



000079
Atenta y mere

Santiago, dieciocho de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Con fecha 12 de febrero de 2018, Virginia Fuentealba Vergara, docente, domiciliado en calle Sargento Candelaria N° 1210, Población Santa Bárbara, Renca, Región Metropolitana, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso primero del artículo 75 de la Ley N° 18.695, en los autos sobre recurso de protección que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 2794-2018.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:

"Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades

(...)

Artículo 75.- Los cargos de concejales serán incompatibles con los de miembro de los consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil, así como con las funciones públicas señaladas en las letras a) y b) del artículo anterior. También lo serán con todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe.

Tampoco podrán desempeñar el cargo de concejal:

- a) Los que durante el ejercicio de tal cargo incurran en alguno de los supuestos a que alude la letra c) del artículo 74;*
- b) Los que durante su desempeño actuaren como abogados o mandatarios en cualquier clase de juicio contra la respectiva municipalidad; y*
- c) Los que tengan, respecto del alcalde de la misma municipalidad, la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad inclusive.*

Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, a los concejales no les será aplicable la incompatibilidad establecida en el inciso primero del artículo 86 de la Ley N° 18.834."

Síntesis de la gestión pendiente

Expone el requirente que acciona en el contexto de un recurso de protección deducido contra el Alcalde de la Municipalidad de Renca, en cuanto le fue informado que debía renunciar a sus labores de docente ejercidas en el Instituto





Cumbre de Cóndores Oriente, dependiente de la Corporación Municipal de Renca, para poder continuar ejerciendo funciones como Concejala.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del tribunal

Refiere la requirente que fue informada en diciembre de 2017, por carta de la Corporación Municipal de Renca, sobre la incompatibilidad establecida en la norma que impugna, motivo por cual debía renunciar a sus labores de docencia, al resultar estas irreconciliables con el cargo de concejala, que asumió en diciembre de 2016.

Comenta que la norma impugnada afecta el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. Así, en el caso concreto, se está ante un ciudadano que cumple las condiciones para acceder a cargos de elección popular y que, no obstante, resultando electo se ve en obligación de optar entre su empleo o ejercer como concejal. Tal incompatibilidad, a juicio del requirente, no se sustenta en razones de probidad y transparencia, según se deduce de la historia de la ley, motivo por el cual se produce una irracional discriminación conducente a la transgresión de sus derechos políticos y de propiedad.

Agrega que la norma impugnada afecta la libertad de trabajo, reconocida en el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental al producirse una discriminación no basada en la capacidad o idoneidad personal del trabajador. Explica así que ella establece un impedimento para que los concejales trabajen en organismos dependientes de la misma Municipalidad, pero no basándose en las razones de discriminación constitucionalmente admitidas.

Comenta asimismo que la norma impugnada afecta el derecho a ser admitido a todas las funciones y empleos públicos, reconocido en el art. 19 N° 17 de la Constitución Política de la República, sin otros requisitos que los que impongan la Carta Fundamental y las leyes. Así, el precepto impugnado establece incompatibilidad entre el cargo de concejala y sus labores de docencia. Más, ello constituye un requisito arbitrario que la Constitución Política no ha establecido.

Adicionalmente, expone que la norma impugnada afecta el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental. Comenta que en el caso concreto es propietaria de su cargo como funcionario docente, como así también de las futuras remuneraciones futuras que en virtud del mismo serán percibidas, y que por ello, la obligación a renunciar a su cargo de docente vulneraría sus derechos de propiedad sobre tales.

Añade que la norma cuestionada afecta igualmente, en su esencia, los derechos de igualdad, propiedad y acceso igualitario a los cargos de elección popular. Ello en cuanto la norma impugnada no regula ni complementa los derechos referidos, sino que establece condiciones que limitan su libre ejercicio,



000080
abierta

transgrediendo abierta y manifiestamente el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental.

Asimismo, sostiene que la norma impugnada infringe el artículo 1° de la Constitución Política de la República, al constituir su aplicación una discriminación de carácter arbitrario a la Carta Fundamental, siendo las razones de la arbitrariedad comunes a las infracciones constitucionales previamente referidas.

Por último, expone el requirente que se produce, ante tal incompatibilidad de funciones, una infracción a los artículos 23 N° 1 letra c) y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación al derecho a un trato igualitario y al acceso igualitario a los cargos de elección popular.

Por ello solicita sea acogida la presentación de fojas 1.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala con fecha 21 de marzo de 2018, a fojas 45 A su turno, en resolución de fecha 23 de marzo del mismo año, a fojas 46, se declaró admisible.

Conforme consta en autos, conferido traslado a las demás partes interesadas y a los órganos constitucionalmente interesados, sólo se efectuaron observaciones en sede de admisibilidad por parte de la Corporación Municipal de Renca, a fojas 36.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 30 de octubre de 2018 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos por parte de la Corporación Municipal de Renca, de la abogada Paula Monsalve Manso, adoptándose acuerdo en la misma fecha, conforme fue certificado por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

I) CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD.

PRIMERO: Que se ha promovido cuestión de constitucionalidad en torno a la legitimidad constitucional de una parte del artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695 (en adelante LM) – en su texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por el DFL N° 1 (Interior), de 26.07.2006 – que establece la incompatibilidad de los cargos de concejales municipales con ciertas funciones públicas. En particular, se impugna la parte del precepto que, en el acápite segundo de su inciso primero, después del punto seguido, extiende la incompatibilidad de tales cargos con **"todo empleo, función o**



comisión" que desempeñen los concejales en la misma municipalidad y en las corporaciones y fundaciones en que ella participe.

La gestión judicial pendiente en que la aplicación del precepto impugnado podría resultar decisiva es el recurso de protección que se individualiza en lo expositivo, interpuesto contra la Corporación Municipal por Virginia Fuentealba Vergara, quien a comienzo del año escolar de 2017, solicitó permiso sin goce de remuneraciones por un periodo que se extendió del 1 de marzo hasta el 31 de agosto del mismo, no prorrogando su permiso. Sin embargo, por comunicación de fecha 5 de septiembre de 2017, enviada por el Secretario General de la Corporación Municipal de Renca, se le apercibe a la requirente que deberá cesar en sus funciones como profesora de Biología y Ciencias en el departamento de educación municipal de esa entidad, en razón del mandato legal apreciado como constitucionalmente espúreo;

SEGUNDO: Que la acción constitucional de protección ejercida simplemente solicita, en su petitorio, que se declare que los actos del recurrido son arbitrarios e ilegales, que afectan las garantías constitucionales señaladas y en consecuencia se ordene restablecer el imperio del derecho haciendo cesar los impedimentos y los actos arbitrarios e ilegales, decretando las medidas solicitadas o las demás providencias que la Corte estime adecuadas. Aduce que en razón de la aplicación del artículo 75 de la LM, para ejercer el cargo de elección popular de concejal, se ve en la arbitrariamente impuesta obligación de renunciar a su actual empleo como profesora de Biología y Ciencias.

Concluye apuntando que el pasaje impugnado del artículos 75 de la LM contraviene los mandatos de los artículo 1º; 19, N°s 2, 16, inciso 2º, 17, 24 y 26 de la Carta Fundamental, así como los artículos 23.b) y c) y 24 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, preceptos estos últimos cuya jerarquía constitucional no fundamenta, lo que nos dispensará de su análisis.

TERCERO: Que el razonamiento respecto de la aplicación al caso de otros cuerpos legales que aquel cuya inaplicabilidad se solicita o en orden a la compatibilidad horaria de la función de concejal con la de profesor o a la inexistencia de la inhabilidad preexistente o sobreviniente de ambos empleos al momento de la postulación o al jurar el cargo de concejal, es propio de la interpretación legal sobre el sentido y alcance de las normas legales concurrente. Un tal ejercicio, de mera legalidad, es función inherente a la jurisdicción propio de los jueces del fondo, cuya resolución escapa del ámbito competencial propio de esta magistratura constitucional.

II) EVOLUCIÓN TEMPORAL DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO Y SU CONTEXTO.

CUARTO: Que se hace necesario explicar el contexto de las distintas modificaciones que ha sufrido el precepto impugnado. Ello, por cuanto la requirente



000081
ochenta y uno

señala que "el artículo 75 de la Ley Orgánica de Municipalidades ha mantenido esta discriminación de carácter arbitrario, a pesar de las reformas que se han realizado" (fs. 3). Al mismo tiempo, explica que en su redacción original se "abría una posibilidad a entender una diferenciación entre cargos directivos y no directivos: dada la responsabilidad de un cargo directivo, presumiblemente podría darse una incompatibilidad con el cargo de concejal, basada en cuestiones de probidad y transparencia, pero ello no fue el espíritu perseguido por el legislador" (fs. 4)

QUINTO: Que el texto del inciso 1° del artículo 75 de la LM ha experimentado una interesante progresión en el tiempo. Su versión inicial se remonta al artículo 62 de la LM, N° 18.695, de 27 de agosto de 1992 que, junto con designar la incompatibilidad de los cargos de concejales con determinadas funciones públicas, que no vienen al caso, prescribió en el acápite segundo de su inciso 1° que tales cargos serían también incompatibles "con todo empleo o función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad, con excepción de los cargos profesionales en educación, salud o servicios municipalizados".

La primera modificación de este artículo, en lo que interesa, fue introducida por la Ley N° 20.033 (1°.07.2005), cuyo artículo 5°, N° 8 agregó, luego de la expresión "cargos profesionales", la locución "no directivos", limitando por tanto la incompatibilidad a esa categoría de profesionales y exceptuando consecuentemente de ella a los profesionales de la planta directiva de la corporación edilicia.

Seguidamente, la Ley N° 20.500 (16.02.2011), a través de su artículo 33 N° 4, modificó el inciso 1° del artículo 75 en su acápite inicial, que no viene al caso.

Finalmente, la última innovación al artículo provino de la Ley N° 20.742 (1.04.2014), cuyo artículo 1°, literal a) N° 14, además de suprimir la excepción a la incompatibilidad consultada inicialmente en la última parte del acápite final del inciso 1° del artículo 75, amplió la referida incompatibilidad para extenderla a todo empleo, función o comisión que se desempeñe "**en las corporaciones o fundaciones en que ella** (la Municipalidad) **participe**". El texto quedó entonces en la forma que lo recoge el actual artículo 75 del texto refundido vigente, del siguiente tenor (en lo pertinente): "**También lo será con todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe**". Cabe agregar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° transitorio de la citada ley N° 20.742, las modificaciones incorporadas a este artículo en lo referido a estas incompatibilidades, entrarán a regir el 6 de diciembre de 2016, fecha que se corresponde con la de instalación del concejo, según lo dispuesto en el artículo 83 de la LM.;

SEXTO: Que, por otra parte, cabe considerar que la legislación estatutaria tanto general como especial aplicable a los cargos públicos, consulta impedimentos para el ejercicio coetáneo de todo otro empleo o toda otra función que se presten al Estado, aun cuando los empleados o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas que las de dicha legislación estatutaria. Es así como la





Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el DFL N° 29 (Hacienda), de 16.03.2005, contiene una prescripción general en el sentido indicado, la que expresamente incluye "*las funciones o cargos de elección popular*" (acápito final del inciso 1° de su artículo 86).

Otro tanto ocurre con la Ley N° 19.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (29.12.1989), cuyo artículo 84, inciso 1°, reproduce en los mismos términos, respecto de los empleos municipales, la incompatibilidad a que se ha hecho mención.

Con todo, ambas regulaciones estatutarias introdujeron un principio de mitigación al rigor de esa regla en sus artículos 11 y 12 transitorios, del mismo tenor, y que rezan textualmente: "*No obstante lo dispuesto en el artículo 84 (87), los funcionarios que actualmente desempeñan empleos compatibles que no se encuentren considerados en el artículo 85 (86), mantendrán el derecho de continuar ejerciéndolas en las mismas condiciones*".

La incompatibilidad prevista en el artículo 75, materia de reproche constitucional, no introdujo ninguna excepción en beneficio de quienes estuvieren desempeñando funciones o empleos afectos a impedimento, con anterioridad a su vigencia. Analizaremos más adelante las eventuales consecuencias de esta omisión.

III) PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

SÉPTIMO: Que la disposición legal impugnada fue objeto de control de constitucionalidad preventivo ante esta instancia constitucional, resolviéndose que ésta tiene rango de ley orgánica constitucional y se ajusta a la Constitución (Rol N° 2.623, cc. 6° y 10°, respectivamente).

Sin perjuicio de lo anterior, nuestra Magistratura tuvo también oportunidad de pronunciarse sobre este mismo precepto –pero en su redacción anterior a la reforma legal de 2014- en sentencias roles 1941 y 2377. En ambos casos se declaró inaplicable el precepto entonces vigente, que excepcionaba de la incompatibilidad a "los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados". Tal excepción, que el texto vigente del artículo no consagra, fue apreciada como contraria a la Constitución, pero en un contexto diverso, en la medida que la excepción en perjuicio de los profesionales directivos se estimó arbitraria.

Por consiguiente, la evaluación de la norma concernida, en este caso, deberá realizarse con independencia de los precedentes y en atención al caso concreto.

IV) ADMISIÓN A LOS EMPLEOS Y FUNCIONES PÚBLICAS Y PROPIEDAD SOBRE EL EMPLEO

OCTAVO: Que, en el carácter de previo, se analizará la forma en que la incompatibilidad reseñada se puede o no insertar lícitamente en los derechos a la



000082
ochenta, dos

admisión a las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes y el derecho de propiedad, en la medida que aplicable a tales empleos y funciones. Ambas garantías se encuentran relacionadas en el artículo 19, N°s 17 y 21 de la Carta Fundamental, respectivamente;

NOVENO: Que en punto a la primera de estas garantías, se arguye que la requirente cumplió con todos los requisitos establecidos por la ley para trabajar como profesora y para ser electa concejala, siendo curioso, en tanto, que se le imponga la obligación de optar entre este cargo y su empleo. Al mismo tiempo que cita una prevención de la Ministra señora Bulnes, en el considerando 5° de ésta, bajo el Rol N° 279, de 1998 (fs. 11), para señalar que del contexto de la Constitución se desprende que los cargos públicos y los cargos de elección popular se diferencian en que, en el primer caso, la ley puede señalar requisitos para ejercerlos y, en cuanto a los segundos, sólo la Constitución puede indicarlos.

En orden a la reserva que asistiría al constituyente para regular, con exclusión del legislador, los requisitos para ejercer cargos de elección popular, es dable connotar que la cuestión constitucional de autos versa sobre la incompatibilidad de desempeño coetáneo de un cargo de elección popular y un empleo o función en un establecimiento educacional dependiente de una municipalidad. No dice relación con la creación de un requisito de ingreso para acceder a un cargo de elección popular, lo que determina que en este caso concreto no se produce afectación del derecho de admisión a dicho cargo, sino a la eventual continuidad en otro empleo. Se trata de un asunto diverso, al cual la norma constitucional no aplica, lo que es suficiente para asumir que el artículo 19.11 constitucional no ha podido ser conculcado en la situación relacionada;

DÉCIMO: Que el requerimiento entiende que el establecimiento de una inhabilidad, constituye una vulneración del derecho de propiedad, en cuanto impide el ejercicio simultáneo de cargos que perfectamente puede desempeñar coetáneamente.

Subyace a esa consideración la pretensión de que la funcionaria concernida disfrutaría de una suerte de propiedad sobre el cargo de funcionario docente, y respecto de las remuneraciones futuras;

UNDÉCIMO: Que tanto la doctrina como la jurisprudencia, administrativa y judicial, se han preocupado del alcance que cabe asignar a la garantía constitucional consultada en el numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, en la parte que ésta cautela "[E]l derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales" (inciso 1°). Si bien en una primera época la tendencia en ambas vertientes se orientó hacia una interpretación muy amplia de la voz bienes "incorporales", incluyendo dentro de su concepto toda clase de relaciones o posiciones jurídicas – como v. gr. el derecho a la propia imagen, la propiedad sobre el empleo público, sobre la calidad de estudiante universitario, de un bien nacional de uso público, etc. – la hermenéutica se ha desplazado definitivamente en una dirección más restrictiva, a partir a lo menos desde fines de





la década de los noventa. Razón, la anterior, que explicaría que la jurisprudencia al respecto citada por el requirente data de 1989 y no se hace cargo, por ende, de la evolución experimentada por el precepto concernido en el tiempo, relacionada en la reflexión 5ª precedente;

DUODÉCIMO: Que la jurisprudencia actual de la Contraloría General de la República, así como de la Corte Suprema, se ha decantado en el sentido de que el derecho a la función o a la estabilidad en los cargos públicos, no se encuentra tutelado por la garantía constitucional del derecho de propiedad, en cuanto bien incorporal, toda vez que carece de los atributos propios del dominio, como un derecho real de contenido patrimonial susceptible de ser transferido, transmitido, cedido en garantía, etc. Se ha reflexionado en el sentido que la titularidad de un derecho no es equivalente a una especie de propiedad, pues de esa forma todo derecho sería protegible a través del recurso de protección, que es la misma vía procesal utilizada en la especie, lo que terminaría por desnaturalizar y vaciar de contenido a los derechos. Tal es el punto de vista sustentado en doctrina por autores de la talla de VERGARA BLANCO, CORRAL TALCIANI, GUZMÁN BRITO Y PEÑA GONZÁLEZ, entre otros;

DECIMOTERCERO: Que, la profundización en el caso concreto permite razonar que el actor constitucional conocía, con anterioridad a su elección como concejal, la incompatibilidad que lo afectaría en el caso de ser electo.

Desde luego, cabe enfatizar que la incompatibilidad de funciones incorporada al artículo 75 de la LM, en su texto modificado por el artículo 1º, N° 14 de la Ley N° 20.742 (1º. 04.2014), estaba ya en pleno conocimiento de la requirente de autos al momento de inscribir su candidatura a concejal, 90 días antes a la fecha de la elección correspondiente (artículo 107 de la LM), la que tuvo lugar el 23 de octubre de 2016, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6º transitorio de la LM, introducido por el artículo único de la Ley N° 20.873 (2.11.2015), que adelantó la fecha de las elecciones municipales. De manera que no sería posible sostener que no conocía, al tiempo de declarada su candidatura – a lo menos el 23 de julio de 2016-, la incompatibilidad que impugna, en tanto cuanto aquélla le era conocida desde la publicación en el Diario Oficial de la modificación al inciso 1º del tantas veces citado artículo 75, vale decir, desde el 1º de abril de 2014. Es decir, la conocía, por afectarla la presunción de que da cuenta el inciso 1º del artículo 7º del Código Civil, con a lo menos 15 meses de antelación a la exteriorización de su voluntad de optar al cargo de concejal;

DECIMOCUARTO: Que, en consecuencia, la señora Virginia Fuentealba Vergara realizó un acto de voluntad libre y espontáneo al efectuar la declaración de su candidatura, a sabiendas de que, en la hipótesis de ser electa, cesaría en el cargo de funcionaria municipal, desde su asunción como concejal. Así lo había establecido el artículo 2º transitorio de la Ley N° 20.742, que conjuntamente con ampliar la incompatibilidad prevista en el artículo 75 de la LM, en la forma indicada en las consideraciones precedentes, agregó que esa modificación, en lo referido a las



000083
ahenta tres

incompatibilidades para desempeñar el cargo de concejal, entrarían a regir el 6 de diciembre de 2016.

Tan internalizada tenía esta situación que el requirente solicitó permiso sin goce de sueldo entre 1° de marzo al 31 de agosto de 2017. No obstante que el otorgamiento de un permiso de esa naturaleza, no impide la aplicación de las reglas sobre incompatibilidad, desde el momento que dichos permisos no rompen el vínculo estatutario que une al funcionario con la Administración del Estado (dictámenes N°s 17.759/-90; 10.249/92; 25.465/92 y 4259/93, entre muchos otros, todos de la CGR);

DECIMOQUINTO: Que el pleno conocimiento de la incompatibilidad en cuestión, contenido en la ley a la época tanto de la inscripción de la candidatura cuanto de la elección de la requirente en el cargo de concejal, constituye una circunstancia que excluye toda posibilidad de desconocimiento de la prohibición que la afectaba para ejercer simultáneamente su cargo de profesor de planta de un establecimiento dependiente del Departamento de Administración de Educación Municipal de la comuna y el de concejala, precisamente a partir de la instalación del concejo municipal. Su decisión de jurar como concejal no hizo sino activar una incompatibilidad ya determinada en la legislación vigente, sin que mediara un cambio legislativo posterior a su asunción al cargo de elección popular, que implicara la pérdida de un derecho adquirido o aun una mera expectativa en orden a no verse afectado por una norma restrictiva ya vigente a la sazón.

En ese contexto, su opción tácita por la función de elección popular –al jurar como concejal- no le impuso una carga que no existiera ya con antelación ni desalentó una expectativa basada en su confianza de retener ambas funciones. Luego, el ejercicio legítimo del derecho de opción relacionado no ha podido comprometer la confianza legítima de permanecer en ambos empleos – incompatibles – desde que prefirió acceder al cargo electivo para el cual presentó su candidatura;

DECIMOSEXTO: Que, en virtud de lo expresado, resulta manifiesto que no se ha violentado en la especie la garantía constitucional del derecho de propiedad sobre el estatus que le era aplicable al requirente al tiempo de presentar su candidatura a concejal ni de jurar desempeñar fielmente el respectivo cargo.

V) GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY

DECIMOSÉPTIMO: Que la norma legal referida otorgaría al actor un trato discriminatorio, con infracción de la garantía constitucional que le brinda el artículo 19, N° 2 de la Carta Política, en su inciso primero. Argumentando tal ilegítima segregación – aduce el requerimiento- ésta la afectaría "*toda vez que, sin expresión de causa ni razón lógica, se le ha imposibilitado a un grupo de ciudadanos ejercer una actividad al alero de un cargo de elección popular*". En particular –continúa la presentación, a fojas 8 – "*las diferencias que se pueden establecer legalmente, deben*





fundarse en criterios objetivos, ya que no hay ni personas ni grupos de personas privilegiados, lo que indica, obviamente que, no puede existir personas o grupos de personas perjudicados por la ley, como ocurre con los concejales, que quedan impedidos de trabajar en la misma Administración Comunal”;

DECIMOCTAVO: Que efectivamente el inciso final del artículo examinado preceptúa que “[s]in perjuicio de lo establecido en la presente ley, a los concejales no les será aplicable la incompatibilidad establecida en el inciso primero del artículo 86 de la Ley N° 18.834” (sobre Estatuto Administrativo). Dicha incompatibilidad comprende a todos los empleos a que se refiere ese estatuto y se extiende además a “todo otro empleo o toda otra función que se preste al Estado, aun cuando lo empleados o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas de las contenidas en este Estatuto”. Se incluyen en esta incompatibilidad – concluye el artículo 86, inciso primero del aludido Estatuto Administrativo – “las funciones o cargos de elección popular”;

DECIMONOVENO: Que si bien la disposición transcrita conlleva una diferencia respecto de los empleos sujetos a la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, en el sentido que los concejales sí pueden simultanear su cargo con todo otro empleo o función que se preste al Estado, pero no podrían en cambio conservar su empleo de profesor, con desempeño en la propia municipalidad o en una corporación dependiente de aquélla, ésta sola circunstancia no es suficiente para deslegitimar constitucionalmente la regla de incompatibilidad controvertida.

En efecto, la jurisprudencia de esta Magistratura Constitucional no desconoce que el legislador puede introducir diferencias de trato o establecer estatutos especiales respecto de determinadas personas o grupos de personas, con tal que se respeten algunos parámetros, como ser:

- **La igualdad supone una distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición**, por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo (Rol N° 53, c. 72 y, más recientemente, Roles N°s 2022, c. 25; 2935, c. 32 y 2841, c. 11);
- **La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias** (Roles N° 113, c. 17; 2921, c. 12 y 3028, c. 12);
- Sólo es arbitrario el trato desigual no basado en **causas objetivas y razonables** (Rol N° 2955; c. 8);
- Es necesario, además, **atender a la finalidad** perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser **adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma** (Roles N° 1234, c. 13; 1307, cc. 12 a 14 y 1414, cc. 16 y 17);



000084
ahenta, cucho

VIGÉSIMO: Que la hipótesis sometida a escrutinio de constitucionalidad, confrontada con estos criterios, permite aseverar:

- a) Que los empleados públicos sujetos a la Ley N° 18.834, no son los mismo que los imperados por el artículo 75 de la LM, el que consulta un régimen de incompatibilidad especial entre los cargos de concejales con los empleos o funciones desempeñadas en la misma municipalidad o en las corporaciones o fundaciones en que ella participe. Es el caso de la requirente, que ejercía como profesional de la educación en un establecimiento educacional dependiente del departamento de administración de educación municipal a la época en que juró como concejala, encontrándose inhabilitada para conciliar ambas funciones, como se ha explicado. Este no es el régimen jurídico aplicable a otros servidores públicos en idéntica situación, toda vez que nada obstaría a que dicho requirente hubiere podido continuar en su desempeño docente, luego de su aceptación del cargo de concejal, con tal que no fuere en la administración municipal de la misma entidad edilicia;
- b) Que el mecanismo restrictivo indicado se extiende, por cierto, a todo el universo de los empleados o agentes inmersos en la descripción, sin que el requerimiento refiera la existencia de otras personas a las cuales se las haya dispensado de la regla, lo que ciertamente sería arbitrariamente discriminatorio;
- c) Que **el fundamento objetivo de la incompatibilidad** parece ser la independencia de actuación de los concejales, que pudiera verse comprometida por obtener ingresos municipales. Según da cuenta la historia de la Ley N° 20.033, que modificó el artículo 7° de la LM en el sentido de agregar en el acápite final del inciso 1° la oración "y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe" (Boletín N° 2892/06), se dejó constancia de que la incompatibilidad "**tiende a velar por la independencia de los concejales en su actuar y en tal orden de consideraciones es mejor para el sistema que aquellos no tengan vinculación salarial con el municipio del que forman parte**" (Cámara de Diputados, Primer Trámite Constitucional, Informe de la Comisión de Gobierno Interior, Regionalización, Planificación y Desarrollo Social, 29 de julio de 2003, pág. 104, citado en STC Rol N° 1941, c. 6°);
- d) Que finalmente, cabe interrogarse si la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental cumple con los estándares fijados por el principio de proporcionalidad, enunciados en el parágrafo final de la reflexión precedente. En este sentido, resulta adecuado hurgar en el contexto regulatorio en que se inserta esta imposibilidad impuesta por la ley de ejercer a la vez los dos cargos de que se trata en la especie.





A tal efecto, es pertinente recordar que las normas sobre probidad administrativa del Título III de la LOC 18.575 son aplicables a los concejales, por remisión del inciso final del artículo 40 de la LM. Y que asimismo el artículo 76 de su texto considera, en su literal f), como **causal de cesación en el cargo de concejal**, la incursión por su parte en "*alguna de las incompatibilidades previstas en el inciso 1° del artículo anterior*", esto es del artículo 75. Nótese que este motivo de expiración de funciones se incluye en el mismo literal "f", al igual que otras dos situaciones asimiladas, como la "*contravención grave al principio de probidad administrativa*" y el "*notable abandono de deberes*". Lo que significa que, para el legislador, el trabajador municipal que incurre en la incompatibilidad prevista en el artículo 75 de la LM, arriesga cesar en el cargo de concejal, por incompatibilidad sobreviniente, en la misma forma que si hubiere incurrido en una falta grave a la probidad.

Pues bien, la requirente no ha atacado como inaplicable el artículo 76, en la letra designada, lo que conlleva que esta gravísima consecuencia de la incompatibilidad no le resulta constitucionalmente objetable;

VIGESIMOPRIMERO: Que, como lógica inferencia, la regla de prohibición de desempeño simultáneo de las funciones que refiere el inciso primero del artículo 75, no puede sino estimarse necesaria y adecuada para preservar la independencia de los concejales, como condicionante de su probidad. Tampoco podría evaluársela como desproporcionada, si la regla ha sido apreciada como tan valiosa, que su contravención podría acarrear para el infractor nada menos que la cesación en el cargo de concejal, previa declaración del respectivo Tribunal Electoral Regional, como lo señala el artículo 77 de la ley del ramo;

VIGESIMOSEGUNDO: Que esta disquisición permite a su vez descartar la posibilidad de que la intervención del legislador al prohibir los desempeños coetáneos de las funciones que el precepto impugnado dispone, pueda devenir desproporcionada, en la medida que el ordenamiento contemple otras opciones menos invasivas para resguardar la integridad del principio de probidad. Tal sería el caso de los deberes de abstención de los funcionarios de participar en asuntos en que exista "*cualquier circunstancia que les reste imparcialidad*" o en que tuvieren una relación de servicio "*con persona natural o jurídicas interesada directamente en el asunto*" (Artículos 62.6° de la LOC N° 18.575 y 12.2° N° 5 de la Ley N° 19.880).

Estas dos normas, si bien estimadas como fundamento doctrinario de la inaplicabilidad declarado en los roles N° 1941 (cc. 9° y 10°) y 2377 (c. 10°), en un contexto normativo distinto del actual, no puede modificar la aproximación formulada en la meditación precedente, toda vez que los motivos de abstención referidos operan obviamente respecto de autoridades o funcionario que cumplen funciones no afectas a incompatibilidad. De lo contrario, las incompatibilidades no tendrían aplicación ni eficacia alguna, pues siempre la abstención se comportaría como una vía de resguardo más benigna para el resguardo de la probidad;



000085

ochenta y cinco

VIGESIMOTERCERO: Que, como colofón de lo razonado, es imperativo concluir que la incorporación de la causal de incompatibilidad analizada no contraviene el mandato constitucional del artículo 19, N° 2° de la Carta Fundamental, en ninguno de sus incisos.

VI) GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE TRABAJO

VIGESIMOCUARTO: Que la vulneración de esta garantía se produciría porque se le exige *"renunciar a un cargo válidamente obtenido (trabajo remunerado como docente), o en su defecto, la no asunción o cesación en el cargo"* (fs. 10).

Es pertinente tener presente, empero, que la única parte del precepto concernido susceptible de ser infringida, con influencia sustancial en lo dispositivo de la gestión pendiente, es la "libertad de trabajo" y el "derecho a su libre elección y libre contratación", como lo prescribe el inciso 1° del artículo 20 del Texto Fundamental para el caso de los recursos de protección, cual fue la vía utilizada y que constituye la gestión pendiente.

Es manifiesto, en esta vertiente de análisis, que las incompatibilidades previstas por la ley para sincronizar el ejercicio de dos funciones públicas que la ley proscribió conciliar, no atentan contra la libertad de trabajo o el derecho a su libre elección. Es ostensible también que el derecho a la libre elección del trabajo debe conciliarse con exigencias de interés público o de orden moral que enervan la opción de desempeño de varios empleos simultáneos, como sucede con las actividades particulares que deban realizarse en horarios coincidentes con la jornada de trabajo asignada o con otros cargos sujetos a jornada completo o que generen evidentes conflictos de interés, etc. En todos estos casos la restricción inherente a la incompatibilidad, ejercida por el legislador, no quebrante la libertad o el derecho asegurados en la regla constitucional que se pretende transgredida.

VII) LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA COMO LÍMITE

VIGESIMOQUINTO: Que el inciso primero del artículo 1° de la Constitución se vería también conculcado – se nos dice – por la sola circunstancia de ser constitutiva la incompatibilidad apuntada de discriminación arbitraria. Tal aserto debe ser descartado como motivo de inaplicabilidad, tanto como secuela de haber sido rechazada la imputación sobre una eventual discriminación de esas características, como porque el actor constitucional no puede verse carenciado de ningún derecho en la hipótesis que lo afecta, que no sea aquél del que fue privado. Tampoco su naturaleza como persona humana queda disminuida con ocasión de la aplicación de la prescripción que la perjudicaría.

VIII) LA AFECTACIÓN DE LA ESENCIA DEL DERECHO IDENTIFICADO



VIGESIMOSEXTO: Que, si ninguna de las prescripciones constitucionales aducidas por la requirente concurren en el caso examinado, a la misma conclusión corresponde arribar en lo que toca a la presunta transgresión del artículo 19 N° 26 de la enunciación constitucional. El contenido esencial del derecho, respetado por el legislador conforme al razonamiento antecedente, tampoco ha sido objeto de la imposición de condiciones o requisitos que lo desnaturalicen en sus elementos fundamentales.

Esta pretendida contravención constitucional, por lo tanto, debe ser igualmente declarada improcedente.

IX) ALUSIÓN A TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

VIGESIMOSEPTIMO: Que, por último, el libelo cita diversos preceptos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (23.1.c) y 24) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (26), todos reconducibles a las normas constitucionales vastamente confrontadas. No hace ningún desarrollo de las mismas ni las vincula con el inciso 2° del artículo 5° de la preceptiva constitucional, todo lo cual configura un obstáculo infranqueable para que esta magistratura pueda entrar al análisis de tales parámetros de control.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, 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:

- I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES. OFÍCIESE.
- II. ÁLZASE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS.
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

DISIDENCIA:

Pronunciada contra el voto de los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán, quienes



000086
ochenta y seis

estuvieron por acoger el requerimiento de fojas 1, en virtud de las consideraciones siguientes:

CUESTIÓN SOMETIDA A ESTE TRIBUNAL

1º) Que doña Virginia Fuentealba Vergara, profesora de Ciencias y Biología, trabaja desde el 2 de marzo de 2015 en un establecimiento educacional dependiente de la Corporación de Educación y Salud de Renca (fs. 25 vuelta). Más adelante, en el año 2016 fue elegida Concejal de la misma Comuna. Luego de su investidura, el 6 de diciembre de 2016, la Corporación Municipal de Renca declaró, en los hechos, el cese de sus funciones de profesor, al informarle de la "incompatibilidad de función docente con cargo Concejal conforma Ley N° 18.695", precisamente se dispone que debe "renunciar sea al cargo de Docente del Establecimiento Instituto Cumbres de Cóndores Oriente o al cargo de Concejala de nuestra comuna [...] hago esta solicitud toda vez que debemos regularizar su situación contractual [...] (fs. 27).

La profesora requiere la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 75, inciso primero, de la Ley N° 18.695. Fundamenta su petición en que la norma cuestionada vulnera los artículos 1º, y 19 N°s 2, 16, 17, 24 y 26 de la Constitución Política de la República.

El problema de este caso radica en que el artículo 75, inciso primero, de la Ley N° 18.695 ocasiona que la requirente pierda su cargo de profesora, sin justificación suficiente;

ANTECEDENTES LEGALES

2º) Que, en la Ley N° 19.130, al incorporarse el artículo 75 cuestionado, no aparecen, en ella ni en los anales que dan cuenta de su gestación, los motivos que se tuvo en vista para establecer la incompatibilidad de que se trata.

Correspondiendo mencionar que solamente con ocasión de dictarse la Ley N° 20.033 (Boletín 2.892-06), que hizo extensiva dicha incompatibilidad a las corporaciones y fundaciones en que participa la municipalidad, se dejó constancia que ésta "tiende a velar por la independencia de los concejales en su actuar, y en tal orden de consideraciones es mejor para el sistema que aquellos no tengan vinculación salarial con el municipio del que forman parte" (Cámara de Diputados, I Trámite Constitucional, informe de la Comisión de Gobierno Interior, Regionalización, Planificación y Desarrollo Social, 29 de julio de 2003, pág. 104);

3º) Que, el texto impugnado responde también a la modificación realizada por la Ley N° 20.742. Esta norma, mantuvo la imposibilidad de ejercer conjuntamente el cargo de concejal y el de funcionario municipal, pero eliminó una excepción, consistente en la compatibilidad de desempeñar el cargo de concejal



con cualquiera de los "*cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados*".

El fundamento de la incompatibilidad -hoy absoluta-, se explicó porque en la ley "se contemplan mayores responsabilidades, en efecto, y también incompatibilidades, como la relativa al desempeño en dependencias de la misma corporación. O sea, una concejala que es enfermera, que es matrona, no podrá trabajar en un centro de salud familiar municipal; un concejal que es profesor no podrá desempeñarse -la ley hoy día sí lo permite- en un establecimiento del municipio" (Senado, II Trámite Constitucional, Discusión en Sala, 9 de octubre de 2013, pág. 165);

PROBIDAD E INCOMPATIBILIDADES

4º) Que, por cierto, la concreción del principio de probidad recogido actualmente en el artículo 8º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, exige una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de toda función o cargo que se ejerza en la Administración del Estado, con preeminencia del interés general sobre el particular, de forma que todas las autoridades deben caracterizarse -en lo que importa- por lo razonable e imparcial de sus decisiones, acorde con los artículos 52 y 53 de la Ley Nº 18.575 (STC roles Nºs 1.413, considerandos 13º y 14º, y 1.941, considerando 8º).

Siendo de recordar que, como en el pasado se entendía que la tenencia de un cargo previo podía comprometer algún interés al ejercer un nuevo cargo público, tal dualidad implicaba el inmediato cese en el primero, por aplicación del artículo 162 del antiguo estatuto administrativo consagrado en el DFL Nº 338, de 1960 (Dictámenes 58.805 y 68.821, ambos de 1966, de Contraloría General de la República), tal como se dispuso -en su momento- para el caso de los regidores por la Ley Nº 16.250 (artículo 36), y de los miembros del consejo de desarrollo comunal por la primitiva Ley Nº 18.695 (artículo 73);

5º) Que, en la actualidad, la Constitución admite que pueden existir conflictos de interés, y establece una concreta consecuencia derivada de su materialización: el deber de delegar la administración de bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública (artículo 8º, incisos tercero y cuarto). Pero ello solo acontece en el caso que precisas autoridades, excluidos los concejales, caigan en los casos y condiciones que prescribe la Ley Orgánica Constitucional Nº 20.880 (artículo 23).

No obstante, un hipotético conflicto de intereses, representado por cualquier circunstancia que a las autoridades competentes les reste imparcialidad, solo hace exigible de su parte una abstención o continencia, para participar en aquellas específicas decisiones o acuerdos donde pueda concurrir esa concreta inhabilidad, conforme se desprende de las leyes Nºs 18.575 (artículo 62 Nº 6) y 19.880 (artículo 12, inciso segundo, Nº 5). Ello, sin perjuicio de que el legislador



000087
cuenta piete

pueda establecer que la infracción que dicha falta de abstención genere una sanción disciplinaria, la que puede llegar hasta la destitución. Por ejemplo, los consejeros del Banco Central, pueden ser objeto de remoción en caso de infringir la no intervención en ciertos asuntos. Lo mismo sucede con la infracción al principio de probidad, que puede culminar en una sanción disciplinaria de destitución.

De este modo, los concejales, en el ejercicio de sus cargos, únicamente se encuentran impedidos de intervenir en la fiscalización o cualquier otra determinación relativas a las unidades y servicios subalternos donde puedan laborar como funcionarios municipales;

6º) Que, como ha señalado en otras oportunidades este Tribunal, "ambas funciones pueden cumplirse a cabalidad, sin afectar sus respectivos deberes ni el principio de probidad" (STC Rol N° 2377, c. 14º).

El hecho pues, que la ley le imponga a la requirente tener que abandonar su trabajo profesional, para acceder a un cargo público que no requiere dedicación exclusiva, importa la imposición de un sacrificio extraordinario y anormal, en circunstancias que este impedimento no es el medio único y necesario para asegurar la probidad.

Por ello, este requerimiento debió haber sido acogido, por vulnerar los artículos 1º, y 19 N°s 2, 16, 17, 24 y 26 de la Constitución Política de la República.

Redactó la sentencia el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza y la disidencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 4370-18-INA


Sr. Aróstica

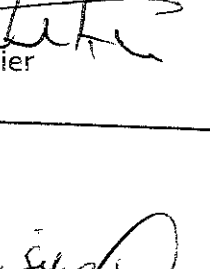
Sr. García

Sr. Romero


Sr. Hernández




Sr. Letelier


Sra. Silva

Sra. Brahm


Sr. Vásquez


Sr. Fernández

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, señores Cristián Letelier Aguiar y José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, y señor Miguel Ángel Fernández González.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.

