los derechos fundamentales tienen una pretensión moral que es recepcionada por el Derecho positivo para que la finalidad de éstos pueda ser alcanzada plenamente. De lo anterior deriva que una acertada comprensión de esta materia sólo puede ser el resultado del escrutinio de la moralidad implícita de lo que se trata y de su correspondencia con la legalidad –y la arbitrariedad en esta clase de acción-, esto es, dicho de otro modo, el análisis no ha de hacerse sólo desde la juridicidad que deriva de la ley secundaria como son las normas contractuales sino también a partir de los valores jurídicos y del contenido de la norma constitucional eventualmente vulnerada”*<sup>540</sup>.

---

<sup>540</sup> Supra, pp. 288-294.

Fue a partir de este criterio propuesto que nos remitimos al contrato de prestación de servicios educacionales, enumerando sus características más esenciales. Se concluyó que el legislador le otorga el tratamiento jurídico de *adhesión*, por ende, asume que existe un desequilibrio negociador en la relación jurídica entre la institución y el estudiante. Fue por ello que nos adentramos en la jurisprudencia sobre la modificación y revisión de estos contratos, estableciendo que cualquier cambio en las circunstancias jurídicas, debe realizarse con el consentimiento de todas las partes contractuales.

Ahora bien, el legislador y las naciones, establecen que la educación es un proceso *permanente*. Esto es de radical importancia, porque la garantía de este derecho solo se produce una vez que se asegure esa permanencia. Evidentemente, esto fue importante para el objeto de este estudio, ya que en materia de adhesión, la modificación de las cláusulas contractuales, de manera unilateral, pueden derivar en el término de la prestación del servicio. Por ende, la noción de permanencia es parte del contenido esencial del derecho fundamental a la educación.

De igual manera fue recogida por los tribunales, respecto al derecho a la protección a la salud. Los derechos fundamentales deben ser satisfechos de forma permanente, acorde a las circunstancias iniciales que se tuvieron en vista al momento de contratar y que solo se encontrará garantizada si se produce una permanencia. Esto es más importante en el derecho a la educación, puesto que la obtención del título debe seguir un proceso que, por circunstancias ajenas a las académicas, no debe ser interrumpido.

Por lo tanto, nos concentramos en la jurisprudencia del derecho a la salud y vimos características similares respecto al derecho a la educación: estamos frente a un derecho social, que se satisface en un mercado y que se relacionan jurídicamente mediante un contrato, que es de adhesión y de tracto sucesivo. Sin embargo, en el derecho a la protección de la salud, sí existen normas reguladoras de precios. En cambio, en el mercado educacional terciario todo es administrado por el mismo. Sin perjuicio de lo anterior, en ambos casos, el fenómeno se replica: el alza desproporcionada e injustificada de los precios vinculados a los contratos respectivos.

Así el reproche constitucional al respecto, se demostró principalmente a que –según la sentencia Rol 1.710/2010- no podía un órgano de la Administración regular los precios, puesto que –frente a un derecho fundamental- es el constituyente quien debe otorgar esa facultad al legislador. En el caso del derecho a la educación, la situación es más confusa, puesto que esa facultad la otorga el legislador a los propios establecimientos de educación superior que, en razón del principio de autonomía, norman sus requisitos de ingreso y permanencia. Y en todas sus vertientes, establecen la obligatoriedad de pagar el precio pactado. Por ende, el reproche debería ser mayor porque no hay un órgano fiscalizador que establezca, al menos, un parámetro. Solo existen los aranceles referenciales que, en virtud de no ser vinculantes para las instituciones y que están establecidos solo para los efectos de la garantía a cubrir por el Estado en el crédito CAE-, no cumple siquiera con su efecto mediato que sería “orientar” los precios.

En consecuencia, la potestad reguladora se dispersa y se radica en cada institución de educación superior.

Esto trae consecuencias jurídicas importantes. La figura del “estudiante cautivo” demuestra que la situación del estudiante es precaria. Más precaria que la del cotizante, puesto que la Constitución establece que el Estado deberá proporcionarle un acceso gratuito al seguro de salud, que en ese caso, será estatal. En el ámbito de la educación superior, esto último no existe: no se garantiza un acceso universal y gratuito a las instituciones de educación superior. En consecuencia, esto merma aún más la posición jurídica del estudiante versus a las instituciones, lo que en definitiva termina vulnerando su derecho a la educación, que es un derecho fundamental.

Es por estas razones que hemos presentado el remedio jurídico de deducir acciones cautelares de protección, en razón de vulnerar el derecho de propiedad del estudiante de educación superior sobre su contrato de educación, en razón de alzas injustificadas, desproporcionadas y unilaterales de los aranceles. Esto último, sin perjuicio que en la eventualidad pueda abrirse el abanico de oportunidades para brindar protección jurídica al derecho en estudio.

En síntesis, lo propuesto va en concordancia con las demandas ciudadanas en establecer parámetros de justicia en la regulación de precios, cuando están involucrados derechos fundamentales. Y en el caso del derecho a la educación, hemos verificado las condiciones de vulnerabilidad jurídica del estudiante de educación superior. Esto, sin perjuicio que el mismo criterio sea extensible a otros niveles de enseñanza. Pero esto último requiere de otro estudio, porque la estructura del mercado es distinta y está mayormente regulada. Además que se producen efectos jurídicos distintos, ya que el acceso a la educación primaria y secundaria, sí está garantizada por el Estado.

A nuestro juicio, el constituyente debe hacerse cargo de manera urgente de la materia. Primero, estableciendo una definición acorde a lo que el Derecho Internacional interpreta respecto a este derecho fundamental. En segundo lugar, hacerse cargo de los efectos patrimoniales que sucede en las familias producto del elevado costo que les produce cuando uno de sus integrantes ingresa a la educación superior porque -como se estableció- el rol subsidiario del Estado en esta materia ha contribuido al fenómeno de las alzas de precios, distorsionando la competencia por prestigio. En tercer

lugar, mantener la cobertura y los criterios de selectividad académica, sin perjuicio que se garanticen otras oportunidades de acceso a aquellos estudiantes que provienen de una educación escolar en la cual su matrícula se constituye, principalmente, por postulantes que provienen de los quintiles de menores ingresos. Ejemplo de ello sería incluir una ponderación en los puntajes de selección a los postulantes, según su puntaje establecido en la ficha de protección social. Y la forma jurídica para ello, a nuestro juicio, es garantizando un acceso universal y gratuito a la educación superior estatal. Universal, en cuanto cumpla con los requisitos de selección académica – sumado a los beneficios que podría otorgar el Estado a aquellos que se ven en desventaja económica- y que sea gratuito. Esto último porque, si bien se critica que la gratuidad beneficiaría a aquellos estudiantes de quintiles más ricos; esto pierde sentido en este ámbito, porque como hemos venido señalando, estamos frente a un derecho fundamental. Por ende, en la medida que se adopten las oportunidades necesarias para que los estudiantes de quintiles de menores ingresos accedan a ella, el derecho a la educación se encontrará satisfecho conforme al estándar internacional. Y aquel estándar jurídico, en esta materia, es la eliminación gradual de los precios en la

educación superior o como se le ha denominado la “progresividad de la obligación estatal de la gratuidad de la educación superior”.

## Bibliografía

1. BERNASCONI, A. y ROJAS, F. El sistema de Educación Superior. En: Informe sobre la Educación Superior en Chile: 1980-2003. 2003 [en línea] UNESCO, IELSAC. <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001403/140395s.pdf>> [consulta: 7 agosto 2013]. 32p.
2. BEYER, H. Educación y desigualdad de ingresos: una nueva mirada. 2000 [en línea] Santiago, Chile. Estudios Públicos, n°77, verano 2000. Centro de Estudios Públicos. <[www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1418\\_747/rev77\\_beyer.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1418_747/rev77_beyer.pdf)> [consulta: 13 enero de 2012] 34p.
3. BEYER, H. ¿Qué veinte años no es nada...? Una mirada a la desigualdad de ingresos a partir de las encuestas CASEN. 2011. [en línea] Revista Estudios públicos 121, verano 2011. Santiago, Chile. <[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4764\\_2886/rev121\\_HBeyer.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4764_2886/rev121_HBeyer.pdf)> [consulta: 16 enero de 2012] 29p.
4. BRUNNER, J.J. La Educación superior en Chile: Tendencias y perspectivas. 1999. [en línea] Seminario organizado por el Ministerio de Educación y el Banco Mundial. Montevideo, Uruguay. Octubre 1999. <[http://archivos.brunner.cl/jjbrunner/archives/ES\\_CHILENA\\_Montevideo1999.pdf](http://archivos.brunner.cl/jjbrunner/archives/ES_CHILENA_Montevideo1999.pdf)> [consulta: 2 enero 2012]. 7p
5. BRUNNER, J.J. Mercados, instituciones y políticas en la educación superior chilena. 2009. [en línea] Revista Temas, n° 57:52-59, enero-marzo de 2009. Santiago, Chile. <[http://mt.educarchile.cl/MT/jjbrunner/archives/2009/06/mercados\\_instit.html](http://mt.educarchile.cl/MT/jjbrunner/archives/2009/06/mercados_instit.html)> [consulta: 4 enero de 2012] 8p.
6. BRUNNER, J.J. y URIBE, D. 2007. Mercados universitarios: El nuevo escenario de la educación superior. [En línea] Santiago, Chile. Ediciones Universidad Diego Portales.

- <[http://archivos.brunner.cl/jjbrunner/archives/libros/Libro\\_Mercados/Mercados\\_Universitarios.pdf](http://archivos.brunner.cl/jjbrunner/archives/libros/Libro_Mercados/Mercados_Universitarios.pdf)> [consulta: 26 enero 2012] 463p.
7. BULNES, L. El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980. 2005. *Revista Gaceta Jurídica* (295): 12-29.
  8. BUSTOS BOTTAI, R. *Derechos Sociales: Exigibilidad y Justicia Constitucional*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho en el marco del Programa “Pasado y Presente de los Derechos Humanos”. Salamanca, España. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2009. [en línea] <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/76431/1/DDPG\\_Bustos\\_Bottai\\_RG\\_De\\_rechos\\_sociales.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/76431/1/DDPG_Bustos_Bottai_RG_De_rechos_sociales.pdf)> [consulta: 19 julio 2013] 496p.
  9. BUSTOS BOTTAI, R. *Derechos Sociales y Recurso de Protección: ¿Una relación difícil?* 2009. [en línea] *Revista de Derecho y Humanidades*, N°15, 2009. <<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewArticle/16044>> [consulta: 15 julio 2013] 231-247p.
  10. CANCINO, R. *El Modelo Neoliberal y la Educación Universitaria en Latinoamérica. El caso de la universidad chilena*. 2010. [en línea] Aalborg, Dinamarca. *Revista Sociedad y discurso*, n° 18. Universidad de Aalborg. <[http://www.hum.aau.dk/~projforsk/SyD18/SyD18\\_cancino.pdf](http://www.hum.aau.dk/~projforsk/SyD18/SyD18_cancino.pdf)> [consulta: 3 enero 2012] 149-165p.
  11. CÁRDENAS, J.L. y MONTT S. *La declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 TER de la Ley de ISAPRES: mitos y realidades de un fallo histórico*. 2011. Universidad Diego Portales, *Anuario de Derecho Público*: 17-53.
  12. CARLSON, B. *Educación y mercado del trabajo en América Latina frente a la globalización*. 2002. [en línea] *Revista de la CEPAL* N°77, Agosto 2002. <[http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/19289/lcg2180e\\_Carlson.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/19289/lcg2180e_Carlson.pdf)> [consulta: 11 enero de 2012] 123-141p.
  13. CID P., C. y MUÑOZ V., A. *Estructura de la Tabla de Factores de Riesgo del Plan Complementario del Sistema ISAPRE*. 2005. [en línea] Gobierno de Chile, Superintendencia de Salud, Departamento de Estudios y Desarrollo. Mayo de 2005

<[http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-1061\\_recurso\\_1.pdf](http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-1061_recurso_1.pdf)>  
[consulta: 19 de junio de 2013] 11p.

14. COMISION DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. Actas Oficiales, sesiones N° 133, 135, 136, 137, 139, 140, 141 y 144. 1975. [en línea] Disponible en: <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 27 mayo 2013]
15. CONGRESO NACIONAL. Reforma constitucional que establece como deber del Estado velar por la calidad de la educación. Boletín no. 4222/2007. Año 2007. [en línea] <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 14 de agosto 2013]
16. CORREA S., S. y RUIZ-TAGLE, P. El Derecho a una educación de Calidad. 2007. [en línea] Santiago, Chile. Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2007. <<http://www.anuariodh.uchile.cl>> [consulta: 13 enero 2011] pp. 173-180.
17. CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. 2008. Rol N° 406-2008. Revista Gaceta Jurídica (342): 31-35.
18. CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. 1998. Rol N° 22.396. Revista Gaceta Jurídica (218): 49-53.
19. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 1988. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Vol. LXXXV, 1988, pp. 266-270.
20. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 1989. Revista Fallos del Mes, no. 365, 1989, pp. 125-128.
21. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2006. Rol N° 2.458-2006. Revista Gaceta Jurídica (314): 97-100.
22. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2007. Rol 1.500/2007. Treinta de mayo de dos mil siete. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl>>
23. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2008. Rol N°2.690-2008. Revista Gaceta Jurídica (337): 32-34.

24. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2010. Rol N° 262-2010. Revista Gaceta Jurídica (359): 24-29.
25. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2010. Rol N° 1.246-2010. Revista Gaceta Jurídica (361): 32-37.
26. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2010. Rol N° 933-2010. Revista Gaceta Jurídica (362): 53-56.
27. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2011. 10.5.2011. Legal Publishing N° 49.334 (2011), ROL: 2.137-2010.
28. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2011. Rol N° 5.350-2010. Revista Gaceta Jurídica (367): 31-38.
29. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. 1997. Rol N° 363-96. Revista Gaceta Jurídica (201): 80-82.
30. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 1980. Revistas Fallos del Mes, no. 263, 1980, pp. 235-244.
31. CORTE DE APELACIONES DE TALCA. 1997. Rol N° 52.485. Revista Fallos del Mes (464): 1053-1052.
32. CORTE DE APELACIONES DE TALCA. 2000. Rol N° 56.215. Revista Fallos del Mes (494): 3133-3140.
33. CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT. 2011. Rol N° 69-2011. Revista Gaceta Jurídica (371): 95-101.
34. CORTE SUPREMA. 1980. Revista de Derecho y Jurisprudencia LXVII: 109-111.
35. CORTE SUPREMA. 2004. Revista Fallos del Mes, no. 520, 2004, pp. 153-160.
36. CORTE SUPREMA. 2007. Rol 3.013/2007. Veintiséis de julio de dos mil siete. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl>>

37. CORTE SUPREMA. 2008. Revista Gaceta Jurídica, no. 341.
38. CORTE SUPREMA. 2008. Rol 6.400/2008. Dieciséis de diciembre de dos mil ocho. [en línea] <http://www.poderjudicial.cl>
39. CORTE SUPREMA. 2009. Revista Gaceta Jurídica, no. 354.
40. CORTE SUPREMA. 2009. ROL 7.936 – 2009, tres de diciembre de dos mil nueve. [en línea] <<http://www.pjud.cl>> [consulta: 13 mayo 2013].
41. CORTE SUPREMA. 2010. Rol 6.915-2010. Revista Gaceta Jurídica, no. 364, 2010.
42. CORTE SUPREMA. 2010. ROL 10.048/2010. Revista Gaceta Jurídica, no. 364, 2010.
43. CORTE SUPREMA. 2011. ROL 9.383 – 2011. Veintitrés de noviembre de dos mil once. [en línea] <<http://www.pjud.cl>> [consulta: 15 mayo 2013].
44. CORTE SUPREMA. 2013. ROL 12.355-2011, veinticuatro de abril de dos mil trece. [en línea] <http://www.poderjudicial.cl>
45. DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. La autonomía de las Universidades como derecho fundamental: La construcción del Tribunal Constitucional. 1991. Madrid, Civitas, 150p.
46. DOONER, C. y MENA, P. Arancel de referencia vs. Arancel real: Diagnóstico e interrogantes iniciales. 2006. [en línea] Revista “Calidad en la Educación”, nro. 24, Chile, año 2006. Santiago, Chile. <<http://www.cedus.cl/?q=node/1685>> [consulta: 01 febrero de 2012]. 285-318p.
47. EGUIGUREN F., P. y SOTO V. S. El Sistema de Educación Superior chileno a la luz del informe OECD-Banco Mundial. 2010. [en línea] Serie Informe Social n° 129, octubre 2010. Libertad y Desarrollo. Santiago, Chile. <[http://www.superacionpobreza.cl/biblioteca-archivos/sistema\\_educacion\\_superior\\_oecd.pdf](http://www.superacionpobreza.cl/biblioteca-archivos/sistema_educacion_superior_oecd.pdf)> [consulta: 30 enero de 2012] 36p.

48. FERRADA BORQUEZ, J. La autonomía universitaria y los recintos universitarios: algunas reflexiones críticas acerca del contenido de esta relación jurídica. 2001. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (209): 78-95.
49. GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Educación. Aranceles pregrado 2011. 2012. [en línea] Ministerio de Educación. Santiago, Chile. <[http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/doc/Estadisticas2011/PPT\\_aranceles\\_WEB.pdf](http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/doc/Estadisticas2011/PPT_aranceles_WEB.pdf)> [consulta: 07 febrero de 2012]
50. GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Educación. Instituciones Participantes. 2011. [en línea] Ministerio de Educación. Santiago, Chile. <[http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/indices\\_estadisticas\\_sistema.aspx](http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/indices_estadisticas_sistema.aspx)> [consulta: 10 febrero 2012]
51. GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Educación. Matrícula de primer año pregrado de 2011. 2011. [en línea] Ministerio de Educación. Santiago, Chile. <[http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/indices\\_estadisticas\\_sistema.aspx](http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/indices_estadisticas_sistema.aspx)> [consulta: 10 febrero 2012]
52. GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Educación. Sistema de Información INDICES 2012. 2012. [en línea] Ministerio de Educación. Santiago, Chile. <[http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/doc/Estadisticas2011/Presentacion\\_INDICES\\_2012.pdf](http://www.cned.cl/public/Secciones/SeccionIndicesEstadisticas/doc/Estadisticas2011/Presentacion_INDICES_2012.pdf)> [consulta: 10 febrero 2012]
53. GOBIERNO DE CHILE, Consejo Nacional de Innovación para la Competitividad. Estudio de Análisis y Generación de Recomendaciones para el Sistema de Financiamiento Público de la Educación Terciaria en Chile. 2007. [en línea] Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios. <<http://biblioteca.cnic.cl/content/view/500215/Analisis-y-Recomendaciones-para-el-Sistema-de-Financiamiento-Publico-de-la-Educacion-Terciaria.html>> [consulta: 31 enero de 2012] 153p.
54. GOBIERNO DE CHILE, Comisión Nacional de Acreditación. Sitio web. <<http://www.cnachile.cl/oirs/resultados-de-acreditacion/>> [consulta: 08 febrero 2012]

55. GOBIERNO DE CHILE. Consejo Nacional de Educación, Aplicación de la Ley de Protección de derechos del consumidor la prestación de servicios de la Educación Superior, sin fecha. [en línea] <<http://www.cnde.cl>> [consulta: 14 agosto 2013] pp. 1-27.
56. GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Desarrollo Social. Distribución del ingreso, encuesta CASEN 2009. [en línea] <[http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/distribucion\\_ingreso\\_casen\\_2009.pdf](http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/distribucion_ingreso_casen_2009.pdf)> [consulta: 16 enero de 2012] 18p.
57. GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Desarrollo Social. Educación, encuesta CASEN 2009. [en línea] <[http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/casen\\_educacion.pdf](http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/casen_educacion.pdf)> [consulta: 16 enero de 2012] 34p.
58. GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Educación. [en línea] <[http://www.mineduc.cl/index2.php?id\\_portal=38&id\\_seccion=3245&id\\_contenido=13125](http://www.mineduc.cl/index2.php?id_portal=38&id_seccion=3245&id_contenido=13125)> [consulta: 10 febrero 2012]
59. GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Educación. Aranceles de Referencia. 2012. [en línea] <[http://www.becasycreditos.cl/aranceles\\_referencia.html](http://www.becasycreditos.cl/aranceles_referencia.html)> [consulta: 07 febrero 2012].
60. GOBIERNO DE CHILE, Ministerio de Educación. Metodología de determinación de arancel de referencia 2012 para Universidades acreditadas. 2012. [en línea] <[http://www.mineduc.cl/usuarios/becasycreditos/doc/201212281610580.METODOLOGIA\\_ARANCELES\\_REFERENCIA\\_UNIVERSIDADES2013.pdf](http://www.mineduc.cl/usuarios/becasycreditos/doc/201212281610580.METODOLOGIA_ARANCELES_REFERENCIA_UNIVERSIDADES2013.pdf)> [consulta: 7 agosto 2013]
61. GOBIERNO DE CHILE, Superintendencia de Salud. Tabla de Factores de Riesgo del Plan Complementario de las ISAPRES. 2005. [en línea] <<http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/w3-article-1061.html>> [consulta: 19 junio 2013]

62. GONZALEZ E., C. Desarrollos recientes sobre demanda de educación y sus aplicaciones empíricas internacionales. 2009 [en línea] Cali, Colombia. Borradores de Economía y Finanzas, No. 19, Junio 2009. Departamento de Economía, Facultad de Ciencias Administrativas y Económicas, Universidad ICESI. <<http://www.icesi.edu.co/departamentos/economia/images/19.pdf>> [consulta: 19 enero de 2012] 65p.
63. GONZÁLEZ C. J. El derecho de propiedad y la intangibilidad de los contratos en la jurisprudencia de los requerimientos de inaplicabilidad. 2007. Revista chilena de Derecho. 34(2):345-360, 2007.
64. KRÜGER, N. Reflexiones acerca del alcance y limitaciones de la teoría del capital humano. 2003. [en línea] <[http://www.econ.uba.ar/www/institutos/epistemologia/marco\\_archivos/ponencias/Actas%20XIII/Trabajos%20Episte/Kruger\\_trabajo.pdf](http://www.econ.uba.ar/www/institutos/epistemologia/marco_archivos/ponencias/Actas%20XIII/Trabajos%20Episte/Kruger_trabajo.pdf)> 6p.
65. LOPEZ SANTA MARÍA, J. Los Contratos, parte general. Tomo I. 4ta. Edición revisada y ampliada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Agosto, 2005. 339p.
66. MARCEL, M. y TOKMAN, C. ¿Cómo se financia la educación en Chile? 2005. [en línea] Gobierno de Chile, Ministerio de Hacienda. Estudios de Finanzas Públicas, número 5, Diciembre 2005 <[http://www.dipres.gob.cl/572/articles-21669\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.gob.cl/572/articles-21669_doc_pdf.pdf)> [consulta: 3 enero 2012] 53p.
67. MASSMANN BOZZOLO, N. La admisibilidad del recurso de inaplicabilidad: a tres años de la reforma. 2009. [en línea] Revista Ius et Praxis, 2009, vol.15, n.1 <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122009000100008&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100008&lng=es&nrm=iso)> [consulta: 3 julio 2013] pp. 263-293.
68. MELLER, P. La Universidad y el Mercado, versión preliminar. 2004. [en línea] Santiago, Chile. Centro de Economía Aplicada, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile <[http://firgoa.usc.es/drupal/files/universidad\\_0.pdf](http://firgoa.usc.es/drupal/files/universidad_0.pdf)> [consulta: 26 diciembre 2011] 30p.

69. MELLER, P. Universitarios, el problema no es el lucro, es el mercado. 3ª edición. Santiago de Chile, Uqbar Editores, junio 2012. 148p.
70. NASH R., C. La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: La experiencia chilena. 2006. [en línea] En: La aplicación judicial de los Tratados Internacionales. Bogotá D.C., ILSA. <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/30.pdf>> [consulta: 27 mayo 2013] pp. 149-180.
71. NAVARRO B., E. 35 años del Recurso de Protección: Notas sobre su alcance y regulación normativa. 2012 [en línea] Revista de Estudios Constitucionales, Año 10, N°2, 2012. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002012000200017&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200017&lng=pt&nrm=iso)> [consulta: 10 mayo de 2013] pp. 617-642.
72. NAVARRO B., E. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la Acción de Inconstitucionalidad de la Ley entre los años 2006 y 2012. 2012. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIX. Valparaíso, Chile, 2012, 2° Semestre. <<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n39/a14.pdf>> [consulta: 3 de julio 2013] pp. 363-394.
73. NOGUEIRA ALCALA, H. El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos. 2008 [en línea] Santiago, Chile. Revista Ius Et Praxis, 2008, vol. 14, n°2. <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122008000200007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200007&lng=es&nrm=iso)>. [consulta: 19 abril 2013] pp. 209-269.
74. NOGUEIRA ALCALA, H. La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010-INC., del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38ter de la ley de ISAPREs. 2010. [en línea] Estudios Constitucionales, vol. 8., número 2, 2010, Universidad de Talca, Chile., <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200023&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200023&script=sci_arttext)> [consulta: 19 julio 2013] pp. 763-798.

75. NÚÑEZ, M. Las Universidades Estatales y la construcción universitaria del Principio de Autonomía Universitarias: ensayo de una crítica a la jurisprudencia constitucional chilena. 2007. [en línea] Estudios Constitucionales 5 (2), Universidad de Talca, pp. 223-243. <[http://www.cecoch.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/5n\\_2\\_5\\_2007/12\\_Las\\_universidades.pdf](http://www.cecoch.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/12_Las_universidades.pdf)> [consulta 24 mayo 2013].
76. OCDE. Society at a Glance 2011: OCDE Social Indicators. 2011. [en línea] <<http://statlinks.oecdcode.org/812011041P1G024.XLS>> [consulta: 13 enero de 2012]
77. OCDE. Education at a Glance 2011: OCDE, Public and private expenditure on tertiary educational institutions, Education - Resources - Private expenditure in tertiary. 2011 [en línea] <<http://stats.oecd.org/index.aspx>> [consulta: 07 febrero de 2012]
78. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 11, 1999. [en línea] <<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm11s.htm>> [consulta: 14 agosto 2013]
79. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N°13, 1999. Disponible en: <<http://www.escr-net.org/docs/i/428712>> [consulta 19 abril 2013]
80. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Vigilancia del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>> [en línea] [consulta 22 abril de 2013].
81. OLIVA, M. Política educativa y profundización de la desigualdad en Chile (*Educational policy and deepening of inequality in Chile*). 2008. [en línea]. Estudios

Pedagógicos XXXIV, N°2: 207-226, 2008.  
<<http://www.scielo.cl/pdf/estped/v34n2/art13.pdf>> [consulta: 04 enero de 2012]

82. PSACHAROPOULOS, G. y PATRINOS H. Returns to Investment Education. 2002. [en línea] Washington, D.C., EE.UU. The World Bank, Latin American and Caribbean Region, Education Sector Unit, September 2002. <[http://siteresources.worldbank.org/EDUCATION/Resources/278200-1099079877269/547664-1099079934475/547667-1135281504040>Returns\\_Investment\\_Edu.pdf](http://siteresources.worldbank.org/EDUCATION/Resources/278200-1099079877269/547664-1099079934475/547667-1135281504040>Returns_Investment_Edu.pdf)> [consulta: 13 enero de 2012].
83. SALAS O., V. Estructura, diferenciación y convergencia de los Aranceles Universitarios en Chile, 1999 a 2009. 2010. [en línea] Santiago, Chile. Departamento de Economía, Universidad de Santiago de Chile. <[http://www.sociedadpoliticaspUBLICAS.cl/archivos/BLOQUET/Educacion\\_Superior/Precios%20de%20la%20Docencia%20Universitaria%20en%20Chile.pdf](http://www.sociedadpoliticaspUBLICAS.cl/archivos/BLOQUET/Educacion_Superior/Precios%20de%20la%20Docencia%20Universitaria%20en%20Chile.pdf)> [consulta: 31 enero de 2012] 26p.
84. SAPELLI, C. Los retornos a la educación en Chile: Estimaciones por corte transversal y por cohortes. 2009. [en línea] Santiago, Chile. Documento de Trabajo IE-PUC, n°349. Pontificia Universidad Católica de Chile <[http://www.economia.puc.cl/docs/dt\\_349.pdf](http://www.economia.puc.cl/docs/dt_349.pdf)> 74p.
85. SOTO KLOSS, E. 1981. Recurso de protección y derechos de los estudiantes. *Revista de Derecho y Jurisprudencia LXXVIII* (1): 83-98.
86. TABILO NAVIA, M.C. El Derecho fundamental a la educación en Chile. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. 2008. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 339p.
87. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2010. ROL 1.710-2010. Seis de agosto de dos mil diez. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl>> [consulta: 26 noviembre 2011]
88. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2011. ROL 1.675-2010. Doce de julio de dos mil once. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl>> [consulta: 14 de junio 2013].

89. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2011. ROL 1.892/2011. Diecisiete de noviembre de dos mil once. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl>> [consulta: 27 mayo 2013]
90. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2012. ROL 2.258-2012. Primero de agosto de dos mil doce. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl>> [consulta: 14 junio 2013]
91. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2007. ROL 57/2007. [en línea] <<http://www.tdlc.cl>> [consulta: 14 junio 2013]
92. VARAS BRAUN, A. Los Contratos Educativos. Memoria para optar al Grado de licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2006. Santiago, Chile. Universidad de Chile. 98p.
93. VEGA, F. y ZÚÑIGA, F. El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica. 2006. [en línea] Estudios Constitucionales, Año 4, n°2. Universidad de Talca. <[http://www.cecoch.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/4n\\_2\\_2006/6.pdf](http://www.cecoch.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/4n_2_2006/6.pdf)>. [consulta: 3 julio 2013] pp. 135-174.
94. VERGARA BLANCO, A. La propietarización de los derechos. 1992. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (14): pp. 281-291.
95. ZAPATA, G. y TEJEDA, I. Informe Nacional – Chile: Educación Superior y Mecanismos de Aseguramiento de la Calidad 2009. [en línea] Proyecto ALFA Nro. DCI-ALA 2008/42: Aseguramiento de la Calidad: Políticas Públicas y Gestión Universitaria. Minuta Nro. 1, 21 de Abril de 2009. <[http://www.cinda.cl/proyecto\\_alfa/download/informe\\_QA\\_Chile.pdf](http://www.cinda.cl/proyecto_alfa/download/informe_QA_Chile.pdf)> [consulta: 07 febrero de 2012] 64p.

