



000169
ciento sesenta y nueve

Santiago, dos de abril de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Solicitud de inaplicabilidad.

Con fecha 3 de mayo de 2017, don Carlos Ojeda Murillo, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 75 de la Ley N° 18.695 –Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades–, en la parte que previene la incompatibilidad con el cargo de concejal de todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe.

Gestión judicial pendiente para la cual se requiere un pronunciamiento de inaplicabilidad

Consiste en el recurso de protección, sustanciado por la Corte de Apelaciones de Arica, bajo el Rol N° 244-2017, mediante el cual impugna el decreto alcaldicio 2933, notificado el 15 de marzo de 2017, que declaró el cese en funciones del actor de autos y la vacancia del cargo titular que servía como profesor.

Precepto legal reprochado

El precepto impugnado, cuyo texto se destaca, es del siguiente tenor:

*"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.**"*

Fundamentación del requerimiento.

En cuanto a los hechos que dan origen al proceso judicial pendiente, expone que era profesor del Departamento de Administración de Educación Municipal de Arica, específicamente, de Artes Manuales, cargo del que era titular desde el año 1992.

Luego de 29 años de servicio, fue electo concejal de la Comuna de Arica el 22 de octubre de 2016.

En atención a lo dispuesto en el precepto que impugna, el 15 de marzo de 2017, se dictó su cese de funciones como profesional de la educación.

Lo anterior, teniendo en consideración que la Contraloría dictaminó que, conforme al precepto reprochado, resulta incompatible la calidad del actor de funcionario de la municipalidad con el cargo de concejal, desde que asumió.

El problema surge porque dicha incompatibilidad no existía al momento de la inscripción de la candidatura a concejal. En efecto, a dicha época, la norma





exceptuaba de la incompatibilidad a profesionales de la educación que no ejercieran cargos directivos.

En cuanto a las infracciones constitucionales denunciadas, argumenta el actor la conculcación de los siguientes numerales del artículo 19 constitucional y las garantías recogidas en los mismos:

1. Se infringe el numeral 16, toda vez que el precepto reprochado exige desvincularlo de su calidad de profesor para asumir el cargo de concejal sin que ello tenga fundamento razonable, teniendo en consideración que no habría un peligro para el correcto cumplimiento del deber de probidad y lo razonado en sentencia rol 1941 de esta Magistratura;
2. Se desconoce el numeral 17, pues al momento de inscribirse la candidatura a concejal, por lo visto, no estaba afecto a causal de incompatibilidad alguna y, por cierto, a la impugnada en autos, la que además resulta inconstitucional. En efecto, siguiendo la jurisprudencia de este sentenciador, sólo la Constitución puede establecer los requisitos para ejercer cargos públicos y, a la vez, éstos no pueden ser desproporcionados, sin justificación, como ocurre en la especie;
3. Se vulnera el numeral 24 atendido que, desde la perspectiva de la normativa sectorial contenida en el Estatuto Docente, no existe como causal de término de servicios el incurrir en incompatibilidad y, además, no se contempla como causal de destitución o de cese en el empleo.

De manera que, se tiene derecho a prestaciones pecuniarias nacidas de una relación laboral, cuestión que debe ser entendida como parte del derecho de propiedad;

4. Se infringe el numeral 2, pues se produce una discriminación arbitraria, desde el momento que, respecto de los funcionarios públicos el mismo artículo 75, en su inciso final, señala que no se les aplica la mentada incompatibilidad, de manera que un funcionario de una Intendencia sí puede ser concejal sin renunciar a su empleo, no en tanto un profesor de arte.

Finalmente, se aduce que, por lo precedentemente argumentado, se desconocería también el numeral 26 del artículo 19 constitucional, así como los preceptos que se indican del Pacto San José de Costa Rica y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sustanciación del requerimiento

Por resolución de fojas 29, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento de autos y suspendió la tramitación de la gestión judicial pendiente invocada. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Presidenta de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados y notificado a las



000170
ciento setenta

partes de la gestión judicial pendiente invocada, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Observaciones al requerimiento.

Por presentación de fojas 152, la Municipalidad de Arica solicita el rechazo del requerimiento, en base a los siguientes fundamentos.

En primer término, explica que la norma reprochada se sustenta en el objetivo de fortalecer los principios de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas. Y fue incorporada a nuestro ordenamiento luego de haber sido declarada constitucional por esta Magistratura en sentencia 2623.

Señala que simplemente, la incompatibilidad criticada viene a resguardar la preeminencia del interés general sobre el individual, evitando así conflictos de intereses.

Finalmente, agrega que hechos ocurridos con anterioridad a la cesación que se impugna en sede judicial, demostrarían que la incompatibilidad reprochada en autos es necesaria.

Vista de la causa y acuerdo

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 16 de noviembre de 2017, oyéndose la relación y los alegatos del abogado Jorge Sabaj, por la parte requirente. Con igual fecha se adoptó acuerdo.

CONSIDERANDO:

I) LA 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 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 don Carlos Ojeda Murillo, desvinculado de su cargo de profesor de Artes Manuales en el departamento de educación municipal de esa entidad al cabo de 29 años de servicios, en razón del mandato legal apreciado como constitucionalmente espúreo;





SEGUNDO: Que la acción constitucional de protección ejercida solicita, en su petitorio, dejar sin efecto el decreto municipal N° 2933, de 2.017, que ordena el cese de servicios del recurrente como docente del Liceo A-1 de Arica y declara la vacancia del cargo que ejercía como titular. Aduce que el motivo del cese de funciones se debe a la aplicación a su caso del artículo 75 de la mentada LM, en virtud de lo dictaminado por la Contraloría Regional de Arica y Parinacota en su oficio N° 219, de 17.01.2017, expedido a solicitud del propio Sr. Ojeda.

Razona el aludido dictamen que el texto del artículo 75 de la LM, en su texto vigente al 6 de diciembre de 2.017 – luego de la modificación introducida por la ley N° 20.742 (1°.04.2014) – estableció una prohibición absoluta para el desempeño simultáneo de los cargos de concejal con todo empleo o función que se realice en la misma municipalidad y en las corporaciones y fundaciones en que ella participe. Tal prohibición –observa la requirente - contrasta con la situación vigente al tiempo de inscribir su candidatura como concejal, época en la cual el precepto legal cuestionado, en su acápite final, que fue eliminado a través de la modificación legal referida en el párrafo precedente, exceptionaba expresamente de la incompatibilidad aludida a los “cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados”, cuyo sería su caso;

TERCERO: Que, complementariamente, la cuestión de inaplicabilidad promovida plantea que la situación del ocurrente no quedaría comprendida en el ámbito del Estatuto Administrativo, sino *“en la reglamentación especial que lo rige, Estatuto Docente y Código del Trabajo, (donde) no existe impedimento alguno para desempeñar las dos funciones”* (fojas 7 de autos). Añade que su *“horario no es incompatible con el de profesor”* y que al *“momento de postular no se encontraba inhabilitado, como tampoco al momento de jurar ya que estaba con permiso sin goce de sueldo”* (misma foja anterior).

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

CUARTO: 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 una interpretación legal sobre el sentido y alcance de las normas legales concurrentes. Un tal ejercicio, de mera legalidad, es función inherente a la jurisdicción propia de los jueces del fondo, cuya resolución escapa del ámbito competencial propio de esta magistratura constitucional.

000171
ciento setenta y uno

II) EVOLUCIÓN TEMPORAL DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO Y SU CONTEXTO

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 27.08.1992 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, 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° 20500 (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 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.

Este cambio ha afectado directamente al requirente, quien desempeñaba, con anterioridad a su designación como concejal, el cargo de profesor del Liceo A-1 de Arica, dependiente del departamento de educación municipal, como ya ha quedado expuesto;

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° 19883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (29.12.1989), cuyo artículo 84, en su 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 ejerciéndolos 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 2623, 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 2.014 - en sentencias roles 1941 y 2377. En ambos casos se declaró inaplicable el precepto entonces vigente, que exceptuaba 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 admisión a las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que



000172
ciento setenta y dos

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 en el Estatuto Docente – contenido en la Ley N° 19070, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el DFL N° 1 (Educación), de 22.01.1997- no existe ninguna norma que impida al actor ser concejal o asumir otro cargo de elección popular, mientras que en la Constitución Política tampoco se consulta alguna prohibición para ser profesor de un establecimiento del cual la Municipalidad es sostenedor.

Esta explicación incide en un aspecto propio de la esencia de la jurisdicción de los tribunales ordinarios, en cuanto opone dos estatutos del mismo rango, como lo son el mentado Estatuto Docente y la LM (si bien esta última es orgánica constitucional, lo que constituye solo una diferencia en el ámbito competencial). Tocará entonces al juez ordinario competente determinar la norma aplicable y que prefiere sobre la otra, mediante la utilización de los instrumentos hermenéuticos que permiten resolver estas antinomias.



En orden a la reserva que asistiría al constituyente para regular, con exclusión del legislador, los requisitos para ejercer cargos de elección popular – alcance que construye el requirente sobre la base de una cita de una prevención de la Ministra señora Bulnes, en el considerando 5° de ésta, bajo el rol N° 279/1998 – 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 19.17 constitucional no ha podido ser conculcado en la situación relacionada;

DÉCIMO: Que el requerimiento entiende que el establecimiento de una inhabilidad sobreviniente, que afecta a servidores públicos que no estaban antes afectos a ella, constituye una vulneración de un derecho adquirido, en cuanto impide el ejercicio simultáneo de cargos que antes les era lícito desempeñar coetáneamente.

Subyace a esa consideración la pretensión de que el funcionario concernido disfrutaría de una suerte de propiedad sobre el estatus jurídico de que disponía al tiempo de asumir su empleo, el que por ende no podría ser alterado en su perjuicio, sin comprometer un derecho incorporado en su patrimonio. Ello le estaría vedado incluso al legislador, en la medida que tal derecho sería asimilable a una especie de propiedad incorporal, constitucionalmente garantizada;



UNDÉCIMO: Que en general, el derecho internacional convencional reconoce a todos los ciudadanos, el derecho a "*[T]ener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país*" (artículo 25.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, promulgado por decreto supremo N° 778 (Relaciones Exteriores) y publicado el 20 de agosto de 1992). En forma análoga, nuestra CPR asegura a todas las personas "*[L]a admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes*" (artículo 19.17°).

Este reconocido derecho de acceder a las funciones públicas no importa, empero, que nuestra Constitución extienda su protección al estatus jurídico de los cargos públicos, tal y como éstos se encontraban consagrados en el ordenamiento jurídico vigente al tiempo de su provisión. Como lo ha puntualizado esta magistratura, "*sobre régimen jurídico que crea el legislador en ejercicio de sus potestades constitucionales, los beneficiarios no tienen derechos adquiridos*" (STC Roles 1133, c. 31° y 1986, c. 30°). Esto no es sino consecuencia de la relación estatutaria que media entre los servidores públicos y el Estado, traducida en la existencia de un régimen jurídico de derecho público que regula tanto su ingreso como los derechos y deberes inherentes a la función pública, entre los cuales el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que puedan afectarlos.

Podrá retrucarse que a los concejales no les son aplicables las normas que rigen a los funcionarios municipales – por disposición del artículo 89 de la LM – pero ello no obsta a la posibilidad legal de instaurar a su respecto un mecanismo de incompatibilidad especial, como el previsto en la norma impugnada.

La mutabilidad de ese mecanismo se conecta con la garantía constitucional del derecho de propiedad, en su versión incorporal, la que se abordará a continuación;

DUODÉCIMO: 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;

DECIMOTERCERO: 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



000173
ciento setenta y tres

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;

DECIMOCUARTO: Que, en esta perspectiva, mal podría sostenerse que la creación sobreviniente de una incompatibilidad, no recogida inicialmente en el ordenamiento estatutario de ciertos servidores públicos, tropezaría con una suerte de blindaje constitucional que haría imposible modificar su estatus, sin violentar su derecho adquirido a la mantención de la legislación anterior.

Como fuere, 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, como se recapitulará a continuación;

DECIMOQUINTO: Que cabe en primer lugar 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° 20742 (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 20873 (2.11.2015), que adelantó la fecha de las elecciones municipales. De manera que no es efectivo sostener – como lo hace con insistencia la parte requirente – que la incompatibilidad reseñada no la afectaba al tiempo de declarada su candidatura - a lo menos el 23 de julio de 2016 - 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;

DECIMOSEXTO: Que, en consecuencia, el señor Ojeda Murillo realizó un acto de voluntad libre y espontáneo al efectuar la declaración de su candidatura, a sabiendas de que, en la hipótesis de ser electo, cesaría en el cargo de funcionario municipal, desde su asunción como concejal. Así lo había establecido el artículo 2º transitorio de la Ley N° 20742, ya citada, que juntamente 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 incompatibilidades para desempeñar el cargo de concejal, entrarían a regir el 6 de diciembre de 2016.





Tan internalizada tenía esta situación el requirente que solicitó permiso sin goce de sueldo entre el 6 y el 31 de diciembre de 2016. Independiente de que ese permiso le fue en definitiva denegado por la autoridad municipal, es lo cierto que aun el otorgamiento de un permiso de esta naturaleza, no obsta a la aplicación de las reglas sobre incompatibilidades, desde el momento que dichos permisos no rompen el vínculo estatutario que une al funcionario con la Administración del Estado (dictámenes N°s 17759/90; 10249/92; 25465/92 y 4259/93, entre muchos otros, todos de la CGR);

DECIMOSÉPTIMO: 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 del requirente en el cargo de concejal, constituye una circunstancia que excluye toda posibilidad de desconocimiento de la prohibición que lo 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 concejal, 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;

DECIMOCTAVO: 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

DECIMONOVENO: 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 lo afectaría "como ciudadano, como trabajador, ya que respecto de los funcionarios públicos, el mismo artículo 75, inciso final señala expresamente que no se les aplica la incompatibilidad del artículo 75, inciso primero. Es decir – continúa la presentación, a fojas 16 – "un funcionario de la Intendencia, de la Gobernación, sí puede ser concejal sin renunciar a su empleo, pero un simple profesor, no. Eso es discriminatorio";

VIGÉSIMO: 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° 18834" (sobre Estatuto Administrativo). Dicha incompatibilidad comprende a todos los



000174
ciento setenta y cuatro

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 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 – concluye el artículo 86, inciso primero del aludido Estatuto Administrativo – "las funciones o cargos de elección popular";

VIGESIMOPRIMERO: Que si bien la disposición transcrita conlleva una diferencia respecto de los empleos sujetos a la Ley N° 18834, 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 53, c. 72 y, más recientemente, roles 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 113, c. 17; 2921, c. 12 y 3028, c. 12);
- Solo es arbitrario el trato desigual no basado **en causas objetivas y razonables** (Rol 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 1234, c. 13; 1307, cc. 12 a 14 y 1414, cc. 16 y 17);

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

- a) Que los empleados públicos sujetos a la ley N° 18834 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 desempeñados en la misma municipalidad o en las corporaciones o fundaciones en que ella participe. Es el caso del 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 concejal, encontrándose inhabilitado 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° 20033, que modificó el artículo 75 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 | 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 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 párrafo 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 18575 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;

VIGESIMOTERCERO: 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



000175
ciento setenta y
cinco

cargo de concejal, previa declaración del respectivo tribunal electoral regional, como lo señala el artículo 77 de la ley del ramo;

VIGESIMOCUARTO: 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 tuvieran una relación de servicio "*con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto*" (artículos 62.6° de la LOC N° 18575 y 12.2° N° 5 de la Ley N° 19880).

Estas dos normas, si bien estimadas como fundamento doctrinario de la inaplicabilidad declarada en los roles 1941 (cc. 9° y 10°) y 2377 (c. 10°), en un contexto normativo distinto al 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 funcionarios 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;

VIGESIMOQUINTO: 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

VIGESIMOSEXTO: Que la vulneración de esta garantía se produciría porque se le exige "*desvincularse de su calidad de profesor para asumir el cargo de concejal*" (fojas 8).

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 completa o que generen evidentes conflictos de interés, etc. En todos estos casos la restricción inherente a la incompatibilidad, ejercida por el legislador, no quebranta la libertad o el derecho asegurados en la regla constitucional que se pretende transgredida.





VII) LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA COMO LÍMITE

VIGESIMOSÉPTIMO: Que el inciso primero del artículo 1º de la Constitución se vería también conculcado 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 lo perjudicaría.

VIII) LA AFECTACIÓN DE LA ESENCIA DEL DERECHO IDENTIFICADO

VIGESIMOCTAVO: 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

VIGESIMONOVENO: Que, por último, el libelo cita diversos preceptos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (23 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 2º del artículo 5º 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 dispuesto en los artículos de la Constitución Política precedentemente citados, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- 1.- QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1.**
- 2.- QUE SE PONE TÉRMINO A LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, OFICIÁNDOSE AL EFECTO.**



000176
ciento setenta y
seis

3.- QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR HABER TENIDO MOTIVO PLAUSIBLE PARA DEDUCIR SU ACCIÓN.

DISIDENCIA

Acordada la sentencia de rechazo con el voto en contra de los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado (Presidente) y Carlos Carmona Santander, quienes estuvieron por acoger el presente requerimiento por los motivos que seguidamente se indican:

CUESTIÓN SOMETIDA A ESTE TRIBUNAL

1º) Que, Carlos Ojeda Murillo, profesor de artes plásticas, trabaja desde el año 1988 en establecimientos educacionales dependientes de la Municipalidad de Arica (fs. 50-53 vuelta). Más adelante, el año 2016, fue elegido Concejal de la misma Comuna. Luego de su investidura, el 21.2.2017, la Municipalidad de Arica declaró el cese de sus funciones de profesor "según los preceptos contenidos en el art. 75 de la Ley N° 18.695 [...] por resultar incompatible el cargo de Concejal con su función como profesional de la Educación" (fs. 47 vuelta).

El profesor 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, 19 N° 2, 16, 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 el requirente cese en el desempeño en el cargo de profesor, sin justificación alguna;

ANTECEDENTES LEGALES

2º) Que, en la Ley N° 19.130, al incorporarse el artículo 75, 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.

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 N° 18.575 (STC roles N°s 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 N° 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 N° 16.250 (artículo 36), y de los miembros del consejo de desarrollo comunal por la primitiva Ley N° 18.695 (artículo 73);

5º) Que, en la actualidad, 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 N°s 18.575 (artículo 62 N° 6) y 19.880 (artículo 12, inciso segundo, N° 5). Ello, sin perjuicio de que el legislador pueda 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.



000177
ciento setenta y siete

Cuando la Constitución obliga a una determinada legislación con un sentido especificado, en materia de conflictos de intereses, lo ha dicho expresamente. Así sucede con los conflictos de intereses entre la función pública y los intereses privados (artículo 8º, 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;

6º) Que, este Tribunal se ha pronunciado en dos oportunidades acerca del artículo 75, inciso primero de la Ley N° 18.695, precedentes que son directamente vinculantes para este caso. En sentencias roles N° 1941 y 2377, declaró inaplicable por inconstitucional la incompatibilidad entre el desempeño de un empleo municipal con el cargo de concejal.

Al contrario, no fue la regla de excepción la declarada inaplicable (c. 7º de esta sentencia), sino que lo fue la norma general de incompatibilidad (STC 1941, fs. 109 y 117; STC 2377, fs. 240 y 248);

7º) Que, de acuerdo a los citados precedentes, esta Magistratura razonó que la independencia en el actuar, como fundamento de la norma de incompatibilidad, es inconstitucional. De modo opuesto, el Tribunal Constitucional señaló que "ambas funciones pueden cumplirse a cabalidad, sin afectar sus respectivos deberes ni el principio de probidad" (STC 2377, c. 14º).

Por ello, este requerimiento debió haber sido acogido por las mismas razones expresadas en las citadas sentencias, ya que la incompatibilidad expresada en el artículo 75, inciso primero de la Ley N° 18.695, vulnera los artículos 1º, 19 N° 2, 16, 24 y 26 de la Constitución Política de la República.

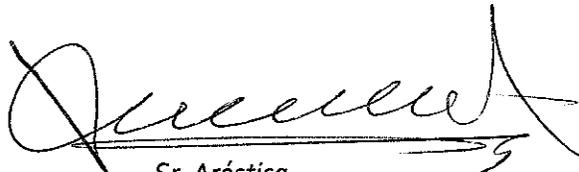
Redactó la sentencia el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, y la disidencia, el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado.



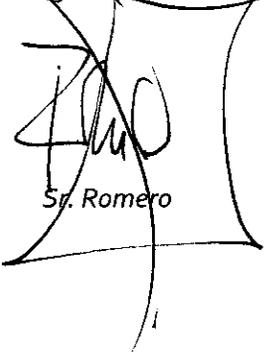


Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

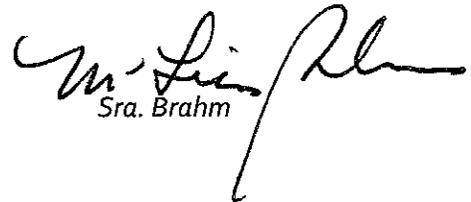
Rol N° 3473-17-INA.

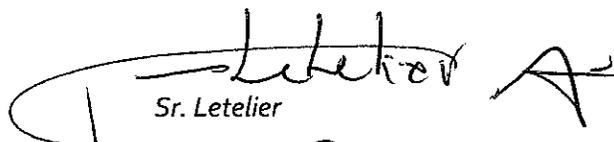

Sr. Aróstica

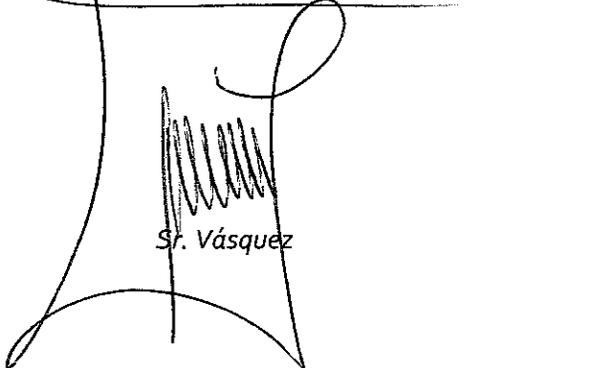

Sr. García

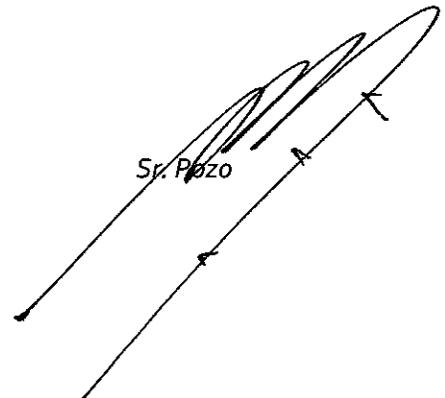

Sr. Romero


Sr. Hernández


Sra. Brahm


Sr. Letelier


Sr. Vásquez


Sr. Pozo

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y los Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Carlos Carmona Santander concurrieron al acuerdo y al fallo, pero no firman por haber cesado en sus cargos.

Autoriza la Secretaria suplente del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.

