

OBSERVACIONES SOBRE LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL
PRESENTADA EN CONTRA DE LA MINISTRA DE EDUCACIÓN, SRA. MARCELA
CUBILLOS SIGALL

Fernando Atria
Profesor de Derecho
Universidad de Chile

TABLA DE CONTENIDOS

§1 Sobre la presente minuta, 3

LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL COMO JUICIO POLÍTICO

§2 Un problema reiteradamente planteado de modo reconocidamente oportunista, 3

LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL ES UNA ESPECIE DE JUICIO POLÍTICO, NO UN CONTROL DE LEGALIDAD. SÓLO DE ESA FORMA PUEDE ENTENDERSE SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL, 5

§3 La distinción entre juicio "de legalidad" y "de mérito", 5

§4 A diferencia de un voto de censura, la acusación constitucional tiene causales, 6

§5 Sentido de las causales, 7

§6 ¿Qué es lo que las causales excluyen?, 7

§7 Laacusación constitucional como juicio político, entonces, está entre dos extremos, 8

SÓLO SI LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL ES UNA ESPECIE DE JUICIO POLÍTICO SE PUEDE JUSTIFICAR LA FORMA EN QUE ESTÁ CONSTITUCIONAL Y LEGALMENTE CONFIGURADA

§8 El "presidencialismo" extremo y otras formas de presidencialismo, 9

§9 El chileno no es un presidencialismo extremo, y se ha movido en la dirección contraria, 10

§10 Si la acusación constitucional fuera un juicio de legalidad, la regulación legal y constitucional vigente sería absurda, 11

§11 Primero, porque la constitución hace competente a la Cámara de Diputados para acusar, y al Senado para decidir, 12

§12 Esta es una solución razonable desde el punto de vista del funcionamiento de un sistema presidencial, 13

§13 Segundo, porque la constitución enumera las causales por las que los ministros pueden ser acusados, pero la enumeración no es particularmente precisa, 14

- §14 Tercero, si la consecuencia de un éxito de una acusación fuera una sanción, sería desproporcionadamente baja, 15
- §15 Cuarto, porque la acusación interfiere notablemente con el trabajo legislativo del Congreso, 16
- §16 Quinto, porque dejaría sin explicación las notorias diferencias procedimentales entre la acusación constitucional y un sumario administrativo, 17
- §17 Sexto, porque sería inaceptable una decisión sancionatoria que no fuera fundada, 17
- §18 Comparación con otras facultades quasi-judiciales del Senado, 18

LAS IMPUTACIONES A LA MINISTRA DE EDUCACIÓN

- §19 Capítulos acusatorios y los límites de este informe, 20
- §20 Primer capítulo: falta a la probidad, 20
- §21 Segundo capítulo: uso indebido de datos personales, 21
- §22 Tercer capítulo: déficit de implementación de la ley 21040, de nueva educación pública, 21
- §23 Cuarto capítulo: subejecución presupuestaria, 23
- §24 Quinto capítulo: infracción del principio de igualdad, 23

SOBRE LA NATURALEZA DE LAS IMPUTACIONES A LA MINISTRA DE EDUCACIÓN

- §25 La naturaleza de la acusación muestra que ella efectivamente ha de ser decidida en un juicio político, 24
- §26 La acusación no menciona otro hecho que apunta en la misma dirección, 26

§1 Sobre la presente minuta. Se me ha pedido opinión en mi condición de profesor de derecho sobre la acusación presentada por diez diputados en contra de la ministra de educación, Sra. Marcela Cubillo. En lo que sigue explicaré algunas cuestiones sobre la acusación constitucional en general y luego emitiré algunas opiniones sobre lo que esas consideraciones justifican en el caso del que conoce esta comisión.

Hago presente a la comisión que las opiniones que emitiré representan mi juicio considerado respecto de la acusación constitucional como procedimiento realmente existente en el derecho chileno. El texto de la primera parte (§4-§18), de hecho, está en lo substancial construido, como será fácil verificarlo para quien tenga interés en hacerlo, sobre la parte relevante del texto de la acusación constitucional presentada el 10 de abril de 2012 contra el entonces ministros del Interior, Rodrigo Hinzpeter, cuya redacción me correspondió, y que presenté además, como anexo a mi minuta de exposición en la Comisión que revisó la acusación constitucional presentada el 12 de noviembre de 2015 en contra de la entonces ministra de salud, Carmen Castillo, cuando fui invitado a exponer ante ella el 30 de noviembre de 2015. Llamo la atención sobre este punto porque muestra que mi opinión sobre la acusación constitucional no depende de quién presenta la acusación o quién es acusado.

LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL COMO JUICIO POLÍTICO

§2 Un problema reiteradamente planteado de modo reconocidamente oportunista. En todas las acusaciones constitucionales que se han presentado en las últimas décadas, el acusado o el gobierno al que pertenece o los que apoyan a éste alegan que se trata de un "mal uso" de la herramienta acusación constitucional; que la acusación constitucional no es un juicio político, sino un juicio con causales específicas que debe ser adjudicado jurídicamente. Para cualquier participante con un mínimo de capacidad reflexiva, la cuestión es peculiar, porque los mismos argumentos que unos formulan cuando están en el gobierno serán los que formulen los

otros cuando ellos estén en el gobierno. Uno esperaría que la práctica parlamentaria fuera asentando las cuestiones. Y a estas alturas, en particular, uno esperaría que la naturaleza de la acusación constitucional ya haya quedado asentada. De ese modo el tiempo destinado a discutir la acusación constitucional podría ocuparse en cuestiones más interesantes que en argumentos que son reconocidamente oportunistas, porque todos saben que se formulan únicamente dependiendo de si uno está del lado del acusador o del acusado. Lamentablemente, el caso presente es reiteración de esa práctica, y habrá que comenzar por ella. Mi interpretación de "la herramienta" acusación constitucional no es oportunista, y como ya he explicado he defendido las mismas ideas en todos los casos en que me ha correspondido participar en que ha sido pertinente¹, como asesor letrado del grupo acusador o como informante ante la comisión acusadora.

La objeción es formulada en cada acusación, y es completamente insensible a lo que haya ocurrido antes. Sería bueno que, atendido al hecho de que se trata de una objeción que se presentará siempre a toda acusación constitucional por el lado acusado, la tratáramos como una especie de ritualismo en las acusaciones, que solo suscita latas argumentaciones que no hacen sino representar la afiliación política del que argumenta, y que puede entonces ser rápidamente desechada para pasar a lo que realmente es relevante. Pero como este no es todavía el caso, habrá que tratarla con cierta detención.

¹ Fui también invitado por la comisión que conocía de la acusación que contra el ministro de la Corte Suprema Héctor Carreño fue presentada el 19 de agosto de 2014, aunque dado que en ese caso el acusado era un juez del tribunal supremo las cuestiones sobre las que emití opinión no tenían relación con la naturaleza de la acusación constitucional.

LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL ES UNA ESPECIE DE JUICIO POLÍTICO, NO UN CONTROL DE LEGALIDAD. SÓLO DE ESA FORMA PUEDE ENTENDERSE SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL

§3 La distinción entre juicio "de legalidad" y "de mérito". La afirmación de que la acusación constitucional no es un juicio político supone distinguir entre, por una parte, un juicio "de mérito" y uno "de legalidad". El primero se refiere a la adecuación, oportunidad o prudencia con el cual ciertas funciones públicas son ejercidas, el segundo sólo a si ese ejercicio ha respetado los límites legales de esa potestad². Esta distinción está afirmada explícitamente, para especificar el estándar de control que ella debe usar, en el artículo 21B de la L 10336, en la redacción que le dio el DS 2421, de 1964, orgánica de la Contraloría General de la República:

Artículo 21° B. La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas.

Es habitual para el funcionario acusado en procedimientos de acusación constitucional y el gobierno al que pertenece y sus partidarios alegar que la acusación debe ser entendida, para continuar usando la distinción contenida en el artículo 21 B ya citado, como un juicio de legalidad, no de mérito, porque facultar al Congreso para realizar un juicio de mérito a la acción de un ministro de Estado correspondería a un sistema "parlamentario" y sería incompatible con el presidencialismo chileno. Éste último se caracteriza por el hecho de que los ministros son funcionarios de la confianza del Presidente de la República, no del Congreso. Por consiguiente, sigue el argumento, no es suficiente para que se acoja una acusación constitucional el hecho de que el Congreso retire su confianza a un ministro, y como un juicio político sería

² Aquí la expresión "juicio de legalidad" incluye a la constitución, por lo que "legalidad" no debe ser entendido como una referencia al estándar de control, sino al tipo de juicio. En rigor deberíamos hablar de "juicio de legalidad o constitucionalidad", pero para facilitar la exposición hemos estado hablando de "juicio de legalidad en sentido lato" o simplemente "juicio de legalidad"

precisamente eso, la acusación constitucional no puede ser un juicio político, sino un juicio de legalidad.

Un voto de confianza (o censura) es un elemento característico de los sistemas parlamentarios, y es el medio a través del cual el parlamento le reitera o retira su confianza a un ministro o incluso al jefe de gobierno. Es de la naturaleza de un voto de confianza que no tiene causales: no importa por qué el parlamento ha perdido la confianza en un funcionario, basta el hecho de que la haya perdido. Pero la acusación constitucional en la constitución vigente entre nosotros no está configurada de este modo, sino que tiene causales. Esto mostraría que no basta que el Congreso pierda confianza por cualquier razón en un funcionario, y es necesario que el funcionario incurra en alguna de esas causales. Por consiguiente, sigue el argumento, que la acusación constitucional no es un juicio político ("de mérito") sino uno de estricta legalidad, de infracción de normas legales vigentes.

§4 A diferencia de un voto de censura, la acusación constitucional tiene causales. Es correcto que los ministros son funcionarios de la exclusiva confianza del presidente de la República, quien puede removerlos sin expresión de causa (art. 32 N° 7 de la constitución política), es también correcto decir que en Chile un ministro no puede ser destituido porque ha perdido la confianza del Congreso. Pero es un error concluir de esto que la acusación constitucional no es un juicio político. Es correcto decir aquí que la acusación constitucional no es un voto de confianza o censura, pero es incorrecto concluir de ahí que ella no es un juicio político y que en consecuencia la Cámara de Diputados cumple una función análoga a la Fiscalía o la Contraloría general de la República.

El artículo 52 N°2 letra b de la constitución indica que una acusación constitucional contra un ministro de Estado debe basarse en alguna de las siguientes causales: "Haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la nación", "infringir la constitución o las leyes, o haber dejado éstas sin ejecución", y

“los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno”.

El inciso 2° del N°1 del artículo 53, a continuación, describe genéricamente estas causales como “delito, infracción o abuso de poder”.

§5 Sentido de las causales. El sentido de estas causales es precisamente diferenciar un voto de confianza (censura), en el que el parlamento simplemente decide que una autoridad ya no cuenta con su confianza, de un juicio político en el que el Congreso decide que un funcionario o funcionaria ha ejercido sus facultades de un modo imprudente, inoportuno o abusivo. Por eso, nótese, está entre las causales la de “haber dejados las leyes sin ejecución”. Esta causal, que procede por inactividad, muestra el sentido de las demás: el funcionario tiene el deber de desplegar sus potestades legales de la manera más apropiada para cumplir sus responsabilidades fijadas por ley, y si las despliega de modos imprudentes, de modo que las finalidades legalmente fijadas no se obtienen, habrá incurrido en ella. Lo mismo puede decirse del “abuso”: se trata precisamente de casos en los que una facultad se ejerce con finalidades distintas a las legalmente relevantes o de una manera que resulta desproporcionada e inadecuada a la luz de las finalidades legalmente relevantes.

Dicho en breve, la existencia de causales implica que la Cámara y luego el Senado no pueden simplemente declarar que ya no desean que cierta persona desempeñe cierto cargo, y deben fundar su juicio negativo en hechos que a su juicio demuestren que una determinada persona ha mostrado ser incapaz de desempeñar su cargo de modo adecuado. Este es el objeto del procedimiento de acusación constitucional.

§6 ¿Qué es lo que las causales excluyen? Para precisar este sentido de las causales es útil preguntarse qué es lo que ellas excluyen. La respuesta es que excluyen consideraciones puramente políticas. Por ejemplo, uno podría imaginarse una situación en la que a juicio de la Cámara resulta inconveniente la mantención como

jefe del gabinete de una persona que está intentando construir una candidatura presidencial para una elección, porque la elección está demasiado cerca en el tiempo. En esta situación, es claro que la Cámara no puede destituir por eso al ministro. La evaluación de si la permanencia de una persona en el ministerio afecta la posición política del gobierno y su aptitud para gobernar es una decisión que queda entregada enteramente al juicio del presidente.

O imagine el caso de un ministro que envía una carta al Presidente de la República presentándole su renuncia por su desacuerdo respecto de alguna acción del gobierno. El Presidente, estando fuera del país, pide al ministro que espere su retorno, a lo que el ministro accede. Pero luego el ministro hace pública su carta de renuncia. Es evidente que en ese caso el Presidente puede decidir que el ministro ya no cuenta con su confianza y pedirle en consecuencia su renuncia, pero es también evidente que eso no configura causal alguna que permita a la Cámara acusar al ministro.

§7 La acusación constitucional como juicio político, entonces, está entre dos extremos: no es un juicio de legalidad en el sentido de que se limite a constatar la infracción de una norma, pero no es un voto de confianza o censura. De este modo se preserva la relevancia política del parlamento. Si se tratara sólo de un control de legalidad, la Cámara, una de cuyas funciones fundamentales es la fiscalización de los actos de gobierno (art. 52 N° 1), estaría obligada a contemplar impávida el comportamiento de una ministra de educación que a su juicio está haciendo lo posible para que retrasar o hacer fracasar la implementación de una legislación que políticamente rechaza (no estoy ahora omitiendo opinión sobre si este es el caso o no, me estoy preguntando qué podrían hacer los diputados que hubieran llegado a una conclusión como esa). Privados de cualquier posibilidad real de acción mientras no hubiera un vicio claro de legalidad, los parlamentarios sólo podrían quedarse en el margen, opinando. Es claro que entender de este modo las competencias de

la Cámara no es precisamente lo que es necesario para que ella mantenga alguna apreciación ciudadana.

SÓLO SI LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL ES UNA ESPECIE DE JUICIO POLÍTICO SE PUEDE JUSTIFICAR LA FORMA EN QUE ESTÁ CONSTITUCIONAL Y LEGALMENTE CONFIGURADA

§8 El "presidencialismo" extremo y otras formas de presidencialismo. Para interpretar el sentido del N° 2 del artículo 52 de la constitución no es suficiente hacer apelaciones abstractas al presidencialismo chileno. Ello porque hay muchas formas, más extremas o más matizadas, de presidencialismo, porque los regímenes políticos no son objetos que puedan ser sintetizados en un laboratorio. Eso, por supuesto, no quiere decir que el hecho de ser el chileno un régimen presidencialista sea enteramente irrelevante. Se trata de entender la función de una institución como la acusación constitucional en el contexto de un conjunto de reglas e instituciones legales y constitucionales. Teniendo presente este hecho, la pregunta central ya no es, no puede simplemente ser, "¿es la acusación constitucional en un régimen presidencialista una forma de juicio político, o un control de legalidad?". La pregunta en realidad es: "dado el hecho de que el chileno es un régimen presidencialista, y dado también el modo en que la constitución y las leyes configuran la institución de la acusación constitucional y otras formas de control, y las competencias del Presidente de la república y el Congreso, ¿cuál es la mejor manera de comprender la función de la acusación constitucional?".

Lo que define a un régimen presidencialista es que en él, a diferencia de un régimen parlamentario, hay dos autoridades que pueden reclamar legitimación democrática directa, porque tanto los miembros del Congreso como el Presidente de la República son elegidos mediante sufragio universal. Por eso en un régimen presidencialista el Presidente no requiere de la confianza del parlamento para ocupar su cargo, y entonces no depende de que la mantenga. Por eso el parlamento, en un régimen presidencialista,

no tiene la posibilidad de provocar la caída del gobierno mediante un voto de censura.

Los ministros, por su parte, no tienen legitimidad democrática directa, porque no son elegidos por sufragio universal. Su legitimidad es la del Presidente, porque ellos cuentan con su confianza. Por eso el Presidente puede designarlos y removerlos a voluntad, de modo enteramente discrecional, lo que quiere decir: para remover un ministro el Presidente no necesita expresar una razón que justifique su decisión, basta que desea removerlo. El lenguaje de la constitución a este respecto es claro: es atribución especial del Presidente de la República "nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado" (art. 32 N° 7 de la constitución política).

Un presidencialismo extremo implicaría no sólo que los ministros obtienen su legitimidad del Presidente, que entonces puede nombrarlo y removerlos a voluntad, sin expresión de causa, sino adicionalmente que los ministros sólo responden ante el Presidente de la República y no están institucionalmente obligados a rendir cuenta de sus actos ante nadie, salvo en la medida en que su actuar sea abiertamente ilegal. Esa es la interpretación que defienden quienes entienden la acusación constitucional como un control de legalidad.

§9 El chileno no es un presidencialismo extremo, y se ha movido en la dirección contraria. En un presidencialismo algo más moderado los ministros deben responder ante el parlamento, aunque no necesitan la confianza de éste, que entonces no puede removerlos a voluntad. Mirando el régimen institucional chileno, resulta claro no sólo que nuestra situación es la segunda y no la primera, sino además que la dirección de movimiento en el último tiempo es hacia mayor atenuación del presidencialismo.

La muestra más evidente de esto es la introducción, mediante la ley 20050, de la posibilidad de la Cámara de "citar" a un ministro de Estado (la llamada "interpelación"). La citación de la Cámara es obligatoria para el ministro, que también debe

“responder las preguntas y consultas que motiven su citación” (art. 52 N° 1 letra b). Esto muestra que el escenario de un presidencialismo extremo, en el que los ministros no responden ante el Congreso y no tienen en absoluto el deber de rendir cuentas ante éste, no es el del régimen chileno. Esto, por supuesto, no muestra todavía nada decisivo en la cuestión de entender el procedimiento de acusación constitucional, pero sí ha de alertarnos contra apelaciones demasiado rápidas al “presidencialismo chileno” para calificar el procedimiento de acusación constitucional.

§10 Si la acusación constitucional fuera un juicio de legalidad, la regulación legal y constitucional vigente sería absurda. Para poder hacer esta calificación es imprescindible entender el detalle de la configuración de la acusación constitucional y su procedimiento. Al hacerlo, resulta evidente que esa configuración sería absurda si se tratara sólo de un juicio de legalidad o constitucionalidad en sentido estricto y sería plenamente razonable si se trata de un juicio político. En efecto, si se tratara de un control de legalidad o constitucionalidad en el sentido estricto (es decir, de infracción concreta de normas), la competencia que la constitución daría a la Cámara y al Senado sería en su substancia la misma que da a la Contraloría General de la República: la de declarar la ilegalidad o inconstitucionalidad de un acto de la Administración o la de instruir sumarios disciplinarios en contra de funcionarios de ésta.

La única razón que explicaría, en ese caso, el hecho de que en los casos del artículo 52 N° 2 letra b el órgano competente es el Congreso sería que el sujeto fiscalizado en esos casos es un ministro de Estado. Si éste fuera el caso, deberíamos encontrar, al comparar la regulación legal y constitucional de la acusación, alguna similitud con la regulación legal de las competencias aludidas de la Contraloría, dado que el sentido del procedimiento sería el mismo y sólo cambiaría el sujeto contra el cual se dirige. Pero lo que muestra dicho análisis es una radical

diferencia, que sería enteramente irracional si se tratara de una competencia análoga en cuanto a su contenido. Por consiguiente, no es razonable entender que se trata de competencias análogas en cuanto a su contenido. Particularmente elocuentes son los siguientes aspectos:

§11 Primero, porque la constitución hace competente a la Cámara de Diputados para acusar, y al Senado para decidir. No tendría sentido que estos órganos sean los que deciden sobre la acusación si la acusación fuera una forma de control "jurídico" de legalidad o constitucionalidad. En el control que ejerce de la legalidad de los actos públicos, la Contraloría está en la misma posición en la que quienes creen que la acusación constitucional es un juicio de legalidad quieren dejar a la Cámara. En efecto, ya hemos citado el artículo 21 B de la ley orgánica de la Contraloría, que dispone que "La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas". Es importante notar que una regla como ésta está conspicuamente ausente del texto constitucional, aunque el riesgo de que la Cámara decida con criterios "políticos" es mucho mayor, dado el tipo de órgano que es, que el riesgo de que la Contraloría lo haga, por lo que si se tratara de evitar el uso de esos criterios sería absurdo que la ley incluyera una prohibición específica para la Contraloría pero no la incluyera para la Cámara. Leer en el artículo 52 N° 2 letra b una regla implícita análoga al artículo 21 B de la ley de la Contraloría es enteramente gratuito, no hay argumento alguno de texto para hacerlo. Es sacar del sombrero una regla inexistente. Introducirla apelando al "presidencialismo" chileno es ignorar la diferencia (desde luego conocida para el legislador y el constituyente) entre la Contraloría General de la República y el Congreso como órganos del Estado: mientras aquélla es un órgano que la ley entiende como dotada de una capacidad técnico-jurídica especial en materias de derecho administrativo (y su planta da cuenta de ella), la Cámara y el Senado son órganos

políticos para integrar los cuales no es necesario acreditar calificaciones técnicas o profesionales de ninguna especie, sino haber tenido éxito en una elección parlamentaria. Si lo que la constitución pretendiera es que la actuación de un Ministro fuera fiscalizada en un sentido estrictamente técnico-jurídico, resultaría absurdo entregar la competencia para acusar a la Cámara de Diputados, y bastaría entregar esa competencia a la Contraloría General (que de hecho ya la tiene). Al dar competencia para acusar a la Cámara, como parte de las atribuciones que corresponden a sus facultades fiscalizadoras, la naturaleza del órgano competente muestra la naturaleza de la decisión que éste debe tomar: como el Congreso es el paradigma de órgano "político", es absurdo sostener que su decisión no debe ser igualmente política.

§12 Esta es una solución razonable desde el punto de vista del funcionamiento de un sistema presidencial. El sentido de la regla contenida en el artículo 21 B de la ley de la Contraloría es evidente: los órganos judiciales o cuasi-judiciales de control no pueden pretender pronunciarse sobre la oportunidad del ejercicio de facultades discrecionales, porque eso sería precisamente negar que son discrecionales. Como está dicho, ese control sólo puede ser de estricta legalidad. Pero si los órganos de control de la Administración del Estado (los tribunales y la Contraloría general) no pueden controlar más allá de este límite el ejercicio de las potestades discrecionales (es decir, que ellas hayan sido ejercidas adecuadamente, con prudencia y oportunidad), ¿quién tiene responsabilidad por un ejercicio imprudente de esas facultades?, ¿cómo se hace ella efectiva? La respuesta es mediante la acusación constitucional. Si la acusación constitucional se entiende sólo como un juicio de estricta legalidad (es decir, si se entiende que la Cámara de Diputados tiene exactamente la misma competencia que la Contraloría General), los ministros serían irresponsables en este punto. Eso es incompatible con nuestro régimen constitucional.

Para decidir controversias sobre la legalidad de los actos administrativos hay otros órganos, y para sancionar delitos o faltas hay otros procedimientos. Los actos de los ministros están sujetos al control de legalidad de la Contraloría General de la República y, en su caso, de los tribunales de justicia. Los funcionarios públicos pueden ser destituidos mediante un procedimiento administrativo. Para juzgar los delitos están los tribunales de justicia, y el procedimiento penal es lo que el debido proceso exige. La Cámara no está configurada como un órgano que sea especialmente capaz de conducir una investigación y determinar los hechos con la certeza y precisión que el procedimiento (especialmente penal) exige. Si la acusación constitucional fuera entendida como un procedimiento legal sancionatorio, sería una flagrante violación al derecho al debido proceso.

§13 Segundo, porque la constitución enumera las causales por las que los ministros pueden ser acusados, pero la enumeración no es particularmente precisa. En efecto, los términos utilizados por la constitución son amplios y admiten diversas lecturas:

Por haber comprometido gravemente el honor o seguridad de la Nación, por infringir la constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y sobornos (art. 52 N° 2b).

Si de los que se tratara es de enunciar causales con precisión para evitar la "politización" de un control de legalidad, estas fórmulas serían claramente inadecuadas. Esto es más notorio considerando la naturaleza evidentemente política del órgano llamado a conocer de la acusación. Usar un lenguaje amplio como el que usa la constitución para caracterizar causales de las que conoce la Cámara y el Senado es especialmente absurdo si lo que se quiere es restringir el control a un juicio de legalidad. Sería entender que el autor de las reglas constitucionales fue radicalmente ingenuo.

La fórmula utilizada por la constitución parece mucho más adecuada cuando uno la entiende como un intento de permitir algún grado de responsabilidad política de los ministros sin que ello

implique que los ministros deban contar con la confianza del Parlamento. Como hemos visto, lo central detrás de esta idea de contar con "la confianza de" es que en virtud de ella se transmite legitimidad desde el superior al inferior. La razón por la que se transmite legitimidad es que el inferior está en el cargo por voluntad del superior. Para decir que el inferior está en el cargo por voluntad del superior es necesario que el superior pueda nombrarlo y removerlo sin expresión de causa. Eso es lo que el Congreso no puede hacer con los ministros: no los puede destituir sin expresión de causa, es decir, no los puede destituir por haber perdido su confianza. Pero eso no implica que no pueda removerlos cuando su desempeño ha sido particularmente insuficiente. Lo que implica es que en esos casos no basta la sola voluntad del Congreso, es necesario mostrar que han ocurrido hechos especiales que justifican esa decisión. Ese es el sentido de las causales. Esta explicación es preferible a la primera porque da cuenta de mejor manera de la forma abierta en que están configuradas esas causales.

§14 Tercero, si la consecuencia del éxito de una acusación fuera una sanción, sería desproporcionadamente baja. Si uno entendiera la destitución como "sanción", habría que entender que "comprometer gravemente el honor de la Nación", por ejemplo, es menos grave para la Constitución que el tráfico de influencias cometido por un funcionario público. En efecto, el artículo 240 bis del código Penal sanciona "al empleado público que, interesándose directa o indirectamente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en éste para obtener una decisión favorable a sus intereses" con una pena mucho mayor que la inhabilidad por cinco años que dispone la constitución para el ministro que ha sido destituido. Mientras en el caso del funcionario al que se refiere el artículo 240 bis del Código Penal la sanción es, además de presidio menor en su grado medio, "inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios público". Para el ministro que es destituido por comprometer

gravemente el honor de la nación la "sanción" es sólo 5 años de inhabilidad. Es decir, la "sanción" para éste es muy inferior a la pena accesoria para aquel. El tráfico de influencias es grave, desde luego, pero es absurdo sostener que es muchísimo más grave que la acción de un ministro que compromete gravemente el honor de la nación.

Eso nos debe llevar a concluir que el sentido de la acusación constitucional no es sancionar al funcionario, sino hacerlo cesar en el cargo por haber mostrado un desempeño gravemente deficitario. Por eso, la decisión no debe ser entendida como una decisión judicial sancionatoria. Para entender el sentido de esta inhabilidad (como una condición para evitar la futilidad de la acusación, y no como sanción) es necesario recordar la experiencia que justificó su inclusión: la práctica del "enroque", en virtud de la cual el funcionario destituido era nombrado inmediatamente después en otro cargo. La inhabilidad es, entonces, no una sanción, sino una condición de eficacia de la acusación. A menos, claro, que uno quiera sostener que para la constitución que un funcionario público incurra en tráfico de influencia no sólo es más grave, sino que en realidad es muchísimo, muchísimo más grave que comprometer gravemente el honor o la seguridad de la nación.

§15 Cuarto, porque la acusación interfiere notablemente con el trabajo legislativo del Congreso, prácticamente "paralizándolo", como notó el profesor Carlos Andrade³. La comisión debe informar dentro de seis días desde la comparecencia del acusado o desde que se haya acordado proceder sin su defensa (art. 41 L 18918), y una vez conocido el informe "la Cámara sesionará diariamente para ocuparse de la acusación". La acusación constitucional, por su parte, desplaza en prioridad a cualquier otro asunto del que la Cámara esté conociendo (art. 108 N° 1 Reglamento de la Cámara de Diputados). Es decir, no hay asuntos de mayor prioridad que una acusación constitucional. Una acusación constitucional es más importante incluso, en cuanto a su prioridad, que el presupuesto

³ Elementos de Derecho Constitucional Chileno, 1971, p. 360.

nacional (N° 2) y que los proyectos calificados como de discusión inmediata (N° 3). No es plausible asignar a la acusación constitucional esta prioridad sobre el resto del trabajo de la Cámara si de lo que se tratara de determinar con ella fuera algo equivalente a lo que el Contralor de la República hace cuando conoce de un reclamo de ilegalidad o cuando instruye un sumario administrativo. Un sumario administrativo, incluso cuando afecta al jefe superior de servicio, no necesita paralizar el trabajo ordinario de la repartición pública respectiva. La especial prioridad de la acusación se explica sólo porque ella es un juicio político.

§16 Quinto, porque dejaría sin explicación las notorias diferencias procedimentales entre la acusación constitucional y un sumario administrativo. Si el control que ejerce el Congreso mediante la acusación constitucional fuera en cuanto a su objeto equivalente al que ejerce la Contraloría cuando instruye un sumario, no habría razón para explicar la diferencia entre el procedimiento contenido en la ley 18834 (de estatuto administrativo) y el contenido en los artículos 52 y 53 de la constitución. Así, un funcionario sólo puede ser destituido por la autoridad que lo nombró (art. 125 inc. 1° L 18834), pero tratándose de los ministros sería posible una destitución por una autoridad distinta; y el procedimiento tratándose de los ministros sería inadecuado en tanto sería mucho más susceptible de estar sometido a presiones "políticas" que el procedimiento seguido por un fiscal de la Contraloría.

§17 Sexto, porque sería inaceptable una decisión sancionatoria que no fuera fundada. Por último (y sin pretensiones de hacer una lista exhaustiva), es un principio básico del Estado de derecho que una decisión jurídica debe ser fundada. La explicación es obvia: en la medida en que la decisión se limita a aplicar reglas pre-existentes, es deber de quien decide explicar públicamente las razones que muestran que su decisión es correcta. Pero la decisión respecto de una acusación constitucional, dispone la constitución, corresponde al Senado, que "resolverá como jurado", es decir, sin

necesidad de fundamentar su decisión (en el derecho comparado, la intervención de un jurado en procedimientos jurisdiccionales tiene como condición que debe decidir cuestiones de hecho, no de derecho; el derecho es declarado por el juez, y el juez debe fundar su decisión. Pero el Senado cuando conoce de una acusación constitucional se pronuncia sobre ambas cuestiones). Si la decisión del Senado fuera una decisión jurídica sancionatoria, esta regla sería incompatible con el debido proceso (nótese que también infringiría el principio de doble instancia). Pero como la acusación constitucional no es un procedimiento sancionatorio por actos ilegales o inconstitucionales, sino un juicio político, éste no es el caso. La decisión del Senado como jurado (sin dar explicación de sus dichos) se parece más a la decisión de un parlamentario sobre si votar a favor o en contra de una proyecto de ley, (que no tiene por qué ser fundada), que a una decisión judicial (que debe ser fundada). La explicación es obvia: a diferencia de una decisión judicial, la decisión del Senado es una decisión política, porque la acusación constitucional es un juicio político.

§18 Comparación con otras facultades quasi-judiciales del Senado.

Es verdad que la constitución da al Senado otras facultades que parecen más propiamente "jurídicas". Dos de ellas son especialmente pertinentes aquí, porque muestran por contraposición lo peculiar del procedimiento de acusación constitucional. La primera es la contenida en el N° 2 del artículo 52 ("Decidir si ha o no lugar la admisión de las acciones judiciales que cualquier persona pretenda iniciar en contra de algún Ministro de Estado, con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido injustamente por acto de éste en el desempeño de su cargo") y la del número 3 del mismo artículo ("Conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia"). La distinción más notoria entre estas dos facultades y la del N° 1 del artículo 53 (es decir, la de decidir si ha o no lugar a la acusación

constitucional formulada por la Cámara) es que estas dos no tienen correlato entre las atribuciones de la Cámara listadas en el artículo 51. Y lo que esto muestra es que las decisiones que esos números entregan al Senado descansan en que en esas condiciones sólo el Senado puede dar garantías de imparcialidad: en el primero, se trata de decidir no sobre la responsabilidad de un ministro sino sobre la seriedad de una acción judicial, es decir, es una decisión sobre si una acción que se pretende intentar es seria o es un medio de presión política; en el segundo, es una decisión entre los otros dos poderes del Estado, en la que el Senado no tiene interés institucional (precisamente, para evitar que la decisión sea guiada por el interés de un órgano por aumentar sus competencias, ella tiene que ser tomada por el Senado). La intervención de la cámara en cualquiera de los dos casos desnaturalizaría la decisión (es decir, pondría en cuestión las razones por las cuales la constitución entrega esas facultades al Senado). Y sin embargo es la intervención de la Cámara una de las características más notorias de la acusación constitucional. Conclusión: la acusación claramente es un juicio político. Las consideraciones anteriores muestran que la manera en que la acusación constitucional está regulada en la constitución y las leyes sólo tiene sentido si la acusación es un juicio político y no se limita a un examen de legalidad. Que sea un juicio político lo diferencia no solo de un control de legalidad. Lo diferencia también de un voto de censura, que no requiere causales sino solo la pérdida de la confianza. Así, cuando el Presidente de la república pide la renuncia a un ministro por haber éste perdido su confianza, claramente no se describiría esa situación diciendo que el Presidente hizo un "juicio político" al ministro.

No puede oponerse a esta conclusión la observación de que el régimen político chileno es presidencialista. La conclusión tiene que ser la contraria: la posibilidad de la acusación constitucional de ministros de Estado (y otras cosas, como la interpelación, ya mencionada) muestran que el régimen chileno no es el de un presidencialismo extremo.

LAS IMPUTACIONES A LA MINISTRA DE EDUCACIÓN

§19 Capítulos acusatorios y los límites de este informe. La acusación constitucional en contra de la Ministra Sra. Marcela Cubillos contiene 5 capítulos. En lo que sigue no me pronunciarse acerca de si esos capítulos deben ser acogidos, porque entiendo que he sido invitado a esta comisión en mi calidad de profesor de derecho, no de ciudadano (solo en la sección final, infra, §26, me permitiré emitir una opinión respecto de una actuación en particular de la Ministra, para completar el argumento sobre el sentido de la acusación constitucional, esta vez con referencia a la conducta de la Ministra). En esa condición, entiendo el encargo que se me ha formulado al invitarme como el de clarificar lo que está en juego y el tipo de consideraciones de las que depende que la acusación sea o no acogida. El juicio sobre si corresponde o no acusar a la Ministra corresponderá luego a cada diputado.

§20 Primer capítulo: falta a la probidad. En primer lugar, se acusa a la Ministra de haber infringido el principio de probidad, por declaraciones formuladas a través de Twitter el 4 de septiembre de 2019 en las cuales la Ministra acusaba que el sistema de selección escolar creado por la ley 20845, de inclusión escolar

Pone un muro entre familias y colegios. [La] ley prohíbe a padres pedir entrevistas en colegio al que el sist[ema de admisión escolar] los derivó, y que quizás ni conocen, hasta después de matricularlo.

La misma idea fue reiterada por la Ministra en otro mensaje difundido a través de la misma red el 5 de febrero de 2019, en la que ella indicaba que

En La Serena, apoderados que reclaman que les quitaron derecho a elegir con sist[ema de admisión escolar] que pone una barrera entre ellos y las escuelas. Esta vez se debe escuchar más a los padres y quizás menos a los 'expertos'. Ellos son los mejores para decidir la educ[ación] de sus hijos. #AdmisiónJusta.

El sistema creado bajo el gobierno de Bachelet 'prohíbe a padres pedir entrevista en colegio al que el sistema los derivó, y que quizás ni conocen hasta después de matricularlo.

Conforme a la acusación, estas declaraciones de la Ministra serían falsas, porque la ley 20845 permite explícitamente las entrevistas. En efecto, conforme al 7bis inciso 3°,

Las entrevistas que se realicen en esta etapa deberán ser solicitadas por los padres o apoderados, serán de carácter voluntario y tendrán una finalidad únicamente informativa y de conocimiento del proyecto educativo. Por consiguiente, se prohíbe que estas constituyan una exigencia o requisito dentro de la etapa de postulación.

§21 Segundo capítulo: uso indebido de datos personales. Este segundo capítulo consiste en la utilización de las bases de datos del Ministerio de educación para fines políticos de promoción de las políticas y proyectos del Ministerio. Esas bases de datos contenían los datos de contacto que los apoderados que en los años anteriores habían participado del sistema de admisión escolar. De acuerdo a los diputados acusadores, los datos de contacto que durante el proceso de admisión los apoderados proveen tienen la única finalidad de que "mediante esa vía se les notifi[que] sobre el procedimiento de admisión escolar regulado en la ley 20845", y su uso para otros fines sería una violación del artículo 20 de la ley 19628, de protección de datos personales, conforme al que El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular.

"Las reglas precedentes" incluyen el artículo 9, que dispone que Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público.

A juicio de los diputados acusadores, el uso que el Ministerio dio a los datos acumulados durante los procesos de admisión anteriores a mayo de 2019 violaba esta condición legal, y por consiguiente implican una acción ilegal del Ministerio, por la que la Ministra tiene responsabilidad.

§22 Tercer capítulo: déficit de implementación de la ley 21040, de nueva educación pública. El tercer capítulo agrupa diversas actuaciones u omisiones del Ministerio de educación vinculados con la puesta en marcha de los servicios locales de educación, creados

por la ley 21040. Dicha ley, en su artículo 6°, fija los plazos de instalación progresiva de los servicios locales de educación. De los 11 servicios locales que debían instalarse en la primera etapa de implementación de la ley, el gobierno anterior dejó instalados 2 y el gobierno actual ha instalado otros 2, quedando todavía pendiente la instalación de 5 que debían haber sido instalados antes del 30 de junio de 2019 y dos más que deben instalarse entre el 1° de enero de 2020 y el 30 de junio del mismo año.

En ese contexto, se acusa a la Ministra por la responsabilidad que le cabe en el hecho de que durante un lapso considerable de este período “crítico” de instalación la Dirección de Educación Pública haya quedado sin directivos titulares: de partida, el propio cargo de Director Nacional de educación pública, cuyo titular anterior venció de acuerdo a la ley el 29 de noviembre de 2018, que no fue provisto hasta 1° de julio de 2019, y los cargos de segundo y tercer nivel jerárquico de la misma Dirección, cuya renuncia fue solicitada entre enero y mayo de 2019 sin que sus reemplazantes hayan sido oportunamente nombrados. Algo similar ha ocurrido, según los diputados acusadores, con los cargos directivos de los servicios locales de educación que han de instalarse.

Del mismo modo, los diputados acusan la demora en la tramitación del reglamento necesario para constituir los comités directivos locales (art. 30 L 21040) y del reglamento de los consejos locales de educación. En este último caso, ello ha implicado que a la fecha, según los acusadores, no se haya creado consejo local en ninguno de los servicios locales de educación instalados, lo que priva a las comunidades escolares de su instancia principal de participación.

La acusación ilustra la lentitud del Ministerio de educación en las cuestiones anteriores con el caso del servicio local de educación de Barrancas, en la Región Metropolitana. Dicho servicio tuvo, entre el fin del período del Director ejecutivo el 30 de noviembre de 2018 y la asunción del nuevo director el 18 de abril de 2019, cuatro directores subrogantes. Respecto de los

subdirectores, la Ministra, según la acusación, habría comunicado a la Cámara que ellos estarían nombrados en abril de 2019 pero que a Agosto de 2019 todavía no hay nombramientos titulares en 3 subdirecciones y dos jefaturas de servicio.

Del mismo modo, acusan que el Ministerio no actuó con la debida agilidad para la conformación legal de las planteas de los servicios locales ni para enfrentar déficits conocidos de infraestructura cuyo mal estado al momento de ser traspasados los respectivos inmuebles de las municipalidades a los servicios locales de educación era conocido por el Ministerio.

Por último, los diputados acusan a la Ministra de educación por la responsabilidad que le cabe en el hecho de que el Ministerio de educación no haya pagado, como lo establece la ley, deudas que debía pagar en subsidio de la Municipalidad de Cerro Navia, sobre obligaciones previsionales y otros beneficios y derechos de los funcionarios y profesores municipales.

§23 Cuarto capítulo: subejecución presupuestaria. De acuerdo a la acusación, la Ministra no ha actuado con la eficacia que debe actuar en lo relativo a la ejecución del fondo de apoyo a la educación pública, en relación a los centros de formación técnica estatales, y en la entrega de recursos para los formadores tradicionales.

§24 Quinto capítulo: infracción del principio de igualdad. La ley 20158 creo la Bonificación de reconocimiento profesional, a la que tenían derecho los profesores de la educación municipal y particular subvencionada que pudieran acreditar que contaban "con una mención asociada a su título o que dicha mención corresponde a un subsector de aprendizaje" (art. 2°). Desde octubre de 2008, por decisión del Ministerio de educación, esa mención dejó de reconocérseles a los educadores diferenciales, en atención que, según el ord. 10/1609, de 23 de octubre de 2008, "las menciones asociadas al título referidas a las especialidades en Educación Diferencial no corresponden a sectores o subsectores de aprendizaje, motivo por el cual no pueden acreditarse para efectos

de la Bonificación de Reconocimiento Profesional". A juicio de los acusadores, esta interpretación es incorrecta y perjudica indebidamente a los educadores diferenciales. Ellos entonces acusan a la Ministra de no corregirla.

SOBRE LA NATURALEZA DE LAS IMPUTACIONES A LA MINISTRA DE EDUCACIÓN

§25 La naturaleza de la acusación muestra que ella efectivamente ha de ser decidida en un juicio político. En mi opinión, el quinto capítulo de acusación no es apto en principio para configurar una causal de acusación constitucional. Set trata de una interpretación administrativa contenida en un decreto que tiene más de 10 años de vigencia, por lo que el solo hecho de que continúe en vigor no crea, a mi juicio, responsabilidad política de la Ministra. Esto por cierto no quiere decir que es una interpretación correcta. El modo de verificar esa corrección, o en su caso impugnarla, es acudiendo a los tribunales de justicia.

Los otros capítulos acusatorios, por su parte, descansan en hechos que si son aptos, en principio, para dar lugar a responsabilidad de la Ministra, por la causal de "dejar a las leyes sin ejecución". Y para apreciar esto es importante volver sobre la idea de que la acusación constitucional es un juicio político. Porque se trataría, en caso de ser efectivos los hechos relatados por los acusadores (sobre los cuales no me pronunciaré, como está ya indicado) que mostrarían que la acción del Ministerio no ha estado orientada a ejecutar con eficacia la ley 20845, de inclusión escolar, y la ley 21040, de nueva educación pública. Es importante notar en qué consiste, en lo relevante aquí, esta causal de acusación constitucional.

La Ministra tiene, indiscutiblemente, todo el derecho a tener su opinión sobre la sabiduría o corrección, incluso inmoralidad o injusticia, de las leyes vigentes. En ese sentido, parte de lo que en el desempeño de su cargo tiene, de hecho, el deber de hacer es promover la reforma de la legislación que a su juicio sea adecuada para realizar el derecho a la educación de todas las personas. Pero en opinión de los diputados acusadores la Ministra Cubillos

ha llegado más allá. Ella ha dificultado la implementación de estas dos leyes con la finalidad de que ellas se retrasen o fracasen, de modo de facilitar su reforma usando ese fracaso en la implementación como un argumento que muestra la necesidad de su reforma. Es decir, la acción del Ministerio, a juicio de los acusadores, ha estado al menos en parte orientada a crear déficits artificiales en la implementación de estas leyes, de modo de poder usar en su beneficio político la insatisfacción popular que esos déficits crearían. Si este fuera el caso, a mi juicio la causal de "dejar las leyes sin ejecución" se justificaría plenamente. Se trataría precisamente del tipo de conductas de gobierno que pueden ser fiscalizadas a través de una acusación constitucional.

Por cierto, es anticipable que la Ministra negará esta acusación (recuérdese que este informe ha sido escrito cuando la Ministra todavía no ha presentado su defensa). Lo hará negando ya los hechos en los que la acusación se funda, ya negando el sentido político de la lentitud o falta de eficacia de la acción del Ministerio en relación a la implementación de estas leyes. A mi juicio este desacuerdo es el que justifica que se trate de un juicio político. Es decir, la acusación descansa en una determinada atribución de finalidad política a la acción o inacción de la Ministra, y eso explica por qué ella no puede ser tratada como si fuera un juicio estricto de legalidad. La acusación tiene propiamente un contenido político, y por eso se decide en un procedimiento de juicio político, en que los que deciden no son jueces, sino diputados y senadores.

Asumiendo la veracidad de los hechos relatados por los acusadores, es a mi juicio enteramente plausible interpretar la acción del Ministerio como orientada a que tanto la ley 21040 de nueva educación pública como el sistema de admisión escolar creado por la ley 20845 de inclusión escolar fracasen en su implementación para luego invocar ese fracaso como prueba de la necesidad de reforma. Los diputados que sostengan esta interpretación, a mi juicio, están enteramente legitimados para votar por acoger la acusación constitucional.

Para ilustrar este punto puede ser útil el primer capítulo acusatorio. En mi opinión, dicho capítulo debe ser entendido como que reprocha a la Ministra precisamente un intento de dejar sin ejecución la ley 20845 de inclusión escolar en lo que se refiere al sistema de admisión escolar. Es sabido que durante el mismo período en que los hechos objeto de la acusación ocurría la Ministra defendía un proyecto de ley que pretendía reformar el sistema de admisión escolar, negando uno de los principios fundamentales afirmados por la ley 20845.

La Ministra tiene, como ya ha sido enfatizado más arriba, todo el derecho a pensar que la ley 20845 fue un error y a propiciar su reforma o incluso derogación. Pero no puede usar su cargo de Ministra para inducir a los apoderados a pensar que tienen derechos distintos a los que la ley le da. Y esta es la acusación formulada. Sus mensajes respecto de las "entrevistas" pretendía transmitir a los apoderados la idea de que durante el proceso de admisión las entrevistas estaban prohibidas, cuando la ley permite que ellas se realicen siempre que sean a solicitud de los padres.

§26 La acusación no menciona otro hecho que apunta en la misma dirección. El 20 de julio de 2019 apareció publicada en el diario El Mercurio una entrevista en que la Ministra explicaba que, a su juicio, la implementación del sistema de admisión escolar en la Región Metropolitana mostraría que se trata de un sistema que tiene "problemas de diseño". Cuando el periodista le pidió a la Ministra que explicara en qué consistían esos problemas de diseño, su primera explicación fue la siguiente:

Hemos visto la preocupación que tienen muchas familias que quisieran tener a sus hijos en colegios de las comunas donde trabajan, y no en las que viven. Si sus hijos no son aceptados en las preferencias que pongan, van a quedar asignados a un colegio de donde residen. Les puede quedar mucho más distante y ser más difícil para la vida familiar y la coordinación.

El problema que aquí identificaba la Ministra consiste en que si los apoderados de un estudiante postulan a establecimientos todos los cuales tienen exceso de demanda y no resulta asignado a ninguno de ellos, por "diseño" el sistema les asignaría un

establecimiento cercano a "donde residan", incluso si el o los apoderados en cuestión prefirieran, por razones de conveniencia, un establecimiento ubicado cerca de donde al menos uno de ellos trabaja. De este modo la Ministra transmitía a todos los apoderados la información de que el diseño del sistema descansa en el lugar de residencia, aun cuando desde el punto de vista de ellos no fuera ese el lugar adecuado en caso de no tener éxito en ninguno de los establecimientos elegidos.

Esto es trivialmente falso. En la situación prevista por la Ministra, la ley dispone que

Si durante el proceso de revisión de las listas de admisión de los establecimientos educacionales, el Ministerio de Educación constata que un postulante no hubiere sido admitido en ninguna de las opciones escogidas, procederá a registrar a dicho estudiante en el establecimiento educacional más cercano a su domicilio que cuente con cupos disponibles, salvo que hubiere sido expulsado de dicho establecimiento educacional, caso en el cual será registrado en el siguiente más cercano a su domicilio, y así sucesivamente.

Nótese que la ley hace referencia al "domicilio" del estudiante.

Ahora bien, "domicilio" es un concepto legal claramente especificado. En efecto, conforme al artículo 59 del Código Civil, "el domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella". Pero a continuación la ley especifica que una persona puede tener varios domicilios:

Cuando concurren en varias secciones territoriales con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene (art. 67 CC).

Y las "circunstancias constitutivas de domicilio" incluyen, trivialmente, tanto la residencia misma como el trabajo:

El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad (art. 62 CC).

Y tratándose de estudiantes escolares, que salvo excepciones son menores de edad, su domicilio es también especialmente claro:

El que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno o materno, según el caso, y el que se halla bajo tutela o curaduría, el de su tutor o curador (art. 72 CC).

La regla legal es clara, entonces: los apoderados al momento de postular deben llenar sus datos e indicar su domicilio. El

domicilio que pueden indicar es cualquiera de los que la ley reconoce, que incluye desde luego el lugar de su residencia y el lugar donde trabajan. En el caso identificado por la Ministra, en que todas las postulaciones a establecimientos determinados resultan infructuosas, el Ministerio de educación debe asignar al estudiante en cuestión "el establecimiento educacional más cercano a su domicilio que cuente con cupos disponibles". Si los apoderados prefieren que en ese caso el estudiante sea asignado a un establecimiento cercano al lugar de trabajo de uno de ellos, todo lo que tienen que hacer es inscribir ese domicilio al momento de postular. El problema "de diseño" identificado por la Ministra simplemente no existe.

Por cierto, hay otro problema que puede ocurrir: que los apoderados en los que la Ministra está pensando, que desean que en ese caso su hijo sea matriculado en un establecimiento cercano al trabajo de uno de ellos, no conozcan las reglas del Código Civil y entiendan que lo que deben registrar es no cualquiera de sus domicilios, sino su residencia. Y que habiendo registrado como su domicilio su residencia se encuentren con que el sistema les ha asignado un establecimiento cercano a ella, no al lugar donde uno de ellos trabaja. Es manifiesto que este no es un problema de diseño del sistema de admisión escolar, es un problema de información. Y es claro que la opinión de la Ministra, dada con publicidad, hace más probable que este problema ocurra, porque induce a los apoderados a pensar que tienen el deber legal de declarar su residencia, incluso cuando preferirían declarar otro de sus domicilios.

Por cierto, es posible explicar la declaración de la Ministra como un desliz, que implicaría una información jurídicamente equivocada dada por una Ministra que es abogada en un asunto que es especialmente sensible. Se trata de una interpretación posible, aunque poco probable. Parece más plausible pensar que la declaración fue hecha para inducir a los apoderados a postular de modo que el imaginario "problema de diseño" que la Ministra identificó ocurra, y usar después eso como argumento a favor de

una nueva versión de "admisión justa". Para estrategias políticas de acción de ese tipo es que la acusación constitucional es la herramienta adecuada.