



000245
doscientos cuarenta y cinco

Santiago, veintitrés de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Con fecha 24 de noviembre de 2017, don Mario Antonio Olavarría Rodríguez, Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Colina, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 61 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en los autos Roles N° 5.742-2017 y 5.778-2017 acumulados, del Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana, que conoce actualmente el Tribunal Calificador de Elecciones, por recursos de apelación, bajo el Rol N° 2.015-2017.

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El texto del precepto impugnado dispone:

"Ley N°18.695

(...)

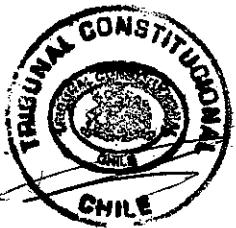
"Artículo 61.- El alcalde o concejal cuyo derecho a sufragio se suspenda por alguna de las causales previstas en el artículo 16 de la Constitución Política de la República, se entenderá temporalmente incapacitado para el desempeño de su cargo, debiendo ser reemplazado, mientras dure su incapacidad, de conformidad a lo establecido en los artículos 62 y 78".

Síntesis de la gestión pendiente

Don Mario Antonio Olavarría Rodríguez, Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Colina, acciona tras haber sido formulada acusación en su contra en septiembre de 2017, en el contexto de un proceso penal seguido por delitos reiterados de fraude al Fisco, hecho que motivó que dos concejales de dicha municipalidad solicitaran pronunciamiento al Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana para que cesara en su cargo de alcalde, en virtud de lo dispuesto en el precepto que actualmente impugna.

Es así que, según comenta, dicho Tribunal, sin concederle audiencia ni traslado, accedió a tal petición en noviembre de 2018, encontrándose pendiente la resolución de dos recursos de apelación interpuestos por el requirente para ante el Tribunal Calificador de Elecciones, mediante los cuales se impugna, respectivamente, la aplicación de pleno derecho de su incapacidad temporal, y la ausencia de concesión de traslado en la imposición de tal sanción.

Conflictos constitucionales sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal





1. *Vulneración de los artículos 4° y 5° de la Constitución Política de la República.*

El requirente comenta que las autoridades electivas y el ejercicio de su mandato son pilares esenciales del régimen democrático y republicano, afirmado por el artículo 4° de la Carta Fundamental y que sólo el constituyente es competente para prever los eventos de suspensión o cesación en el cargo de autoridades de rango constitucional elegidas democráticamente.

En tal línea, argumenta que las causales de afectación del ejercicio de cargos públicos deben estar contempladas en la propia Carta Fundamental, y que sólo pueden determinarse mediante ley, en el evento que exista habilitación expresa de la Constitución para ello. No obstante, en el caso de autos no existe autorización constitucional para determinación de la causal de afectación que hoy surte efecto en su contra, por lo cual se ha infringido el principio democrático, emanado de los artículos 4° y 5° de la Constitución.

2. *Vulneración del artículo 16 de la Constitución Política de la República.*

Comenta el actor que el precepto contenido en el artículo 16 de la Carta Fundamental es de carácter taxativo y cerrado, por lo que, de la misma manera que no podría el legislador disponer nuevos eventos de suspensión del derecho a sufragio, no cabe forzar sus efectos ampliando o creando nuevas inhabilidades que el constituyente no previó taxativamente. Pese a ello, sostiene que el artículo 61 de la Ley N° 18.695 crea una inhabilidad esencialmente vinculada al derecho a sufragio, extendiendo así impropiamente y en términos especialmente intensos los efectos ya previstos y clausurados por el artículo 16 de la Constitución, lo que le está vedado.

Añade que el artículo 18 de la Carta Fundamental es el único precepto que contiene habilitación constitucional al legislador orgánico en materia de ejercicio del derecho a sufragio, no existiendo otras delegaciones, remisiones ni habilitaciones a la ley que permitan modelar o articular el derecho activo o pasivo a sufragio; y que tal precepto sólo habilita al legislador, mediante ley orgánica constitucional, para determinar "la organización y funcionamiento del sistema electoral público", "la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios" y para contemplar "un sistema de registro electoral, bajo la dirección del Servicio Electoral", por lo cual ninguna de estas habilitaciones facultaría al legislador para crear nuevas causales de suspensión temporal de un cargo de elección popular, no previstas en la Constitución, como lo hace el precepto legal actualmente atacado.

3. *Vulneración del artículo 19 N° 3°, inciso sexto, de la Constitución Política de la República.*

En tercer lugar, el actor comenta que la norma impugnada consagra la aplicación automática de una sanción, de pleno derecho, sin ulterior conocimiento ni apreciación por tribunal alguno, y sin procedimiento contradictorio posible,



000246
doscientos cuarenta y seis

habiendo sido precisamente así aplicado por el Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana al resolver la incapacidad del alcalde requirente y ordenar su reemplazo sin audiencia previa, sin siquiera haberle notificado.

En tal sentido, con la inexistencia de procedimientos, instancias de defensa o contradicción, la aplicación del precepto impugnado evade la obligación del legislador de "*velar siempre por las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos*", en los términos del artículo 19 N° 3°, inciso sexto, de la Carta Fundamental.

Añade que la aplicación que se puede dar a la disposición impugnada, en la gestión pendiente, depende exclusivamente de la voluntad de un funcionario no jurisdiccional, esto es, un fiscal del Ministerio Público, al que la Carta Fundamental le prohíbe ejercer funciones jurisdiccionales, el suspender a una autoridad elegida democráticamente, lo cual podría vulnerar igualmente lo preceptuado en el artículo 83 de la Constitución Política de la República.

4. *Vulneración a los artículos 19 N° 2° y 17 de la Constitución Política de la República.*

Por último, refiere que la aplicación del artículo 61 de la Ley N° 18.695 colisiona con el principio de igualdad, recogido tanto en el numeral 2° del artículo 19, como en su numeral 17°, que garantiza la igualdad en la admisión a cargos públicos. Así, mientras todas las autoridades elegidas democráticamente disponen de procedimientos, defensas y garantías ante eventos de inhabilitación, su aplicación le priva de tales mínimos resguardos, sin que exista justificación racional alguna para tal tratamiento discriminatorio.

Por tanto, pide que se acoja el requerimiento en inaplicabilidad de fojas 1 en todas sus partes.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala con fecha 28 de noviembre de 2017, a fojas 168. A su turno, en resolución de fecha 19 de diciembre del mismo año, a fojas 194, se declaró admisible.

Conforme consta en autos, conferido traslado a las demás partes de la gestión judicial pendiente y a los órganos constitucionalmente interesados, don **Andrés Vásquez Medina, Concejal de la Municipalidad de Colina, y el Consejo de Defensa del Estado**, evacuaron traslados, a fojas 206 y 218, respectivamente, solicitando fuera rechazado el requerimiento en todas sus partes.

Para tal efecto, sostienen que la aplicación de la norma impugnada no genera efectos contrarios a la Constitución. Así, el primero sostiene que el precepto legal ya fue objeto de examen preventivo de constitucionalidad, bajo Rol N° 145-92, resultando su constitucionalidad indubitable, y que si bien, la nomenclatura original de la norma empleaba el término "procesada", y no "acusada", refiere que una



supuesta afectación de garantías judiciales es sólo relativa, pues el Ministerio Público, junto con la presentación del escrito acusatorio, debe solicitar autorización judicial, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución.

Por lo demás, el referido señor Concejal agrega que la suspensión temporal en el ejercicio del cargo de alcalde es la consecuencia lógica de la pérdida temporal de uno de los requisitos de elegibilidad para dicho cargo, a raíz de la suspensión del derecho a sufragio, siendo ello coherente con la Carta Fundamental, y perfectamente vinculado al principio de probidad reconocido en su artículo 8°. Asimismo, explica que resulta del todo razonable que el legislador configure dispositivos encaminados a precaver actuaciones reñidas con el mismo, no existiendo, por tanto, vulneraciones al principio de igualdad.

A su vez, el Consejo de Defensa del Estado, compartiendo las alegaciones relativas a que el precepto impugnado ya fue objeto de examen preventivo y que no es sino la consecuencia lógica de la pérdida temporal de uno de los requisitos de elegibilidad para dicho cargo, agrega que han existido otros requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de tal norma, donde ha sido declarado conforme a la Constitución, tales como el pronunciamiento en causa Rol N° 660-06.

Por tanto, piden que se rechace el requerimiento en inaplicabilidad de fojas 1 en todas sus partes.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 21 de marzo de 2019 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos por la parte requirente, del abogado Arturo Fermandois Vöhringer, y por el Consejo de Defensa del Estado, del abogado Rodrigo Álvarez Alarcón, tomándose acuerdo en igual fecha, conforme fue certificado por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, esta Magistratura ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del artículo 61 de la Ley N° 18.695 con motivo de anteriores requerimientos de inaplicabilidad (Rol N° 660, N° 1.152 y N° 2.916), a raíz de la impugnación al efecto que dicho precepto legal atribuye a la circunstancia de que un alcalde - que se encuentre suspendido en el ejercicio de su derecho a sufragio, por hallarse acusado por delito que merezca pena aflictiva, según el artículo 16 N° 2° de la Constitución - quede también suspendido, de pleno derecho, en el ejercicio de su cargo.

Sin embargo, el requirente de fs. 1 ha efectuado planteamientos nuevos para impugnar la constitucionalidad del precepto legal referido, en su caso concreto, por lo que resulta preciso examinarlos singularizadamente.

SEGUNDO: Que, lo expuesto, sin perjuicio de considerar que la Ley N° 19.130, que introdujo el precepto impugnado a la Ley Orgánica Constitucional de



000247
doscientos cuarenta y siete

Municipalidades, fue declarada constitucional por esta Magistratura, en su oportunidad (Rol N° 145); y que ya en los pronunciamientos anteriores, se ha desestimado la objeción según la cual dicha norma pugnaría con el principio de presunción de inocencia, puesto que éste sigue rigiendo -en plenitud- en sede procesal penal, ya que la aplicación ad extra de dicho artículo no podría generar las consecuencias que lesionan aquella presunción, pues el alcalde seguirá siendo tratado como inocente (al punto que el ejercicio en el cargo, como tal, sólo se suspende) ni ve coartado su derecho a defensa (Rol N° 2.916, c. 13°);

I. CAUSALES DE IMPUGNACIÓN

TERCERO: Que, como se ha señalado, el requirente objeta el artículo 61, en primer lugar, porque el legislador carecería de competencia para establecer la causal de suspensión en el ejercicio del cargo de alcalde cuando ha sido acusado por delito que merezca pena aflictiva, dado que solo el constituyente sería competente para prever los eventos de suspensión o cesación en el cargo de autoridades de rango constitucional elegidas democráticamente o que, en todo caso, la ley que así lo dispusiera requeriría de una habilitación expresa de la Carta Fundamental.

Funda esta conclusión, por una parte, en lo dispuesto en los artículos 4° y 5° de la Constitución, en que el artículo 16 de la Carta Fundamental ha cerrado el catálogo de consecuencias que se siguen de la acusación por delito que merezca pena aflictiva, sin que pueda ampliarse, creando nuevas inhabilidades que el constituyente no previó taxativamente, y en que tampoco surge dicha atribución de lo preceptuado en el artículo 18 de la Carta Fundamental, ya que ninguna de las habilitaciones allí conferidas al legislador orgánico constitucional lo faculta para crear nuevas causales de suspensión temporal de un cargo de elección popular.

CUARTO: Que, en segundo lugar, el requirente sostiene su reproche al artículo 61 en la eventual pugna con derechos que la Constitución le asegura. Así, dado que opera automáticamente o de pleno derecho, sin ulterior conocimiento ni apreciación por tribunal alguno y sin procedimiento contradictorio posible, depende exclusivamente de la voluntad de un funcionario no jurisdiccional, esto es, un fiscal del Ministerio Público, al que la Carta Fundamental le prohíbe ejercer funciones jurisdiccionales.

En fin, se ataca el artículo 61 dado que contravendría lo dispuesto en el artículo 19 N°s 2° y 17° de la Constitución, ya que, mientras todas las autoridades elegidas democráticamente disponen de procedimientos, defensas y garantías ante eventos de inhabilitación, su aplicación en el caso de los alcaldes, en cambio, privaría al requirente de tales mínimos resguardos, sin que exista justificación racional alguna para tal tratamiento discriminatorio.

II. COMPETENCIA DEL LEGISLADOR

QUINTO: Que, para abordar el primer orden de objeciones que plantea el requerimiento de fs. 1, cabe considerar que es indudable que existe un vínculo entre



la suspensión del ejercicio del derecho de sufragio, prevista en el artículo 16 de la Constitución, y la suspensión del ejercicio en el cargo de Alcalde, legalmente contemplada en el artículo 61 de la respectiva Ley Orgánica Constitucional. Ello es así, desde luego, porque, tal y como lo exige el artículo 124 de la Carta Fundamental, el primero de los requisitos para ser elegido alcalde, es ser ciudadano con derecho a sufragio.

Asimismo, aparecen relacionados porque ambas normas tienen como base de aplicación el mismo supuesto: Que el ciudadano/alcalde sea acusado por delito que merezca pena aflictiva;

SEXTO: Que, sin embargo, tales vínculos no deben conducir a la conclusión que el precepto legal impugnado sea complemento de lo dispuesto en el aludido artículo 16, en términos tales que incorpore, por vía legal, un efecto adicional en relación con el ejercicio del derecho de sufragio, sino que uno y otro regulan materias diversas, de tal manera que no resulta procedente el reproche de no encontrarse, en aquel artículo 16, la habilitación para que el legislador haya incorporado, en 1992, el artículo 61 a la Ley N° 18695;

SEPTIMO: Que, por lo mismo, tampoco cabe buscar la habilitación para el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades en el artículo 18 de la Carta Fundamental, puesto que - al igual que el ya referido artículo 16 - regula el contenido de la ley sobre sistema electoral que no dicen relación con lo previsto en aquel precepto legal, cuya fuente se encuentra, más bien, en la interpretación armónica, entre otros, de lo dispuesto en los artículos 8°, 119, 124 y 125 de la Constitución;

1. Cambios en la regulación constitucional y legal

OCTAVO: Que, para fundar constitucionalmente el artículo 61, resulta imperativo resumir algunos de los cambios más significativos introducidos en los últimos años al estatuto del alcalde, al de las Municipalidades y en relación con el principio de probidad, pues, a diferencia de lo que se sostuvo en estrados, desde la perspectiva de la evolución del Derecho Constitucional, estimamos que ese proceso conduce a rechazar el requerimiento de inaplicabilidad del artículo 61;

NOVENO: Que, en primer lugar, cabe tener presente que, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Ley N° 1.289, de 1976, Ley Orgánica de Municipalidades, el Alcalde era designado por el Presidente de la República, oyendo al Intendente Regional, permaneciendo en su cargo mientras contara con la confianza de aquél, el cual se encontraba subordinado al Gobernador Provincial, salvo en materias estrictamente municipales, quedando sometido a las disposiciones estatutarias de los funcionarios públicos.

Dicho cuerpo legal fue derogado, en 1988, por la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que, en su texto original, disponía que el alcalde sería designado por el Consejo Regional de Desarrollo respectivo, a propuesta en terna del Consejo de Desarrollo Comunal, a excepción de las comunas de Arica, Iquique, Antofagasta, Valparaíso, Viña del Mar, Santiago, Conchalí, La Florida, Las



000248
placientes Cuarenta y ocho

Condes, Ñuñoa, Concepción, Talcahuano, Temuco, Puerto Montt, Coihaique y Punta Arenas, donde sería designado por el Presidente de la República, como funcionario de su exclusiva confianza.

Posteriormente, la ya aludida Ley N° 19.130, dispuso que el alcalde sería elegido por sufragio universal y que duraría cuatro años en el cargo, pudiendo ser reelegido, pero que sería proclamado alcalde el candidato a concejal que, habiendo obtenido individualmente el mayor número de preferencias, contara a lo menos con el treinta y cinco por ciento de los votos válidamente emitidos, excluidos los votos en blanco y los nulos, en la respectiva elección de concejales, siempre que integrara la lista más votada, según lo determinara el Tribunal Electoral Regional competente y, en caso de no cumplirse estos supuestos, el concejo elegiría al alcalde de entre sus miembros, por mayoría absoluta, que, de no lograrse se repetiría entre las dos más altas mayorías relativas en la elección efectuada en el concejo, y, de producirse nuevo empate entre ambos, el cargo de alcalde se ejercería por cada uno de los concejales empatados, en dos subperíodos de igual duración.

Esta misma ley fue la que incorporó el actual artículo 61 a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, denotando que la legitimidad democrática en la elección del alcalde no resultaba incompatible con la suspensión en el cargo, en caso que el alcalde fuera acusado por delito que merezca pena aflictiva.

Finalmente, casi una década después y sin derogar o modificar el artículo 61, la Ley N° 19.737, en 2001, estableció que sería elegido alcalde el candidato que obtuviera la mayor cantidad de sufragios válidamente emitidos en la comuna, esto es, excluidos los votos en blanco y los nulos, según determinara el Tribunal Electoral Regional competente y, en caso de empate, se determinaría por sorteo.

DECIMO: Que, por su parte, en relación con las Municipalidades, la Constitución de 1925 disponía que a ellas correspondía la administración local de cada comuna, regulaba la designación del alcalde y la elección de los Regidores, encargaba a la ley fijar sus atribuciones administrativas, sin perjuicio de las que señalaba la propia Constitución, y las sometía a la vigilancia correccional y económica de la respectiva Asamblea Provincial, con arreglo a la ley, la cual, incluso, podía disolverlas, en virtud de las causales que la ley estableciera, con el voto de la mayoría de los Representantes citados especialmente al efecto.

El ya mencionado Decreto Ley N° 1.289, en 1976, en su artículo 1°, dispuso que las Municipalidades serían instituciones de Derecho Público, funcional y territorialmente descentralizadas, cuyo objeto era administrar la comuna para satisfacer las necesidades locales y promover el desarrollo comunal. Formaban parte del sistema de Administración Interior del Estado. Podían actuar directamente o coordinando su acción con la de otras Municipalidades, con los demás servicios públicos y con las organizaciones del sector privado, dando participación en su acción a la propia comunidad. Su personal se regiría por las normas estatutarias de los funcionarios públicos, en lo no previsto por esta ley.

Avanzando en el tiempo, en el texto original de su artículo 107 inciso segundo, la actual Constitución dispuso que "[l]as municipalidades son corporaciones





de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”, el cual fue modificado por la Ley N° 19.097, agregando, a continuación de la expresión “corporaciones” la cualidad de autónomas y, por ello, por ejemplo, la Ley N° 19.526, en 1997, pudo agregar el artículo 110 a la Constitución, cuyo inciso primero dispuso que “[l]as municipalidades, para el cumplimiento de sus funciones, podrán crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, como también establecer los órganos o unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita”.

En la actualidad, entonces, el artículo 118 inciso cuarto preceptúa que “[l]as municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”; su artículo 121 inciso primero contempla la norma que les permite crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, como también establecer los órganos o unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita; y el artículo 122 agrega que gozarían de autonomía para la administración de sus finanzas;

DECIMOPRIMERO: Que, finalmente y en relación con el principio de probidad, en su origen, estuvo asociado al ejercicio de la función pública, a raíz que el Código del Trabajo de 1931 contemplaba la falta de probidad como causal de extinción de la relación laboral (Pedro Irureta Uriarte: “La Falta de Probidad como Causa de Extinción del Contrato de Trabajo”, *Estudios Homenaje al Profesor William Thayer A.*, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 1998, pp. 116-144).

En 1939, el Presidente Pedro Aguirre Cerda presentó un proyecto de ley sobre probidad administrativa para que todas las personas que fueran a asumir funciones públicas o cargos fiscales o semifiscales formularan una declaración jurada indicando todos los bienes que integraban su patrimonio, la cual se incluiría en un registro público a cargo de la Contraloría General de la República (Enrique Rajevic Mosler: “La Urgente Reforma del Sistema de Control Administrativo: Una Exigencia de la Probidad”, *Revista de Derecho Público* Vol. 69, Tomo II, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007, p. 37).

Sin embargo, recién el artículo 7° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, en su texto original de 1986, estableció el deber de observar el principio de probidad administrativa, “que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”.

Posteriormente, la Comisión de Ética Pública, formada en 1994 por el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, sugirió elevar ese principio a nivel constitucional y dictar una ley sobre la materia, lo cual dio origen a la Ley N° 19.653, sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado que introdujo, fundamentalmente cambios en la Ley N° 18.575 y en otros cuerpos legales vinculados a ese sector público y también incluyó enmiendas a la



000249

doscientos cuarenta y nueve

Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, agregando los nuevos artículos 5º, 5B y 5C, y al Poder Judicial, al incorporar un artículo 323 bis al Código Orgánico de Tribunales.

Finalmente, el año 2005 se elevaron a rango constitucional, en el artículo 8º, incisos 1º y 2º, los principios de probidad y publicidad y en 2010 se constitucionalizó también la obligación de declarar intereses y patrimonio, en forma pública, que pesa sobre el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale y se habilitó a dicha ley para determinar los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública u otras medidas apropiadas para resolverlos, pudiendo disponer, incluso, la enajenación de todo o parte de esos bienes;

DECIMOSEGUNDO: Que, las reformas sucintamente explicadas en los considerandos precedentes, dan cuenta de un proceso paulatino, pero progresivo e ininterrumpido, tendiente a aumentar significativamente la autonomía municipal, el origen democrático de los alcaldes y el reconocimiento y aplicación del respeto del principio de probidad en nuestro ordenamiento jurídico. Este proceso, indudablemente, ha dotado de amplias atribuciones a dichas Corporaciones y a quienes las dirigen, tanto desde la alcaldía como desde sus respectivos concejos, lo que también supone que unas y otros son sujetos de mayores deberes y más estricto escrutinio, por parte de la ciudadanía y de los órganos de control;

DECIMOTERCERO: Que, por ello, la incorporación del artículo 61 impugnado en estos autos se enmarca en dicho proceso, como queda en evidencia al verificar que esa norma fue propuesta mediante una indicación del senador Sergio Diez Urzúa al proyecto de ley que modificaba la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y que se convirtió en la Ley N° 19.130 (Informe de las Comisiones de Gobierno, Descentralización y Regionalización y de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Unidas, recaído en el proyecto que modifica la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, Boletín N° 531-06, 3 de enero de 1992), es decir, precisamente en el contexto del proceso por dotar de legitimidad democrática a los alcaldes, aunque, en ese momento, todavía vinculado a su votación como candidato a concejal.

El propósito de esa iniciativa, según se lee en el mensaje respectivo, era "(...) *democratizar el sistema municipal y, a la vez, lograr una mayor eficiencia en la administración comunal*", con lo cual queda confirmado que aquella democratización y la mayor eficiencia son principios estrechamente vinculados y, con ellos, el principio de probidad, desde que "(...) *el respeto por la probidad –y el consiguiente fortalecimiento de la democracia que ello importa– no es un tema de intenciones, sino que de conductas. No se trata de juzgar las razones por las cuales determinados ciudadanos acceden a los cargos públicos. Todos queremos pensar que es para cumplir los objetivos propios de la representación política contribuyendo al desarrollo y, en términos generales, al bien común. En consecuencia, mientras las intenciones contraídas a esos propósitos no se manifiesten en conductas precisas,*



*concretas, no parece adecuado realizar un juicio de probidad” (Marisol Peña Torres: “Democracia, Constitución y Probidad Pública y Privada”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Universidad Católica de Temuco, Vol. 7 N° 1, 2016, p. 140);*

DECIMOCUARTO: Que, en consecuencia, la naturaleza y características del régimen democrático, con base en los artículos 1° inciso cuarto, 4° y 5° inciso segundo de la Constitución, desplegados hoy plenamente en la regulación orgánica constitucional de las Municipalidades y, en particular, de los alcaldes, lejos de representarse incompatibles con reglas legales que dan eficacia al principio de probidad, son parte de su entramado esencial, pues no es concebible la democracia constitucional sin esa especie de consecuencias que persiguen la cautela de aquel principio, también situado en las Bases de la Institucionalidad, en el artículo 8° de la Carta Fundamental;

DECIMOQUINTO: Que, de esta manera, la disposición legal, en virtud de la cual se suspende al alcalde en el ejercicio de su cargo, cuando ha sido acusado por delito que merezca pena afflictiva, constituye una consecuencia que el legislador ha podido incorporar, precisamente, en resguardo del régimen democrático y del principio de probidad, en relación con los artículos 119, 124 y 125 de la Constitución. La norma legal objetada, entonces, teniendo en cuenta la autonomía municipal y el origen democrático del alcalde, dotado de amplias atribuciones para hacerla efectiva, armoniza con la vigencia de aquel principio, inherente al régimen democrático constitucional;

2. Aplicación al caso concreto

DECIMOSEXTO: Que, así las cosas, no resulta atendible el argumento esgrimido en esta causa por el requirente, en el sentido que el Legislador carece de competencia para adoptar el efecto previsto en el artículo 61 porque las secuelas de la suspensión del derecho de sufragio se agotarían en la preceptiva constitucional contenida en el artículo 16 de la Carta Fundamental, vinculado con la Ley Orgánica Constitucional a que refiere el artículo 18 que tampoco admitiría esa norma, dado que la ley no se encontraría habilitada para añadir nuevos efectos o consecuencias negativas o sancionatorias;

DECIMOSEPTIMO: Que, tal objeción, en cambio, desaparece al examinar la normativa constitucional completa, sistemáticamente interpretada, en relación con los alcaldes y, especialmente, con lo dispuesto en los artículos 1° inciso cuarto, 4°, 8°, 119, 124 y 125, estos tres últimos, especialmente en sus respectivos incisos primeros, de la Carta Fundamental;

DECIMOCTAVO: Que, en efecto, como ya se fundamentó en sentencias de esta Magistratura (Rol N° 2.916, c. 10°), admitido que el principio de probidad proscribe que las autoridades y funcionarios se sirvan indebidamente de sus cargos, es lógico que el legislador haya concebido dispositivos encaminados a precaver que se consumen actuaciones reñidas con el mismo, permitiendo que, a la cabeza de un órgano constitucionalmente autónomo, se encuentre quien ha sido acusado de un



000250
doscientos cincuenta

delito que merece pena aflictiva, en tanto subsista esa condición procesal, que, como en el caso de autos, se trata de la imputación de delitos reiterados de fraude al Fisco.

De esta forma, el artículo 61 de la Ley N° 18.695, configura una vía precautoria efectiva, tendiente a evitar que, por el hecho de continuar en funciones, las máximas autoridades de la municipalidad puedan aprovecharse de su posición, para entorpecer algún proceso penal dirigido en su contra o para persistir en la comisión de delitos que merezcan aquella pena;

DECIMONOVENO: Que, este criterio se corresponde, como se ha expresado, con las amplias atribuciones, prerrogativas y descollante autonomía depositadas en los alcaldes y concejales, que hacen menester dicho excepcional arbitrio, consistente en el alejamiento transitorio de sus funciones cuando -como sucede en la especie- un alcalde se encuentra acusado precisamente por delitos que merecen pena aflictiva (Rol N° 2.916, c. 11°), sin que la elección popular alcance para justificar una apreciación constitucional contraria a lo preceptuado en el artículo 61..

Por eso, una disposición similar se encuentra en el artículo 40 letra d) de la Ley Orgánica Constitucional N° 19.175, referida a los consejeros regionales;

VIGÉSIMO: Que, en definitiva, el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, no es contrario a los artículos 4°, 5°, 16 y 18 de la Carta Fundamental. Se trata de un precepto legal que, conforme a lo previsto en los artículos 1° inciso cuarto, 4°, 8°, 119, 124 y 125 de la Constitución resulta coherente con el régimen democrático y un mecanismo legítimo para concretar el principio de probidad que se exige de todo órgano estatal y, por ello, también de los alcaldes, atendida su legitimidad democrática y dado que se encuentran a la cabeza de las municipalidades, dotadas de autonomía constitucional;



III. AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

VIGESIMOPRIMERO: Que, habiéndose descartado la alegación consistente en que el Legislador carecería de competencia para dictar el artículo 61, cabe hacerse cargo de las impugnaciones contenidas en el requerimiento de fs. 1, que lo objetan porque al operar automáticamente, de pleno derecho, sin ulterior conocimiento ni apreciación por tribunal alguno y sin procedimiento contradictorio posible, la aplicación de la suspensión depende exclusivamente de la voluntad de un funcionario no jurisdiccional, un fiscal del Ministerio Público, al que la Carta Fundamental le prohíbe ejercer funciones jurisdiccionales, lesionando el derecho a un procedimiento racional y justo y configurando una discriminación respecto de otras autoridades igualmente elegidas en forma democrática;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, no advertimos una vulneración del derecho a un procedimiento racional y justo, desde luego, porque no sólo el ejercicio de la jurisdicción se encuentra sometido al respeto de ese derecho, sino que, en virtud de una reforma constitucional, también lo está la función que despliegan los fiscales, "(...) [d]ado que el desarrollo de la investigación por parte del Ministerio Público podría



afectar el derecho de acceder a un procedimiento racional y justo, es pertinente exigir a su regulación garantías que eviten daño o menoscabo al ejercicio de dicho derecho. Dichas garantías no se asocian a la propia investigación y sus características, sino que provienen de una garantía del procedimiento y, por esta razón, su ámbito y extensión se encuentran delimitados por su función de tutela del acceso al procedimiento (...)" (Rol N° 2.510, c. 29°).

Por lo mismo, en el considerando recién transcrito, se agregaba que "[l]o anterior permite sostener que en aquellos casos en que las garantías establecidas por el Legislador se constaten insuficientes para evitar la arbitrariedad en la investigación y que la arbitrariedad producida genere un menoscabo al derecho de acceso a un procedimiento racional y justo, procederá un examen de constitucionalidad de la norma o normas que amparan la arbitrariedad que genera un efecto inconstitucional".

VIGESIMOTERCERO: Que, sin embargo, no basta con invocar las deficiencias en que, hipotéticamente, puede incurrir el Ministerio Público al acusar, ya que lo indispensable - en esta sede de control - es acreditar que esas deficiencias han ocurrido o, al menos, sostenerlas argumentativamente de manera específica, dando cuenta cómo esa actuación ha vulnerado el derecho al procedimiento racional y justo de que es titular el requirente, en la gestión pendiente. Al contrario, el requerimiento de autos, en realidad, plantea en este ámbito un reproche abstracto, más bien dirigido al sistema contenido en el Código Procesal Penal, al estimar insuficiente lo que considera "(...) el único y mezquino contrapeso jurisdiccional a la voluntad autónoma del Fiscal de presentar su acusación (...)" (fs. 30 y 31 de estos autos constitucionales);

VIGESIMOCUARTO: Que, más todavía, sostener que la acusación sólo es susceptible de ser controlada en aspectos formales no es suficiente para conducir a la declaración de inaplicabilidad que requiere, en el caso concreto, la manera cómo el artículo 61 (efecto legal de la decisión del Ministerio Público) pugna con el derecho a un racional y justo procedimiento y a una investigación que cumpla con el mismo estándar constitucional.

Más aún si, al revisar el artículo 259 del Código Procesal Penal, que especifica el contenido de la acusación, se exige que contenga "en forma clara y precisa", entre otros aspectos, la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica y de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren; la participación que se atribuye al acusado; y el señalamiento de los medios de prueba de que el Ministerio Público piensa valerse en el juicio. Todo ello sobre la base que la acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación.

Es decir, la acusación no solo refiere cuestiones meramente formales, sino que contiene elementos sustantivos de la indagación penal, todos los cuales deben ser examinados por el juez y pueden ser debatidos por el imputado.

De igual modo, la autorización judicial previa se irgue como garantía frente al actuar del Fiscal, en caso que la decisión acusatoria ocasione eventuales lesiones a los derechos fundamentales de su destinatario (Rol N° 5.540, c. 75°). Empero, su



000251

doscientos cincuenta y uno

aplicación al caso concreto es una cuestión que debe ser objeto de discusión ante el Juez del Fondo y no en esta Magistratura Constitucional;

VIGESIMOQUINTO: Que, por lo expuesto, el artículo 270 del Código Procesal Penal añade que, en caso que la acusación fiscal presente vicios, el juez puede disponer que se subsanen en la misma audiencia de preparación del juicio oral o, de no ser posible, la suspenderá por el período necesario para la corrección del procedimiento, el que en ningún caso podrá exceder de cinco días.

Transcurrido ese lapso, el juez podrá conceder una prórroga hasta por otros cinco días, sin perjuicio de lo cual informará al fiscal regional, y, si aun así no se subsanan, el juez procederá a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, a menos que exista querellante particular, que haya deducido acusación o se haya adherido a la del fiscal, sin que el Ministerio Público pueda volver a intervenir, constituyendo una grave infracción a los deberes del fiscal.

No se confirma, entonces, una actuación fiscal meramente formal ni un control inexistente o de esa misma especie por parte del juez, desde que "(...) *la ley establece consecuencias gravísimas para la omisión contumaz en corregir los vicios formales que presente la acusación del fiscal, las que, según nuestro parecer, son plenamente justificadas. Ya hemos puesto de relieve la importancia que tiene la acusación en la determinación del objeto del juicio y en la posibilidad de ejercer debidamente el derecho de defensa por parte del acusado. Una acusación mal formulada pone en serio peligro estos valores del proceso, situación que solo puede ser evitada eficazmente del modo previsto en el Código (...)*" (María Inés Horvitz León y Julián López Masle: Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 37);

VIGESIMOSEXTO: Que, en consecuencia, no es suficiente para admitir la inconstitucionalidad planteada a fs. 1 sostener, en abstracto, que la acusación, en cuanto actuación del Ministerio Público, no goza de suficientes garantías de control judicial para alcanzar el estándar exigido por la acción de inaplicabilidad. Desde luego, porque, como se ha explicitado, ello no es efectivo, pero, en particular, porque no se han aportado antecedentes o argumentos, precisos y concretos, acerca de cómo, en este caso, ello habría ocurrido y de qué modo esa conducta resultaría contraria a la Constitución y, más específicamente, al derecho a un procedimiento racional y justo;

VIGESIMOSEPTIMO: Que, el mismo reproche de abstracción cabe formular, finalmente, a la discriminación que se formula en contra del artículo 61 impugnado, la cual pugnaría con los numerales 2° y 17° del artículo 29 constitucional, sin que tampoco se hayan requerido las normas legales que regulan el procedimiento seguido ante el Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana;

En este sentido, la acción de fs. 1 parece más bien dirigida a impugnar lo resuelto por ese Tribunal más que a dar cuenta de la aplicación inconstitucional del artículo 61 que no es el precepto que regula el procedimiento conforme al cual se tramita la gestión pendiente;



VIGESIMOCTAVO: Que, por lo expuesto, desestimamos la declaración de inaplicabilidad solicitada.

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. **ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS.**
- III. **QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUERENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Gonzalo García Pino, quien estuvo por acoger la impugnación dirigida al artículo 61 del DFL N° 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, por las siguientes razones:

I.- Conflicto constitucional planteado.

1° La gestión pendiente son recursos de apelación pendientes ante el Tribunal Calificador de Elecciones, que impugnan la decisión del Tribunal Electoral Regional de la Región Metropolitana que ordenó reemplazar al alcalde de Colina por haber operado de pleno derecho la inhabilidad temporal establecida en el precepto impugnado. Esta inhabilidad se origina en la acusación formulada por el Ministerio Público en contra del requirente, con fecha 29 de septiembre de 2017, por delito de fraude al Fisco.

2° El requirente alega que la aplicación del precepto vulnera el principio democrático prescrito en el artículo 4° de la Constitución, pues permite remover a un alcalde elegido con el 66% de los votos. Asimismo, sólo la Constitución puede crear causales de pérdida temporal o permanente de cargos electivos de rango constitucional. De hecho, es la Constitución la que establece las causales de



000252
Cientos cincuenta y dos

suspensión y pérdida del derecho a sufragio. La aplicación de esta sanción carece de elementos esenciales del debido proceso, pues es de competencia precaria de la justicia electoral, donde no existe oportunidad de defensa. La aplicación del precepto vulnera directamente lo prescrito por el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que la única limitación al ejercicio de derechos políticos es la condena dictada por un juez competente.

3° Por lo anterior, solicita que se declare inaplicable el siguiente artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipales que ordena lo siguiente:

"Artículo 61.- El alcalde o concejal cuyo derecho a sufragio se suspenda por alguna de las causales previstas en el artículo 16 de la Constitución Política de la República, se entenderá temporalmente incapacitado para el desempeño de su cargo, debiendo ser reemplazado, mientras dure su incapacidad, de conformidad a lo establecido en los artículos 62 y 78."

II.- Jurisprudencia previa del Tribunal

4° El Tribunal Constitucional ha resuelto tres requerimientos de inaplicabilidad respecto del mismo precepto. En la STC 660 el requirente era el entonces alcalde de Iquique, y la gestión pendiente era un proceso ante el Tribunal Electoral de Tarapacá, en que debía resolver sobre la incapacidad temporal para ejercer el cargo. El Tribunal rechazó el requerimiento, sosteniendo que "si un alcalde se halla suspendido, por resolución ejecutoriada, en el ejercicio de su derecho a sufragio, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 N° 2 de la Constitución, mientras rija tal resolución no reúne uno de los requisitos esenciales para seguir sirviendo el cargo referido, siendo consecuencia lógica de ello que se entienda incapacitado temporalmente para su desempeño, tal como lo establece el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades" (c. 15°). Se desestimó una vulneración al debido proceso, pues el requirente no logró argumentar que el proceso penal se haya llevado a cabo con infracción de garantías (c. 17°). Asimismo, se rechazó la infracción al principio de presunción de inocencia, porque la causal de incapacidad procede porque se trata de un requisito de elegibilidad de los alcaldes (c. 18°). Finalmente, no se vulnera el principio de igualdad, pues el precepto es aplicable a todos los alcaldes en la misma situación (c. 19°).

5° En la STC 1152 el requirente era alcalde de Llanquihue, y la gestión pendiente estaba radicada ante el Tribunal Electoral de Puerto Montt. En este caso el Tribunal reitera que "la suspensión temporal en el ejercicio del cargo de alcalde que prevé el artículo 61 como consecuencia de tener el alcalde suspendido su derecho a sufragio por cualquiera de las causales contempladas en el artículo 16 constitucional, no es sino la consecuencia lógica de la pérdida temporal de uno de los requisitos de elegibilidad para dicho cargo, lo que ocurre en el Derecho Público en diversos casos en que se produce la pérdida sobreviniente de uno o más de esos requisitos (incapacidad o inhabilidad sobrevinida)" (c. 7°).





6° En la STC 2916, con votos disidentes de los Ministros Carmona, García y Romero, también el requirente era el alcalde de la comuna de Llanquihue, y la gestión pendiente se seguía ante el Juzgado de Garantía de Puerto Varas. En dicha oportunidad el Tribunal Constitucional sostuvo que "aquí, pues, el artículo 61 de la Ley N° 18.695 se habría de aplicar razonablemente, sin producir un resultado inconstitucional: como no es posible interrumpir a las autoridades en el cumplimiento de sus funciones, indiscriminadamente, sin perturbar la marcha regular de las instituciones, la inhabilitación temporal para desempeñarse como alcalde, en la especie obedece a una acusación específica, que condice -en principio- con la necesidad de alejarlo momentáneamente de sus cargo.

De suerte que, salvo el parecer contrario de los jueces del fondo, existiría una nítida relación lógica entre la acusación ocurrida en el ámbito penal y la suspensión que le sigue en el orden administrativo, toda vez que la suspensión aparece justificada por la necesidad de asegurar el proceso penal. Al que accede, cual medio auxiliar para afianzar su desarrollo normal o impedir la eventual comisión de algún delito ministerial;" (c. 12°).

III.- Criterios interpretativos

7° No compartimos lo señalado en dichas sentencias como en el actual requerimiento en el entendido que se producen efectos inconstitucionales que los podemos resumir en las siguientes confusiones jurídicas. Primero, estimamos que si bien la lógica de la institución transita por la idea de la "suspensión del derecho de sufragio" (artículo 16, numeral 2°, de la Constitución) en la práctica está aplicándose como si el Alcalde hubiera perdido su derecho de sufragio (artículo 17, numeral 2°, de la Constitución). De esta forma, se asimila la "acusación" por delito que merezca pena aflictiva a la "condena" por el mismo ilícito. En segundo lugar, lo anterior se produce porque se interpreta ampliamente la suspensión del "derecho de sufragio" (inciso primero del artículo 16 de la Constitución), totalizándola con la "calidad de ciudadano" (inciso primero del artículo 17 de la Constitución), en circunstancias que éste tiene muchos otros derechos políticos en la esfera de su ejercicio que no pueden ser afectados por la formalización de una causa. En tercer término, la idea de "suspensión" en el cargo, que viene predeterminada por un concepto amplio de la "suspensión del derecho de sufragio", se traduce en una verdadera "causal de cesación en el cargo", en circunstancias que la propia Constitución deriva estas causales a una ley orgánica constitucional y alguna de sus hipótesis las regula en el propio texto constitucional (artículo 125 de la misma). Y, finalmente, en la práctica se confunde "incapacidad temporal" (artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades) con "inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente" (artículo 124 de la Constitución en relación con los artículos 61, 62 y 78 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades). Todo este conjunto de efectos se generan por una interpretación ilimitada respecto de un procedimiento administrativo del Ministerio Público que implica la formalización del requirente sin que aún pueda defenderse en el marco del proceso penal.



000253

Ciento cincuenta y tres

8° Hay un punto de partida en este cuestionamiento al modo en que se ha interpretado la norma de control del artículo 16, numeral 2° de la Constitución, según se viene sosteniendo, como prevención, desde la Sentencia Rol 2152.

Ahí se sostiene que "la unidad de la Constitución debe ponderar con mayor eficacia la extensión e intensidad del mandato democrático con pleno respeto a los derechos fundamentales que esta Constitución reconoce y por los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". En este sentido, considerando el derecho de sufragio como un derecho fundamental y un elemento esencial de una democracia, "[e]s evidente que frente a un principio democrático basado en la soberanía popular (nacional), en donde hay una amplia consideración del derecho a sufragio activo y pasivo, incluso para extranjeros, las normas sobre suspensión de uno de estos derechos deben interpretarse restrictivamente. La democracia no puede fundarse en la exclusión ciudadana sostenida en la vulneración de uno de los principios del debido proceso. Por lo mismo, la restricción debe fundarse en criterios excepcionales, justificados y razonables en una sociedad democrática". En definitiva, el "legislador no está vinculado, en consecuencia, sólo por el artículo 16 N° 2 de la Constitución, sino que por toda la Constitución, por los tratados internacionales en materia de derechos humanos y por la jurisprudencia de esta Magistratura [...] resulta insoslayable sostener que el legislador, en el desarrollo regulatorio del artículo 16 N° 2 de la Constitución, debe preservar que esta suspensión del derecho de sufragio sea radicalmente compatible con el ejercicio de derechos fundamentales esenciales para la determinación de la voluntad democrática, para el debido proceso y la dignidad de las personas. Por lo tanto, la interpretación de que la persona se entiende acusada desde el auto de apertura del juicio oral es solo el retorno a un *statu quo* que el proyecto de ley había deteriorado en ese punto, ya que ampliaba las limitaciones y suspensiones del derecho de sufragio a diferentes momentos procesales. A saber, desde que el Ministerio Público decide acusar (art. 248, letra b) CPP), pasando por todo el procedimiento de audiencia de preparación del juicio oral ante el juez de garantía y el propio juicio oral ante el tribunal oral en lo penal, hasta el momento previo a la condena (art. 341 del CPP) o incluso, en una tesis aún más extrema, después de la condena, hasta que ella no se encuentre firme y ejecutoriada. Por tanto, el legislador está exigido de cumplir un estándar más alto de respeto de la más amplia integración del electorado y con plena vigencia de derechos fundamentales basales de la convivencia cívica, y, por lo mismo, debe remediar este conflicto, incluso, ejerciendo su función constituyente".

9° Aun así me parece posible considerar esta interpretación restrictiva y más respetuosa de los demás derechos políticos. Para ello sostendré, basado en el voto disidente de la Sentencia Rol 2916 que hay criterios interpretativos que guían esta disidencia relativos a la infracción del principio democrático. Seguidamente, que la limitación gravosa de derechos políticos exige medidas, procedimientos y competencias específicas. Que esas medidas no existen porque desde el inicio hay una vulneración de un estándar convencional de derechos políticos.





10° Se infringe el principio democrático porque "... desde el origen constitucional de esta norma [artículo 16 N° 2 de la Constitución], la suspensión del sufragio sólo fue en su fase activa, y no pasiva. Con la aplicación del precepto impugnado se infringe directamente el principio democrático contemplado en el artículo 4° de la Constitución Política de la República. En segundo lugar, establece que la presunción de inocencia forma parte del debido proceso, y está consagrado en instrumentos internacionales ratificados por Chile generando una vulneración del artículo 5° inciso segundo de la Constitución en relación con los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.2 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 2° y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El reproche constitucional del artículo 16 N° 2 de la Constitución se adelanta a la sentencia firme que establece responsabilidad penal, permitiendo que el ejercicio de un derecho fundamental dependa de la voluntad del Ministerio Público. Del mismo modo, se infringe el principio de proporcionalidad, porque adelanta los efectos de una sentencia condenatoria, no persigue ningún fin legítimo y es desproporcionada;" (voto disidente STC Rol 2916, c. 6°).

11° La limitación de derechos políticos exige medidas, competencias y procedimientos específicos. Lo anterior, puesto que "basta esta consideración para sostener que el efecto del artículo 16, numeral 2° de la Constitución es la procedencia de la "suspensión" del derecho de sufragio a partir de que la persona "es acusada por delito que merezca pena aflictiva". Por ende, el sentido de esta limitación no puede extenderse al ejercicio de otros derechos fundamentales. Lo anterior, es particularmente clave puesto que la propia Constitución reconoce que la "calidad de ciudadano se pierde (...) por condena a plena aflictiva" (numeral 2° del artículo 17 de la Constitución), afectando a todo el conjunto de derechos políticos. En este sentido, esta causa no se refiere a la aplicación del numeral 2° del artículo 16 de la Constitución, esto es a la suspensión del derecho de sufragio, sino que a su consecuencia. Por tanto, se ha de responder acerca de quién es competente, bajo qué reglas normativas y con qué procedimiento para extender la afectación circunscrita a un derecho político, a otros derechos afectando, de paso, el esquema organizativo de poderes;" (voto disidente STC Rol 2916, c. 13°).

12° La suspensión del derecho de sufragio no cumple con el estándar convencional. "Que el numeral 2° del artículo 16 de la Constitución suspende el derecho de sufragio una vez que la persona es "acusada por delito que merezca pena aflictiva (...)/ Que este estándar contrasta con el dispuesto en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (no aludido por el requirente en este caso). Por un lado, reconoce dentro de los derechos políticos el de "participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos" (literal a) del artículo 23.1) y "de votar y ser elegido en elecciones periódicas ..." (literal b) del artículo 23.1). En cualquier circunstancia, "la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de (...) condena, por juez competente, en proceso penal" (artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos)" (voto disidente STC Rol 2916, considerandos 14° y 15°).



000254
Ciento cincuenta y cuatro

13° Conforme al principio de objetividad, se formalizan administrativamente investigaciones y no personas. "Que, en síntesis, por el cierre de una actividad administrativa del Ministerio Público, bajo tuición judicial pero sin su autorización, se formaliza una investigación en contra de persona determinada, en delitos que merecen penas aflictivas (prácticamente todos ellos), afectando derechos subjetivos expresos en la Constitución y autorizados por ella (suspensión del derecho de sufragio) y otros derechos políticos sin que la Constitución lo disponga (incapacidad temporal en un cargo de elección popular)" (voto disidente STC Rol 2916, c. 22°).

14° La suspensión del derecho de sufragio no implica la incapacidad temporal directa de los cargos electos democráticamente. "Que, en consecuencia, respecto de todos los cargos electos democráticamente no existe ninguna aplicación automática de la regla de suspensión del derecho de sufragio que se traduzca inmediatamente en la suspensión del cargo. Siempre se requiere una intervención judicial cualificada y con procedimientos más complejos. Sin embargo, esta conclusión no es completa porque queda pendiente de analizar la situación no regulada en la Constitución de los alcaldes, los consejeros regionales y los concejales;" (voto disidente STC Rol 2916, c. 30°).

15° La suspensión del derecho de sufragio afecta los requisitos de elegibilidad los que deben ser declarados por otro tribunal. Puesto que "... no existe en nuestra legislación un mecanismo que establezca la directa aplicación de la suspensión del derecho de sufragio generando la incapacitación temporal de ejercicio en el cargo de una autoridad electa democráticamente. Tampoco la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1152 aporta elemento alguno al respecto por tratarse de una gestión pendiente que se seguía, justamente, en el tribunal electoral regional respectivo. Por lo mismo, cabe analizar el caso simbólico del alcalde;" (voto disidente STC Rol 2916, c. 38°).

16° El alcalde debe estar sometido a un régimen de idénticas garantías que el de otras autoridades democráticas. "... no es admisible que una autoridad administrativa, un fiscal del Ministerio Público, en un procedimiento administrativo de formalización, en donde la función judicial constituye un ejercicio de control de regularidad de aplicación de la ley, sin recurso disponible para oponerse a una formalización de una investigación, concluya en una afectación de derechos políticos no directamente autorizados por la Constitución o la ley. La Constitución, regula el efecto directo de la suspensión del derecho de sufragio, en cuanto configura una pérdida de un requisito, general de elegibilidad. Sin embargo, no es el mismo tribunal el que interviene generando el efecto de la suspensión o incapacitación temporal en el cargo. Todas las autoridades electas democráticamente tienen un mecanismo jurisdiccional adicional y específico que vela por la satisfacción de la justicia en el la ejecución del principio de responsabilidad penal de todos, pero a su vez, resguarda los efectos institucionales de hacer cesar temporalmente en el cargo a una autoridad elegida por la ciudadanía;" (voto disidente STC Rol 2916, c. 44°).





17° De este modo se produce un desequilibrio en los cargos de elección popular del alcalde respecto de todos los demás casos definidos en la Constitución (especialmente, Presidente de la República y parlamentarios) en donde hay formas de antejudio que permiten resolver como un filtro previo. A modo de ejemplo, en las Sentencias roles Nos 2067, 3046, 3764, 4010 y 6028, el Tribunal ha acogido esta idea a partir del examen del impedimento de apelación del Ministerio Público cuando ha sido rechazado el desafuero de los parlamentarios por parte de la Corte de Apelaciones respectiva.

IV.- Aplicación de criterios al caso concreto

18° En el caso concreto el requirente relata que dos concejales pidieron la declaración de incapacidad temporal de su cargo ante el Primer Tribunal Electoral Regional de la Región Metropolitana sobre la base de la acusación formulada por el Ministerio Público en contra suya en el marco del Caso Basura, el cual sin procedimiento contradictorio ni audiencia del requirente, declaró su incapacidad temporal para ejercer el cargo de alcalde de Colina, al estimar que había operado de pleno derecho la incapacidad temporal para el desempeño del cargo de alcalde, por pesar sobre el requirente una acusación por delitos de fraude al Fisco, que merecen pena aflictiva. El requirente dedujo reposición con apelación subsidiaria, concediéndose el recurso de apelación para ante el Tricel al rechazarse el referido recurso de reposición.

19° El requirente fue acusado por fraude al Fisco en el denominado "Caso Basura". El 05 de marzo de 2019 empezó el juicio oral ante el Tribunal de justicia oral penal de Colina y, mientras la causa se tramitó en el Tribunal, se realizaron alegatos y se produjo el acuerdo de rechazo del requerimiento, la causa de fondo seguía en pleno desarrollo.

20° Sin embargo, ya en etapa de redacción de este fallo, el Tribunal penal correspondiente desestimó la acusación por su eventual participación en los delitos de fraude al fisco y malversación de caudales públicos, en los siguientes términos: *"la unanimidad de este estrado formó plena convicción en cuanto a que la información incorporada a juicio resultó francamente insuficiente para alcanzar el estándar de convicción consagrado en el artículo 340 del Código Procesal Penal, esto es, la razonabilidad de la duda y, por ende, para acreditar los extremos fácticos de la acusación formulada en contra de los acusados Morales, Vidal, Valenzuela y Olavarría, razón por la cual no pudo menos que absolverlos del capítulo de cargos que les fueron atribuidos en la acusación pública y particular sostenidas por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado."* (Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, RUC 1300384594-4, RIT 1-2019, c.16°).

21° En la práctica, el procedimiento seguido ante el TER no contó con las garantías de un debido proceso, pues resolvió la solicitud de los concejales de manera automática, al estimar que la causal de incapacidad temporal prevista en el precepto impugnado operaba de pleno derecho. Con ello, se le privó del derecho a



000255

doscientos cincuenta y cinco

la tutela judicial efectiva y el derecho a defensa, garantías del artículo 19, numeral 3°, de la Constitución.

22° La extensión de tratamiento de este caso y sus resultados evidencian los criterios con los cuales habíamos planteado el asunto. En la práctica, se produce algo más que la mera "suspensión del derecho de sufragio" (artículo 16, numeral 2°, de la Constitución), puesto que en los hechos se aplicó como si el Alcalde hubiera perdido su derecho de sufragio (artículo 17, numeral 2°, de la Constitución). De esta forma, se asimila la "acusación" por delito que merezca pena aflictiva a la "condena" por el mismo ilícito. Ello resulta más complejo cuando el caso deriva en su opuesto, la absolución.

23° Se interpretó ampliamente la suspensión del "derecho de sufragio" (inciso primero del artículo 16 de la Constitución), de un modo tal que restringió otros derechos políticos propios de la "calidad de ciudadano" (artículo 13 inciso segundo en relación con el artículo 17, ambos de la Constitución), en circunstancias que éste tiene muchos otros derechos políticos en la esfera de su ejercicio que no pueden ser afectados por la formalización de una causa.

24° En la práctica, la idea de "suspensión" en el cargo, se traduce en una verdadera "causal de cesación en el cargo", en circunstancias que la propia Constitución deriva estas causales a una ley orgánica constitucional y alguna de sus hipótesis las regula en el propio texto constitucional (artículo 125 de la misma).

25° Por lo mismo, cabe acoger el requerimiento relativo al artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades puesto que, en los hechos, se confunde la "incapacidad temporal" (artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades) con un efecto de "inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente" que regula el artículo 124 de la Constitución en relación con los artículos 61, 62 y 78 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

26° El contraste es demasiado patente en esta causa que terminó en la absolución del requirente. En razón de estos criterios estimo vulnerada la Constitución en su artículo 4°, en relación con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por carecer de protección el principio democrático en el ámbito local al extenderse de un modo desmedido la suspensión del derecho de sufragio.

Asimismo, estimo vulnerado el artículo 19, numeral 3°, de la Constitución por cuanto la extensión interpretativa y no restrictiva de un derecho político llevó a aplicar las sanciones del artículo 17 de la Constitución y no las del artículo 16 numeral 2° que expresamente atribuía la Carta Fundamental. En tal sentido, hay vulneración del derecho a defensa porque se le impidió al requirente defenderse de estas extensiones en un procedimiento esencialmente administrativo como es la formalización de una investigación, que aunque tenga intervención judicial, el efecto de control de sus garantías son relativas a medidas cautelares personales y reales que no abarcan al examen de los derechos políticos. Por ende, al no existir un procedimiento ad hoc que resuelva el efecto de la suspensión del derecho de sufragio se produce un encadenamiento de consecuencias que implica transitar



desde la suspensión a la pérdida de la calidad de ciudadano y desde la incapacidad temporal de ejercicio del cargo a la construcción de una causal de cesación en el mismo.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre a acoger el requerimiento de inaplicabilidad, pero por las consideraciones que se exponen a continuación:

I.- INTRODUCCIÓN: NORMA IMPUGNADA, HECHOS RELEVANTES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1°. *NORMA IMPUGNADA.* El precepto legal que se impugna en el presente requerimiento es el siguiente:

Artículo 61 LOCM: "El alcalde o concejal cuyo derecho a sufragio se suspenda por alguna de las causales previstas en el artículo 16 de la Constitución Política de la República, se entenderá temporalmente incapacitado para el desempeño de su cargo, debiendo ser reemplazado, mientras dure su incapacidad, de conformidad a lo establecido en los artículos 62 y 78."

2°. *CASO CONCRETO.* El requirente, Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Colina, acciona de inaplicabilidad tras haber sido formulada acusación en su contra en septiembre de 2017, en el contexto de un proceso penal seguido por delitos reiterados de fraude al fisco. En razón de lo anterior, dos concejales de la mencionada municipalidad recurrieron al Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana para solicitar el cese del señor Olavarría de su cargo de alcalde, en virtud de lo dispuesto en el precepto impugnado.

3°. *INTERROGANTES CONSTITUCIONALES RELEVANTES.* Es particularmente importante identificar las preguntas de relevancia constitucional pertinentes en este caso. La discusión no dice relación a si el artículo 16, N° 2°, de la Constitución, referido a las causales de suspensión del derecho de sufragio es, en sí mismo, un precepto reprochable. A nuestro entender, las interrogantes claves son las siguientes: ¿Produce un efecto inconstitucional la remisión que la norma legal impugnada hace al artículo 16, N° 2°, de la Constitución? ¿Es racional y justo un procedimiento en que, por la sola acusación penal, un alcalde (electo por decisión democrática) sea suspendido de su cargo público?

Despejando algunos puntos iniciales, debe reconocerse que no está en discusión la posibilidad de que un alcalde pueda ser temporalmente incapacitado para el desempeño de su cargo.

Tampoco se discute sobre la posibilidad constitucional de que el derecho de sufragio sea susceptible de suspensión, ni respecto de las causales que dan lugar a tal efecto.



000256
doscientos cincuenta y seis

Lo que se discute es un asunto que no está regulado en la Constitución, sino en una ley (la orgánica constitucional de municipalidades). En efecto, la remisión a una específica disposición constitucional que haga una norma de rango legal no convierte a esta última en una que goce, por ese solo hecho, de validación constitucional.

4°. *RESPUESTA Y LÍNEA ARGUMENTATIVA*. La tesis que se sostiene en el presente voto particular es que el estándar que se exige por la norma legal objetada para incapacitar temporalmente a un alcalde para el desempeño de su cargo es demasiado bajo, consagrando, en definitiva, un procedimiento carente de resguardos mínimamente eficaces para la protección del mandato popular que ha legitimado, en su inicio, el ejercicio del cargo por parte de la autoridad electa. Por lo tanto, la aplicación del precepto impugnado no satisface la garantía de un "*racional y justo procedimiento*" contemplada en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución, lo cual debe entenderse no sólo en términos de derechos individuales, sino también con referencia a la protección de los procesos propios de "una república democrática" (artículo 4°, de la Constitución).

Para demostrar lo aseverado precedentemente, se explicará, en primer lugar, que el actual numeral 2° del artículo 16 de la Constitución (disposición que tiene como función esencial o primordial regular el ejercicio del derecho de sufragio y no la cesación en cargos públicos de elección popular) establece un estándar de menor exigencia que lo que disponían los textos constitucionales desde 1833 hasta la reforma constitucional del año 2005.

En efecto, se constatará que la sustitución de la anterior expresión "procesada" por "acusada" constituye una modificación con efectos significativos. Antes, por un lado, se requería la acreditación de antecedentes probatorios más exigentes y, por el otro, existía un control judicial (revisable por una corte superior de justicia) que garantizaba una adecuada comprobación del peso de los antecedentes probatorios necesarios para el procesamiento de un imputado.

En contraste, se argumentará que, de acuerdo al diseño de Código Procesal Penal vigente, la acusación es un acto procesal que carece de un control judicial significativo, ya que, su verificación depende, básicamente, de un acto administrativo del Ministerio Público y/o de un acto voluntario del querellante en ejercicio de su derecho al forzamiento de la acusación.

En seguida, se sostendrá (desde una perspectiva de racionalidad) que la pérdida de un requisito exigible para ser elegido en un cargo público no tiene por qué, necesariamente, significar un impedimento para ejercer o mantenerse en el cargo una vez que ya ha sido elegido.

Se advertirá, asimismo, que hay riesgos para el proceso democrático que se deben tener en consideración, como el derivado de la instrumentalización por acciones políticamente motivadas.

Por último, se señalará que el estándar que establece el precepto legal impugnado para incapacitar a un alcalde afecta el principio de presunción de



inocencia, el cual debiera ser especialmente considerado mientras mayor es la magnitud de la consecuencia negativa.

II.- ANÁLISIS DEL PROBLEMA CONSTITUCIONAL

5°. Como se ha señalado con anterioridad, lo problemático no es la norma constitucional en sí misma, sino el precepto legal impugnado, el cual se remite, en cuanto a los requisitos para incapacitar temporalmente a un alcalde, al artículo 16, N° 2°, de la Constitución. Como el estándar que debe superarse para lograr la interrupción del ejercicio de dicho cargo público corresponde al de esta última disposición constitucional (la cual regula el derecho de sufragio) resulta esencial realizar un análisis de dicha norma constitucional.

¿Qué dispone el artículo 16, N° 2°, de la Constitución? Este artículo señala que las causales para la suspensión del derecho a sufragio son tres: (1) interdicción en caso de demencia; (2) hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista, y (3) haber sido sancionado por el Tribunal Constitucional por participar en organizaciones cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política (de acuerdo a lo establecido en el artículo 19, N° 15°, inciso séptimo).

6°. Como se explicará más adelante, el estándar de hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva (que es lo que ha ocurrido en este caso concreto) sufrió una pequeña variación de redacción (se sustituyó la palabra "procesada" por "acusada"), pero que significó, al final, una importante alteración en cuanto al grado de dificultad para incapacitar temporalmente del desempeño de su cargo a un alcalde democráticamente elegido.

7°. En efecto, la modificación precedentemente mencionada introducida por la reforma constitucional de 2005 no representó una simple adecuación terminológica de naturaleza "cosmética". El mismo Ejecutivo, en el veto que dio origen a dicha modificación, reconoció que ésta *"se corresponde con la figura actual y es acorde con los términos del Código Procesal Penal"*, pero también que *"no es sinónimo del mismo estadio procesal"* (Historia de la Ley N° 20.050, p. 1857).

8°. Antes de comenzar con el análisis de las diferencias e implicancias de la modificación aludida, es necesario aclarar, como asunto previo, que no hay discusión alguna sobre la voluntad del constituyente del año 2005 de identificar el concepto de "acusada" con la acusación del artículo 248, letra b), del Código Procesal Penal. Esto resulta evidente de la lectura de la historia de la tramitación ley N° 20.050.

En este sentido, y sólo con el objetivo de evitar confusiones, debe aseverarse que en caso alguno puede hacerse una equivalencia entre la voz "acusación" utilizada en el artículo 16, N° 2°, con la *formalización* de la investigación (art. 229 del Código Procesal Penal). Si bien el Ministerio Público se encuentra



000257
doscientos cincuenta y siete

habilitado para realizar ambas actuaciones, sus efectos procesales son radicalmente distintos: la *formalización* es una decisión administrativa que genera un estado procesal necesario para la realización de ciertas diligencias investigativas (generalmente intrusivas); la recepción anticipada de prueba; o el otorgamiento de medidas cautelares (art. 230). La acusación, en cambio, es una decisión administrativa presentada ante un juez de garantía por parte del Ministerio Público, una vez cerrada la investigación (art. 248), por la cual atribuye participación y responsabilidad penal al imputado, ofrece la prueba para sostener lo anterior, y solicita que se condene a una pena al imputado (art. 259).

9°. Ahora, despejado el punto anterior, corresponde identificar y analizar cuáles son las exigencias procesales disímiles que se derivan de la sustitución de la expresión persona "procesada" por persona "acusada" y explicar por qué el estándar previo (sin variaciones significativas desde 1833) proporcionaba un resguardo superior.

10°. Sobre el particular, cabe destacar (de forma sintética e introductoria) que antes se exigía verificar la existencia de antecedentes que, en opinión del juez (o de la respectiva corte, en su caso), dieran lugar a una presunción fundada de ser autor, cómplice o encubridor de un delito. En otras palabras, se requería, por un lado, la acreditación de antecedentes probatorios más exigentes y, por el otro, existía un control judicial (revisable por una corte superior de justicia) que garantizaba una adecuada comprobación del peso de los antecedentes.

11°. En lo concerniente al peso de los antecedentes probatorios necesarios para el procesamiento de un imputado (lo que denominaremos, para estos efectos, "estándar material"), debe destacarse, en primer lugar, que el vocablo "*procesado*" que exigía la Constitución hasta el año 2005 hacía referencia al auto de procesamiento decretado por el juez del crimen, de acuerdo al artículo 274 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. Este sometimiento a proceso era ordenado por el juez (después de ser interrogado el inculpado) "(...) *si de los antecedentes resultare: 1° Que está justificada la existencia del delito que se investiga, y 2° Que aparecen presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.*".

12°. A su vez, en lo referente a la garantía de un control judicial efectivo (o, para estos efectos, "estándar formal"), es importante poner de relieve que, según la legislación procesal penal general previa, en contra del auto de procesamiento proceden los recursos de reposición (artículo 56 del Código de Procedimiento Penal) y de apelación (54 bis), el que se concede en ambos efectos (art. 60); es decir, suspende el efecto consistente en la pérdida del derecho a sufragio mientras no sea conocido y resuelto por la Corte de Apelaciones respectiva. Asimismo, de acuerdo a la doctrina, también procede el recurso de queja del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales (PFEIFFER, Alfredo, 1998: *Derecho Procesal Penal*, tomo VII, p. 136).

Como se aprecia, bajo la vigencia del sistema previo, el efecto de la pérdida del derecho a sufragio no se producía sino hasta la existencia de una sentencia judicial firme y ejecutoriada. Tan consistente es la interpretación de esta norma





constitucional, que dentro de los antecedentes tenidos a la vista durante la Comisión Ortúzar para el estudio de la norma sobre la suspensión del derecho a sufragio se cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 11 de junio del año 1897, en que se dictaminó que “[s]ólo por resolución judicial firme de juez competente puede ser considerada una persona como procesada, para todos los efectos constitucionales o legales; por tanto, no basta un simple mandamiento de prisión susceptible de recursos” (Informe elaborado por Sergio Diez, Fernando Soffia y Gastón Ureta, sobre las normas relativas a nacionalidad y ciudadanía, presentado en la sesión N° 56).

Además, hay que tener presente que el sistema previo a la reforma constitucional de 2005 descansaba, en lo referente a los tres requisitos para la suspensión del derecho de sufragio, en un pilar común: la intervención y decisión final de un órgano jurisdiccional. En efecto, en el caso de la interdicción por demencia (art. 16 N° 1), son los tribunales de letras en lo civil, a través del procedimiento de interdicción por demencia, quienes resuelven. En el caso de los procesados por delito que merece pena aflictiva (art. 16 N° 2), son los tribunales de letras en lo criminal, a través del procedimiento penal ordinario regido por el Código de Procedimiento Penal, quienes adoptan la resolución. Y, por último, en el caso de sanción por participar de organizaciones proscritas constitucionalmente (art. 16 N° 3), es el Tribunal Constitucional, de acuerdo al procedimiento especial que establece su Ley Orgánica Constitucional, el llamado a resolver. En los numerales 1° y 3° del artículo 16, se exige que la decisión sea a través de una sentencia definitiva; en el caso del artículo 16 N° 2, basta una resolución interlocutoria como es el auto de procesamiento (art. 274 del Código de Procedimiento Penal). Sin embargo, en los tres casos existen garantías procesales que aseguran el control judicial de la decisión.

13°. En suma, la antigua expresión “procesada” (sustituida, ahora, por “acusada”) garantizaba que la suspensión del derecho a sufragio fuera procedente sólo luego de cumplidos los siguientes resguardos: [1] una resolución judicial, [2] previa declaración del inculpado, [3] con existencia de antecedentes que justifican la existencia del delito investigado, [4] con presunciones fundadas para estimar la participación del procesado, y [5] sujeto a revisión judicial por un tribunal colegiado, a través de la apelación y de la queja.

14°. Ya se ha señalado, con anterioridad, que el término “procesada” llevaba consigo resguardos superiores a los exigibles a partir de su reemplazo por la palabra “acusada”. Para tal efecto, ya se ha explicado en qué consistían las exigencias bajo el sistema previo. A continuación, se demostrará, con mayor detalle, cuál es el estándar procesal actualmente vigente que se desprende de la utilización del vocablo “acusada”.

15°. Al realizar una comparación entre el nuevo estándar de “acusación” para la suspensión del derecho a sufragio con el anterior derivado de la utilización del término “procesado”, veremos que ninguna de las garantías procesales señaladas previamente se asegura en este nuevo estadio procesal.



000258
doscientos cincuenta y ocho

En efecto, la "acusación", en cuanto *estándar formal*, se satisface con una mera: [1] actuación administrativa, [2] sin control judicial inmediato, [3] ni posibilidad alguna de revisión o impugnación ante un tribunal superior de justicia, y que [4] produce el efecto de suspender el derecho a sufragar por su sola interposición y de pleno derecho. Por su parte, la "acusación", como *estándar material*, se satisface con la sola existencia de un "fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado", lo que representa una exigencia menor que la vigente previamente, esto es, recordemos, la existencia de antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investiga y que permitan formarse la convicción (al nivel de una presunción fundada) de que el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

Las consideraciones jurídicas que respaldan lo que recién se ha caracterizado como estándar formal y material del nuevo sistema son las siguientes:

[1] Primero, la acusación es una actuación administrativa cuyo titular es, por regla general, el Ministerio Público y, en casos excepcionales, el querellante.

[2] Segundo, el Código Procesal Penal exige un "*fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado*" (art. 248, letra b). Sin embargo, este "*fundamento serio*" requerido legalmente (y que constituye un estándar de menor exigencia, como ya se señaló) no está sujeto a control judicial alguno. De hecho, no hay actuación posible alguna por parte del imputado para evitar judicialmente la presentación de la acusación y, por ende, la producción de su efecto de suspender el derecho de sufragio.

Presentada la acusación, el artículo 260 del Código Procesal Penal ordena que se cite a la audiencia de preparación de juicio oral. En dicha audiencia, señala el artículo 263, "*el acusado*" podrá señalar vicios formales, deducir excepciones de incompetencia, litis pendencia, cosa juzgada, falta de legitimación activa, y extinción de responsabilidad penal, y exponer los argumentos de defensa y medios de prueba que considere necesarios para el juicio oral. Como se ve, el mismo Código ya trata como "*acusado*" al imputado, desde la sola presentación de la acusación.

En efecto, en nuestro país "(...) *el control de la acusación es meramente formal y no sobre su mérito. Sólo abarca la corrección de los vicios formales de que ella pudiera adolecer, así como la resolución de todas aquellas incidencias que pudieran dilatar la realización ininterrumpida del juicio. (...)*" (Horvitz y López, tomo II, p. 15). El Mensaje Presidencial justifica la ausencia de control señalando que: "*[l]as razones para proponer esta forma limitada de control de la acusación, que se aleja de la mayoría de los modelos extranjero, dicen relación con, por una parte, evitar la anticipación del juicio admitiendo prueba sobre el fondo del debate, y con cautelar la independencia judicial, por la otra, reafirmando el principio de que la promoción de la persecución penal corresponde a los fiscales y no a los jueces.*" (Horvitz y López, tomo II, p. 17). Los mismos autores cuestionan que, "*[s]i entendemos que la sola formulación de la acusación y la consiguiente apertura del juicio es apta para privar, perturbar o restringir el ejercicio de los derechos constitucionales de una persona, pareciera posible fundar la exigencia de un control judicial negativo de la acusación en base al artículo 80-A [actual 83] de la Constitución (...)*". (Horvitz y López, tomo II, p. 18).





[3] Tercero, bajo el estándar actual, basta la presentación de la acusación para que se produzca, inmediatamente, de pleno derecho, la suspensión del derecho a sufragio. Asimismo, el efecto inmediato de la acusación realizada por el Ministerio Público para suspender el derecho a sufragio también ha sido sostenida por la Contraloría General de la República en dictámenes relativos a la suspensión del cargo de alcalde cuando son acusados penalmente. Así, "(...) *tal como se ha sostenido en los dictámenes N°s. 28.816 y 54.796, ambos de 2012, basta con la formulación de la acusación por un delito que merezca pena aflictiva por parte del Ministerio Público para que se genere la suspensión del derecho a sufragio y, consecuentemente, de pleno derecho, la incapacidad temporal para el desempeño de los cargos de alcalde y concejal, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 61 de la ley N° 18.695, y 16, N° 2, de la Constitución Política de la República.*

[4] Cuarto, y final, la "acusación", además, no es susceptible de revisión judicial alguna. Es decir, no hay actuación o recurso alguno que pueda oponer el imputado para solicitar la revisión o impugnación de la actuación del Ministerio Público, o el querellante en su caso, ante el mismo tribunal o uno superior.

16°. De lo razonado hasta ahora, es indudable que estamos en presencia de una disminución de los requisitos para poder afectar el ejercicio de un derecho constitucional. Analizado desde la perspectiva del derecho de sufragio, se puede sostener que se trata de un estándar más bajo, pero no irracional. Sin embargo, ¿puede decirse lo mismo cuando la satisfacción de dicho estándar trae como consecuencia una interrupción en el ejercicio de un cargo público de elección popular? Esta distinción es importante. Tal como ya lo hemos afirmado, no se está reprochando un supuesto déficit de las causales para la suspensión del derecho de sufragio. Mal podría hacerse tratándose de un precepto de jerarquía constitucional. Lo que se objeta dice relación con las causales que incapacitarían temporalmente a un alcalde para el ejercicio de su cargo.

17°. Es cierto que la regulación del derecho a sufragio, en cuanto requisito de elegibilidad para ciertos cargos de elección popular, puede tener alguna vinculación con casos como el de autos. Pero de la afirmación anterior no se colige que las causales de incapacitación temporal para el ejercicio del cargo por parte de un alcalde previamente elegido por votación popular tengan que corresponder, necesariamente, con las previstas para la suspensión del derecho de sufragio, ni menos que operen de forma casi automática. No existe precepto constitucional alguno que obligue al legislador a una solución como la actualmente vigente y que se objeta en el requerimiento de autos. Todo lo contrario. Estimamos que la solución legislativa impugnada en esta sede tiene efectos contrarios a la Constitución. El derecho de quien ya ha sido elegido por sufragio popular para desempeñar sus funciones por el tiempo estipulado no tiene por qué asimilarse, en cuanto a los requisitos para su ejercicio, con el derecho a elegir o sufragar que la Constitución reconoce a los ciudadanos chilenos y a los extranjeros avecindados en Chile por más de 5 años (artículos 13 y 14). Una vez elegido, un alcalde goza (a diferencia de sus contendores derrotados) de un especial sustento democrático. El



000259
doscientos cincuenta y nueve

ejercicio democrático de muchos confiere a quien es elegido del derecho y deber de cumplir con dicho mandato.

18°. Evidentemente, la confianza y el mandato que legitima el ejercicio del cargo puede ser traicionada por quien lo detenta. Si eso ocurre, la "sanción" obvia provendrá por parte de los electores con ocasión del próximo proceso electoral. Y si la "traición" es de mayor envergadura, es del todo razonable que pueda interrumpirse (temporal o definitivamente) a un Alcalde del ejercicio del cargo. Lo que no es (constitucionalmente) razonable es que los requisitos para que proceda la incapacidad sean tan fáciles de ser satisfechos. El diseño legislativo actual carece de suficientes resguardos.

19°. Hay riesgos para el proceso democrático que se deben tener en consideración. Así, por ejemplo, el sistema debiera contemplar algún resguardo contra su instrumentalización por acciones políticamente motivadas ("fumus persecutionis"). Una litigación políticamente estratégica en un sistema que no cuente con resguardos mínimamente eficaces podría impedir la presentación de candidaturas a cargos de elección popular o interrumpir temporal o permanentemente el ejercicio de las funciones de la autoridad elegida. Incluso, dependiendo el momento en el que se realice la acusación, una incapacitación meramente temporal puede devenir, en la práctica, en una de carácter permanente si se considera el período de tiempo que resta para la conclusión del plazo de duración del cargo público.

20°. En el caso de los parlamentarios, el mecanismo de resguardo está representado por la institución del desafuero. Este "antejuicio" evita que la pérdida (o suspensión) de un requisito de elegibilidad opere de manera automática o con ausencia de estándares materiales y formales que proporcionen algún tipo de resguardo.

No estamos diciendo que el estándar mínimo exigible para casos como el de autos sea el establecimiento de un procedimiento de desafuero como el que opera en el caso de los parlamentarios. Son casos semejantes, aunque no completamente iguales, lo que justifica alguna diferencia. Sin embargo, la magnitud de la exigencia para la satisfacción de los requisitos para suspender del cargo a un parlamentario o a un alcalde es muy disímil. En el caso de un alcalde la exigencia es demasiado baja. La "acusación" es un acto procesal que no brinda resguardo suficiente.

21°. Igualmente, no puede olvidarse que el estándar que establece el precepto legal impugnado para incapacitar a un alcalde afecta el principio de presunción de inocencia, el cual debiera ser especialmente considerado mientras mayor es la magnitud de la consecuencia negativa. En este caso, el afectado es el alcalde. Pero no sólo él. También se ve alterado, de alguna forma, el mandato popular directo para servir un cargo por cierto número de años.





III.- CONCLUSIÓN: SE VULNERA EL ARTÍCULO 19, Nº 3º, INCISO SEXTO (EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 4º) DE LA CONSTITUCIÓN.

22º. La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en su artículo 61, regula la posibilidad de incapacitar temporalmente a un alcalde para el desempeño de sus funciones y lo hace estableciendo un estándar de protección sumamente débil. Tal como se ha explicado, el precepto de jerarquía legal que se impugna en el presente requerimiento consagra un procedimiento carente de los resguardos mínimamente eficaces para la protección del mandato popular que ha legitimado, en su inicio, el ejercicio del cargo por parte de la autoridad electa. En clave constitucional, la aplicación de la norma legal objetada genera un efecto contrario a la exigencia constitucional de racionalidad y justicia procedimental, lo cual impacta no sólo en derechos individuales, sino que afecta negativamente el mandato resultante de los procesos democráticos.

Hay que tener presente que, desde una óptica global, nuestra Constitución contiene resguardos notoriamente reforzados para proteger la voluntad de los electores, expresada a través del sufragio (art. 5º, inciso primero), y posteriormente materializada en la proclamación de los candidatos electos. Para esto, la Constitución contempla, en su Capítulo IX, la existencia de un Servicio Electoral, órgano constitucionalmente autónomo encargado de la fiscalización y supervigilancia de los procesos electorarios, así como un sistema de justicia electoral autónomo del Poder Judicial, que está a cargo de la proclamación de los candidatos electos y de resolver las reclamaciones que pudieran existir.

El sistema constitucional de resguardo del proceso democrático no termina en la proclamación y asunción de funciones de los candidatos electos. Debe necesariamente extenderse hasta asegurar que las personas electas puedan cumplir con el mandato popular a través del ejercicio de sus cargos públicos durante su período. Esto no significa que todo servidor público electo sea inmune a interferencias en el ejercicio de su cargo; la impunidad no es admisible en un Estado de Derecho. Sin embargo, sí se requiere que la suspensión o cese en el ejercicio de un cargo electo democráticamente sea justificada y ordenada a través de un proceso sometido a control y revisión judicial. De esta manera se satisface la garantía de "*racional y justo procedimiento*" contemplada en el artículo 19, Nº 3º, de la Constitución, la cual ha de entenderse, en este caso, con referencia a una de las afirmaciones centrales de nuestra identidad institucional: "*Chile es una república democrática*" (artículo 4º, de la Constitución).

Por tanto, y en consideración a las razones expuestas con anterioridad, el requerimiento de inaplicabilidad debe acogerse.



000260
Floricientes Berente

PREVENCIÓN

El Ministro señor Nelson Pozo Silva y la Ministra señora María Pía Silva Gallinato concurren al voto por rechazar el libelo de fojas 1, en atención a los siguientes razonamientos:

1°. Que compartiendo la argumentación del voto de mayoría por rechazar el requerimiento de fojas 1, resulta pertinente hacer consideraciones sobre el principio democrático y su incidencia en el caso concreto;

2°. Que dentro de los variados principios de la democracia constitucional el principio democrático es conocido bajo la regla de la mayoría, la cual, desde su perspectiva, es una condición de eficiencia de la democracia, dado que permite llegar más fácilmente a la decisión colectiva ante la simple heterogeneidad de la multitud de las opiniones individuales;

3°. Que dicho principio es entendido como aquella teoría o creencia según la cual la mayoría debe tomar las decisiones colectivas, pues en ella reside propiamente el poder político. En efecto, el principio democrático tiene como fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y de obligaciones, y no sólo fuente de las fuentes (F. Rubio Llorente, La forma de poder. Estudio sobre la Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, T.I, 3ª ed., Madrid 2012, p.91);

4°. El Estado constitucional se cimienta de forma irrenunciable en el principio democrático, de suerte que corresponde al pueblo la atribución de la titularidad de la soberanía. Ni más ni menos: el Estado de Derecho como Estado democrático (artículo 4° de la Constitución Política);

5°. Que la solicitante sustenta su requerimiento en el presupuesto del valor democrático, en el régimen democrático y en estrados invocó una aparente minusvaloración de la democracia local, cuyo efecto podría ser una afectación de la estabilidad democrática de las autoridades electivas, razón que lleva a este prevencionista a deducir éste análisis;

6°. Que como se explicitó en el voto de mayoría y, principalmente, en los considerandos 16 a 20, no es posible invocar el presupuesto del principio democrático, dado que se ha razonado profusamente en el presente laudo, que siguiendo el precedente Rol N°2916, en su motivo 11, no resulta atingente alegar argumentos relativos al principio democrático ni tampoco expresiones de la voluntad de un colectivo, tomando en consideración sistemas o factores electorales, dado que la materia en cuestión está centrada en la aplicación del artículo 61 de la Ley N°18.695.- la cual se la relaciona con la causal establecida en el artículo 16, N°2 de la Carta Fundamental (acreditado con el certificado que rola a fojas 47 de autos);

7°. Que en mérito de lo expuesto, sólo procede desechar la presentación del requirente de fojas 1 y siguientes de la presente causa.





Redactó la sentencia el Ministro señor Miguel Ángel Fernández; las disidencias los Ministros señores Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán; y la prevención el Ministro señor Nelson Pozo Silva.

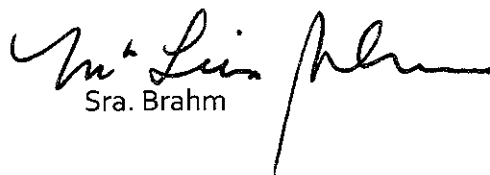
Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 4103-17-INA

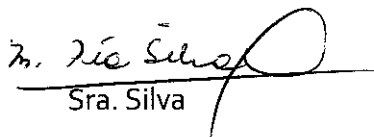

Sr. García

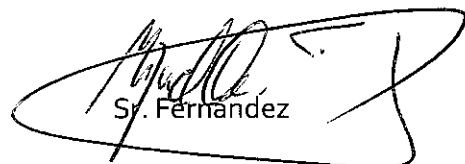

Sr. Aróstica


Sr. Romero


Sra. Brahm


Sr. Pozo


Sra. Silva


Sr. Fernández

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

Se certifica que el Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez concurre al acuerdo, pero no firma por encontrarse con permiso administrativo.

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

