



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E 4940(974)2018

Jurídico

ORDINARIO N°: 474 /

ACTUACIÓN:
Aplica doctrina.

MATERIA:
Certificado de antecedentes de país de origen.
Establecimientos educacionales.

RESUMEN:
El administrador de un establecimiento educacional regido por el D.L.N°3.166, de 1980 y el sostenedor de un establecimiento particular subvencionado conforme al D.F.L N°2, de 1998, del Ministerio de Educación, se encuentran facultados para exigir un certificado de antecedentes del país de origen a los trabajadores extranjeros previo a su contratación en calidad de docente y asistente de la educación, atendido que la ausencia de antecedentes penales constituye un requisito de idoneidad para ejecutar dichas funciones.

ANTECEDENTES:
1) Instrucciones de 09.03.2022, de Jefa Unidad de pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
2) Presentación de 02.05.2018, de Fundación Educacional Comeduc.

SANTIAGO, 22 MAR 2022

DE: JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A: FUNDACION EDUCACIONAL COMEDUC
MERCED N°230
SANTIAGO

Mediante presentación del antecedente 2) solicita que este Servicio se pronuncie si resulta procedente exigir a los extranjeros que serán contratados para

prestar servicios en calidad de docentes o bien, de asistentes de la educación en los establecimientos educacionales particulares subvencionados y técnicos profesionales, de su dependencia, un certificado de antecedentes de su país de origen.

Funda su presentación en el hecho que, para ejercer en calidad de docente y asistente de la educación, la legislación exige que tales dependientes, sin distinguir nacionalidad, no se encuentren inhabilitados de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4° del Estatuto Docente y 3° de la Ley N°19.464.

Al respecto, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

El Artículo 19 N°16, incisos 1° 2° y 3° de a la Constitución Política de la República, dispone:

"La Constitución asegura a todas las personas:

16°.- La libertad de trabajo y su protección.

"Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos".

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así".

Del precepto citado se desprende que la Constitución Política reconoce el derecho de toda persona a la libre contratación y a la libre elección del trabajo, lo que se traduce en la facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos en la ley.

Asimismo, en el ámbito laboral las personas se encuentran amparadas por un derecho constitucional que las protege en el sentido de no ser objeto de discriminaciones arbitrarias, esto es, no verse afectadas por cualquier acto de discriminación que no diga relación con la idoneidad o capacidad personal.

A su vez, se establece como únicas limitaciones a la libertad de trabajo aquellas actividades que sean contrarias a la moral, seguridad, salubridad pública o bien, que lo exija el interés nacional o una ley lo declare.

Por su parte, el artículo 2° del Código del Trabajo, en sus incisos 3°, 4°, 5° y 6°, prescribe:

"Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

"(...)Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en

organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. “

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto “.

Precisado lo anterior, cabe señalar que nuestra legislación estableció una serie de inhabilidades para el ejercicio de la función de los docentes como de los asistentes de la educación, circunstancias que de afectar a alguno de ellos constituye un impedimento para ser contratado por el sostenedor o administrador.

En efecto, el D.F.L N°1 que “Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 19.070 que Aprobó el Estatuto de los Profesionales de la Educación, y de las Leyes que la complementan y modifican”, en su artículo 4°, dispone:

“Sin perjuicio de las inhabilidades señaladas en la Constitución y la ley, no podrán ejercer labores docentes quienes sean condenados por alguno de los delitos contemplados en las leyes Nos 20.000, con excepción de lo dispuesto en su artículo 4°, 20.066 y 20.357, y en los párrafos 1, 2, 5, 6 y 8 del Título VII; en los párrafos 1 y 2, en los artículos 395 a 398 del párrafo 3 y en el párrafo 5 bis del Título VIII, y en los artículos 433, 436 y 438 del Título IX, todos del Libro Segundo del Código Penal, y los que se encontraren inhabilitados de acuerdo al artículo 39 bis del mismo Código.

En caso de que el profesional de la educación sea sometido a la medida cautelar de prisión preventiva en una investigación por alguno de los delitos señalados en el inciso anterior, podrá ser suspendido de sus funciones, con o sin derecho a remuneración total o parcial, por el tiempo que se prolongue la medida cautelar”.

A su vez, el artículo 10° del Decreto N°453, de 1991, que “Aprueba Reglamento de la Ley N°19.070, Estatuto de los Profesionales de la Educación”, establece:

“No obstante lo dispuesto anteriormente, los profesionales de la educación están afectos a las siguientes inhabilidades para ejercer sus labores docentes.

a. Las contempladas en el artículo 9° de la Constitución Política de la República de Chile, que impide a los responsables de conductas terroristas por un plazo de quince (15) años ejercer funciones o cargos públicos sean o no de elección popular, o de Rector o Director de establecimiento de educación o para ejercer en ellos funciones de enseñanza.

b. Las generales contempladas en el Código Penal de inhabilitación absoluta o especial perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de inhabilitación absoluta o especial temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares, en los casos y respecto de las personas a las que se apliquen estas penas ya sea como principales o accesorias, según lo dispuesto en dicho cuerpo legal.

c. Las especiales contempladas en el artículo 4° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1996, del Ministerio de Educación de inhabilitación para ejercer labores docentes cuando hayan sido condenados por los delitos de aborto, raptó, violación, estupro, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos, ultrajes públicos a las buenas costumbres, homicidio o infanticidio”.

Por su parte, el artículo 3° de la Ley N°19.464, que "Establece Normas y Concede Aumento de Remuneraciones para Personal No Docente de Establecimientos Educativos que indica", dispone:

"Sin perjuicio de las inhabilidades señaladas en la Constitución y en la ley, no podrán desempeñar labores de asistentes de la educación los condenados por alguno de los delitos contemplados en el título V del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia; alguno de los delitos contemplados en las leyes Nos 16.618; 20.000, con excepción de lo dispuesto en su artículo 4; 20.005; 20.066 y 20.357; y en los artículos 141, inciso final, y 142, inciso final, del párrafo 3 del título Tercero, en los párrafos 2, 5, 6, 7 y artículo 374 bis del título Séptimo, en los párrafos 1 y 2, en los artículos 395 a 398 del párrafo 3, y en los párrafos 3 bis y 5 bis del título Octavo, y en los artículos 433, 436 y 438 del título Noveno, todos del Libro Segundo del Código Penal.

En caso de que el asistente de la educación sea sometido a la medida cautelar de prisión preventiva en una investigación por alguno de los delitos señalados en el inciso anterior, podrá ser suspendido de sus funciones, con o sin derecho a remuneración total o parcial, por el tiempo que se prolongue la medida cautelar.

Asimismo, para desempeñarse como asistentes de la educación deberá acreditarse idoneidad psicológica para desempeñar dicha función, sobre la base de un informe que deberá emitir el Servicio de Salud correspondiente y no podrán encontrarse inhabilitados para trabajar con menores de edad o desempeñarse en establecimientos educativos, de acuerdo a la ley N° 20.594.

El informe de idoneidad psicológica señalado en el inciso anterior deberá referirse exclusivamente a la aptitud del trabajador para relacionarse con menores de edad y no podrá en caso alguno referirse a las competencias laborales del trabajador, las que deberán acreditarse en el correspondiente proceso de selección de personal.

La idoneidad psicológica para desempeñarse como asistente de la educación deberá acreditarse en forma previa a la celebración del respectivo contrato".

En el mismo orden de ideas, el D.F.L. N°2, de 2009, que "Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N°20.370 con las Normas No Derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005", en su artículo 46 letra g), dispone:

"El Ministerio de Educación reconocerá oficialmente a los establecimientos educativos que impartan enseñanza en los niveles de educación parvularia, básica y media, cuando así lo soliciten y cumplan con los siguientes requisitos:

"g) Tener el personal docente idóneo que sea necesario y el personal asistente de la educación suficiente que les permita cumplir con las funciones que les corresponden, atendido el nivel y modalidad de la enseñanza que impartan y la cantidad de alumnos que atiendan.

Tratándose de la educación parvularia y básica, se entenderá por docente idóneo al que cuente con el título de profesional de la educación del respectivo nivel y especialidad cuando corresponda, o esté habilitado para ejercer la función docente según las normas legales vigentes. En la educación media, se entenderá por docente idóneo al que cuente con el título de profesional de la educación del respectivo nivel y especialidad cuando corresponda, o esté habilitado para ejercer la función docente según las normas legales vigentes, o esté en posesión de un título profesional o licenciatura de al menos ocho semestres, de una universidad acreditada, en un área afín a la especialidad que imparta, para lo cual estará autorizado a ejercer la docencia por un período máximo de tres años renovables por otros dos, de manera continua o discontinua y a la sola petición del director del establecimiento. Después de los cinco años, para continuar ejerciendo la

docencia deberá poseer el título profesional de la educación respectivo, o estar cursando estudios conducentes a dicho grado o acreditar competencias docentes de acuerdo a lo que establezca el reglamento. Este reglamento sólo podrá establecer los instrumentos de evaluación de conocimientos disciplinarios y prácticas pedagógicas como el medio idóneo para acreditar competencias docentes.

Los docentes, habilitados conforme a la ley y el personal asistente de la educación deberán, además, poseer idoneidad moral, entendiéndose por tal no haber sido condenado por crimen o simple delito de aquellos a que se refiere el Título VII del Libro II del Código Penal, o la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes, o la ley N°20.066, que sanciona la violencia intrafamiliar, ni a la pena de inhabilitación establecida en el artículo 39 bis del Código Penal”.

De la disposición legal transcrita se desprende que el requisito de idoneidad moral del personal docente y asistente de la educación de los establecimientos educacionales es un elemento que el sostenedor debe observar al momento de contratar a dichos trabajadores, obligación que no se agota en dicha etapa sino que debe estar presente durante el transcurso de la relación laboral, para así resguardar la integridad física y moral de los alumnos, los que se mantienen en contacto directo y permanente con dicho personal.

En tal sentido, la jurisprudencia administrativa de este Servicio ha señalado en el Dictamen N°3840/194 de 18.11.2002, que:

“(…)el único caso en que debe admitirse como lícito la exigencia de un certificado de antecedentes corresponde a aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, exijan de modo indubitado, como parte de capacidad o idoneidad para su ejecución o desarrollo, la ausencia de antecedentes criminales o penales, que en el caso de la recurrente, queda restringido a las tareas del personal que tiene como función principal y directa la atención de niños o jóvenes con discapacidad, no pudiendo sostenerse dicha exigencia, en caso alguno, respecto de las restantes tareas o funciones desarrolladas por la fundación empleadora”.

A su vez, el Ordinario N°5818 de 05.12.2016, señala que:

“De este modo, considerando que en el caso en cuestión, el requisito de idoneidad moral del personal docente y asistente de la educación de los establecimientos educacionales no ha sido impuesto por el empleador de modo arbitrario, sino que es un requisito establecido por el legislador para asegurar la integridad física y moral de los alumnos, considerando que la actividad de los trabajadores de que se trata implica estar en contacto habitual con menores, preciso es sostener que la exigencia de un certificado de antecedentes, documento necesario para acreditar el cumplimiento de la referida exigencia legal, se ajusta a derecho.”

Dicho pronunciamiento concluye señalando que:

“Los sostenedores de los establecimientos educacionales particulares subvencionados conforme al D.F.L. N°2, de 1998, del Ministerio de Educación se encuentran facultados para solicitar al personal docente y asistente de la educación, certificado de antecedentes como requisito de contratación y permanencia en los referidos establecimientos, a objeto de garantizar el cumplimiento de las exigencias impuestas por el legislador en los artículos 4° del Estatuto Docente y 3° de la Ley N°19.464”.

Por su parte, el Ordinario N°0628 de 03.02.2017, concluye que: “La solicitud de un certificado de antecedentes, por parte del empleador, sólo puede operar como requisito para la admisión a un trabajo determinado, cuando resulta absolutamente indispensable, por considerarse que en dicho trabajo la calidad de persona con antecedentes penales resulta ser parte de la idoneidad y capacidad para ejecutarlo, único


critorio legítimo y autorizado constitucionalmente para ser considerado por los oferentes de trabajo en la contratación de trabajadores”.

En ese contexto y considerando que la idoneidad moral es un requisito que debe cumplir el docente o asistente de la educación no solo al momento de su contratación sino que durante el transcurso de la relación laboral atendido el bien jurídico protegido por el legislador, cual es, la integridad física y moral de los alumnos, se estima que resulta procedente exigir el certificado de antecedentes de su país de origen a los trabajadores extranjeros que eventualmente puedan ser contratados para prestar servicios en calidad de docentes y asistentes de la educación.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumplo con informar a usted:

El administrador de un establecimiento educacional regido por el D.L.N°3.166, de 1980 y el sostenedor de un establecimiento particular subvencionado conforme al D.F.L N°2, de 1998, del Ministerio de Educación, se encuentran facultados para exigir un certificado de antecedentes del país de origen a los trabajadores extranjeros previo a su contratación en calidad de docente y asistente de la educación, atendido que la ausencia de antecedentes penales constituye un requisito de idoneidad para ejecutar dichas funciones.

Saluda atentamente a Ud.,


JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

LBPI/CAS
Distribución
-Jurídico
-Partes