

Santiago, veintiocho de julio de dos mil once.

**VISTOS:**

Con fecha siete de julio de dos mil diez, la señora María Victoria López Pérez ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso primero del artículo 2° de la Ley N° 20.212, aduciendo que su aplicación a la gestión judicial pendiente que señala genera efectos contrarios a lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, inciso segundo, y 19, en sus numerales 2°, 3°, 15°, 16°, 19°, 22° y 26°, de la Constitución Política de la República.

La gestión en la que incide el requerimiento es el recurso de protección que su parte ha interpuesto en contra de la Tesorería General de la República y del Fisco de Chile ante la Corte de Apelaciones de Santiago y que se individualiza con el Rol de ingreso N° 1202-2010.

El precepto legal impugnado dispone:

***“Artículo 2°.- El aumento del componente base y de los incrementos por desempeño institucional y por desempeño colectivo de la asignación de modernización de la ley N° 19.553, contenido en los numerales 1), 2) y 3) del artículo anterior, no será aplicable al personal perteneciente a la Junta Nacional de Jardines Infantiles.***

*El aumento al incremento por desempeño institucional de la asignación de modernización de la ley N° 19.553, contenido en el numeral 2) del artículo anterior, no será aplicable a quienes desempeñen los cargos señalados en el*

*inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 19.863”.*

De la manera indicada por la actora en el requerimiento, el mencionado recurso de protección *“tiene por objeto que se ordene a la autoridad competente”* que le sea pagada la asignación de modernización prevista en la ley para todos los funcionarios públicos, incrementada en los porcentajes que establece la Ley N° 20.212, lo cual no ha ocurrido por efecto de la disposición impugnada.

Como fundamento de la acción se argumenta que, en este caso, la Administración a cargo del pago de su remuneración ha vulnerado *“la igualdad de trato que debe existir por parte del Estado con sus funcionarios”*.

Ahora bien, si se lee el petitorio de la mencionada acción constitucional, cuya copia se halla agregada a los autos a fojas 51, se constata que la señora López ha solicitado a la Corte de Apelaciones de Santiago declarar *“inconstitucional, ilegal y arbitrario el acto discriminatorio consistente en la omisión del pago del bono remuneracional”* denominado *“asignación de modernización”* con el incremento dispuesto en la Ley N° 20.212, la cual se habría verificado el día 18 de marzo de 2010, afectándose el legítimo ejercicio del derecho de igualdad ante la ley que la Carta Fundamental le asegura, por cuanto ella, como funcionaria de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, ha recibido de parte de los recurridos un trato arbitrariamente discriminatorio con respecto a los demás funcionarios públicos a quienes sí se les entrega dicha asignación incrementada de la forma que establece la ley citada.

A lo anterior se agrega que *“las únicas 2 normas que resultan decisivas para la resolución de la acción de*

*protección...” en la que aquélla incide “son los artículos primero y segundo de la Ley N° 20.212. El primero de ellos es el que contempla el aumento del componente base y de los incrementos de desempeño institucional y por desempeño colectivo de la asignación de modernización, con el objeto de incentivar el desempeño de los funcionarios públicos. Por su parte, el artículo 2° de la Ley N° 20.212 es el precepto que excluye a los funcionarios de la Junta Nacional de Jardines Infantiles y que, en el caso sub lite, viene en vulnerar una serie de derechos fundamentales que la Constitución” le garantiza a la actora.*

Entrando al fondo del conflicto que la requirente pide resolver a esta Magistratura Constitucional, ésta se refiere, en primer lugar, al régimen jurídico aplicable a los incentivos monetarios por mejoramiento en el desempeño de la función pública que han sido contemplados dentro del proceso de modernización del Estado. En este punto, explica que al igual que “todos los funcionarios de la dotación efectiva” de la Administración del Estado, desde el año 1998, ha sido beneficiaria del incentivo institucional por desempeño establecido por la Ley N° 19.553. Luego, desde el año 2003, por efecto de las leyes N°s 19.882 y 20.079, fue beneficiada con un incremento de la mencionada asignación de modernización y, en particular, por su calidad de funcionaria de la JUNJI (a la que ingresó en el año 1985 y en la que ocupa un cargo profesional en el grado 5 de la escala de sueldos, como administradora pública) obtuvo el derecho a recibir un incentivo especial anual “por los logros de aprendizaje en el ámbito de la educación verbal”.

Señala, en seguida, que dicho incentivo anual especial fue sustituido por un Sistema de Evaluación Integral de la Calidad de la Educación Parvularia, denominado SEICEP, conforme a lo dispuesto por la Ley N°

20.213, publicada en el Diario Oficial de 29 de agosto de 2007, y que, a partir de esta nueva ley se entrega a los funcionarios de la JUNJI *“un incentivo de carácter general en relación a los resultados obtenidos”* en el aludido proceso de evaluación.

Sostiene la requirente, asimismo, que el mencionado beneficio legal especial no debió sustituir la asignación general de modernización incrementada conforme a la Ley N° 20.212, sino que debió ser considerado como un beneficio o incentivo adicional para los funcionarios de la JUNJI, tal como ocurriría en el caso de diversos *“gremios del sector público”* que cita (entre otras, se citan las leyes N°s 19.041, para el personal del Servicio de Impuestos Internos, del Consejo de Defensa del Estado, de la Dirección de Presupuestos y de las Fuerzas Armadas; 20.157, para los funcionarios de la salud primaria; 20.158, para los profesores; 20.135, para los funcionarios municipales; 20.342, para los funcionarios del Servicio de Registro Civil; y 20.029, para el personal de los servicios de salud).

Como fundamento de su opinión, la requirente arguye que ambos beneficios debieran mantenerse vigentes para todos los funcionarios, por ende, sin excluir a los que prestan servicios en la JUNJI, como ella, ya que existiría entre ellos una diferencia cualitativa radical relacionada con la finalidad que buscan.

Al respecto aduce, en síntesis, que la asignación de modernización está asociada al logro de los denominados *“Programas de Mejoramiento de la Gestión (PMG)”*, que los servicios públicos suscriben anualmente, mientras que el sistema de evaluación pertinente busca brindar una educación de calidad a los niños en edad preescolar y garantizar su desarrollo con igualdad de oportunidades, potenciando el sistema de acreditación de calidad de

servicio en este ámbito educacional. A su vez, a diferencia de la asignación de modernización, el sistema de evaluación de que se trata tendría un *“carácter redistributivo”*, ya que busca beneficiar especialmente a los funcionarios de la JUNJI que ganan menos. También se menciona que las áreas evaluadas y los requisitos y metas exigidos en ambos sistemas de incentivo son diferentes. Se argumenta asimismo que el beneficio contemplado en la Ley N° 20.213 para los funcionarios de la JUNJI no necesariamente será superior o inferior al incremento por asignación de modernización, previsto por la Ley N° 20.212, porque ello dependerá del grado que ostente cada funcionario.

La señora María Victoria López termina su exposición en esta parte sosteniendo que la pérdida del incremento de la asignación de modernización, por disposición de la norma legal impugnada, contrariamente al criterio sostenido por el organismo en el que presta funciones, por la ex Presidenta de la República, señora Bachelet, y por la Contraloría General de la República, al pronunciarse acerca de su situación particular y la de todos los funcionarios de la JUNJI en esta materia - aunque no acompaña ningún antecedente que sirva para acreditar ese hecho-, no habría sido compensada con la asignación especial prevista en la Ley N° 20.213 para los funcionarios del mismo organismo y agrega que, de acuerdo a los cálculos que efectúa y que registra a fojas 11, en su caso concreto, por aplicación de la norma legal impugnada, estaría *“perdiendo anualmente la suma de \$1.133.182”*.

Luego denuncia que la única razón que habría tenido el legislador para excluirla, como funcionaria de la JUNJI, del pago de la asignación de modernización incrementada, es que, como todos los funcionarios de dicho organismo, ella no se encuentra afiliada a la

Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), sino que a la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y que habría sido la primera institución nombrada la que habría participado activamente durante la discusión de la Ley N° 20.212 y, por ende, la que habría obtenido mejores beneficios para sus afiliados. En este aspecto señala que, según se puede constatar en los antecedentes de la historia de la citada ley, la existencia de la inconstitucionalidad de la norma legal de que se trata fue compartida por varios diputados, identificando entre ellos al señor Robles, y también por varios senadores, aludiendo directamente a los señores Jaime Gazmuri, Carlos Ominami, Juan Pablo Letelier, Andrés Allamand, Pablo Longueira y Jovino Novoa.

Sostiene que dicho criterio lo habrían sostenido los mencionados parlamentarios al referirse a la exclusión que también se contemplaba para los funcionarios de la JUNJI en el proyecto de ley, respecto de un bono por retiro, la que en definitiva fue eliminada. Adicionalmente se hace hincapié en el hecho de que esos mismos parlamentarios no habrían advertido que dentro del referido proyecto de ley, a su juicio, vulnerando la Constitución Política, se mantuvo la exclusión arbitraria e infundada respecto del incremento de la asignación de modernización que afecta a los funcionarios de la JUNJI, generándose una diferencia o trato discriminatorio con el resto de los funcionarios públicos que no tendría justificación legítima y, por consiguiente, se ha afectado, en su esencia, su derecho a participar en la vida nacional, y en específico en el ámbito laboral, en igualdad de condiciones con sus pares, y también se le ha privado de un beneficio económico que le correspondería percibir como funcionaria pública, vulnerándose concretamente lo dispuesto en los artículos 1° y 19, numerales 2°, 3°, 16°, 22° y 26°, de la Ley Fundamental.

A su vez, la señora López alega que el hecho de que la Administración del Estado no le haya pagado la asignación de modernización con los incrementos establecidos en la Ley N° 20.212 para el resto de los funcionarios públicos, violenta, asimismo, algunos derechos reconocidos en tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, y que, como lo dispone el inciso segundo del artículo 5° constitucional, constituyen un límite al ejercicio de la soberanía y deben ser respetados por toda la comunidad nacional. Se refiere la requirente al artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente se aduce que la única razón que tuvo a la vista el legislador para mantener la diferencia arbitraria en contra de los trabajadores de la JUNJI, a la que ya se ha hecho alusión, afectaría la libertad de asociación y el derecho a sindicarse que se hallan reconocidos en los numerales 15° y 19° del artículo 19 de la Constitución Política, respectivamente.

A fojas 338, el abogado Germán Ovalle, por la requirente, pidió tener por acompañada a los autos una fotocopia del Proyecto de Acuerdo N° 113, suscrito por un total de 10 diputados, titulado *"Solicita atender situación remuneracional de trabajadores de la Junta Nacional de Jardines infantiles"*, presentado en la Sesión 52ª del día 14 de julio de 2010, en la Cámara de Diputados. Este documento alude precisamente a la situación de exclusión de los funcionarios de la JUNJI prevista por la norma impugnada en estos autos.

A fojas 256, la Primera Sala de este Tribunal admitió a tramitación el requerimiento de autos, disponiendo, entre otras medidas, la suspensión del procedimiento en que incide y habiendo tenido presentes las consideraciones formuladas por las partes recurridas de protección para que la acción deducida fuera declarada inadmisibles, la misma Sala, según consta a fojas 293, la declaró admisible. Pasados los autos al Pleno para su tramitación, el Tribunal dispuso la práctica de las comunicaciones a los órganos constitucionales interesados y al tribunal que conoce de la gestión sub lite, como también la notificación a las partes de ese mismo proceso judicial; todo, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Consta a fojas 309 que sólo el Fisco de Chile, representado por la Abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, en su condición de parte en el recurso de protección en que incide este requerimiento, formuló observaciones, instando por el rechazo del requerimiento deducido.

En síntesis, el Organismo de Defensa Fiscal sostiene que resulta improcedente que este Tribunal emita un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión constitucional planteada en el libelo si se tiene en consideración que el precepto legal impugnado en esta sede no podrá ser aplicado para resolver el recurso de protección de que se trata, ya que esa acción cautelar no se habría intentado en contra de la Junta Nacional de Jardines Infantiles -JUNJI-, que es el órgano encargado de pagar la remuneración a la requirente (en su condición de organismo administrativo descentralizado), sino que ha sido deducido en contra del Fisco de Chile y de la Tesorería General de la República, en circunstancias que éstos no han tenido participación alguna en la omisión en

contra de la que se recurre. Es decir, a juicio del Consejo de Defensa del Estado, la acción debiera resolverse por la Corte de Apelaciones competente declarando la falta de legitimación pasiva de los recurridos, sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. De esta manera, la eventual inaplicabilidad declarada en estos autos no tendría ningún efecto en dicho proceso de protección.

En segundo término, el organismo se refiere a las leyes que han otorgado incentivos económicos a los funcionarios públicos para mejorar su desempeño y la calidad de la atención que se presta a los usuarios de los mismos servicios. Ellas coinciden con las citadas en el libelo. Hace notar en el mismo aspecto que la Ley N° 19.553, de 1998, que estableció la asignación de modernización, también excluyó del beneficio a algunos funcionarios diversos a los que prestan servicios en la JUNJI. A saber, según el artículo 2°: trabajadores de entidades mencionadas por la Ley N° 19.490 y de la Comisión Chilena de Energía Nuclear; funcionarios afectos a la Ley N° 15.076; personal civil de los Servicios de Sanidad de las Fuerzas Armadas, regidos por el Decreto Ley N° 249, de 1974.

Luego puntualiza que los funcionarios de la JUNJI tampoco son los únicos excluidos por la disposición impugnada de la aplicación del incremento de la mencionada asignación, ya que también han quedado fuera del beneficio quienes desempeñen los cargos señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 19.863 (Presidente de la República, Ministros de Estado, Subsecretarios, Intendentes y Jefes Superiores de los servicios públicos regidos por el Título II de la Ley N° 18.575).

En opinión del Consejo, los funcionarios de la JUNJI no han sido discriminados por el legislador, como ha sostenido la requirente, por cuanto ellos tienen derecho a recibir una asignación por retiro que la misma Ley N° 20.212 contempla para el resto de los funcionarios públicos, además de un bono especialmente contemplado para ellos en la Ley N° 20.213, que fue publicada sólo 12 días después de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.212.

Atendido lo expresado, la defensa fiscal aduce que ninguna de las otras garantías constitucionales referidas por la requirente podría ser vulnerada por la exclusión prevista en el inciso primero del artículo 2° de la Ley N° 20.212, referida a los funcionarios de la JUNJI, ya que, como se ha dicho, ha sido el propio legislador el que ha dispuesto un sistema de incentivo económico especial y no arbitrario para esos servidores públicos en la citada Ley N° 20.213.

Sin perjuicio de lo manifestado, plantea que no entiende de qué forma podría vulnerarse la libertad de trabajo y su libre elección, garantizadas en el numeral 16° del artículo 19 constitucional, por el solo hecho de que el legislador excluya a algunos funcionarios de la aplicación de un determinado porcentaje de incremento de la asignación de modernización y también descarta la posibilidad de que se pueda infringir lo dispuesto en el numeral 22° de la misma disposición fundamental, ya que esta norma no se encuentra referida a las remuneraciones de los funcionarios de la Administración del Estado, sino que a la actuación del Estado en "materias económicas", es decir, a las regulaciones estatales que impacten el mercado de productos, bienes o servicios, en palabras de la doctrina especializada (A. Fermandois) o, como lo ha expresado esta Magistratura Constitucional en su STC Rol N° 1295 (C. 87), referida al plano de actuación de las

personas mediante el cual obtienen lucro y se desarrollan.

En cuanto concierne a la vulneración de la garantía reconocida en el N° 26° del artículo 19 constitucional, el organismo afirma que además de no encontrarse fundada la alegación promovida a su respecto, tal infracción no se verificaría, simplemente porque las demás infracciones constitucionales tampoco se configuran en la especie.

Respecto de la eventual contravención de las normas de tratados internacionales que la requirente invoca, sostiene que la acción en este aspecto sería “un exceso jurídico inaceptable” que debiera ser sancionado por el Tribunal con el rechazo del requerimiento, porque en el caso de la norma legal impugnada no se establecería una diferencia prohibida por tales convenciones, esto es, la discriminación regulada legalmente no obedece a una razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo. Incluso siguiendo la tesis de la actora, señala el mismo Consejo, el beneficio que la Ley N° 20.213 asignó exclusivamente a los funcionarios de la JUNJI bien podría tildarse de contrario a las normas internacionales citadas, por establecer un trato diferente a su favor.

Finalmente, en cuanto a la afectación de la libertad de asociación y sindicación, expresa que la denuncia que formula la requirente, en orden a que la única razón que habría tenido el legislador para establecer la exclusión en este caso -ser funcionaria no asociada a la ANEF-, obedecería, más que a un conflicto de constitucionalidad que deba resolver esta Magistratura en sede de inaplicabilidad, a una percepción meramente subjetiva, carente de todo sustento normativo.

Se trajeron los autos en relación y el día 5 de abril de 2011 se procedió a la vista de la causa, escuchándose la relación y los alegatos de los abogados señores Germán Ovalle Madrid, por la parte requirente, Oscar Kolbach Correa, por el Fisco de Chile, y Víctor Vidal Gana, por la Tesorería General de la República.

Concluida la vista de la causa, el Tribunal decretó las siguientes medidas para mejor resolver:

1. Que la Primera Sala se pronuncie sobre la necesidad de mantener o no vigente la suspensión del procedimiento decretada.

A fojas 353, la aludida Sala dejó sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos. Para su cumplimiento, se ofició a la Corte de Apelaciones de Santiago, según consta a fojas 354.

2. Que se oficie a la Junta Nacional de Jardines Infantiles para que se sirva emitir un informe respecto del requerimiento de inaplicabilidad materia de este proceso constitucional.

A fojas 358, con fecha 29 de abril de 2011, ingresó al Tribunal el Oficio Ord. N° 1313, de 28 de abril del mismo año, por el cual el Vicepresidente Ejecutivo (TP) de la JUNJI emitió el informe solicitado por esta Magistratura.

A fojas 377, el señor Presidente del Tribunal dispuso dar cuenta al Pleno de este informe.

En síntesis, las materias que aborda el aludido documento son las siguientes:

En primer lugar, la entidad expresa que se halla reconocida por el ordenamiento jurídico como una

corporación autónoma, con personalidad jurídica de derecho público y funcionalmente descentralizada (Ley N° 17.301). En seguida, afirma que no cuenta con facultades legales para pronunciarse sobre la solicitud planteada por la actora de estos autos y que, como todo órgano administrativo, está obligada a aplicar el ordenamiento jurídico vigente, dentro del cual se encuentra la normativa legal que se impugna ante esta Magistratura Constitucional.

Al Oficio en comentario se anexa un informe elaborado por el Departamento de Gestión de Personas del mismo organismo público, referido a las siguientes materias pertinentes:

Respecto de cómo se componen y redistribuyen los Programas de Mejoramiento de la Gestión Institucional (PMG) "Asignación de Modernización", el organismo público informa que su origen deriva de la regulación contenida en la Ley N° 19.553 (1998). En resumen, cada servicio compromete el cumplimiento de objetivos de gestión en el período de un año; si ellos se cumplen en los porcentajes que se definen en la misma normativa -siempre superiores al 75%-, se paga un incentivo monetario -incremento de remuneraciones al año siguiente- que beneficia a todos los funcionarios del mismo servicio (incentivo institucional). Estos programas tienen carácter general y se asocian al cumplimiento de metas en distintas áreas o sistemas: recursos humanos, calidad de atención de usuarios, planificación y control de gestión, entre otros.

En particular, respecto de la JUNJI, el incremento de la remuneración de los funcionarios por cumplimiento de las metas de gestión anual se regula por la Ley N° 20.212 y es inferior al que se aplica para el resto de los organismos públicos:

- 5% aumento: igual o superior al 90% de cumplimiento (7,6% para los demás);
- 2,5% aumento: igual o superior al 75% e inferior al 90% (3,8% para los demás);
- 0% aumento: inferior al 75%.

Al incremento se suma un "*componente base*" del 10% (para el resto de los funcionarios públicos es del 15%). Se aplica, adicionalmente, un incremento de 4%, 2% o 0% por concepto de convenio de desempeño colectivo y dependiendo del nivel de cumplimiento de aquél (para los demás funcionarios públicos sería de 8%, 4% o 0%).

Se expresa que distintas autoridades, entre ellas el Senado, han manifestado que es necesario modificar el sistema de modo de permitir que los funcionarios de la JUNJI puedan acceder a mayores incrementos en sus remuneraciones por el cumplimiento de las metas de modernización si se mantienen los actuales niveles de excelencia registrados. A efectos de acreditar esta afirmación se anexa al informe una copia del proyecto de acuerdo N° 55/SEC/11, de 11 de enero de 2011, y la correspondiente correspondencia oficial vinculada.

En seguida, se informa que para todos los funcionarios de la JUNJI, desde el año 2003, la Ley N° 20.213 estableció un monto único a repartir en función del porcentaje de cumplimiento anual de determinadas metas que se asocian más directamente con las funciones que ejecuta esa repartición -Sistema de Evaluación Integral de la Calidad de la Educación Parvularia (SEICEP)-. En cuanto concierne a su determinación, en el documento se indica que el sistema opera sobre la base de una evaluación de las unidades educativas en ámbitos tales como procesos educativos, participación, compromiso de la familia y comunidad, liderazgo, entre otros. Este

incentivo, a su vez, tiene carácter redistributivo, por cuanto es mayor para funcionarios de menores ingresos.

A fojas 368 y 369 el organismo manifiesta que este incentivo anual al desempeño no sería comparable ni acumulable con la asignación de modernización, ya que serían diferentes.

Cabe dejar registro de que incluyen en el informe los cuadros o planillas tituladas: "MONTO PARA CALCULAR LA MODERNIZACIÓN JUNJI POR GRADO AÑO 2011"; "MONTO PARA CALCULAR LA MODERNIZACIÓN ANEF POR GRADO AÑO 2011", la cual incorpora una columna a la derecha titulada: "DIFERENCIAS MENSUALES NO RECIBIDAS POR FUNC. JUNJI"; "IMPACTO EN LAS REMUNERACIONES DE LOS FUNCIONARIOS JUNJI A CONSECUENCIA DE LA NO REAJUSTABILIDAD DE LA ASIGNACIÓN DE MODERNIZACIÓN ESTABLECIDA EN LA LEY N° 20.212" y "VALOR MENSUAL INCENTIVO SEICEP 2011" POR GRADO.

**CONSIDERANDO:**

**I.- PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO.**

**PRIMERO:** Que la requirente ha deducido un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso primero del artículo 2° de la Ley N° 20.212, aduciendo que su aplicación a la gestión judicial pendiente que señala genera efectos contrarios a lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, inciso segundo, y 19, en sus numerales 2°, 3°, 15°, 16°, 19°, 22° y 26°, de la Constitución Política de la República.

La gestión en la que incide el requerimiento es el recurso de protección que su parte ha interpuesto en contra de la Tesorería General de la República y del Fisco de Chile ante la Corte de Apelaciones de Santiago y que se individualiza con el Rol de ingreso N° 1202-2010;

**SEGUNDO:** Que el precepto legal impugnado dispone:

*"Artículo 2°.- El aumento del componente base y de los incrementos por desempeño institucional y por desempeño colectivo de la asignación de*

*modernización de la ley N° 19.553, contenido en los numerales 1), 2) y 3) del artículo anterior, no será aplicable al personal perteneciente a la Junta Nacional de Jardines Infantiles.*

*El aumento al incremento por desempeño institucional de la asignación de modernización de la ley N° 19.553, contenido en el numeral 2) del artículo anterior, no será aplicable a quienes desempeñen los cargos señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 19.863”;*

## **II.-EL CONTEXTO EN EL CUAL SE HA DICTADO LA NORMA IMPUGNADA.**

**TERCERO:** Que, como ha señalado la requirente, la disposición impugnada se inserta en la Ley N° 20.212, de 29 de agosto de 2007, que modificó las Leyes N° 19.553 y N° 19.882, y otros cuerpos legales, con el objeto de incentivar el desempeño de los funcionarios públicos;

**CUARTO:** Que la Ley N° 19.553, publicada con fecha 4 de febrero de 1998, tuvo por objeto conceder una asignación de modernización a los personales de planta y a contrata, y a los contratados conforme al Código del Trabajo -como indica su artículo 2°-, *“de las instituciones regidas por las normas remuneracionales del decreto ley N° 249, de 1974, incluyendo a las autoridades ubicadas en los niveles A, B y C; del Servicio de Impuestos Internos; y de la Dirección del Trabajo.”* La misma disposición excluye de esta asignación a los trabajadores del sector salud, conforme a la Ley N° 19.490; a los trabajadores de la Comisión Chilena de Energía Nuclear; a los funcionarios afectos a la Ley N° 15.076, que fija el estatuto para los médicos-cirujanos, farmacéuticos o químicos-farmacéuticos, bioquímicos y cirujanos dentistas, cuyo texto refundido vigente fue aprobado por Decreto N°252, de 1976, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial, el 26 de noviembre

de 1976; y, finalmente, al personal civil de los Servicios de Sanidad de las Fuerzas Armadas, regido por el Decreto Ley N° 249, de 1974;

**QUINTO:** Que la asignación de modernización establecida por la mencionada ley, contiene, a la luz de su artículo 3°, un componente base, que la misma ley determina; un incremento por desempeño institucional, que el artículo 6° de la ley regula, y un incremento por desempeño colectivo. El incremento por desempeño institucional se otorga en relación a la ejecución eficiente y eficaz, por parte de los servicios, de los programas de mejoramiento de la gestión (PMG), conforme al reglamento correspondiente del Ministerio de Hacienda. El artículo 6° de la ley, en su inciso cuarto, señala que: *“El Jefe Superior de cada Servicio propondrá anualmente al Ministro del que dependa o con el que se relacione, un programa de mejoramiento de la gestión del Servicio, el cual especificará los objetivos de gestión, de eficiencia institucional y de calidad de los servicios proporcionados a los usuarios”,* indicándose más adelante (inciso sexto) que el *“incremento por desempeño institucional, según los porcentajes que corresponda, beneficiará a todo el personal de los servicios que hayan alcanzado los objetivos de gestión, conforme al grado de cumplimiento de ellos”;*

**SEXTO:** Que, de la misma manera, el incremento por desempeño colectivo será concedido a los funcionarios que se desempeñen en equipos, unidades o áreas de trabajo, en relación con el grado de cumplimiento de las metas anuales fijadas para cada uno de ellos, de acuerdo al procedimiento que indica el inciso tercero del artículo 7° de la misma ley;

**SÉPTIMO:** Que, con fecha 23 de junio de 2003, se publicó la Ley N° 19.882, modificatoria de la ley anterior, que creó la Dirección Nacional del Servicio Civil y que regula la nueva política de personal a los

funcionarios públicos que indica. El artículo trigésimo cuarto de esta ley estableció, a contar del 1° de enero de 2007, *“un incentivo anual al desempeño para los funcionarios de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, de planta y a contrata, incluidos los suplentes, en relación a los resultados obtenidos en el proceso de Evaluación Integral de la Calidad de la Educación Parvularia”*. Esta norma dispuso que la evaluación se efectuaría cada dos años, por medio de una institución externa, y que las unidades educativas de Jardines Infantiles debían ordenarse, en tramos decrecientes, *“en relación con los resultados comparativos del proceso de evaluación”*; señaló para estos efectos cuatro tramos en atención a los porcentajes de mejor a peor resultado de las unidades educativas correspondientes (inciso cuarto de la norma). Se agrega, además, en el inciso octavo, que este incentivo *“no servirá de base de cálculo para ninguna otra remuneración o beneficio legal”*, sin perjuicio del derecho a *“una bonificación no imponible - conforme a ciertos porcentajes- destinada a compensar las deducciones por concepto de cotizaciones para pensiones y salud a que está afecto el incentivo.”*;

**OCTAVO:** Que, con fecha 10 de septiembre de 2007, se publicó la Ley N° 20.213, que sustituyó el artículo trigésimo cuarto de la Ley N° 19.882, regulando, en los mismos términos de la norma sustituida, el otorgamiento de un incentivo anual al desempeño para los funcionarios de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (en adelante la JUNJI).

### **III.- EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO: LA IGUALDAD ANTE LA LEY.**

**NOVENO:** Que el conflicto constitucional planteado por la requirente se origina, en lo medular, en que la exclusión de la JUNJI de la norma impugnada de la Ley N° 20.212 no resulta, a su juicio, compensada por la dictación de la Ley N° 20.213, por cuanto esta última es

idéntica en su texto a la norma contemplada en la Ley N° 19.882, del año 2003, que regulaba el incentivo anual al desempeño para los funcionarios de la JUNJI, razonando en el sentido de que de no habersele aplicado esa exclusión, el incremento de su remuneración hubiese sido mayor al obtenido por la aplicación del incentivo especial vinculado a logros educativos.

Sin embargo, lo que la requirente solicita es que el Tribunal se pronuncie sobre una cuestión de mérito en torno a la apreciación que tuvo el legislador, conforme a sus facultades, para establecer la exclusión que se reclama;

**DÉCIMO:** Que del análisis de las normas referidas no se observa una afectación del incentivo por desempeño de los funcionarios de la JUNJI que con anterioridad recibían por aplicación de la Ley N° 19.882. La norma que les es hoy aplicable es exactamente la misma -no obstante el carácter redistributivo que el legislador legítimamente pudiera haber querido darle-, a la de la ley anterior, y no se divisa otro objeto en el legislador que el de beneficiar a los funcionarios de menores ingresos de la Junta Nacional de Jardines Infantiles. Por otra parte, no se puede reprochar arbitrariedad al legislador si, como sucede en la especie, ha optado por sustituir el incremento de la asignación de modernización dispuesto por la Ley N° 20.212 para la generalidad del sector público, por un acicate monetario especial para el personal de la JUNJI, asociado al logro de objetivos docentes que son propios y característicos de dicha institución;

**DECIMOPRIMERO:** Que, de otra parte, la consideración de un incremento en razón del desempeño a la generalidad de los funcionarios públicos no es motivo para considerar que la diferenciación establecida por el legislador en la norma impugnada no se encuentre constitucionalmente justificada. En el hecho, como por lo demás reconoce la

requiriente, son numerosos los casos en que esa diferencia existe y ello se explica por la naturaleza diversa de las funciones que cumplen los servicios de la Administración. De este modo, no puede estimarse como arbitraria una diferenciación efectuada en razón del especial encargo que el legislador le ha dado a la Junta Nacional de Jardines Infantiles y que se relaciona con el mejoramiento de los resultados en la tarea primordial del Estado de cumplir, a través de este organismo, con su obligación de *"promover la educación parvularia"*, en los términos que ordena el artículo 19, N° 10°, inciso cuarto, de la Constitución. El cumplimiento de este cometido exige atender a parámetros distintos a los que se contemplan para la generalidad de la Administración.

Mientras estos últimos están asociados al cumplimiento de metas ligadas al mejoramiento de la gestión, en base a indicadores objetivos de desempeño institucional y colectivo, y a la ejecución eficiente y eficaz de los programas, el primero está vinculado a mayores exigencias que atienden a la importancia que las ciencias modernas de la educación atribuyen a la formación de los párvulos. Por ello, tanto el artículo trigésimo cuarto de la Ley N° 19.882 como la disposición homóloga de la Ley N° 20.213 han puesto atención en las *"unidades educativas"*, en *"criterios metodológicos"* de la enseñanza y su objeto es la *"Evaluación Integral de la Calidad de la Educación Parvularia"*.

**DECIMOSEGUNDO:** Que, debe considerarse en tal sentido que la propia Ley N° 19.882, que creó el Sistema de la Alta Dirección Pública, si bien reguló la nueva política de personal para la generalidad de los funcionarios públicos que indica, consideró pertinente destinar una disposición especial a los funcionarios de la JUNJI, atendidas las específicas responsabilidades que el constituyente le asigna al Estado en la promoción de la educación parvularia. El criterio del legislador no pudo

entonces, ni ahora -en la disposición que se impugna- considerarse arbitrario, razón por la cual este Tribunal procederá, más adelante, a no acoger el presente requerimiento;

**DECIMOTERCERO:** Que, en apoyo de los razonamientos anteriores, cabe recordar que la Ley N° 19.553, de 1998, que estableció la asignación de modernización, también excluyó del beneficio a algunos funcionarios diversos a los que prestan servicios en la JUNJI. A saber, según el artículo 2°: a los trabajadores de entidades mencionadas por la Ley N° 19.490 y de la Comisión Chilena de Energía Nuclear; a los funcionarios afectos a la Ley N° 15.076, y al personal civil de los Servicios de Sanidad de las Fuerzas Armadas, regidos por el Decreto Ley N° 249, de 1974;

**DECIMOCUARTO:** Que, en el mismo sentido anterior, los funcionarios de la JUNJI tampoco son los únicos excluidos por la disposición impugnada de la aplicación del incremento de la mencionada asignación, ya que también han quedado fuera del beneficio quienes desempeñan los cargos señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 19.863 (Presidente de la República, Ministros de Estado, Subsecretarios, Intendentes y Jefes Superiores de los servicios públicos regidos por el Título II de la Ley N° 18.575);

**DECIMOQUINTO:** Que, en consecuencia, los funcionarios de la JUNJI no han sido discriminados arbitrariamente por el legislador, como ha sostenido la requirente, por cuanto ellos tienen derecho a recibir una asignación por retiro que la misma Ley N° 20.212 contempla para el resto de los funcionarios públicos, además de un bono especialmente contemplado para ellos en la Ley N° 20.213, publicada sólo 12 días después de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.212;

**DECIMOSEXTO:** Que, por último, este Tribunal actúa en función de competencias tasadas, entre las cuales no se

enumera el análisis de las consideraciones de mérito que el legislador haya tenido a la vista para establecer criterios diferenciadores. No le corresponde tampoco realizar un examen en abstracto de la norma impugnada, por cuanto una tal tarea evidentemente exorbita el ámbito de la acción constitucional interpuesta en esta instancia jurisdiccional;

**IV.- EN CUANTO A LAS DEMÁS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SUPUESTAMENTE INFRINGIDAS.**

**DECIMOSEPTIMO:** Que, a mayor abundamiento, esta Magistratura no considera que la violación de las demás disposiciones constitucionales diversas al artículo 19, N° 2°, se haya configurado. Ello no ha ocurrido con la libertad de trabajo y su libre elección, ni con la libertad de sindicación. La requirente no ha sido afectada por la norma impugnada en el ejercicio comprobado de ninguna de estas garantías. Continúa ella ejerciendo sus funciones en la Administración y nada le impide ejercer los derechos propios de la libertad sindical. Con menor razón aún, pudiéramos estimar que se hubiese afectado el contenido esencial de alguno de los demás derechos invocados, incluido el derecho a la igualdad ante la ley, atendidas las razones anteriormente expuestas.

No se han afectado, tampoco, el derecho de la requirente a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional ni la no discriminación arbitraria que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. No existe ningún argumento que permita a este Tribunal discernir seriamente sobre unas tales afectaciones;

**VI.- CONCLUSIONES.**

**DECIMOCTAVO:** Que, en consecuencia, encontrándose plenamente justificada la intervención legislativa y no afectando la norma impugnada ninguna de las disposiciones

constitucionales invocadas, el presente recurso de inaplicabilidad será rechazado;

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 1º, 5º, inciso segundo, y 19, en sus numerales 2º, 3º, 15º, 16º, 19º, 22º y 26º, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1, SIN COSTAS POR ESTIMAR EL TRIBUNAL QUE HA EXISTIDO MOTIVO PLAUSIBLE PARA EJERCER LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL. DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 258, OFICIÁNDOSE AL EFECTO.**

El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto previene que, aunque concurre al fallo, no comparte el párrafo segundo del considerando noveno y el considerando decimosexto, pues estima que el requerimiento no plantea una cuestión de mérito del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, sobre la cual, a este Tribunal no le corresponde pronunciarse, sino la posible existencia de una diferenciación legal arbitraria que afectaría a un conjunto de personas, que es un asunto jurídico-constitucional propio del conocimiento y decisión de esta Magistratura Constitucional.

Los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado concurren a lo resuelto en la sentencia, pero dejan constancia de que no suscriben lo razonado en los considerandos octavo a decimoctavo. Lo anterior por cuanto no han llegado a la convicción de que la norma reprochada sea inconstitucional al grado de declarar su inaplicabilidad. Fundan este aserto en que si bien aparece como infundado que un cuerpo legal -en la especie, la Ley N° 20.212- pueda negar a los funcionarios de un determinado servicio público un incremento producto

de un bono, que por su contenido es aplicable a toda la Administración del Estado en general, en un tiempo inmediatamente posterior, mediante la Ley N° 20.213, se les otorgó a aquellos funcionarios un incremento de carácter exclusivo, lo que importa la desaparición del perjuicio susceptible de remediarse por la vía dispuesta en el artículo 93, inciso primero, N° 6 de la Constitución Política.

Redactó la sentencia el Suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers y las prevenciones sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 1760-2010-INA.**

Se certifica que el Suplente de Ministro señor Ricardo Israel Zipper concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los señores Raúl Bertelsen Repetto (Presidente subrogante), Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes e Iván Aróstica Maldonado y por los Suplentes de Ministro señores Christian Suárez Crothers y Ricardo Israel Zipper.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.