



2020

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Sentencia

Rol 7236-19-INA

[7 de mayo de 2020]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DEL
ARTÍCULO 56 DE LA LEY N° 21.109, QUE ESTABLECE EL
ESTATUTO DE LOS ASISTENTES DE LA EDUCACIÓN PÚBLICA

CONGREGACIÓN DE LOS HERMANOS MARISTAS Y OTROS

EN LA CAUSA SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN CARATULADA
“CORPORACIÓN DE COLEGIOS PARTICULARES CONACEP A.G. CON
GONZÁLEZ”, DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO,
BAJO EL ROL N° 58.158-2019 (ACUMULADO CON ROL N° 60.639-2019).

VISTOS:

Introducción

A fojas 1, con fecha 16 de agosto de 2019, la Congregación de los Hermanos Maristas y otros, deducen requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 56 de la Ley N° 21.109, que establece el Estatuto de los Asistentes de la Educación Pública, para que surta efectos en la causa sobre recurso de protección caratulada “Corporación de Colegios Particulares CONACEP A.G. con González”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 58.158-2019 (acumulado con Rol N° 60.639-2019).

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El precepto legal impugnado dispone:

Artículo 56:

Las disposiciones del Párrafo 1° del Título III de la presente ley se aplicarán a los asistentes de la educación que prestan servicios en educación parvularia, básica y media, en



establecimientos particulares subvencionados regidos conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará también a los asistentes de la educación que prestan servicios en educación parvularia, básica y media, en establecimientos educacionales regidos por el decreto ley N° 3.166, del Ministerio de Educación Pública, de 1980.

La facultad establecida en el inciso segundo del artículo 41, para estos casos, será ejercida por el director de cada establecimiento educacional.

Antecedentes y síntesis de la gestión pendiente

Los requirentes constituyen un grupo de sostenedores de colegios particulares subvencionados, y de asociaciones gremiales de sostenedores, que indican representar a fundaciones y corporaciones que educan a aproximadamente 1 millón de estudiantes, impugnan el referido artículo 56, agregado a la Ley 21.109, por la Ley N° 21.152, de 25 de abril de 2019, en tanto el precepto impugnado consigna que las disposiciones del Párrafo 1° del Título III de la ley se aplicarán a los asistentes de la educación que prestan servicios en educación parvularia, básica y media, en establecimientos particulares subvencionados regidos conforme al Decreto con Fuerza de Ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998, así como a los establecimientos educacionales regidos por el Decreto Ley N° 3.166, del Ministerio de Educación Pública, de 1980.

Así, la norma cuestionada extiende los beneficios laborales que los artículos 38 a 42 de la ley reconocen a los asistentes de la educación pública -aplicable a los funcionarios de establecimientos educacionales de los servicios locales de educación pública-, a los asistentes de la educación en los colegios particulares subvencionados, incluyendo entre otros, la jornada de 41,5 horas semanales, el feriado anual de prácticamente 11 semanas, más las vacaciones de invierno, y otros beneficios de relevancia; disposición que, además, aplica con efectos inmediatos, sin contemplar gradualidad alguna.

El Jefe Jurídico del Ministerio de Educación dictó el Ordinario N° 07-2306, dirigido a los Secretarios Regionales de Educación que instruye acerca de la entrada en vigencia y aplicación de los beneficios incorporados por la Ley 21.152 a la Ley 21.109, ordenando extender los beneficios laborales referidos a los asistentes de la educación particular subvencionada, con vigencia inmediata; y, la Jefa Técnica Provincial de Educación Santiago Sur de la SEREMI Metropolitana de Educación, notificó dicho Ordinario por correo electrónico a diversos establecimientos educacionales; actos en contra de los cuales la parte requirente dedujo el recurso de protección alegando la vulneración de los artículos 19 N° 2 y 11 de la Constitución, en la causa que se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Luego, la parte requirente alude al DFL 2, del Ministerio de Educación, de 1998, sobre Subvención del Estado a Establecimientos Educacionales, que define al sostenedor como un cooperador del Estado en la prestación de servicios



educacionales, recibiendo al efecto los recursos estatales que sólo pueden destinar al cumplimiento de los fines educacionales.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

En cuanto al conflicto constitucional que se plantea ante esta Magistratura, la parte requirente asegura que la aplicación del artículo 56 que es decisiva en la gestión sublite, vulnera la Carta Fundamental, infringiendo el principio de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, del artículo 19 N° 2; y la libertad de enseñanza, del artículo 19 N° 11, en relación con el artículo 1, inciso tercero, y también en relación con el derecho a la educación, del artículo 19 N° 10.

Así, explica la parte requirente que se afecta la igualdad ante la ley al disponer el precepto una discriminación arbitraria respecto de los colegios particulares subvencionados, desde un triple punto de vista: primero, por equiparar estatutos jurídicos completamente desiguales, como son los que aplican a los asistentes de la educación pública, que son funcionarios públicos, con los asistentes de los colegios particulares subvencionados, cuya normativa sobre feriados y beneficios laborales no es equiparable, además del costo económico que ello implica para los requirentes que no contarán con recursos extras para esto, a diferencia de los establecimientos públicos que sí pueden contar con beneficios adicionales para ello, generando así un desequilibrio para los requirentes, por un equiparación entre estatutos diferentes.

Los sostenedores requirentes señalan que se financian prácticamente en un 100% con los recursos provenientes de la subvención, que dichos fondos son destinados en más de un 85% al pago de remuneraciones y derechos laborales, al tiempo que estiman la aplicación del precepto cuestionado aumentará sus costos entre un 5 y 6%, y ahora se los pretende equiparar, sin fundamento constitucionalmente razonable, asimilando sin más a los asistentes de los colegios particulares subvencionados con los de la educación pública, desde que si bien la subvención habilita al Estado para imponer ciertas reglas de organización y de funcionamiento al sostenedor, ello no permite al Estado soslayar las diferentes naturalezas de los establecimientos, y transformar a los sostenedores en clones de los establecimientos públicos.

Segundo, se genera una discriminación arbitraria por no equiparar a los colegios particulares subvencionados con los establecimientos particulares pagados, a quienes no se les está obligando por la ley a cubrir los beneficios laborales que el artículo 56 ahora exige a los requirentes, generando una desigualdad entre quienes sí se encuentran en la misma situación. La norma no fundamenta por qué el beneficio sólo se hace extensible a quienes reciben la subvención, y tercero, se alega una discriminación arbitraria al no disponer el precepto cuestionado –así como el ordinario impugnado en sede de protección- disposiciones sobre entrada en vigencia gradual, siendo de vigencia in actum, a diferencia de lo que acontece con la Ley 21.109 que contempla disposiciones transitorias para la entrada en vigencia gradual respecto de los asistentes de la educación pública.

Por otro lado, se alega la infracción a la libertad de enseñanza, en relación con la autonomía de los cuerpos intermedios, en cuanto a su núcleo esencial de derecho a



abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, que se vulneran al ordenar la aplicación inmediata de beneficios laborales a los asistentes de los colegios particulares subvencionados, limitando las facultades de organización y de administración económica que se les reconocen por la Constitución en el marco de su autogobierno, con un régimen laboral rígido y que afecta la autonomía de la voluntad y los actos y contratos celebrados por los establecimientos con sus asistentes.

Y, asimismo, la infracción a la libertad de enseñanza, en relación con el derecho a la educación, pues la norma impugnada afecta el fin fundamental de la subvención que precisamente busca garantizar la calidad de la educación, y que ahora deberá distraerse para otros fines, afectando igualmente los derechos de los educandos.

Por otra parte, a fojas 40 y siguientes, la parte requirente aduce que el artículo 56 impugnado adolece de inconstitucionalidad formal, desde que fue incorporado en el trámite de la Ley 21.152, que modificó la Ley 21.109, mediante una indicación parlamentaria, en circunstancias que se trata de una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la república por decir relación con la administración financiera y presupuestaria del Estado y en beneficios económicos del sector privado, y porque además el precepto incorporado se aparta de la ideas matrices del proyecto de ley, dando así por infringidos el artículo 65 incisos tercero y cuarto N° 4, y el artículo 69, inciso primero, de la Carta Fundamental.

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento

La causa fue admitida a trámite y, luego de verificarse audiencia de alegatos el día 25 de septiembre de 2019, fue declarada admisible por la Primera Sala de este Tribunal Constitucional (fojas 255 y 399).

Se hicieron parte y formularon dentro de plazo observaciones sobre el fondo un grupo de 10 Federaciones y Sindicatos, y el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Ministerio de Educación, instando ambos por el rechazo del requerimiento en todas sus partes, y solicitando las organizaciones sindicales condena en costas respecto de la requirente

Observaciones de las Federaciones y Sindicatos y del Consejo de Defensa del Estado

En sus presentaciones de fojas 407 y 477, en términos generales, las organizaciones sindicales y el Consejo de Defensa del Estado requeridos, en primer lugar, solicitan desechar las alegaciones de inconstitucionalidad formal alegada en el libelo, desde que no se vulneran las ideas matrices del proyecto de ley que dio origen al artículo 56 y, en todo caso, porque la discusión del iter legis es abstracta, y no es pertinente la revisión de la tramitación de la ley en sede de acción concreta de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo que da cuenta de la incongruencia del requerimiento, que nada dice en su petitorio tampoco respecto a estas alegaciones formales; que guardan relación con la validez de la ley y pretenden una declaración de inconstitucionalidad, y no de inaplicabilidad para un caso particular.



Luego, en cuanto al fondo, las requeridas manifiestan que no se vislumbra vicio de constitucionalidad alguno en la aplicación del precepto, al tiempo que la discusión planteada en el libelo redunda en asuntos de mera legalidad, y ataca el acto administrativo contenido en el Ordinario N° 07-2306 del Jefe Jurídico del Ministerio de Educación, en cuanto a la interpretación de la autoridad contenida en él, asunto cuya legalidad precisamente debe resolver el juez de fondo en la sede de protección pendiente. Agregan que, en todo caso, el acto administrativo recurrido de protección, se limita a consignar el contenido del artículo 56, en cuanto a que, no existiendo reglas legales de vigencia, precisamente la aplicación de los beneficios del feriado a los asistentes de los colegios particulares subvencionados rige in actum, desde la publicación de la ley en el diario oficial.

Además, alegan las requeridas que el requerimiento es genérico y abstracto, y refiere alegaciones de mérito legislativo, impugnando un estatuto legal integral, todo sobre la base de una interpretación legal que pretende la actora, sin contener clara y delimitadamente un conflicto constitucional concreto propio de la acción de inaplicabilidad, todo lo que acarrea su necesario rechazo.

Igualmente, en cuanto al fondo, se desechan las infracciones planteadas al artículo 19 N° 2, 10 y 11.

Así, en primer término, el artículo 56 no vulnera la igualdad ante la ley ni importa discriminar arbitrariamente a los requirentes. Al contrario, el principio de igualdad importa que, si no existen fundamentos para dar un trato diferenciado, debe primar la igualdad de trato. Así el artículo 56 al extender los beneficios laborales de los asistentes de servicios locales de educación, al personal asistente de colegios particulares subvencionados, desde que los asistentes, independientemente del tipo de establecimiento, son integrantes de la comunidad educativa y deben gozar de los mismos derechos laborales, al igual como otras leyes que tampoco hacen el pretendido distingo, bajo el principio de que frente a similar trabajo deben existir similares beneficios laborales.

Y, a su vez, la igualación dada por la ley en este caso, sí tiene fundamento razonable, como se deduce de la historia del precepto, además de ser una medida objetiva, idónea y necesaria, que por ende sortea el test de proporcionalidad de la medida, al tiempo que tampoco se perjudica la libertad de enseñanza. En definitiva, se trata de una norma con fundamento razonable y objetivo, al tiempo que los requirentes no exponen criterios que permitan vislumbrar porque debiera aplicarse un estatuto jurídico desigual, ni cómo se configura por tanto una diferencia arbitraria a su respecto.

Por otro lado, debe desestimarse la alegación de la actora en cuanto a que los colegios particulares pagados no están sujetos a la misma obligación, desde que el punto de comparación constitucional es entre aquellos establecimientos que, conforme al artículo 19 N° 10 constitucional integran el sistema educativo gratuito, bien como establecimientos públicos, bien como establecimientos privados sin fines de lucro que prestan el servicio educacional.

Y tampoco se discrimina arbitrariamente por la entrada en vigencia in actum del precepto, pues independiente de las normas transitorias de la ley, lo cierto es que la obligación respecto de los asistentes de la educación opera por igual para los



servicios locales de educación en funcionamiento y para los colegios particulares subvencionados.

Por otro lado, las requeridas rechazan la alegación de infracción a la libertad de enseñanza, en relación con la autonomía de los cuerpos intermedios, desde que la norma impugnada no afecta el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, ni el derecho a administrar los recursos, al tiempo que el otorgamiento de la subvención a privados habilita al legislador para imponer cargas que, como se señaló, en este caso corresponden a obligaciones para con los trabajadores que son razonables y proporcionadas.

Y tampoco se infringe la libertad de enseñanza, en relación con el derecho a la educación, desde que este último es un derecho de los educandos, en cuanto la educación apunta al pleno desarrollo de las personas en las distintas etapas de su vida, al derecho preferente de los padres de elegir el establecimiento educacional de sus hijos, y al deber del Estado de otorgar especial protección a este derecho. Ninguno de estos derechos se ve amagado por el artículo 56 impugnado.

Finalmente, en la presentación de las organizaciones sindicales, se afirma que, al contrario de amagar la igualdad ante la ley, el precepto contenido en el artículo 56 viene en remediar una desigualdad histórica entre trabajadores que desempeñan funciones similares, asegurando así la protección constitucional del trabajo, la dignidad personal y el derecho a la “justa retribución”, en armonía con los artículos 1° y 19 N° 16 de la Carta Fundamental.

Vista de la causa y acuerdo

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 12 de noviembre de 2019, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el Relator. Con fecha 19 del mismo mes y año, quedó adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia (certificado de fojas 520 y 521).

Y CONSIDERANDO:

I.- PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO Y GESTIÓN JUDICIAL PENDIENTE EN LA CUAL HA DE TENER APLICACIÓN.

A) La norma impugnada.

PRIMERO. El precepto legal impugnado es el artículo 56 de la Ley N° 21.152, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 56.- Las disposiciones del Párrafo 1° del Título III de la presente ley se aplicarán a los asistentes de la educación que prestan servicios en educación parvularia,



básica y media, en establecimientos particulares subvencionados regidos conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará también a los asistentes de la educación que prestan servicios en educación parvularia, básica y media, en establecimientos educacionales regidos por el Decreto Ley N° 3.166, del Ministerio de Educación Pública, de 1980.

La facultad establecida en el inciso segundo del artículo 41, para estos casos, será ejercida por el director de cada establecimiento educacional”.

La norma reclamada busca extender los derechos laborales reconocidos para los asistentes de la educación de establecimientos públicos hacia los asistentes de la educación particular subvencionada, quienes -hasta entonces- se encontraban regidos en esta materia por la normativa general contenida en el Código del Trabajo. De hecho, el resto de los trabajadores que prestan servicios similares para establecimientos particulares pagados, así como para otros empleadores del sector privado no dedicados al rubro educacional.

B) La gestión pendiente.

SEGUNDO. La gestión pendiente consiste en un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago interpuesto contra el Ordinario N° 07-2306, del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Educación, que instruyó a los Secretarios Regionales Ministeriales de Educación respecto de la aplicación de las leyes N°s 21.109 y 21.152; y en particular, sobre la situación de los establecimientos particulares subvencionados (fs. 58).

En el Ordinario mencionado, por aplicación de la norma impugnada, se instruye que los asistentes de la educación que se desempeñen en establecimientos particulares subvencionados gozarán de los derechos indicados en los artículos 38, 39, 40, 41 y 42 de la Ley N° 21.109, modificada por la ley N° 21.152, sin que haya una regla transitoria especial para su vigencia.

Lo anterior significó que, entre otros derechos contenidos en los artículos 38 a 42 de la Ley N° 21.109, a partir del día 25 de abril de 2019, fecha de publicación de la Ley N° 21.152 en el Diario Oficial, los asistentes de la educación de colegios particulares subvencionados estuvieren afectos a un régimen especial de feriado (artículo 41). **En concreto, dichos trabajadores gozan de un derecho a feriado por el período de interrupción de las actividades escolares entre los meses de enero y febrero o el que medie entre el término del año escolar y el comienzo del siguiente*.**

* Para los asistentes de la educación que desarrollen labores esenciales para asegurar la correcta prestación del servicio educacional al inicio del año escolar, como aquellas de reparación,



II.- CONTEXTO LEGISLATIVO EN QUE SE ORIGINA LA LEY QUE SE MODIFICA (Nº 21.109) Y EL PRECEPTO IMPUGNADO (ART. 56) CONTENIDO EN LA LEY MODIFICATORIA (Nº 21.152).

TERCERO. En un contexto de transición en la administración de la educación pública, desde los municipios hacia Servicios Locales de Educación, se aprobó en octubre de 2018 la Ley Nº 21.109, que establece un Estatuto Laboral para los Asistentes de la Educación Pública. Este Estatuto, en palabras del Mensaje que dio origen a su tramitación parlamentaria, “[tuvo] por objeto establecer las normas laborales necesarias para que estos trabajadores se inserten en la nueva institucionalidad como funcionarios públicos”, lo que exigía aclarar su rol y unificar sus condiciones laborales. Hay que tener presente que “en virtud de la ley Nº 19.464 en la educación pública coexisten dos regímenes laborales. En el caso de las corporaciones municipales hay un régimen laboral fundamentalmente privado y, en el caso de los establecimientos municipales uno de carácter mixto, lo que se traduce en que en parte son regulados por el Código del Trabajo y en parte por el Estatuto de Funcionarios Municipales”. A lo anterior se agrega el hecho de que, fruto del traspaso, deberían convivir con personal de la administración central regulado por el Estatuto Administrativo. En definitiva, se afirmaba que el mencionado Estatuto de los Asistentes de la Educación Pública busca establecer un sistema de desarrollo integral que permita “[i.] Establecer un marco común, explícito y conocido con el cual los asistentes de la educación, hoy dependientes del sector municipal, sean traspasados a los Servicios Locales de Educación Pública. [ii.] Normalizar el sector, a través de la regulación de la dotación pública de asistentes de la educación, a la que se ingresará mediante mecanismos de reclutamiento y selección públicos, estableciendo a la vez causales de salida objetivas y fundadas. [Y iii.] Mejorar la calidad del trabajo de los asistentes de la educación, generando condiciones laborales adecuadas para la prestación del servicio educacional por parte del Estado”.

CUARTO. Entre las condiciones laborales nuevas y antiguas que han sido unificadas y sistematizadas con la dictación de la Ley Nº 21.109 hay beneficios remuneracionales y no remuneracionales. Respecto de los primeros, se puede mencionar: (i) el establecimiento de una remuneración bruta mensual mínima; (ii) el incremento anual a las remuneraciones (establecido por la Ley Nº 19.464 de 1996); (iii) la asignación de reconocimiento por desempeño en establecimientos de alta concentración de alumnos prioritarios; (iv) la bonificación de excelencia académica (establecido por la Ley Nº 20.244 de 2008); (v) el bono de desempeño laboral; y (vi) la asignación de experiencia. Y, en lo concerniente a los beneficios no remuneracionales, el Estatuto contempla reglas sobre: (i) capacitación; (ii) licencias

mantención, aseo y seguridad del establecimiento educacional, se les aplica una regla distinta. Si bien ésta es un poco más ventajosa, tiene más similitudes con la aplicable al resto de los trabajadores regidos por el Código del Trabajo.



médicas y permisos; (iii) el derecho a constituir asociación de funcionarios; y (iv) tiempo de colación y feriado.

QUINTO. Es decir, se trata de un estatuto normativo en que se acopia, crea y ordena sistemáticamente un conjunto de reglas que buscan favorecer la fluidez y aceptación de un proceso de cambio institucional en la administración de los establecimientos educacionales por parte del Estado a través de un régimen más transparencia, objetivo y estimulante para trabajadores que pasan a ser funcionarios públicos. Esto significa que la regla especial sobre feriado aplicable a los asistentes de la educación que trabajan en el sector público tiene una razón de ser singular no comunicable a establecimientos de enseñanza que no públicos. Por consiguiente, la ampliación del ámbito de aplicación de ciertos beneficios o privilegios que se apartan de la regla general (como el referido al feriado) y que, gracias al precepto impugnado, alcanza ahora a un tipo de establecimientos de enseñanza de administración particular o privada no puede justificarse razonablemente sosteniendo que lo que es válido para el sector público lo es también para el sector privado (que no es pagado).

SEXTO. A su vez, la Ley N° 21.152, de 25 de abril de 2019, hizo ajustes en distintos ámbitos del área educativa. El Mensaje del Ejecutivo explicitó que la “iniciativa tiene como primer objetivo apoyar la implementación del Sistema de Desarrollo Profesional Docente”. En materia de calidad de la educación, el proyecto buscó “resolver el problema de la caracterización de los establecimientos pequeños que debe realizar la Agencia de Calidad de la Educación”. Adicionalmente, el proyecto propuso “un mecanismo que permita apoyar de mejor manera a los establecimientos educacionales con desempeño insuficiente, propendiendo a mejorar su gestión y resultados, y evitando su cierre”. Igualmente, se declaró que era “necesario mejorar diversos aspectos del funcionamiento y las facultades de los administradores provisionales de establecimientos educacionales”. La iniciativa tuvo, también, como objetivo “facilitar el acceso a la educación de todas aquellas personas que se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad, mediante este proyecto se propone garantizar la prestación del servicio educacional en escuelas cárceles, aquellas emplazadas en recintos hospitalarios o dependientes del Servicio Nacional de Menores, y aulas hospitalarias”. Asimismo, se quiso aclarar “qué tipo de información deben entregar los municipios para el traspaso del servicio educacional a los Servicios Locales de Educación Pública en materias de personal, otorgando la certeza necesaria para facilitar la implementación del Sistema de Educación Pública”. Se propuso, a mayor abundamiento, “un mecanismo que [facilitara y diera] continuidad a las actuales Entidades [Pedagógicas y Técnicas de Apoyo]”. Por último, el proyecto intentó “precisar el texto de la ley de reajuste del sector público, de manera de asegurar el pago de beneficios a los trabajadores que sean traspasados a los Servicios Locales de Educación Pública creados por la ley N° 21.040, y que actualmente cumplen funciones en la educación municipal”.



La norma impugnada en autos fue introducida por la Ley N° 21.152, la que incorporó -vía indicación parlamentaria- un artículo 56 a la Ley N° 21.109 que *Establece el Estatuto de los Asistentes de la Educación Pública*. Como puede colegirse de lo señalado previamente, el Mensaje que dio origen al proyecto de ley que antecede a la Ley N° 21.152 no declara entre sus objetivos ninguno relacionado con la materia sobre la que versa la disposición objetada. De hecho, no se contemplaba modificación alguna al referido *Estatuto de los Asistentes de la Educación Pública*.

Esta modificación se realizó por indicación parlamentaria liderada por la Senadora Provoste. No consta en la historia de la Ley N° 21.152 justificación alguna que respalde la disposición impugnada. Sólo se da una explicación meramente descriptiva de su contenido: “la Honorable Senadora señora Provoste explicó que la indicación extiende las disposiciones generales del estatuto de los asistentes de la educación a los trabajadores del sistema particular subvencionado” (Historia de la Ley N° 21.152, Segundo Trámite Constitucional. Segundo Informe Comisión de Constitución, p. 207). Y, posteriormente, en la Comisión de Hacienda del Senado, salvo el planteamiento de la H. Senadora Von Baer sobre “la necesidad de distinguir entre trabajadores cumplen labores pedagógicas, es decir, que están permanente contacto con los alumnos, y aquellos que desempeñan funciones administrativas o de mantención” y de lo cual ninguno de los H. Senadores a favor de la disposición se hizo cargo, sólo hubo un escueto debate sobre si la disposición involucraba o no mayores costos (Historia de la Ley N° 21.152, Segundo Trámite Constitucional. Informe Comisión de Hacienda, pp. 249-250).

Como puede constatarse, la historia de la Ley N° 21.152 no da luces respecto de cuál podría ser la justificación de interés público de una disposición que desliga a un grupo muy específico de trabajadores del sector privado o particular del régimen laboral general contenido en el Código del Trabajo concerniente al feriado, haciendo aplicable a los mismos una regla diferente que, en su origen, fue incorporada en un estatuto laboral especial que responde a una lógica propia de un régimen funcionarial público.

Por el contrario, el hecho que el precepto legal objeto de análisis haya surgido con ocasión de la discusión de un proyecto con una orientación completamente ajena puede ser indicativo de problemas constitucionales por falta de razonabilidad de las diferencias de trato que contempla la norma legal cuya inaplicabilidad se solicita. Tal como se explicará, esta Magistratura considera que el precepto legal impugnado es incompatible con el derecho que la Constitución asegura a toda persona de no verse afectado por disposiciones de ley que consagren diferencias arbitrarias y que, por lo tanto, debe acogerse el requerimiento declarando su inaplicabilidad en la gestión judicial pendiente.



III.- ACERCA DEL PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD.

SÉPTIMO. El reparo esencial que presenta la aplicación del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita dice relación, como ya se ha adelantado, con la infracción al artículo 19, N° 2º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

Desde esta perspectiva, para orientar el análisis de la controversia constitucional puede resultar útil formular preguntas como las siguientes: ¿Existe justificación racional suficiente para extraer a un grupo de trabajadores del estatuto laboral común y general (Código del Trabajo) y aplicarles reglas de estatutos excepcionales sin que el sujeto empleador sea un ente público o estatal, o sin que la función o prestación de servicios que realizan sea una que por sus características particulares amerite de un trato legal especial? ¿Por qué la ley debiera tratar diferenciadamente a trabajadores que realizan funciones que, por su naturaleza, no son distintas a las de muchos otros que, sin embargo, permanecen regidos bajo la regulación general y común aplicable a los trabajadores en Chile? ¿Por qué debiera tratarse por igual (en lo concerniente al régimen de feriados) a los profesionales que desempeñan una labor docente y sobre los cuales reposa de modo fundamental la enseñanza impartida en un establecimiento educacional (sea público o particular) y aquellos otros trabajadores que prestan servicios no docentes o de asistencia a la educación?

IV.- LA NORMA IMPUGNADA VULNERA LA IGUALDAD ANTE LA LEY (ARTÍCULO 19 N° 2º DE LA CONSTITUCIÓN)

OCTAVO. La norma del artículo 56 de la Ley N° 21.109 tiene por objeto la extensión de beneficios de los asistentes de la educación pública a trabajadores que realizan labores equivalentes en la educación particular y, más específicamente, en la particular subvencionada.

El precepto legal requerido de inaplicabilidad configura una clasificación atípica y, al mismo tiempo, arbitraria. Esto es así toda vez que trabajadores que debieran estar regidos por el Código del Trabajo (estatuto laboral común), tanto por las características del sujeto empleador, como por el tipo de prestación que realizan, pasan a estar sometidos respecto de ciertas materias (como el feriado) a un estatuto especial distinto, sin que exista justificación alguna para aquello.

En síntesis, estamos en presencia de una ley que establece una diferencia arbitraria porque trata igual a los que no son iguales (establecimientos de educación pública y de educación particular subvencionada) y trata distinto a los que son iguales (establecimientos particulares subvencionados y particulares pagados - regidos por las reglas laborales de general y común aplicación en Chile).



NOVENO. La aplicación de esta norma produce, además, un impacto real en el desenvolvimiento u organización de establecimientos de enseñanza como los que administra la parte requerida. Es evidente que se está en presencia de un precepto legal que genera costos adicionales ciertos para el sostenedor particular (sea o no una persona jurídica que persiga fines de lucro). Esta es una circunstancia que puede acreditarse de la sola práctica legislativa reiterada de financiar con cargo al fisco los costos que irroge para el empleador (público o privado) todo nuevo beneficio laboral, y que en este caso no ha ocurrido. Es más, aquí estamos incluso en presencia una nueva disparidad en el trato que se dispensa a la educación pública respecto de la particular (subvencionada)[†].

Sin perjuicio de la disparidad de trato recién aludida, lo que más interesa hacer notar en relación al impacto antes señalado en el desenvolvimiento u organización de un establecimiento educacional es su implicancia para la forma de evaluar el reproche referido a la desigualdad de trato inherente en la disposición objetada. Esta Magistratura considera que la diferenciación injustificada de trato establecida por el precepto reprochado afecta, al mismo tiempo, el derecho a la libertad de enseñanza, el cual -de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19, N° 11°, inciso primero- se manifiesta, también, en el derecho a organizar establecimientos educacionales.

No intentaremos demostrar si la intervención legislativa es suficiente o no para entender que, por sí sola, restringe de manera intolerable los espacios de libertad organizativa. No es indispensable para acoger el presente requerimiento. Lo que sí interesa destacar es que cuando la aplicación de una disposición que es atacada por establecer una diferencia arbitraria alcanza o impacta negativamente un derecho constitucional (incluso aunque la esencia del derecho no se vea transgredida), el grado de exigencia con que ha de evaluarse la justificación que se ofrezca para defender la razonabilidad de la norma ha de ser mayor. Expresado de una manera distinta, el hecho de que la aplicación de la norma reclamada interfiera

[†] Sobre esto último, hay que tener en consideración que, en el caso de la educación pública, la extensión de beneficios se impone gradualmente y es financiada expresamente por la Ley N° 21.152, al indicar en su artículo 14 que *“el mayor gasto fiscal que represente la aplicación de esta ley durante su primer año presupuestario de vigencia se financiará con reasignaciones presupuestarias del Ministerio de Educación. En los años siguientes se estará a lo que considere la Ley de Presupuestos respectiva”*. En contraste, a la educación particular subvencionada se le impone esta carga de manera inmediata, generando mayores costos que no se ven compensados con un incremento en la subvención escolar. Lo anterior quedó de manifiesto cuando, durante la tramitación en el Congreso Nacional de la norma impugnada en autos, el Ejecutivo insistió que la modificación produciría costos adicionales en *“el sistema escolar subvencionado, que se financia con aportes del Estado”*, sin que el proyecto de ley resolviera *“con cargo a qué recursos se asume ese mayor costo”* (Historia de la Ley N° 21.152, Segundo Trámite Constitucional, Informe de la Comisión de Hacienda, p. 249). Sobre el particular, el Subsecretario de Educación explicó que *“los establecimientos educacionales particulares subvencionados pueden usar la subvención estatal para pagar la remuneración del personal de reemplazo. El problema, advirtió, es otro: no existen recursos en el sistema educacional para soportar el mayor gasto, junto con señalar que los otros fondos, como el FAEP, no pueden ser destinados a este objeto.”* (Historia de la Ley N° 21.152, Segundo Trámite Constitucional, Informe de la Comisión de Hacienda, p. 249. El destacado es nuestro).



en el espacio protegido por un derecho de jerarquía constitucional obliga al legislador a ser cauteloso a la hora de hacer diferencias y, por consiguiente, le impone la carga de justificar positivamente la razonabilidad del nuevo trato legal que se consagra. De esta manera, este Tribunal estima que, por una parte, la sola omisión durante la tramitación legislativa de todo intento por proporcionar una justificación que respalde el precepto no permite superar un estándar de razonabilidad superior al mínimo y, por la otra, que no basta con una simple conjetura o juicio hipotético que, presentado sin vulnerar las reglas de la lógica, permita levantar una duda razonable sobre la ausencia de capricho. En consecuencia, el impacto económico circunstancia es un elemento adicional que, sin ser necesario, fortalece aún más la constatación de una infracción constitucional al artículo 19, N° 2°, de la Carta Fundamental.

DÉCIMO. Con anterioridad argumentamos que el precepto legal objetado desliga del Código del Trabajo -en lo concerniente al feriado y jornada máxima- a un grupo muy específico de trabajadores del sector privado (o particular). Si se tiene presente que dicho Código constituye el estatuto laboral general de aplicación predominante en nuestro ordenamiento jurídico, es posible afirmar que la extensión del ámbito de aplicación de una regla excepcional que responde a una lógica propia de un régimen funcional público hacia un área naturalmente regulada por las normas generales. La lógica pública recién aludida fue explicada a propósito del examen de la historia de la ley y el contexto jurídico imperante. A continuación, reiteraremos lo señalado, pero desde una óptica más amplia.

UNDÉCIMO. Categorías generales bajo las cuales están agrupados los trabajadores en lo concerniente a su régimen laboral. A grandes rasgos, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones de servicios intelectuales o materiales efectuadas por una persona a otra pueden dar origen a una relación laboral o no laboral, siendo el carácter subordinado y dependiente de la vinculación un criterio importante de distinción. Así, pues, la ausencia de tal característica puede determinar que se esté, por ejemplo, ante una prestación de servicio de naturaleza civil (contrato a honorarios regido por el Código Civil), mientras que su presencia puede significar, en cambio, que se esté ante una relación laboral. En Chile, existen básicamente dos estatutos normativos que regulan las relaciones laborales: uno de alcance general, común y de aplicación residual frente a normas especiales (Código del Trabajo) y otro de naturaleza excepcional en virtud del carácter público del sujeto empleador (y que, en estricto rigor, está compuesto por diversos estatutos laborales públicos) ‡.

‡ El artículo 1º del Código del Trabajo da cuenta de esta gran clasificación, así como de su carácter general respecto de estatutos públicos especiales:

"[l]as relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y sus leyes complementarias".

Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los



DUODÉCIMO. Como acabamos de explicar, en el ámbito de las relaciones de carácter laboral, hay un grupo excepcional de trabajadores que está regido casi completamente por estatutos legales especiales (estatutos laborales públicos) y lo que los identifica y justifica es, en lo esencial, el hecho de que el sujeto empleador sea el Estado. Dicho de una manera simple, cuando el empleador es el Estado, las normas que regulan dicha relación laboral están contenidas en estatutos públicos. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados, los cuales se rigen por el Estatuto Administrativo aprobado por la Ley N° 18.834, o con los funcionarios municipales, los cuales se rigen por el Estatuto Administrativo aprobado por la Ley N° 18.883.

DECIMOTERCERO. Es importante resaltar, igualmente, que la identificación de las dos categorías de estatutos laborales tiene sustento en normas constitucionales, tal como es reconocido, por ejemplo, en el artículo 65, inciso cuarto, N° 4° de nuestra Carta Fundamental.

DECIMOCUARTO. Partiendo de la base de la clasificación que, básicamente, distingue dos categorías principales de cuerpos normativos laborales, es posible, también, identificar algunas funciones o tipos de prestaciones laborales especiales que cuentan, sólo respecto de ciertas materias más acotadas, con un tratamiento legal diferente, estando regidas, en todo lo demás, por el Código del Trabajo. Esto es lo que sucede con quienes prestan un servicio o desempeñan una función profesional educacional, los cuales están regidos por el Estatuto Docente (Ley N° 19.070).

DECIMOQUINTO. Sin perjuicio de la existencia de normas comunes para profesionales docentes tanto del sector público como del sector particular, el Estatuto Docente consagra una extensa regulación de las relaciones laborales entre dichos profesionales y sus empleadores públicos (a la época de su dictación, las municipalidades). Al respecto, resulta muy decidor la siguiente declaración contenida en el Mensaje que dio origen a la tramitación legislativa del referido Estatuto:

“El Estatuto reconoce, clarifica y estimula la existencia y el desarrollo de los sectores educacionales “público” o “municipal” y “privado” o “particular”, dando al trabajo docente que en éstos se realiza, una regulación jurídica acorde con la racionalidad institucional de cada uno de ellos. Por esto se establece una “carrera docente” para el primer sector, y un “contrato docente” para el segundo. Esta regulación jurídica

trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.

Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”.



armoniza el ejercicio de la libertad de enseñanza con el ejercicio de un rol activo del Estado en el quehacer educacional” (énfasis añadido)[§].

DECIMOSEXTO. Un punto adicional que vale la pena destacar es el que **la actividad laboral no docente propia de los llamados asistentes de la educación no tiene particularidades que la hagan merecedora de un trato diferente respecto del resto de los trabajadores que realizan funciones semejantes bajo el régimen del estatuto laboral general y común (Código del Trabajo), con independencia de que se trate de un establecimiento educacional particular pagado o particular subvencionado.**

DECIMOSÉPTIMO. Al respecto, queremos señalar el régimen común de feriado del Código del Trabajo es de alcance amplio, aplicándose a empleadores o establecimientos de diferente giro y que, por lo mismo, contribuye a la uniformidad o igualdad y minimiza la consagración de tratos privilegiados.

DECIMOCTAVO. Adicionalmente cabe puntualizar que la particularidad de la profesión docente que ha justificado un estatuto jurídico laboral especial no está presente en quienes realizan labores no docentes (o de asistencia a la educación). Incluso, la sola calidad de profesional de la educación no determina la aplicabilidad de las normas de la Ley N° 19.070 sobre Estatuto Docente, siendo necesario para ello la concurrencia copulativa de los siguientes tres requisitos: a) que el dependiente revista la calidad de profesional de la educación, sea en calidad de titulado, habilitado o autorizado; b) que desempeñe sus funciones en alguno de los establecimientos educacionales y niveles que se mencionan; y c) que dentro de estos establecimientos desarrolle funciones docentes propiamente tal, docentes directivas o técnico pedagógicas.

DECIMONOVENO. En definitiva, la razón esencial que justifica el establecimiento de un estatuto diferenciado especial, como lo es el Estatuto Docente, radica en la importancia y especialidad de la función docente que desarrollan los profesionales de la educación. La categoría definida como Asistentes de la Educación Docente, agrupa a trabajadores cuya actividad puede ser muy lejana a lo docente. De hecho, originalmente se hablaba de Personal No Docente para identificar -con diferencias muy menores- al grupo previamente mencionado. Sobre el particular, resulta nuevamente ilustrativo retroceder en el tiempo y recordar las razones expresadas en el Mensaje del Presidente de la República con que se dio inicio a la tramitación del proyecto que concluyó con la dictación de la Ley N° 19.070 sobre Estatuto Docente**:

“La función docente tiene un conjunto de peculiaridades de las que no ha dado cuenta suficiente la legislación, no obstante que el anterior Estatuto

[§] Sesión 6; legislatura 321, de fecha 15 de octubre de 1990.

** Sesión 6; legislatura 321, de fecha 15 de octubre de 1990.



Administrativo, Decreto con Fuerza de Ley N° 338, de 1960, se vio obligado a dedicarle un título especial, que en 1978 se estableció por decreto ley una Carrera Docente de corta vigencia y que en el gobierno anterior se dictó la Ley N° 18.602, que pretendió, a nuestro parecer sin mucho éxito, reparar la falta de reconocimiento de las especificidades del trabajo docente particularmente agravadas por el sometimiento de todo el profesorado a las normas generales de la ley laboral común.

(...)

La depreciación profesional del trabajo docente ha sido uno de los factores que más ha contribuido al deterioro de la educación. La ley misma no ha contribuido a una definición profesional de la docencia y se ha orientado más bien a su inserción administrativa o la ha tratado como un trabajo asalariado sin especificidad.

(...)

En segundo lugar, el Estatuto de la Profesión Docente es un instrumento para mejorar la calidad de la educación, mediante la creación de condiciones profesionales y laborales que faciliten un ejercicio más óptimo de la docencia, y proporcionar una estabilidad laboral mayor que la actual que sea compatible con una administración descentralizada, flexible y responsable de los establecimientos educacionales".

VIGÉSIMO. Por último, nos referiremos al posible **argumento consistente en plantear que, en la especie, no hay habría infracción a la igualdad ante la ley, porque no es posible establecer parámetros claros contra los cuales evaluar la razonabilidad de las distinciones o clasificaciones legales en materia educacional.** En otras palabras, el argumento parte de la base de que la regulación general (y no sólo laboral) que rige en el sector educacional es prolífica en distinciones que agrupan a los diferentes tipos de establecimientos de una manera asistemática, casi caótica.

Este Tribunal difiere de una postura como la anteriormente planteada, debido a que no considera el hecho de que en el sector educacional es posible distinguir diversas regulaciones temáticas, las cuales, individualmente consideradas, no ameritan ser calificadas de confusas o incoherentes. Por muchas de las consideraciones efectuadas previamente, no avalamos la alegación de incoherencia normativa respecto de la regla específica a la que hace referencia el artículo 56 de la Ley N° 21.152 e, incluso, respecto de la clasificación más gruesa latamente explicada en varios considerandos del presente fallo.

VIGÉSIMO PRIMERO. Por lo anteriormente señalado, este Tribunal manifiesta que la aplicación del artículo 56 de la Ley N° 21.109, impugnada en autos, infringe la prohibición constitucional de que la ley no establezca discriminaciones



arbitrarias consagrada en el artículo 19 N° 2º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6º, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- 1) **QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA INAPLICABLE POR INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 56 DE LA LEY N° 21.109, QUE ESTABLECE EL ESTATUTO DE LOS ASISTENTES DE LA EDUCACIÓN PÚBLICA, EN LA CAUSA SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN CARATULADA “CORPORACIÓN DE COLEGIOS PARTICULARES CONACEP A.G. CON GONZÁLEZ”, DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, BAJO EL ROL N° 58.158-2019 (ACUMULADO CON ROL N° 60.639-2019).**
- 2) **QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIASE AL EFECTO.**

DISIDENCIA

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA, NELSON POZO SILVA Y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento deducido, conforme a las siguientes argumentaciones:

I.- CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO.

1º Los requirentes Congregación de los Hermanos Maristas y otros, han interpuesto un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad *respecto del artículo 56 de la Ley N° 21.109*. El requerimiento es interpuesto por un grupo de sostenedores de colegios particulares subvencionados y de las asociaciones gremiales Corporación Nacional de Colegios Particulares (Conacep A.G.) y Federación de Instituciones de Educación Particular (FIDE A.G.). Los requirentes educan aproximadamente a 1.000.000 de estudiantes, los que representan casi un 30% de todos los estudiantes de educación parvularia, básica y media del país.

2º La gestión pendiente que origina este proceso constitucional se refiere a una acción de protección interpuesta ante la Corte de Apelaciones de Santiago (rol



58158-2019 acumulada), deducida en contra del **Ordinario N° 07-2306** del Director Jurídico del Ministerio de Educación, de 31 de mayo de 2019, dirigido a los Secretarios Regionales de Educación, que instruyó acerca de la entrada en vigencia de las leyes Nos. 21.109 y 21.152 y se refirió al modo de entender los beneficios laborales previstos en la primera ley.

Con posterioridad, el 11 de julio de 2019, la Dirección del Trabajo emitió el Dictamen N° 3445-022, que fija doctrina en relación a la Ley N° 21.109, limitando el alcance del precepto legal impugnado, pues la extensión de los beneficios establecidos en la citada ley no alcanza a los asistentes de la educación que cumplen funciones administrativas o auxiliares en establecimientos particulares subvencionados. Dicho dictamen fue objetado por numerosas organizaciones sindicales mediante acción de protección presentada ante la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 65162-2019). En esta gestión judicial, los requirentes se hicieron parte y luego recurrieron al Tribunal Constitucional, mediante requerimiento Rol 7569.

3° Los requirentes alegan que la aplicación del precepto impugnado vulnera los numerales 2, que garantiza la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, 10, sobre derecho a la educación, y 11 inciso primero, que consagra la libertad de enseñanza, del artículo 19 de la Constitución.

Los requirentes también manifiestan que en el procedimiento legislativo que dio origen al precepto cuestionado mediante indicación parlamentaria se incurrió en diversas infracciones a las normas constitucionales, ya que la indicación se apartó de las ideas matrices del proyecto de ley (art. 69, inciso primero, de la Constitución) e infringió la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia legislativa en lo tocante a la administración financiera y presupuestaria (art. 65, inciso tercero, de la Constitución) y a los beneficios económicos del sector privado (art. 65 inciso cuarto N° 4 de la Constitución).

II.- EL PRECEPTO LEGAL Y SU REPROCHE DE CONSTITUCIONALIDAD.

4° El precepto cuestionado en su constitucionalidad es el artículo 56° de la Ley N° 21.109 que señala lo siguiente:

“Las disposiciones del Párrafo 1° del Título III de la presente ley se aplicarán a los asistentes de la educación que prestan servicios en educación parvularia, básica y media, en establecimientos particulares subvencionados regidos conforme al decreto con fuerza de ley N°2 , del Ministerio de Educación, de 1998.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará también a los asistentes de la educación que prestan servicios en educación parvularia, básica y media, en establecimientos educacionales regidos por el decreto ley N° 3.166, del Ministerio de Educación Pública, de 1980.

La facultad establecida en el inciso segundo del artículo 41, para estos casos, será ejercida por el director de cada establecimiento educacional”.



5° La requirente explica que el precepto impugnado extendió los derechos laborales que la Ley N° 21.109 fija para los asistentes de la educación pública a los asistentes de la educación particular subvencionada, sin tomar en cuenta las diferencias existentes entre unos y otros ni entre la educación pública y la educación particular subvencionada.

Entre estos derechos, destaca la reducción de la jornada laboral semanal y el feriado anual de prácticamente 11 semanas. El financiamiento de estos beneficios supone un aumento de los costos del orden del 5 al 6%. Ahora bien, considerando que la Ley N° 20.845 limitó el acceso de los establecimientos particulares subvencionados a fondos diferentes a los de la subvención, por lo que prácticamente un 100% de los establecimientos educacionales requirentes se financia en un 100% con los recursos de la subvención, el aumento de los costos por aplicación del precepto impugnado implica una disminución del 9% a 10% en proyectos, acciones y programas que impacten de manera real en la materialización del derecho a una educación de calidad, que es el mandato impuesto por el Tribunal Constitucional en la STC 2787-2015.

6° Señala que, además, la Ley N° 21.152, que introdujo el precepto legal impugnado en la Ley N° 21.109, entró en vigencia con su publicación en el Diario Oficial. A su turno, la Ley N° 21.109 contiene normas transitorias, las cuales regulan la entrada en vigencia de los beneficios establecidos en ella respecto de los establecimientos educacionales públicos, pero no respecto de los colegios particulares subvencionados, quedando estos últimos en una situación de completa incertidumbre acerca de la entrada en vigencia de la disposición legal cuestionada.

7° La requirente identifica tres infracciones a la garantía de no discriminación arbitraria: (1) discriminación por equiparación ante estatutos jurídicos completamente desiguales entre asistentes de la educación pública y de particulares subvencionados (los primeros son considerados funcionarios públicos, los segundos, no), sin justificación razonable; (2) discriminación por diferenciación con los establecimientos particulares pagados, sin justificación razonable, ya que la naturaleza de las tareas que realizan los asistentes de la educación es la misma en uno y otro establecimiento; y (3) discriminación por diferencia en la entrada en vigencia de la Ley N° 21.109, sin justificación razonable.

8° La libertad de enseñanza, en relación con la autonomía de los cuerpos intermedios, resulta vulnerada a consecuencia de que la merma de los recursos financieros afecta la capacidad de auto gobierno y administración de los recursos humanos, tecnológicos e infraestructura en momentos y periodos cruciales del año escolar o fuera de él, con transgresión al derecho constitucional de organizar y mantener establecimientos educacionales.

9° Asimismo, la aplicación del precepto legal reprochado vulnera la libertad de enseñanza en relación con el derecho a la educación, toda vez que recursos que se destinaban a iniciativas asociadas al proyecto educativo y a la mejora de la calidad



de la educación se destinarán a financiar los beneficios laborales previstos en la Ley N° 21.109 para los asistentes de la educación.

III.- EL MARCO LEGAL DEL CONFLICTO PLANTEADO.

10° El efecto denunciado por el requerimiento es la aplicación extendida de las normas de la Ley N° 21.109, específicamente del Párrafo 1° del Título III, a los asistentes de la educación particular subvencionada, en circunstancias que estaba concebido dicho estatuto para los asistentes de la educación pública.

La identificación básica del conflicto importa especificar los preceptos legales a los cuales se remite el mencionado Párrafo 1°, “De las condiciones laborales”, del Título III, “Normas generales relativas a las condiciones de desempeño de los asistentes de la educación”, de la Ley N° 21.109.

11° En consecuencia, las normas legales son las siguientes:

“Artículo 38.- Los asistentes de la educación tendrán derecho a que se respeten las funciones para las que fueron contratados, las que podrán desarrollarse en uno o más establecimientos educacionales.

Asimismo, el director del establecimiento educacional podrá, excepcionalmente, encomendar labores determinadas, distintas de las estipuladas en el contrato, a uno o más asistentes de la educación para permitir la normal prestación del servicio educacional o para facilitar el desarrollo de actividades extracurriculares, siempre y cuando estas labores correspondan a la misma categoría de asistentes de la educación en la que se encuentra contratado, correspondan exclusivamente a funciones propias del servicio educacional y se deban ejecutar dentro de la jornada ordinaria de trabajo.

Excepcionalmente, ante la ausencia transitoria de un docente, los asistentes de la educación profesionales preferentemente psicopedagogos podrán ser destinados a cubrir una determinada clase, con el propósito de mantener el correcto funcionamiento de los establecimientos educacionales.

Con todo, en ningún caso a los asistentes de la educación se les podrá encomendar labores que pongan en riesgo su integridad física. La infracción a esta norma será considerada grave para los efectos establecidos en el artículo 73 de la ley N° 20.529, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiera configurarse.

Artículo 39.- La jornada semanal ordinaria de trabajo de los asistentes de la educación regulados en esta ley no podrá exceder de 44 horas cronológicas para un mismo empleador, incluyendo 30 minutos de colación para aquellos trabajadores contratados por, a lo menos, 43 horas.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en que la distribución de la jornada diaria fuere igual o superior a 8 horas, ésta incluirá 30 minutos destinados a



colación, aun cuando la jornada semanal sea inferior a 43 horas. El tiempo utilizado para la colación no podrá ser interrumpido, salvo casos de fuerza mayor.

El tiempo que el asistente de la educación utilice en un mismo día para trasladarse de un establecimiento a otro en virtud de una misma relación laboral, se considerará trabajado para todos los efectos de esta ley, y el costo de movilización será de cargo del empleador. Ambas circunstancias deberán señalarse expresamente.

Artículo 40.- *El empleador deberá proporcionar a los asistentes de la educación una infraestructura adecuada para ejercer el derecho a colación, incluyendo entre las instalaciones, servicios higiénicos.*

Artículo 41.- *Los asistentes de la educación gozarán de feriado por el período de interrupción de las actividades escolares entre los meses de enero y febrero o el que medie entre el término del año escolar y el comienzo del siguiente, así como durante la interrupción de las actividades académicas en la época invernal de cada año. Durante dichas interrupciones, podrán ser convocados a cumplir actividades de capacitación, hasta por un período de tres semanas consecutivas.*

Sin perjuicio del inciso anterior, aquellos asistentes de la educación que desarrollen labores esenciales para asegurar la correcta prestación del servicio educacional al inicio del año escolar, las que incluirán, a lo menos, aquellas de reparación, mantención, aseo y seguridad del establecimiento educacional, así como aquellas que determine mediante acto fundado el Director Ejecutivo, podrán ser llamados a cumplir con dichas tareas, en cuyo caso se les compensará en cualquier otra época del año los días trabajados.

Con todo, se podrá fijar como fecha de término del feriado estival, cinco días hábiles previos al inicio del año escolar.

Para el caso del personal de los jardines infantiles financiados por la Junta Nacional de Jardines Infantiles vía transferencia de fondos, la capacitación se realizará preferentemente durante el mes de enero.

Artículo 42.- *Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, el feriado de los asistentes de la educación de los establecimientos de educación parvularia financiados mediante transferencia de fondos de la Junta Nacional de Jardines Infantiles se regirá por lo dispuesto en la ley N° 20.994.*

12° De este modo, la remisión que hace el artículo 56 de la Ley N° 21.109 se vincula con la definición de las funciones en el contrato (artículo 38); con la jornada laboral (artículo 39), con los requisitos de infraestructura asociados a la colación (artículo 40); con el feriado (artículo 41) y con la financiación de beneficios para los asistentes de la educación parvularia (artículo 42).

Adicionalmente, hay que asumir lo que el legislador define como “asistente de la educación” en el artículo único de la Ley N° 21.199, para efectos del artículo 56 indicado. Son “*quienes colaboran en desarrollo del proceso de enseñanza y aprendizaje de los estudiantes y la correcta prestación del servicio educacional, a través de funciones de carácter*



profesional distintas de aquellas establecidas en el artículo 5° del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Educación, promulgado el año 1996 y publicado el año 1997; sean del estamento técnico, administrativo o auxiliar, realicen sus tareas en aula o fuera de ellas y que presten servicios en educación parvularia, básica y media, en establecimientos que reciban subvención por parte del Estado, cualquiera sea su forma de organización, conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio de Educación, de 1998”.

IV.- CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

13° Los criterios que guiarán esta disidencia son los siguientes. Primero, en relación con los vicios de forma indicaremos la improcedencia de la vía de la inaplicabilidad para subsanar el mencionado vicio. En segundo lugar, examinaremos la subvención educacional en relación con las potestades del legislador. En tercer lugar, nos referiremos al estatuto laboral de los asistentes de la educación. En cuarto término, identificaremos el derecho a la educación como un derecho a la organización. Seguidamente, verificaremos el examen de igualdad propuesto. Y, finalmente, aludiremos a los efectos sobre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación que los requirentes estiman vulnerados.

A.- LOS VICIOS DE FORMA Y LA INAPLICABILIDAD.

14° Los requirentes sostienen que en el procedimiento legislativo se incurrió en el vicio de excederse de las ideas matrices (artículo 69 de la Constitución) y de infringir la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, tanto en su administración financiera y presupuestaria (artículo 65 inciso 3° de la Constitución) como en el establecimiento de beneficios económicos del sector privado (artículo 65, numeral 4° de la Constitución).

Cabe considerar, previamente, si realmente se impugnaron estos vicios que permitan un pronunciamiento. Seguidamente, examinaremos la improcedencia de cuestionar estos vicios formales en sede de inaplicabilidad.

15° Si el vicio denunciado es formal debe procederse de un modo distinto al reprochado. Cuando se solventa una argumentación sostenida, primeramente, en argumentos de fondo en los que se apoya el requerimiento, para después, indicar los vicios de forma en que se incurrió, nos da cuenta que se trata de un asunto subordinado, de menor importancia y como una cuestión complementaria. En este sentido, el requerimiento no entrega ningún argumento de por qué en este caso los vicios de forma son relevantes atendido las circunstancias de la gestión pendiente, y, simplemente, desarrolla la argumentación por si el Tribunal Constitucional quisiera pronunciarse. De hecho, esta técnica está lejos de persuadir puesto que convalida y subsana los errores formales que pudieran existir en una ley.

16° En segundo lugar, en esta materia, el requerimiento es incoherente. Lo anterior, porque en el petitorio de lo principal solo denuncia como resultado



inconstitucional los vicios de fondo alegados (“por cuanto vulnera las garantías establecidas en el artículo 19 N° 2, N° 10 y N° 11, inc. 1 de la CPR”, fojas 49), no los de forma, luego, no se pide que se acoja el requerimiento por vicios de forma. El enunciado normativo previo no hace parte de la solicitud y su omisión en la parte petitoria configura una renuncia igualmente formal a responder sobre ese efecto.

17° Sin embargo, aún hay algo más en relación con los vicios de forma. Al respecto, cabe señalar que la sede de inaplicabilidad no es la vía idónea para reclamar de los vicios de forma en que se haya incurrido en el procedimiento de formación de la ley, precisamente, porque ellos son ajenos a las circunstancias del caso concreto. Miriam Henríquez indica que “los autores coinciden en que la forma en que el Tribunal Constitucional conoce de las infracciones constitucionales propias en el ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad supone la “relativización” del carácter concreto de este control, aproximándose en un control abstracto; así como la generalización de los efectos de la sentencia, que son por definición constitucional *inter partes*. Lo anterior, permite confirmar que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es la vía idónea salvo su desnaturalización o incoherencia para controlar las infracciones constitucionales propias”.^{††}

Justamente, los efectos acotados de la competencia del Tribunal Constitucional impiden asumir que uno de los fundamentos de una sentencia estimatoria de inaplicabilidad por inconstitucionalidad supere con largueza el caso concreto y afecte directamente la ley. Ni por quórum constitucional ni por interpretación extensiva es posible expulsar del ordenamiento jurídico la mentada norma.

B.- LA SUBVENCIÓN EDUCACIONAL Y SUS ALCANCES HISTÓRICO-CONSTITUCIONALES.

18° El constitucionalismo decimonónico dedicó algunas relevantes disposiciones al ámbito que nos preocupa. Sin realizar un examen exhaustivo de las mismas ni detenerse en los primeros textos constitucionales que delimitaron parte de la discusión posterior, lo cierto es que cabe considerar que los artículos 128, 153 y 154 y segundo transitorio de la Constitución de 1833 preveían tres ideas relevantes: la obligación preferente del Estado de preocuparse por la educación; el deber del Congreso Nacional de elaborar un plan general de educación y la creación de una superintendencia de educación pública de carácter inspectiva, siendo el único caso de inspección administrativa sobre particulares que ha tenido rango constitucional.^{‡‡}

^{††} Henríquez Viñas, Miriam. (2017). Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, (15), 49-68, p. 65. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6119836>.

^{‡‡} Leal Vásquez, Brigitte (2015), *La potestad de inspección de la Administración del Estado*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 56, Santiago, p. 206.



Esta dimensión contenía en su seno la preocupación por la extensión de la enseñanza, por la configuración de estándares y contenidos uniformes y por la fiscalización de su cumplimiento.

Será la Ley de Instrucción Primaria de 24 de noviembre de 1860 la que defina un nuevo estatus en las reglas de la educación, convirtiendo al Estado en el principal proveedor y administrador del sistema educacional. La garantía de gratuidad legal en la enseñanza primaria y la responsabilidad fiscal añadida, pusieron al Estado en esta posición de proveedor y garante con un fuerte componente centralista. No obstante, junto al sector público determinó la existencia de una educación primaria privada, tanto pagada como gratuita, ésta última preferentemente de cargo de la Sociedad de Instrucción Primaria. El alcance de la actividad inspectiva de la Administración del Estado implicaba que “las escuelas particulares están sometidas a inspección en lo tocante a la moralidad y orden del establecimiento; pero no en lo relativo a la enseñanza.”^{§§} Esta modalidad llevó a que exista subvención a los establecimientos educacionales particulares desde el año 1860.^{***}

19° Bajo otro contexto constitucional, el artículo 10, numeral 7° de la Constitución de 1925, contextualizó los mandatos imperativos de la Constitución de 1833, pero ahora articulados como derecho constitucional bajo la noción de libertad de enseñanza, profundizando el alcance de la misma.

Ya en 1951, se dictó la Ley N° 9.864, que otorgó subvenciones a las escuelas primarias y a los establecimientos de educación secundaria, profesional y normal particulares gratuitos. La subvención establecida en la citada ley, se basaba en un cálculo fiscal por la asistencia media de un alumno y ello equivalía a la mitad del costo de un alumno de los establecimientos públicos, según se tratara de establecimientos primarios, secundarios, profesionales o normales. A esta subvención tenían derecho los establecimientos particulares gratuitos que tuvieran reconocimiento como cooperadores de la función educacional del Estado y que cumplieran las condiciones que la ley establecía, relativas a currículo, horas de funcionamiento e idoneidad del personal, entre otras. En el caso de los establecimientos de educación primaria, se exigía además que se pagara el sueldo vital y las imposiciones legales a todo el personal secolar (laicos y religiosos sin voto de pobreza).⁺⁺⁺

20° Por su parte, la Ley N° 7.295, de 1942, que regulaba las relaciones laborales entre empleados y empleadores, autorizaba que las Comisiones Mixtas de Sueldos fijaran un sueldo inferior al vital en el caso de los profesores y empleados de las escuelas primarias gratuitas y de los establecimientos de beneficencia y

^{§§} Amunátegui Rivera, J. Domingo (1900), *Resúmen de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile*, Montevideo, Imprenta y Litografía La Razón, p. 344. Reeditado por el Tribunal Constitucional, 2017.

^{***} Borgeaud Etter, Humberto (1956). Régimen jurídico de la enseñanza particular en Chile. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Editorial Universitaria S.A., Santiago, p. 82.

⁺⁺⁺ Borgeaud Etter, Humberto (1956). Op. cit.



asistencia, previniendo que los empleadores que gozaran de esta exención debían destinar la subvención fiscal que recibieran a aumentar los sueldos fijados por la Comisión Mixta respectiva, pero solo hasta la concurrencia del sueldo vital. La Ley N° 9.864 disponía, en su artículo 5°, que los establecimientos de enseñanza particular beneficiarios de la subvención debían gratificar al personal hasta con dos sueldos al año.

21° Los colegios particulares de educación secundaria pagados también podían ser receptores de subvención, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 10.343, de 1952. La subvención era por alumno de asistencia media y equivalía al 25% del costo de un alumno de los establecimientos públicos respectivos.

22° Posteriormente, el Decreto Ley N° 456, de 1974, que legisla sobre subvención a los establecimientos particulares gratuitos de enseñanza, y que derogó la Ley N° 9.864, destacaba, en su exposición de motivos, la necesidad de “avanzar hacia una justa nivelación de las remuneraciones mínimas de los profesores particulares con la de los profesores fiscales en los respectivos niveles de la enseñanza que impartan”. De este modo, establecía que el valor unitario de la subvención por alumno para cada especialidad de la enseñanza sería equivalente al porcentaje del sueldo base mensual que correspondía percibir al profesor titulado que se desempeñara en la respectiva rama de la enseñanza fiscal (artículo 3°), que el monto de las subvenciones se incrementaba en la proporción de aumento que experimentaran los sueldos bases mensuales de los profesores titulados que se desempeñaran en la respectiva rama de la enseñanza fiscal (artículo 22) y eximía de cualquier tributo el monto de las subvenciones que se destinara al pago de remuneraciones del personal, entre otros rubros (artículo 14). Asimismo, prescribía, como requisito para acceder a la subvención, que los establecimientos pagaran a su personal docente, paradocente, administrativo y de servicios una remuneración mínima equivalente al 75% de la que, por sus funciones, les correspondía percibir en los establecimientos fiscales de la misma especie, así como también que cotizaran a todo el personal del establecimiento las imposiciones legales en la respectiva caja de previsión (artículo 2°).

23° El Decreto Ley N° 456, de 1974, fue derogado por el Decreto Ley N° 2.438, de 1978, que fija normas sobre subvención a los establecimientos particulares gratuitos de enseñanza, el que establecía, entre otras disposiciones, que el monto de la subvención se incrementaba en el mismo porcentaje de variación que experimentaban las remuneraciones del personal docente fiscal (artículo 4°).

24° Luego, se dictó el Decreto Ley N° 3.476, de 1980, que fija normas a los establecimientos de enseñanza particular subvencionados por el Estado y derogó el Decreto Ley N° 2.438, de 1978. Este decreto ley vinculaba, entre otras variables, el incremento del monto de la subvención al reajuste general de las remuneraciones del sector público y establecía que la parte de la subvención que se destinara al pago de



remuneraciones del personal, entre otros rubros, no estaría afecto a ningún tributo de la ley sobre impuesto a la renta (artículo 11).

25° La Ley N° 18.482, de 1985, que introdujo modificaciones al mencionado decreto ley, incorporó un nuevo requisito para acceder a la subvención estatal, consistente en que el establecimiento particular debía encontrarse al día en los pagos por conceptos de remuneraciones y de cotizaciones previsionales respecto de su personal.

26° Posteriormente, el Decreto Ley N° 3.476, de 1980, fue refundido, coordinado y sistematizado en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1989, del Ministerio de Educación Pública, el que también fue refundido, coordinado y sistematizado en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1992, luego en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1996, y, finalmente, en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1998, que, con sus modificaciones posteriores, es el actualmente vigente.

27° Del recuento legislativo anterior fluye que, desde un inicio, el marco legal de la subvención a los establecimientos particulares gratuitos contemplaba que parte de ella fuera destinada al pago de remuneraciones del personal.

C.- SOBRE EL ESTATUTO LABORAL DE LOS ASISTENTES DE LA EDUCACIÓN.

28° Previo al proceso de municipalización de la educación, el régimen jurídico laboral del personal docente y administrativo de los establecimientos educacionales dependía de la naturaleza del establecimiento al que se prestaba servicios.

En efecto, el personal de los establecimientos educacionales fiscales estaba sujeto un estatuto jurídico público, en tantos funcionarios de la Administración Pública. Así, mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 280, de 1953, del Ministerio de Educación Pública, se aprobó el estatuto de la carrera profesional de los funcionarios dependientes de las Direcciones Generales de Educación del Ministerio de Educación Pública, el cual fue derogado más tarde por el Decreto con Fuerza de Ley N° 338, de 1960, del Ministerio de Hacienda, Estatuto Administrativo, que contenía un título especial sobre el Magisterio. Sus normas se aplicaban íntegramente a los funcionarios que pertenecían al escalafón docente, docente directivo, especial y auxiliar de talleres y laboratorios. Al personal administrativo y del servicio de las Direcciones de Educación, este título se les aplicaba en los casos en que expresamente se hacía referencia a ellos, de manera que, en lo demás, se regían por las normas generales del Estatuto Administrativo o por la del personal de servicios menores, según correspondiere.

29° Por el contrario, el personal docente y administrativo de los establecimientos particulares, incluyendo los subvencionados por el Estado, se encontraba sometido al régimen jurídico de los empleados particulares. El personal



de los establecimientos particulares subvencionados por el Estado quedaba sujeto, en general, a lo dispuesto en la Ley N° 7.295.

Por su parte, el personal de los establecimientos particulares pagados estaba sujeto a la Ley N° 10.518, que establecía que no le serían aplicable las disposiciones de la Ley N° 7.295, en lo que se refería a sueldo vital y a reajuste anual de sueldos.

En esta etapa, en consecuencia, no existía un marco legal que asimilara, en el orden laboral, derechos entre el personal de los establecimientos educacionales públicos y los particulares subvencionados. Sin perjuicio de lo cual, cabe anotar que se dictaron ciertas normas orientadas a vincular las remuneraciones del personal docente de los establecimientos particulares con las del personal docente de los establecimientos fiscales. Así, el Decreto Ley N° 2.327, de 1978, que implantó en el sector público una carrera docente, en su artículo 73, establecía que las remuneraciones de los profesores de los establecimientos educacionales particulares pagados, gratuitos o subvencionados de enseñanza parvularia, básica, diferencial y media, no podían ser inferiores al 75% del sueldo base del último grado del escalafón correspondiente del personal de los establecimientos educacionales fiscales.

30° Sin embargo, luego del proceso de municipalización de la educación, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1981, del Ministerio del Interior, estableció que el personal perteneciente al organismo o entidad del sector público que se haya traspasado a la administración municipal y el que posteriormente se contratara para el servicio traspasado no será considerado dentro de la dotación fijada para el municipio respectivo y se regirá en todo por las normas laborales, de remuneraciones y de previsión aplicables al sector privado. De esta manera, tanto el personal de los establecimientos educacionales municipales como el de los particulares quedó sujeto a las normas laborales del sector privado.

31° En lo que respecta al personal asistente de la educación, esta situación se mantuvo hasta la dictación de la Ley N° 19.464, de 1996, que establece normas y concede aumento de remuneraciones para personal no docente de establecimientos educacionales que indica. Esta ley creó una subvención destinada a aumentar las remuneraciones del personal asistente de la educación, tanto de los establecimientos educacionales municipales como particulares. También extendió la aplicación del artículo 75 del Código del Trabajo al personal asistente de la educación, que establece que el contrato de trabajo del personal docente vigente en el mes de diciembre se entiende prorrogado por los meses de enero y febrero, siempre que el docente tenga más de seis meses continuos de servicio en el mismo establecimiento. La ley reguló ciertas situaciones solo en relación con el personal asistente de la educación de los establecimientos municipales. Así, dispuso que este personal estará afecto en cuanto a permisos y licencias médicas, a las normas establecidas en la Ley N° 18.883, y sus remuneraciones se reajustarán en los mismos porcentajes y oportunidades en que se reajusten las remuneraciones del sector público, siendo



dicho reajuste de cargo de su entidad empleadora. Asimismo, en cuanto a su derecho de asociación funcionaria, estará sujeto a la Ley N° 19.296.

32° Por consiguiente, luego del proceso de municipalización de la educación, el personal no docente de los establecimientos educacionales, municipales y particulares, quedó sujeto a un mismo estatuto laboral hasta el año 1996, cuando se publicó la Ley N° 19.464, que introdujo algunas modificaciones en el ámbito de la educación subvencionada, tanto del sector municipal como particular.

33° El año 2017, se publicó la Ley N° 21.040, que crea el sistema de educación pública, ordenando el traspaso de los establecimientos educacionales municipales a los Servicios Locales de Educación. Luego, el año 2018, se publicó la Ley N° 21.109, que establece un estatuto funcionario de los asistentes de la educación pública.

En este sentido, la situación de los asistentes de la educación pública es similar a la que tenían previo proceso de municipalización, ya que se entiende que integran la Administración Pública. Ahora bien, atendido que la Ley N° 21.109 establece la aplicación supletoria del Código del Trabajo, existen áreas en que la misma normativa aplicará a los asistentes de la educación de los establecimientos públicos y a los de los particulares subvencionados. Asimismo, la Ley N° 21.152 extendió a los asistentes de la educación de los establecimientos particulares subvencionados las disposiciones del Párrafo 1° del Título III de la Ley N° 21.109, y que dicen relación con las condiciones laborales.

34° Cabe señalar, a modo de conclusión, que si bien en la época en que el personal de los establecimientos educacionales públicos y particulares estuvo sujeto a estatutos jurídicos diversos por la naturaleza de los establecimientos, lo cierto es que la legislación, en general, propendió a velar por derechos laborales básicos del personal de los establecimientos particulares, por ejemplo, al establecer como requisito para el acceso a la subvención el pago de las remuneraciones y de las imposiciones de seguridad social.

D.- LA SUBVENCIÓN EDUCACIONAL Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO UN DERECHO A ORGANIZACIÓN.

35° Como ha sostenido esta Magistratura respecto de esta materia, “la relación subvencional es el vínculo jurídico establecido entre la Administración y el particular, con ocasión del otorgamiento de una subvención por la primera al segundo.” (STC 3132, c. 4°).

36° “La subvención constituye un acto administrativo favorable o declarativo de derechos, y se concibe como una suma de dinero, consignada presupuestariamente, que el Estado transfiere en forma gratuita a un particular a título no devolutivo, es decir, sin cargo a devolución, sometida a la afectación jurídica de utilizar dicha cantidad de dinero para la satisfacción de una necesidad



pública o la realización de la conducta calificada de interés público.” (STC 3132, c. 5°).

37° “El fundamento constitucional de la legislación relativa a la subvención o beneficio económico que el Estado otorga a los establecimientos de enseñanza que cumplen las exigencias previstas en la normativa legal respectiva, surge del artículo 19 N° 10, inciso 5°, CPR., que preceptúa que la educación básica y la media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. Estas transferencias no son un regalo, sino una donación modal o condicionada al cumplimiento de determinados fines para recibirlos y al logro de ciertos resultados que se estiman valiosos, lo que implica, en ciertos casos, restricciones de derechos.” (STC 3132, c. 7°, siguiendo criterios sostenidos en la STC 2787, 1295, c. 90° y 410, c. 19°).

38° Nuestra Magistratura también ha estudiado el modo en que se incardina la subvención dentro de las finalidades de promoción de políticas públicas puesto que se insertan en la dimensión del cumplimiento del deber de gratuidad de la enseñanza (artículo 19, numeral 10°, incisos 4° y 5° de la Constitución). Este deber se realiza en consonancia con el ejercicio de derechos que realiza la sociedad entera en cuanto tributaria del deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación (artículo, 19, N° 10, inciso 7°, de la Constitución). Ello permite la disposición y uso de la técnica de fomento mediante la subvención educacional para abarcar de un modo especial y diferente a todo un “sector” (artículo 19, numeral 22°, inciso segundo, de la Constitución) como es la educación. Este beneficio económico implica que el Estado otorga a los establecimientos que cumplen las exigencias previstas en la normativa legal respectiva (STC Rol N° 771-07, c. 7°).

39° Otorgar la subvención no es una decisión de cumplimiento discrecional y librada a la magnanimidad del Estado, toda vez que se trata de una obligación ineludible, cuya justificación radica en la importancia excepcional que tiene la educación. Permite articular la cooperación público-privada para asegurar la educación gratuita. Hace hincapié en que se trata de dinero público, y, por consiguiente, nuestro sistema contempla todo un mecanismo destinado a garantizar que estos dineros se empleen en la finalidad prevista por el legislador y en tal sentido, la subvención no está diseñada para mantener establecimientos educacionales, sino sólo en la medida que éstos contribuyan a materializar el derecho a la educación, que es lo que justifica que obtengan la subvención.

40° El derecho a la educación está soportado en una estructura institucional que le da cuerpo. El establecimiento educacional o, más coloquialmente, la escuela es uno de sus eslabones esenciales que le permiten estructurar este derecho. La escuela es la síntesis de la colaboración pública-privada como organización de medios materiales, intelectuales, tecnológicos, financieros, administrativos y pedagógicos que formulan el servicio educacional.



41° Pero aún más importante que todo ello, la educación es uno de los reflejos más densos y complejos que reúne no uno sino que variados derechos y libertades fundamentales en su seno (de educación, de enseñanza, de cátedra, libertad de expresión, libertad religiosa, derechos laborales, etc.). Por ello, este conjunto articulado nos revela la importancia de ser un derecho que podría caracterizarse como un ejemplo de un “derecho a organización y procedimiento”.^{###} Lo más relevante es que dentro de esa estructura la escuela debe concebirse con todos sus estamentos laborales. No es posible, en el siglo XXI, persistir con tesis que distinguen el trabajo intelectual del manual, menos en el seno de los procesos educativos de una sociedad. En tal sentido, los asistentes de la educación configuran parte del entramado organizativo de toda escuela y no es posible prescindir de su labor.

E.- EL ARTÍCULO 56 DE LA LEY 21.091 RESPETA LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

42° Respecto de la igualdad ante la ley, uno de los primeros argumentos es que se produce una discriminación puesto que se trata como iguales a los no iguales. Puesto que implicaría tratar a los establecimientos particulares subvencionados como “clones” de los establecimientos de educación pública.

A este respecto, el requerimiento contiene argumentaciones incompatibles. La requirente reprocha que la ley haya extendido los beneficios a los asistentes de la educación de los establecimientos particulares subvencionados, pero al mismo tiempo objeta que no haya extendido los beneficios a los asistentes de la educación de los establecimientos particulares pagados, obviando que estos últimos no reciben subvención.

43° El requirente, al parecer, advirtiendo la contradicción, señala a continuación que la naturaleza de la función de los asistentes de la educación, desde el punto de vista del feriado, no es distinta a la de un portero, cocinero o contador de una oficina a la que concurren abogados de 50 años. Siguiendo este último criterio, entonces, tampoco se justificaría el feriado para los asistentes de la educación de los establecimientos públicos y lo que en realidad se criticaría es una decisión de mérito del legislador: el sistema de protección laboral de los asistentes de la educación.

En definitiva, una cosa no puede ser algo y no ser eso al mismo tiempo. Los requirentes alegan que la disposición impugnada vulnera la ley porque extiende los beneficios y también la vulnera porque no los extiende suficientemente. Más que inconstitucionalidad es una insatisfacción por el grado de la compensación.

Por lo demás, parece arbitrario y muy conveniente la afirmación de que es razonable que el Estatuto Docente establezca un mismo sistema de feriado para los

^{###} Alexy, Robert (2002), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 454 y siguientes. No es del caso explicar los contornos de geometría variable que implica este tesis.



profesionales de la educación, pero es ilógico que la ley disponga un mismo sistema de feriado para los asistentes de la educación. El requerimiento es deficiente en justificar porque en el primer caso es razonable la equiparación y en el segundo, no.

44° El segundo reproche de igualdad o discriminación dice relación con el hecho de que diferencia cuando debe igualar. El ejemplo, lo trae a colación que los establecimientos particulares subvencionados deben tener la misma libertad laboral que los establecimientos particulares pagados. Acá los igualaría la condición de “particulares”, sin embargo, se trata de categorías incompatibles porque a los colegios particulares “pagados” no se les entrega “subvención” por la naturaleza misma de su organización.

45° Por el contrario, cabe señalar que la disposición impugnada “realiza” y “concretiza” el principio de igualdad ante la ley, al asimilar los beneficios y mejoras en las condiciones laborales de los asistentes de la educación en todos los establecimientos educativos que reciben aporte estatal. No se advierten argumentos que permitan desestimar esta igualación en feriados al interior de la categoría de empleados dentro de “un mismo establecimiento educacional”. Después veremos el alcance de este derecho en relación con la libertad de enseñanza en cuanto a la potestad del sostenedor de “organizar y mantener” su establecimiento. Por de pronto, cabe advertir que el dilema no reside en el artículo 56 sino que en el artículo 41 de la Ley 21.091.

46° No es posible caracterizar el estatuto laboral de los asistentes de la educación como un estatuto “privilegiado” al obtener el mejor de los mundos de todos los estatutos laborales posibles. Esta “idea” adaptada de la “judicialización de las tutelas laborales” no toma en cuenta que el estatuto laboral de los asistentes de la educación fue decidido por el Congreso Nacional y no es el resultado de decisiones jurisprudenciales puntuales. En segundo lugar, abarca al segmento menos privilegiado de la organización educativa y, por ende, no sólo configura una realización “formal” de igualdad sino que también “material” al ser un instrumento de igualación y aplanamiento de diferencias salariales. Asimismo, su eje no es sólo ese, sino que está en el reconocimiento de derechos más allá de los remunerativos y que tienen particular vínculo con lo que acontece en el mundo de la escuela. Finalmente, tampoco la idea de “estatuto” por sí misma configura un privilegio y menos la teoría de que ellos deberían asimilarse a la categoría de “trabajadores”, bajo el régimen del Código del Trabajo. Esas son decisiones de mérito del legislador que no cabe impugnarlas en relación al efecto del feriado y generalizarlas a toda la categoría de asistentes de la educación. Eso está más allá de la litis constitucional trabada en esta causa.

47° En cuanto a la incertidumbre respecto a la entrada en vigor de la ley, cabe tener presente lo siguiente. Primero, la Ley N° 21.152 no contiene disposiciones transitorias, por lo tanto, debe entenderse que rige desde su publicación. En ese sentido, no hay tal incertidumbre. Segundo, la Ley N° 21.109, modificada por la Ley



Nº 21.152 sí contiene disposiciones transitorias. El artículo cuarto transitorio dispone que las disposiciones de la ley comenzarán a aplicarse desde el traspaso del servicio educacional al servicio local respectivo. Con todo, respecto del feriado anual especial, regulado en el artículo 41 de la Ley Nº 21.109, las disposiciones entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 2019 respecto de aquellos servicios educacionales que no hayan sido traspasados. En consecuencia, en la práctica, el efecto más gravoso aludido por la requirente, esto es, el feriado anual especial, se encuentra en vigor respecto de los establecimientos educacionales públicos. Por lo tanto, no hay diferencia con los establecimientos subvencionados.

48º Una consideración final sobre el juicio de igualdad en materias fiscales y subvencionales. La exigencia de “gratuidad” en determinados niveles nace desde la Constitución. Es un mandato centrado en un objetivo de política pública puesto que lo asigna como una tarea estatal de promoción centrada en el objetivo de “asegurar el acceso a ellas (la educación básica y media) de toda la población” (inciso 5º del numeral 10º del artículo 19 de la Constitución). Este deber nace sin vincularlo a un tipo de establecimiento educacional. No es relevante el carácter público o privado del colegio. Por ende, el fundamento genérico para recibir la subvención, como política de fomento y promoción, es el mismo fundamento para cautelar los derechos del personal que trabaja en esos establecimientos, sin distinción general alguna. Dicho de otro modo, separar los estatutos es renunciar a la subvención, asunto perfectamente posible en el marco constitucional y legal actual.

49º A partir de esta constatación, es relevante identificar el régimen subvencional a la educación particular financiada bajo esa modalidad. El Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL Nº 2, de 1996, sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales dispone en su artículo 2º, inciso primero, que *“el régimen de subvenciones propenderá a crear, mantener y ampliar establecimientos educacionales cuya estructura, personal docente, recursos materiales, medios de enseñanza y demás elementos propios de aquella proporcionen un adecuado ambiente educativo y cultural”*.

Este régimen de financiamiento es plural y abarca subvenciones regulares, especiales o escolar preferencial, todas ellas con requisitos diversos, particularmente, identificando objetivos de política pública en la medida que acrecienten su especialidad.

Bajo este criterio, la legislación no duda en reconocer a los asistentes de la educación como parte de la comunidad educativa (artículo 6º, literal d) del DFL Nº 2/1998) y con su derecho de asociación cautelado (artículo 6º, literal f) ter del DFL Nº 2/1998). Y en consecuencia, integra más ampliamente el proceso escolar a partir de un expreso reconocimiento de sus beneficios con cargo a dicha subvención, según veremos.



F.- NO HAY VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA NI DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN.

50° De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º, literal ii), del DFL N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, uno de los fines educativos de la educación es el pago de remuneraciones, honorarios y beneficios de los asistentes de la educación que se desempeñen en el establecimiento educativo.

En consecuencia, la Ley 21.091 no ofrece novedad alguna al sistema educativo. Esta Magistratura ha declarado constitucional el establecimiento de dichos fines de uso de la subvención, con lo cual no resulta incompatible con la Carta Fundamental el extender su uso a los feriados. ¿Cómo podemos trazar una frontera de uso definida por el legislador? Entender que puede financiar el feriado de los directores y docentes del establecimiento educacional y no de los asistentes de la educación es una cuestión que merece una explicación circunstanciada, puesto que la carga de la prueba reside al revés.

51° Es decir, el pago de los nuevos beneficios laborales establecidos a favor de los asistentes de la educación se inscribe dentro de los fines a los que está afecta la subvención. Luego, el conflicto planteado por la requirente no es de naturaleza constitucional, sino financiera. El problema reside en que el legislador no habría contemplado un aumento de la subvención y no en la destinación de la subvención. Lo primero obliga a la requirente a una redistribución en la subvención, pero ese es un asunto ajeno a la competencia del Tribunal Constitucional.

Es evidente que la ley no disponía de nuevos recursos sino que configuraba una distribución de los mismos. Si hubiera ofrecido un problema constitucional relativo a no identificar una fuente de financiamiento adicional, es la propia Carta Fundamental, en su artículo 67, el que arbitra los medios para resolver un conflicto de esa naturaleza. Pero ese es un dilema financiero y no de derechos.

52° No hay vulneración al derecho a la educación porque hay ausencia de la titularidad debida para reprochar esa infracción de derecho. Ni los estudiantes ni sus padres concurren a la gestión pendiente y a este requerimiento.

53° A fs. 40, los requirentes sostienen que “el artículo 56 de la Ley N° 21.109 cruza total y completamente la frontera trazada en STC 2787-2015, en la medida en que se inmiscuye de lleno en la administración de la subvención”. Esta afirmación no deja de llamar la atención, considerando que la subvención está prevista para el pago de remuneraciones y beneficios del personal docente y asistente de la educación. Es decir, ya hay una intervención. La aplicación del precepto impugnado no cambia dicha situación.

54° Por otro lado, los requirentes incurren en un error cuando señalan que no podrán desarrollar actividades imprescindibles en el periodo estival. Ello, porque el artículo 41 de la Ley N° 21.109 establece la posibilidad de que personal asistente de la educación preste servicios durante dicho periodo cuando ello sea esencial para



asegurar el servicio educativo, así como también para la realización de labores que determine mediante acto fundado el Director Ejecutivo, debiendo compensarse el feriado en cualquier otra época del año.

V.- CASO CONCRETO.

55° Del examen de criterios fluyen los criterios del rechazo. En cuanto a los vicios de forma, por no tener aptitud razonable de ser resueltos mediante la vía de la inaplicabilidad y, aunque ello fuera discutible y exija consideraciones adicionales, para efectos prácticos, en esta causa no fue solicitado resolver conforme a una petición fundada en un vicio de forma.

56° En la gestión pendiente se manifiesta la Ineficacia de la acción de inaplicabilidad. El Recurso de Protección pretende que la Corte de Apelaciones de Santiago decrete que el acto administrativo recurrido sea dejado sin efecto o invalidado, por arbitrario e ilegal. Sin embargo, los efectos inconstitucionales acusados por la requirente derivan directamente por aplicación del precepto impugnado y no por las instrucciones impartidas por el Ministerio de Educación. La ley no supedita a ningún acto administrativo el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley N° 21.109.

57° El requerimiento no se basta a sí mismo con el reenvío del artículo 56 puesto que está todo el Párrafo 1° del Título III. Cada disposición debe verificar su razonabilidad en el caso concreto. Lo pretendido es excluir un capítulo completo de la legislación y los beneficios que trae aparejado para un sector integrante de la comunidad escolar sin especificar de qué modo le causa agravio cada uno de los artículos que se estiman excluidos. De este modo, la norma no es decisiva en la gestión pendiente.

58° En cuanto al juicio de igualdad propuesto, se construye un juicio relativo y variable que pretendiendo sostener la exclusión del estatuto laboral de asistentes de la educación a los colegios particulares subvencionados, termina verificando un examen de grados de insuficiencia del artículo 56 de la Ley N° 21.091; para estar, por una parte, con el “parámetro público” en la percepción de la subvención y con el “parámetro privado” para subordinar las relaciones laborales de estos asistentes enteramente al Código del Trabajo. Objetivamente no demuestra porqué el legislador tiene un impedimento constitucional de legislar ese beneficio, sea que lo haga en un estatuto particular como en la misma legislación laboral.

El orden subvencional en el ámbito educativo nace desde la Constitución (inciso 5°, numeral 10, del artículo 19 de la Constitución) sin distinguir los establecimientos educacionales que impartan la educación.

Y la norma cuestionada viene a identificar un modo en que se ejecuta, realiza y concretiza la “igualdad ante la ley”, al interior de la comunidad escolar que expresamente integra a los asistentes de la educación.



59° Finalmente, en cuanto a la afectación de la libertad de enseñanza, el pago de los nuevos beneficios laborales establecidos a favor de los asistentes de la educación se inscribe dentro de los fines a los que está afecta la subvención, reconocidos expresamente en el artículo 3°, literal ii), del DFL N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación sin que se haya reprochado la función de dicho precepto.

Tampoco afecta el derecho a “organizar” y “mantener” el establecimiento educacional porque el artículo 41 de la Ley N° 21.091, expresamente le permite al sostenedor disponer del establecimiento en un período estival.

60° En consecuencia, sirvan estos argumentos para desestimar la concurrencia de una vulneración a los artículos 19, numerales 2° y 11°, de la Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, y la disidencia, el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 7236-19-INA

SRA. BRAHM

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el País.



Autoriza el Secretario subrogante del Tribunal Constitucional, señor Sebastián López Magnasco.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be "Sebastián López Magnasco", written over a horizontal line.