

Santiago, treinta y uno de enero de dos mil doce.

VISTOS:

A fojas 1, con fecha 16 de marzo de 2011, el abogado Lorenzo Miranda Morales, en representación del señor Alfonso Enrique Paillaleve Quinán, ha requerido a esta Magistratura Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 75 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, específicamente en la parte que indica, en relación a las incompatibilidades de los cargos de concejales, que: *“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, con excepción de los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados”*. La gestión en la que incide el requerimiento deducido corresponde a la causa Rol 439-10-P, caratulada *“solicita remoción del cargo de concejal a D. Alfonso Paillaleve Quinán, de la comuna de Quemchi”*, de la que conoce el Tribunal Electoral Regional de la X Región de los Lagos, según consta del certificado acompañado a fojas 36.

En los antecedentes de la referida gestión consta que el requirente suscribió con la Municipalidad de Quemchi, desde el 1° de agosto de 1991, un contrato de trabajo para prestar servicios en la comuna de Quemchi, en calidad de paramédico.

Posteriormente el mismo requirente, con fecha 6 de diciembre de 2008, asumió como Concejal de la referida comuna.

Luego, con fecha 24 de agosto de 2010, se interpone ante el Tribunal Electoral Regional de la Región de los Lagos un requerimiento suscrito por los Concejales Francisco Millán Mansilla y María Ampuero Soto, solicitando la *“cesación en el cargo”* de Concejal del requirente, por incurrir en la incompatibilidad a que se refiere el artículo 75 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, requerimiento que se encuentra actualmente pendiente.

En cuanto al conflicto constitucional que se somete a conocimiento y resolución de esta Magistratura, el actor sostiene que la aplicación del precepto legal impugnado para la resolución del asunto judicial pendiente invocado resulta contraria a las garantías que aseguran los artículos 1° y 19, números 2°, 16°, 17°, 24° y 26°, de la Constitución Política de la República; y a las establecidas en los artículos 23, N° 1, letras b) y c), y 24 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Como fundamento de lo expresado, el requirente argumenta que la norma legal impugnada vulnera el principio de igualdad constitucional consagrado en el artículo 1° de la Carta Fundamental, que dispone que *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, dado que establece una discriminación arbitraria e importa la existencia de personas o grupos privilegiados.

Agrega, enseguida, que el precepto legal cuestionado resulta contrario al artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política de la República, también relacionado con la garantía de igualdad ante la ley, toda vez que, sin expresión de causa ni razón lógica, le ha concedido a un cierto grupo de personas -profesionales

que ejercen cargos no directivos en servicios de salud municipalizados- un privilegio que a las demás personas se les ha negado.

Precisa, respecto al caso concreto, que un ciudadano que cumple con las condiciones para acceder a cargos de elección popular -en el caso que sea un funcionario no profesional-, resultando electo, deberá optar entre su empleo o ejercer como Concejal. Situación contraria a lo que ocurre si el "electo" cuenta con un título profesional y ejerce un cargo no directivo en la Municipalidad en que resultó elegido, el que podrá ejercer el mandato popular y mantener su trabajo.

Considera también afectada la libertad y protección al trabajo, que asegura el artículo 19, N° 16°, del Código Político, que establece la prohibición de exigir a una persona el cumplimiento de otros requisitos que los vinculados a su idoneidad personal o capacidad. Ello porque la norma legal impugnada exige, además, la renuncia a un cargo válidamente obtenido o -en su defecto- la no asunción o cesación en el cargo de Concejal, exigencia impuesta sólo a un grupo de trabajadores. Por otro lado también se afecta la estabilidad en el empleo.

Estima, asimismo, infringido el artículo 19, N° 17°, de la Constitución Política de la República, norma que asegura *"la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes"*, en la medida que el establecimiento de la incompatibilidad señalada atenta contra las normas constitucionales que se han venido indicando. Complementa lo anterior señalando que la ley

no puede imponer requisitos que la Constitución Política no ha establecido.

Agrega que se ha infringido asimismo el derecho de propiedad, ya que la norma del artículo impugnado vulnera tal garantía contenida en el N° 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental, respecto a la propiedad sobre el cargo de funcionario paramédico y respecto de las remuneraciones futuras que en virtud del mismo serían percibidas por el actor. Argumenta lo anterior en base a que todo derecho que representa un valor pecuniario, que está dotado de acción para obtener su reconocimiento judicial y que es correlativo a prestaciones en el marco de una relación laboral, debe ser considerado un bien incorporal integrante del derecho de propiedad. Añade que tampoco son aplicables en este caso las posibles limitaciones al derecho de propiedad, como son el interés general de la nación, la seguridad nacional, la utilidad pública y la conservación del patrimonio nacional.

Añade que se ha vulnerado también la garantía del N° 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental, consistente en la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ella establece o que las limiten en los casos en que la propia Carta lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, aspectos que la norma legal impugnada contraviene, toda vez que establece, por sí misma, una condición, requisito o limitación para el ejercicio de los derechos constitucionales reseñados.

Luego, agrega que el precepto legal establece una discriminación arbitraria, dado que no es posible que

exista una razón lógica para tal excepción en desmedro de aquellos funcionarios y trabajadores que a la fecha de su asunción como Concejales presten servicios en cargos no profesionales.

Por último, complementa el actor su requerimiento haciendo mención a tratados internacionales de rango constitucional. En específico señala que la norma legal cuya inaplicabilidad se solicita vulnera los artículos 23, N° 1, letras b) -sobre el derecho a votar y ser elegido- y c) -sobre igualdad en el acceso a las funciones públicas-; y 24 -sobre igualdad ante la ley- de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

La Primera Sala de este Tribunal, por resolución de 29 de abril de 2011 (fojas 38), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide; y, por resolución de 6 de junio de 2011 (fojas 75), declaró admisible la acción deducida.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, sin que los órganos constitucionales interesados hicieran uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

A fojas 91, corre escrito de los Concejales de la Municipalidad de Quemchi, don Francisco Millán Mansilla y doña María Ampuero Soto, por el cual formulan observaciones al requerimiento.

Al efecto, los Concejales referidos solicitan se rechace la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida o, en subsidio, se establezca la inhabilidad como principio general,

teniendo para ello como fundamento el fortalecimiento del principio de independencia y las facultades de fiscalización y probidad, elementos que se encuentran comprometidos en la especie.

Expresan que la norma legal cuestionada es ampliamente conocida por los Concejales antes de postular al cargo. Además tiene por objetivo garantizar la transparencia e independencia que permitan al Concejal ejercer en forma adecuada sus facultades de fiscalización, evitando conflictos de intereses.

Agregan que si bien existe un principio rector de amplia incompatibilidad, éste requiere ser flexibilizado especialmente en ciertas zonas del país donde el universo de personas capacitadas para asumir la representación política es reducido, lo que podría llevar a mermar el número de candidatos a Concejal.

Por último, indican que la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, establece un imperativo de probidad e independencia, el que sirvió de fundamento para establecer la incompatibilidad del cargo de Concejal, por lo que no vislumbran una transgresión a la Constitución Política de la República, en especial en los artículos indicados en el requerimiento. Además, indican que la incompatibilidad -de cargos- se encuentra reiteradamente reconocida en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República.

Concluyen los Concejales observando que existe una razonable y acertada necesidad de establecer una inhabilidad, que, en mérito del principio general, debería ser consignada de manera genérica.

En definitiva, los Concejales aludidos solicitan que se rechace la acción entablada en autos o, en subsidio, que se establezca la inhabilidad como principio general.

Habiéndose traído los autos en relación, el 20 de octubre de 2011 (fojas 101) se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y las alegaciones verbales del abogado requirente, señor Lorenzo Miranda Morales, y

CONSIDERANDO:

CUESTIÓN SOMETIDA A ESTE TRIBUNAL.

PRIMERO: Que, de conformidad con el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, de la Constitución Política de la República y según lo expuesto precedentemente, se impugna en autos el artículo 75, inciso primero, de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto consolidado está contenido en el DFL N° 1, del Ministerio del Interior, de 2006, en la parte que a continuación se resalta:

“Los cargos de concejales serán incompatibles con los de miembro de los consejos económicos y sociales provinciales y 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, con excepción de los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados. En el caso de que estos últimos profesionales desempeñen a su vez el cargo de concejal, el alcalde deberá respetar la

autonomía en el ejercicio de las funciones de los concejales, especialmente la facultad de fiscalización”;

SEGUNDO: Que el problema radica en que dicha norma configura una causal cuyo efecto, previsto en el artículo 76, letra f), del mismo cuerpo legal, se traduciría en la pérdida del cargo de concejal que el ocurrente posee desde diciembre de 2008, por la circunstancia de que, a partir de agosto de 1991, ocupa en la misma Municipalidad de Quemchi el puesto de paramédico, técnico de nivel superior.

Este artículo 76 dice así: *“Los concejales cesarán en el ejercicio de sus cargos por las siguientes causales: ...f) Incurrir en una contravención grave al principio de la probidad administrativa o en alguna de las incompatibilidades previstas en el inciso primero del artículo anterior”;*

ESPECIFICACIONES PREVIAS.

TERCERO: Que, dentro del Estado, las reglas sobre incompatibilidad de cargos tienen lugar cuando se acumulan empleos o funciones públicos, y que al no poder desempeñarse simultáneamente por imposibilidad horaria o algún impedimento moral, hacen que su titular se vea forzado a abandonar el puesto anterior para conservar el nuevo, conforme ordena la legislación administrativa chilena.

Donde, para lo que interesa, cabe distinguir dos situaciones distintas, reguladas por normas de alcance y naturaleza diferentes, según la sucesión en que se ocupen los diversos cargos. La primera ocurre cuando un empleado municipal adquiere a posteriori la calidad de concejal, situación que se encuentra regida por las prescripciones

pertinentes del respectivo estatuto administrativo, como son las contenidas en los artículos 84 y 85 de la Ley N° 18.883, aplicable supletoriamente al personal afecto al Estatuto de la Atención Primaria de Salud Municipal, aprobado por la Ley N° 19.378 (artículo 4°), cuyo sería el caso del reclamante;

CUARTO: Que la otra situación, inversa, se resuelve por aplicación del artículo 125 de la Carta Fundamental, el cual dispone precisamente que *“(1)as leyes orgánicas constitucionales respectivas establecerán las causales de cesación en los cargos de alcalde, consejero regional y concejal”*.

Así, del tenor exacto de la norma constitucional recién transcrita aparece que la remitida Ley N° 18.695 es el único texto normativo donde pueden encontrarse las razones que hacen procedente la expiración de funciones en el cargo de concejal. Como son aquellas causales contempladas en sus artículos 75, inciso primero, y 76, letra f), relativas a la probidad administrativa y a la consiguiente incompatibilidad de cargos, derivada de la asunción de un nuevo y distinto empleo o función a prestar dentro del propio Estado.

En esta lógica, sin embargo, comoquiera que la antedicha incompatibilidad pudiera hacerse extensiva al recurrente, este Tribunal acogerá el presente recurso de inaplicabilidad, por considerar que la norma refutada carece de suficiente justificación constitucional;

ANTECEDENTES LEGALES.

QUINTO: Que, por de pronto, conviene tener presente una regla estatutaria común, consistente en permitir que un empleado público se desempeñe a la vez en otro cargo

como miembro de un órgano pluripersonal, según prevén las Leyes N°s 18.834 (artículo 87, letra c) y 18.883 (artículo 85, letra c).

Lo que se explica por la circunstancia de que tales cuerpos colegiados, insertos en la estructura de los sujetos jurídicos pertenecientes a la Administración del Estado, no suelen reunirse sino en las ocasiones que prevén sus estatutos, en sesiones ordinarias y extraordinarias especialmente convocadas al efecto, que se retribuyen con una dieta por asistencia mensual, de modo que este funcionamiento temporal es el que permite a sus miembros desarrollar otras funciones públicas, conjuntamente;

SEXTO: Que, de otra parte, es útil considerar que al introducirse la incompatibilidad de que se trata por la Ley N° 19.130, ni en ella ni en los anales que dan cuenta de su gestación aparecen los motivos que se tuvo en vista para establecerla. Tampoco en este proceso los órganos constitucionales interesados han estimado pertinente formular observaciones o presentar antecedentes, de acuerdo con el artículo 86, inciso segundo, de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional de esta Magistratura, habiendo sido comunicados sobre el particular (fs. 84 a 86).

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 de 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);

SÉPTIMO: Que, además, se omite explicar por qué tal inconveniente dependencia salarial, para seguir siendo concejal, no se presentaría en el caso de los *"profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados"*. En beneficio de los cuales se formula una considerable *"excepción"*, que los faculta para mantener ambos cargos.

Si la desigualdad con quienes no tienen un título profesional puede ser atendible para otros menesteres estatutarios y legales, no se divisa razón para incorporarla en este ámbito, ya que ni la Constitución (artículo 124, inciso primero) ni la Ley N° 18.695 (artículo 73) exigen para ser elegido concejal una credencial de esa índole;

PROBIDAD E INCOMPATIBILIDADES.

OCTAVO: Que, por cierto, la concreción del principio de probidad recogido actualmente en el artículo 8°, 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 N° 18.575 (STC Rol N° 1.413, considerandos 13 y 14).

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 N° 338, de 1960 (Dictámenes 58.805 y 68.821, ambos de 1966, de la Contraloría General de la República), tal como se dispuso -en su momento- para el caso de los regidores por la Ley N° 16.250 (artículo 36), y de los miembros del consejo de desarrollo comunal por la primitiva Ley N° 18.695 (artículo 73);

NOVENO: Que, en la actualidad, no obstante, un hipotético conflicto de intereses, representado por cualquier circunstancia que a las autoridades competentes les reste imparcialidad, sólo 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 N°s 18.575 (artículo 62 N° 6) y 19.880 (artículo 12, inciso segundo, N° 5). Ello, sin perjuicio de que el legislador puede establecer que la infracción que dicha falta de abstención produzca, genere una sanción disciplinaria, la que puede llegar hasta la destitución. Por ejemplo, los consejeros del Banco Central, sujetos a cierto procedimiento, 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.

Cuando la Constitución obliga a una determinada legislación con un sentido determinado, en materia de

conflictos de intereses, lo ha dicho expresamente. Así sucede con el conflicto de intereses entre la función pública y los intereses privados (artículo 8°, incisos tercero y cuarto).

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;

ACCESO Y PERMANENCIA EN CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR.

DÉCIMO: Que la promoción del derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, incluido por el artículo 1°, inciso quinto, de la Constitución dentro de las Bases de la Institucionalidad, obviamente adquiere una significación concreta en la consolidación del país como república democrática, amén dispone el artículo 4° siguiente. Específicamente, en lo que hace a las condiciones legales para ser admitido y permanecer en los cargos de elección popular.

Esto es: la membresía en los órganos administrativos de generación electoral, como son los concejos comunales, según el artículo 119 constitucional, debe abrirse en función de hacerla accesible a todos quienes puedan materializar la participación de la comunidad local. Por lo que el establecimiento de incompatibilidades, que impiden incorporarse a tales cuerpos colegiados u obran como causales de expulsión de ellos, debe reservarse para operar en supuestos de derecho estricto, donde no existan otras opciones menos lesivas pero igualmente efectivas tendientes a cautelar el orden institucional y la plena vigencia del principio de probidad;

DECIMOPRIMERO: Que en otras oportunidades este Tribunal se ha referido al derecho reconocido en el artículo 19, N° 17°, de la Constitución, que asegura la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que ella y las leyes impongan. Vinculándolo lógicamente con el artículo 38, inciso primero, de la misma Carta Suprema, cuando manda que la ley orgánica constitucional consagratoria de los principios básicos imperantes dentro de la Administración, debe asimismo garantizar la igualdad de oportunidades de ingreso a ella (STC roles N°s 375, 805, 1.170 y 1.803).

A cuyo respecto se entiende que es válido requerir a las personas ciertas condiciones para aspirar a ser admitidas en una función pública, y aun para mantenerse en ella, sobre la base de factores vinculados a la idoneidad, el mérito y la disposición al trabajo. Pero sin que en estas exigencias pueda comprenderse el sacrificio innecesario de tener que abandonar un empleo en la medida que pueda compatibilizarse con el ejercicio de otro cargo;

DECIMOSEGUNDO: Que, ejemplo de lo anterior es que a los propios funcionarios afectos al Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal se les reconoce la posibilidad de arrimar hasta el cargo de alcalde de la misma corporación edilicia, sin tener que dejar por ello su empleo titular.

Puesto que la Ley N° 19.378 dispuso que *“(1)os funcionarios regidos por esta ley, que fueren elegidos alcaldes en conformidad con lo dispuesto en la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, tendrán derecho a que se les conceda permiso sin goce de*

remuneraciones respecto de las funciones que estuvieren sirviendo en calidad de titulares, por todo el tiempo que comprenda su desempeño alcaldicio" (artículo 17, inciso cuarto);

DECIMOTERCERO: Que, en síntesis, es anticonstitucional la norma cuya aplicación da por resultado que un concejal deba ser relevado de su cargo, por el hecho de venir ejerciendo un empleo adquirido con antelación en la misma entidad municipal.

Porque, en la forma como se ha explicado, ambas funciones pueden cumplirse a cabalidad, sin afectar sus respectivos deberes ni el principio de probidad.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE: QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos, oficiándose al efecto.

Los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Gonzalo García Pino previenen que concurren a la decisión contenida en la sentencia, pero en base a las consideraciones que se consignan a continuación:

1°. Que, para abordar la decisión del asunto sometido al Tribunal Constitucional, resulta necesario, en primer término, precisar, claramente, el conflicto de constitucionalidad planteado por el requirente;

2°. Que, en ese sentido, el requirente solicita, en la parte petitoria de su acción, que esta Magistratura declare que el precepto legal contenido en el inciso

primero del artículo 75 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en la parte que señala *-"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, con excepción de los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados"*-, no es aplicable en la causa Rol 439-10-P, seguida ante el Tribunal Electoral Regional de Los Lagos, por cuanto su aplicación, en este caso, resulta ser contraria a la Constitución Política de la República de Chile (fojas 22);

3°. Que, por su parte, a fojas 2 del requerimiento de autos el actor afirma que su petición *"tiene su fundamento en que tal disposición constituye una abierta vulneración de los principios de no discriminación arbitraria, de igualdad ante la ley, los derechos políticos garantizados por la Constitución, del derecho de propiedad, la libertad de trabajo y la igual protección de los derechos."*;

4°. Que, en consecuencia, el actor estima que la aplicación del precepto legal impugnado en la causa sub lite vulnera los artículos 1° y 19, N°s 2°, 16°, inciso segundo, 17°, 24° y 26°, de la Constitución Política de la República, además de los artículos 23, N° 1, letra c), y 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos;

5°. Que la transgresión de dichas normas constitucionales se fundamenta, a juicio del actor, en la circunstancia de que al concederse, por el artículo 75 de la Ley N° 18.695, a un cierto grupo de personas (profesionales que ejercen cargos no directivos en servicios de salud municipalizados) un privilegio o

beneficio que a otras personas (funcionarios profesionales que ejercen cargos directivos en la propia Municipalidad como también a los funcionarios no profesionales de los aludidos servicios) se les ha negado, sin expresión de causa ni razón lógica, incurriéndose así en una discriminación arbitraria que impide a estas últimas ejercer el cargo de concejal, para el que han sido electas, manteniendo, a la vez, su cargo de funcionario municipal. Precisamente ésta es la razón por la cual los concejales Francisco Millán Mansilla y María Cristina Ampuero Soto han interpuesto solicitud de remoción en el cargo de concejal del señor Paillaleve ante el Tribunal Electoral Regional de la X Región de Los Lagos, en base a lo dispuesto en el artículo 76, letra f), de la Ley N° 18.695 (fojas 61 y siguientes);

6°. Que siendo, en consecuencia, la eventual infracción a la igualdad ante la ley el principal vicio de constitucionalidad aducido por el requirente, resulta necesario centrar el pronunciamiento sobre él, sin perjuicio de tener presente que los demás vicios de constitucionalidad alegados se ordenan también a dicha argumentación;

7°. Que, sobre la base de lo expresado, es preciso recordar la jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal en torno al derecho a la igualdad ante la ley.

En ese orden de ideas, se ha afirmado que *“la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se 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, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales siempre que ello no revista el carácter de arbitrario” (STC Rol N° 986/2008). En palabras del Tribunal Constitucional español, “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128/1987). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentren en la misma situación prevista por el legislador.” (Sentencia Rol 755/2008, considerando 28°). Luego, el primer paso para determinar si existe una infracción a la igualdad ante la ley, en este caso concreto, consiste en analizar si existe una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, enseguida, analizar su fundamentación o razonabilidad (ver también sentencias roles N°s 790, 825, 829, 834 y 1340);

8°. Que, aplicando dichos criterios, debe recordarse que el precepto legal impugnado en esta oportunidad consagra una incompatibilidad entre los cargos de concejales y *“todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma Municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe”,* incompatibilidad que, en todo caso, no es absoluta, pues no afecta a quienes desempeñen **“cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios**

municipalizados." Así, la mencionada incompatibilidad afecta tanto a quienes desempeñan cargos profesionales directivos en educación, salud o servicios municipalizados como al resto del personal municipal no profesional. El requirente sostiene que se encuentra comprendido en el "*personal municipal no profesional*", de conformidad con el artículo 5° de la Ley N° 19.378 -que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal-, puesto que se desempeña como Paramédico, categoría c), nivel 3, de la Municipalidad de Quemchi. Esta afirmación también se contiene en la solicitud de remoción presentada ante el Tribunal Electoral Regional de la X Región de Los Lagos (fojas 62);

9°. Que, a la luz de lo expresado, resulta evidente que la norma legal reprochada consagra una diferencia de trato entre dos categorías de personas que se encuentran en una condición similar, pues todas ejercen cargos dentro de la Municipalidad -profesionales o no-. No obstante, sólo aquellas que ejerzan **cargos profesionales no directivos** en educación, salud o servicios municipalizados no se encuentran afectas a la incompatibilidad establecida por el inciso primero del artículo 75 de la Ley N° 18.695, mientras que quienes ejerzan cualquier otro tipo de cargo municipal sí aparecen afectos a ella;

10°. Que, constatado que, en la especie, existe una diferencia de trato entre dos categorías similares de personas, es necesario examinar si dicha diferencia es razonable, esto es, si es idónea y necesaria, atendida la finalidad de la norma, y si, además, es proporcional. Este criterio ha sido sentado, especialmente en las sentencias roles 755/2008 y 790/2008, cuando se ha

afirmado que *“la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción, a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.”*;

11°. Que los considerandos sexto y séptimo de la sentencia dejan claro que la historia de las leyes que han modificado el artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en lo referente a la incompatibilidad que se examina, no dan cuenta de una razón suficiente que justifique introducir diferencias, entre las distintas personas que se desempeñan en las municipalidades, en lo que se refiere al desempeño del cargo de concejal. Lo anterior resulta relevante, porque el texto primitivo del aludido artículo 75 establecía una incompatibilidad amplia que aludía a *“los funcionarios y trabajadores municipales”* sin distinción. La Ley N° 19.130 consagró, por primera vez, una excepción a dicha incompatibilidad, vinculada a *“los cargos profesionales en educación, salud o servicios municipalizados”*, mientras que la Ley N° 20.033 circunscribió aún más dicha excepción, haciéndola aplicable solamente a los cargos profesionales *“no directivos”* en educación, salud o servicios municipalizados.

La sentencia deja claro, asimismo, que las progresivas modificaciones que fue experimentando el artículo 75 de la Ley N° 18.695 tuvieron por objeto garantizar la máxima autonomía e independencia de los

concejales, en especial respecto de sus facultades fiscalizadoras sobre la gestión municipal.

Sin embargo, en la misma discusión parlamentaria de las referidas modificaciones pareció vislumbrarse que este imperativo debía cumplirse especialmente respecto de los cargos profesionales que se desempeñaran en la Municipalidad. Fue así como en el debate sostenido en la Cámara de Diputados, respecto de la Ley N° 20.033, la diputada informante del proyecto de ley, Eliana Caraball, precisó que *“se presentó una indicación de reemplazar en el segundo párrafo del inciso primero del artículo 75, la expresión (con excepción de los cargos) “profesionales en educación” por “no profesionales de”, indicación que fue aprobada por unanimidad”*, pero que luego no apareció en el proyecto definitivo. (Historia de la Ley N° 20.033, p. 199). En otras palabras, el legislador no dejó constancia de por qué exceptuó de la incompatibilidad analizada sólo a los cargos profesionales no directivos de la Municipalidad, en desmedro de todos los restantes;

12°. Que, desde esta perspectiva, y en concepto de quienes previenen, no es posible sostener que, en este caso, el legislador haya cumplido con los requisitos de idoneidad y necesidad de la diferencia introducida por el precepto legal cuestionado si, como también recuerda la sentencia, el cumplimiento de la exigencia de la probidad es inherente al ejercicio de toda función pública, sin que aparezca justificado eximir de ella a quienes desempeñan determinado tipo de cargos como los profesionales no directivos en las Municipalidades;

13°. Que, igualmente, no puede estimarse, a juicio de quienes suscriben este voto, que se haya dado cumplimiento por el legislador al requisito de

proporcionalidad, pues el gravamen de no poder ejercer el cargo de concejal para el que el requirente ha sido electo, por no estar beneficiado por la exención a la incompatibilidad prevista en la norma analizada, coarta el ejercicio de un cargo público de elección popular -que, además, es una manifestación del ejercicio de la soberanía nacional- frente al propósito de proteger la independencia y objetividad de los concejales que, muy difícilmente, puede verse afectada por un paramédico que se desempeña en el Servicio de Salud Municipal. No existe, por tanto, ninguna equivalencia entre el gravamen que afecta al destinatario de la norma en este caso y la finalidad genérica que ella ha pretendido cautelar;

14°. Que, en base a lo expresado, la aplicación del párrafo impugnado del artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades resulta, a juicio de estos Ministros previnientes, contraria al derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19, N° 2°, de la Ley Fundamental;

15°. Que, como lo sostuvimos en el considerando 6°, los demás vicios de constitucionalidad se ordenan al juicio de igualdad de trato en el caso de autos. Esto es particularmente clave en el análisis de la supuesta incompatibilidad de cargos entre ser concejal de la comuna y paramédico del Servicio de Salud Municipal;

16°. Que el cargo de concejal es un cargo de elección popular, de un plazo definido de 4 años, que no implica un ejercicio laboral a tiempo completo, que está remunerado por una dieta por asistir efectivamente a las sesiones del Concejo Municipal, cuerpo colegiado del cual es parte, y, por tanto, completamente compatible con el desarrollo de otra labor;

17°. Que esta compatibilidad la ha reconocido el legislador en los siguientes términos del artículo 75, inciso final, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades: *“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”;*

18°. Que, para una mayor comprensión de esta regla, se transcribe el artículo 86, inciso primero, de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo: *“Artículo 86.- Todos los empleos a que se refiere el presente Estatuto serán incompatibles entre sí. Lo serán también con todo otro empleo o toda otra función que se preste al Estado, aun cuando los empleados o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas de las contenidas en este Estatuto. Se incluyen en esta incompatibilidad las funciones o cargos de elección popular.” (Énfasis agregado);*

19°. Que, por tanto, desaparecida la condición discriminatoria por el examen de igualdad de trato realizado, no puede aplicarse la incompatibilidad aludida. Todo lo anterior no obsta a que el concejal deba cumplir con los naturales deberes que exigen el principio de probidad y el ejercicio de la facultad de fiscalización respecto del servicio en el que se desempeña.

Adoptada con el voto en contra del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, quien estuvo por rechazar el presente requerimiento de inaplicabilidad, en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Que el precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita establece la incompatibilidad entre el cargo de concejal y todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad en la que se es concejal, como también en las corporaciones o fundaciones en que ella participe, exceptuándose únicamente de la incompatibilidad los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados;

2. Que, atendido lo dispuesto en el artículo 119 de la Constitución Política, que contempla la existencia en cada municipalidad de un concejo, órgano encargado, entre otras, de funciones normativas y fiscalizadoras, no es difícil entender que la incompatibilidad que con carácter general establece el artículo 75, inciso primero, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, entre el cargo de concejal, por una parte, y los empleos, funciones o comisiones municipales, por otra, obedece al propósito de velar por la independencia de los concejales en su actuar, el que puede verse comprometido si obtienen ingresos de la misma municipalidad;

3. Que, existiendo un fundamento razonable para el establecimiento de la incompatibilidad antes indicada, ella no puede ser considerada contraria a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, la que prohíbe sólo la existencia de diferencias arbitrarias o carentes de justificación;

4. Que, es cierto que el artículo 75, inciso primero, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, luego de establecer con carácter general la incompatibilidad objeto de este requerimiento, contempla una excepción que favorece únicamente a los

cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados, la que no está en manos del Tribunal Constitucional extender a otros supuestos aunque sí podría estimarla injustificada, pero ello dejaría subsistente y sin excepciones la incompatibilidad general establecida por la ley, lo que no favorece al requirente.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado; la prevención, la Ministra señora Marisol Peña Torres, y la disidencia, el Ministro que la suscribe.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 1941-11-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto (Presidente), Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Se certifica que el Ministro señor Carlos Carmona Santander concurre al acuerdo y a la sentencia, pero no firma por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.

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