

**MINUTA - COMISIÓN INFORMANTE. ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL CONTRA
EL MINISTRO DE EDUCACIÓN SR. RAÚL FIGUEROA**

Elaborada por: Pablo Ignacio Sandoval Sepúlveda, abogado especialista en Derecho Educacional. Miembro y cofundador del Instituto Chileno de Derecho Educacional¹.

El objetivo de la presentación fue aportar elementos de interpretación y juicio relativos a la normativa educacional chilena con el fin de determinar cuáles son las obligaciones jurídicas regladas que se encuentran dentro de la esfera de competencia del Ministro de Educación y, luego, si han sido cumplidas o no, a la luz de los antecedentes fácticos y de derecho que contiene el libelo acusatorio. Para ello, la exposición se dividió en cuatro apartados:

- i). Obligaciones jurídicas regladas personales del Ministro de Educación.
- ii). La regulación del pago y uso de subvenciones escolares en pandemia.
- iii). Situación de las clases no presenciales.
- iv). Supuestos incumplimientos en relación a la regulación del trabajo educativo.

i) El libelo acusatorio y las obligaciones jurídicas regladas personales del Ministro de Educación.

Como se sabe, la acusación constitucional es un procedimiento de control político-jurídico, de carácter excepcional o de *ultima ratio*, susceptible de ser utilizado contra los sujetos pasivos taxativamente señalados en el art. 52 de la Constitución Política de la República a través de causales establecidas que tipifican hechos que revisten la mayor gravedad.

En el caso de los Ministros de Estado, las causales son: (i) haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación; (ii) infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y (iii) los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno. La causal invocada en el libelo acusatorio en comento es la (ii).

Considerando que los hechos que pueden dar lugar a una acusación constitucional son solamente actuaciones personales de la autoridad acusada en el ejercicio de su cargo², es preciso que la Comisión Informante tenga máxima claridad respecto de cuáles son las

¹ Las opiniones vertidas en esta minuta son de exclusiva responsabilidad de quien las escribe, sin representar una posición institucional por parte del Instituto ICHDE.

² MARTINEZ, Gutenberg y RIVERO, René. 2004. Acusaciones constitucionales: análisis de un caso. Una visión parlamentaria. Santiago, Salesianos. p. 96.

obligaciones jurídicas regladas que están dentro de la competencia del Ministro de Educación, antes de revisar si han sido o no cumplidas en tiempo y forma.

A saber, la obligación central que en el libelo está presente en los tres capítulos acusatorios y, en general, en toda la argumentación de la parte acusadora, es la obligación contenida en el art. 2º letra d) de la Ley N° 18.956 que estructura el Ministerio de Educación, la cual obliga al Ministerio de Educación a "*Estudiar y proponer las normas generales aplicables al sector y velar por su cumplimiento*". Identificada esta obligación, corresponde determinar si se trata de una obligación personal del Ministro.

La respuesta está, a mi entender, en el art. 4º de la Ley 18.956 que estructura el MINEDUC, cuando señala que al Ministro de Educación, en tanto colaborador directo e inmediato del Presidente, le corresponde "la dirección superior de las acciones educacionales y de extensión cultural que conciernen al Estado". Ese rol de dirección que la ley le impone al Ministro es coherente en términos sistemáticos con el rol que el MINEDUC tiene en relación al resto de la institucionalidad educativa que se conoce como el Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación (SNACE): el rol de "órgano rector". En efecto, si bien la Superintendencia de Educación, la Agencia de la Calidad de la Educación y el Consejo Nacional de la Educación son servicios públicos descentralizados, con personalidad jurídica y patrimonio propio, son parte orgánica del SNACE, creado por la ley 21.529 y están bajo supervigilancia del Ministerio de Educación (art. 8º de la Ley N° 20.529).

Una interpretación armónica de la normativa educacional chilena obliga a reconocer que el MINEDUC es el responsable de diseñar e implementar las políticas educacionales de todo el sistema educativo y de coordinar los órganos del Estado que componen el Sistema, con el fin de garantizar una gestión eficaz y eficiente de todos ellos y, por ende, obliga a considerar al Ministro de Educación, en este caso al Ministro Figueroa, como la máxima autoridad educativa del país, funcionario director superior de las acciones educacionales del Estado.

En virtud de ese mandato legal, es posible considerar al Ministro de Educación como el responsable directo y personal de las obligaciones legales que se le imponen a dicha repartición. Si no fuera así, todas las obligaciones que la ley le impone al Ministerio de Educación y, sobre todo, aquellas obligaciones jurídicas que no están regladas para funcionarios específicos como Subsecretarios o Seremis serían obligaciones que no tendrían responsable jurídico alguno, cuestión que es inaceptable en un sistema democrático donde el principio de responsabilidad en la función pública es un elemento estructural del estado de derecho.

Vistas así las cosas, me parece plausible sostener que la obligación contenida en la letra d) del art. 2º de la Ley N° 18.956 que estructura el MINEDUC - a saber - la obligación de "estudiar y proponer normas generales aplicables al sector educación", es una obligación que recae personalmente sobre el Ministro Figueroa como director superior de las acciones educacionales del Estado, de conformidad a la ley.

ii). La regulación del pago y uso de subvenciones escolares en pandemia.

En materia de subvenciones, lo que se alega en la acusación - en términos muy generales - es que los mecanismos legales que se han utilizado hasta la fecha para proveer de recursos económicos a las escuelas han mostrado ser insuficientes, pues su aplicación ha generado déficits de recursos en muchas escuelas y, por ende, se ha afectado el derecho a la educación de estudiantes a lo largo del país. Eso, principalmente, pues se han utilizado mecanismos de financiamiento que están regulados para situaciones de excepcionalidad pero acotadas en el tiempo y en el espacio - como terremotos o inundaciones - y no para situaciones donde la asistencia ha bajado no por condiciones circunstanciales sino por una situación de carácter permanente en el tiempo y que, por ahora, no tiene fecha de término.

Nótese aquí algo muy importante: la infracción al derecho a la educación que se le imputa al Ministro en la acusación viene dada por la omisión del deber principal que ya se señaló más arriba: el de "estudiar y proponer normas aplicables al sector". Esa omisión, termina afectando el correcto pago de las subvenciones, lo que a su vez, termina afectando el derecho a la educación.

Al respecto, se ha sostenido ante la Comisión Informante que Ley N° 21.294 publicada a fines de 2020 sería el mecanismo que regula adecuadamente una política de financiamiento excepcional para la pandemia. Sin embargo, de una revisión exhaustiva de la normativa señalada se puede desprender que: (i) la situación de las aulas hospitalarias y su desfinanciamiento no puede tener relación con esta ley porque esta ley derechamente no las contempla; (ii) la Ley N° 21.294 lo que hace es ampliar el ámbito de aplicación de una glosa contenida en Ley de Presupuesto del año 2020, que excepcionalmente permite el pago de subvenciones en situaciones allí donde no es posible registrar asistencia. Es decir, amplía el ámbito de aplicación de un mecanismo que ya era excepcional para hacerlo aplicable a una situación que es doblemente excepcional; (iii) además, la utilización de este mecanismo excepcional para el pago de las subvenciones se autoriza explícitamente sólo por el año 2020 - por lo que no tiene aplicación para el 2021 - y (iv) contiene un incentivo económico para el retorno a clases presenciales que, de alguna manera puede entenderse contradictorio contra el principio de voluntariedad para la asistencia presencial.

Situación de los fondos SEP: una flexibilización administrativa realizada fuera de norma.

La Ley N° 20.248, que crea y regula la subvención escolar preferencial, es clara en señalar que los fondos SEP solo pueden destinarse a la implementación de las medidas comprendidas en el Plan de Mejoramiento Educativo (letra e) del art. 6º). El PME - conforme al art. 8º de la misma ley - solo puede contener acciones en gestión del currículum, en liderazgo escolar, en convivencia escolar, en perfeccionamiento docente, entre otras, pero no puede contener acciones asociadas al normal funcionamiento o mantención de los establecimientos, ni a asuntos administrativos de carácter general, ni a cuestiones de infraestructura o mobiliario relacionadas a los requisitos para obtener o mantener el reconocimiento oficial, pues todos esos aspectos deben financiarse con la subvención general del Estado. En este sentido se ha pronunciado expresamente la Superintendencia de Educación (en el Dictamen

N° 22 del año 2016 y Dictamen 41 del año 2018) y la Contraloría General de la República (Dictámenes N° 56.373 del año 2011 y 82.606 del año 2013). Esta idea constituye un principio general y básico de nuestra actual normativa educacional, sobre todo luego de la publicación de la Ley N° 20.845 de inclusión escolar y la idea de fines educativos.

Ahora bien, como se sabe, mediante el dictamen N° 54 y N° 55 de 2020 la Superintendencia de Educación flexibilizó la utilización de los recursos SEP para enfrentar las necesidades de gasto de las escuelas en pandemia, permitiendo que *"los establecimientos utilicen los recursos de la SEP, en forma excepcional y acotada al año 2020, en la contratación de servicios, en la adquisición o modificación de infraestructura y/o equipamiento necesario para mejorar o complementar sus planes de sanitización, de prevención de contagios y de ventilación o purificación de aire"*.

El Ministro Figueroa reconoció públicamente que dicha decisión fue una iniciativa de gobierno, y por tanto podemos presumir muy fundadamente, corresponde a una política que emanó directamente de él como director superior de las actividades educacionales del Estado, en los términos antes señalados en esta exposición.

Con lo anterior es posible señalar dos cosas: primero, que el actuar de la Superintendencia de Educación al emitir estos dictámenes y del Ministro Figueroa al respaldar públicamente esta medida, es abiertamente ilegal. Vulnera el principio de legalidad contenido en el art. 7° de la Constitución, pues - a pretexto de una situación extraordinaria, la pandemia - tanto la Superintendencia como el Ministro se han atribuido competencias que están más allá de las que la ley expresamente les ha conferido, pues han modificado por vía administrativa la finalidad, el objeto de los recursos SEP, cuestión que sólo podrían haber sido modificada por una ley. En este sentido el libelo acusatorio hace bien en utilizar el ejemplo de la Ley N° 20.452 que se publicó el año 2010 precisamente para evitar este problema de legalidad y permitir a los sostenedores de la zona del terremoto del 27 de febrero de ese año poder utilizar la Ley SEP para mejoras de infraestructura que la ley original y hoy también vigente, no permite.

Lo segundo que se puede sostener sobre este punto, es que de alguna manera también abona la idea de que el Ministro Figueroa ha infringido su obligación de *"estudiar y proponer normas aplicables al sector"*, pues - de haberla cumplido adecuadamente - en este caso, y considerando que se trataría de una materia de iniciativa exclusiva del Ejecutivo - lo que hubiera correspondido es la presentación de un proyecto de ley similar al que generó finalmente la Ley N° 20.452 recién citada, para ser discutido por este Parlamento, cuestión que no ocurrió, pues se prefirió la vía administrativa.

iii). Situación de las clases no presenciales.

El sistema educacional chileno se basa en la presencialidad. Las clases sin asistencia presencial, por vía telemática, en principio, no existen jurídicamente pues no tienen reconocimiento expreso. Respecto de ellas hay un vacío normativo evidente.

En un primer momento, tanto la existencia de medidas excepcionales para el pago de las subvenciones como las utilizadas para terremotos, inundaciones o suspensiones

prolongadas por paros o tomas, como también la idea de "*caso fortuito o fuerza mayor*", efectivamente sirvieron para darle continuidad educativa al sistema sin necesariamente caer en un vacío normativo grave.

Considerando lo anterior, la pregunta sustantiva que abre el libelo es: a 16 meses de empezada la pandemia, sin claridad de su fecha de término, iniciando un segundo semestre lleno de incertidumbres aún: ¿es justificable que no exista, todavía, ningún pronunciamiento vinculante respecto a esta modalidad que, de facto, está operando masivamente?, ¿cómo se explica que el sistema educacional chileno esté funcionando, hoy, de facto, vía telemática, sin que exista regulación legal para eso?

Acá es importante traer a análisis la idea del caso fortuito o la fuerza mayor. Como se sabe la definición de caso fortuito o fuerza mayor es aquello que es impredecible e imposible de resistir (art. 45 del Código Civil). El carácter impredecible es de la esencia de la idea de caso fortuito y, por supuesto, una pandemia lo es. Pero lo impredecible es la ocurrencia del hecho mismo y sus efectos inmediatos, no necesariamente sus efectos ya prolongados en el tiempo pues llega un momento, cuando la realidad se asienta - como es el caso en el que estamos, a 16 meses de iniciada la pandemia y sin una cura para esta enfermedad - donde alegar que los efectos de este virus siguen siendo "impredecibles" resulta cuestionable.

Hago presente que este vacío se ha intentado completar por este Parlamento mediante el proyecto de ley Boletín 14302-04, que entre otros aspectos regula el derecho a la desconexión; crea la figura de las pausas pedagógicas; reduce las horas pedagógicas de 45 a 30 minutos y establece criterios para la grabación de clases, cuestión derechamente desregulada hoy en Chile y que por ende se ha tenido que judicializar, en un afán de generar criterios jurídicos más o menos estables que impidan vulneraciones a derechos como la honra o la intimidad de docentes, trabajadores y estudiantes.

Finalmente, es dable sostener que la omisión de regular las clases no presenciales supone efectos graves en la regulación de aspectos realmente sustantivos del sistema educativo como la asistencia, las evaluaciones, la calificaciones y la promoción escolar, cuestiones que al no estar debidamente reguladas hoy en el sistema arriesgan gravemente el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes a lo largo de todo el país.

iv). Sobre la falta de regulación aplicable a la realidad del trabajo educativo.

El libelo acusatorio señala que la ausencia de regulación aplicable a la situación particular de las clases virtuales es una argumento más en favor de la tesis del incumplimiento de la obligación del Ministro de estudiar y proponer normas generales aplicables al sector durante la pandemia.

Como bien sabe esta Comisión Informante, la Ley N° 21.220 ordena modificar el Código del Trabajo e incorporar un Párrafo destinado a la regulación del teletrabajo, fenómeno laboral clave desde marzo de 2020 pues ha sido la forma de darle continuidad a las relaciones laborales interrumpidas en pandemia y que ha sido el mecanismo, además, mediante el cual se la ha dado continuidad al sistema educacional. La Ley N° 21.220 es una ley

cuyas últimas discusiones parlamentarias y cuya publicación se hace en pandemia y contiene una serie de derechos y obligaciones muy relevantes para la protección del trabajador y la trabajadora de esta modalidad. Además, en su artículo primero transitorio dispone que en el plazo de tres meses contados desde su entrada en vigencia, que fue el 1 de abril de 2020, “*las empresas cuyos trabajadores ya prestan servicios a distancia o teletrabajo deberán ajustarse a los términos que el articulado permanente fija para estas modalidades de trabajo*”.

Como se ha expuesto en la Comisión, tanto la Dirección del Trabajo como la Contraloría han señalado que esta ley no tiene aplicación para establecimientos educacionales. Esa interpretación está fundada en el Ordinario N° 4098 de 20 de noviembre de 2020 de la División Jurídica del Ministerio de Educación, que informó el sentido y alcance de la Ley No 21.220 para el ámbito educativo.

A la luz de la normativa educacional, la interpretación que hace el MINEDUC es completamente errada, está fuera de norma y deja a los trabajadores de la educación en una evidente situación de discriminación arbitraria. Esto, por las siguientes razones.

Como se sabe, para el caso de los docentes que trabajan en establecimientos particulares, el artículo 78 del Estatuto Docente señala que su régimen laboral general será de derecho privado, es decir, les rigen las normas del Código del Trabajo y sus disposiciones complementarias en todo aquello que no esté expresamente establecido en el Título V del mismo Estatuto, el cual contiene normas especiales sobre el contenido mínimo que debe tener el contrato, la jornada de trabajo, formas de terminación del contrato, el valor hora, entre otras. En el caso de los asistentes de la educación que trabajan en establecimientos privados su régimen general será también el contenido en el Código del Trabajo, pero a quienes trabajen en establecimientos particulares subvencionados se les aplicarán de forma especial las disposiciones del Párrafo 1° del Título III del Estatuto de Asistentes de la Educación Pública, las cuales también contienen normas específicas sobre jornada de trabajo, feriado, entre otras.

Dicho esto, si las normas de teletrabajo están precisamente en el Código del Trabajo y en una ley complementaria a él, no se entiende por qué no podrían ser aplicables, si la propia legislación laboral educacional señala su carácter general y supletorio. Menos se entiende que esta discriminación se haga en base a una interpretación que viene directamente desde el MINEDUC, que hace una distinción de tipo interpretativa donde al intérprete no le corresponde distinguir.

Lo mismo aplica para el caso de los establecimientos públicos, donde el Estatuto Docente es claro en señalar en su artículo 71 que “*los profesionales de la educación que se desempeñan en el sector municipal se regirán por las normas de este Estatuto de la profesión docente, y supletoriamente por las del Código del Trabajo y sus leyes complementarias.*” El mismo principio consagra el artículo 3° de la Ley No 21.109 (Estatuto de Asistentes de la Educación Pública) para el caso de asistentes que dependen de Servicios Locales de Educación.

A mayor abundamiento, se desarrollan a continuación - críticamente - los argumentos que el MINEDUC señaló en su Ordinario N° 4098 de noviembre de 2020:

- Se señala que las normas de teletrabajo no pueden aplicarse al sector educacional por la naturaleza esencialmente presencial de las funciones de docentes y asistentes de la

educación. Como ya vimos, efectivamente no tienen recepción en nuestra normativa educacional, pero no resulta pertinente usar como justificación ese hecho para no hacer aplicable la poca regulación que sí existe, cuando si aplicamos esa lógica docentes y asistentes no estarían obligados a trabajar, pues nadie está obligado a trabajar más allá de sus funciones, cuestión en los hechos es lo que han debido seguir haciendo.

- Se alega el carácter excepcional del trabajo a distancia, basado solo en el deber del sostenedor de darle continuidad al proceso educativo y proteger la integridad física de la comunidad educativa. De nuevo, dicha excepcionalidad tenía sentido en el periodo inmediatamente posterior al inicio de la pandemia, hoy - a 16 meses - continuar con este vacío resulta problemático.
- Se argumenta sobre la ausencia de un pacto de teletrabajo, cuestión que se considera de la esencia de la modalidad en comento. Esto es fácilmente controvertible pues los artículos transitorios de la Ley N° 21.220 contemplan normas para adecuar situaciones de hecho - como la que analizamos - a la norma. No aplicarlas al sector educacional sería distinguir donde la ley no ha hecho distinción.
- También se dice que la Ley N° 21.220 fue establecida por el legislador para tiempos de normalidad jurídica y social, y en cambio la actual pandemia representa una situación de caso fortuito. Esto también es altamente cuestionable y derechamente errado, pues la Ley se discutió y se publicó en pandemia.

Es preciso señalar que estos son los argumentos utilizados luego, durante este año 2021, por la Contraloría y por la Superintendencia de Educación para aplicar un criterio idéntico. Esta última situación en comento, abona la tesis del libelo acusatorio en lo que se refiere al incumplimiento de la obligación de proponer normas aplicables al sector. Se hace presente que podría configurarse también un incumplimiento de los deberes que el Estado tiene en materia educativa. Por ejemplo del deber contenido en el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) relativo a “*mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente*”.