

Santiago, treinta de enero de dos mil catorce.

VISTOS:

Con fecha 5 de noviembre de 2012, a fojas 1, Alejandra Miranda Delgado deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 8°, letra d), inciso final, de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, en la causa sobre recurso de protección caratulada *“Miranda Delgado, Alejandra, con Ministro de Desarrollo Social y otro”*, seguida actualmente ante la Corte Suprema, bajo el Rol N° 8.274-2012.

El precepto legal impugnado dispone:

“Los cargos de jefes de departamento y los de niveles de jefaturas jerárquicos equivalentes de los ministerios y servicios públicos, serán de carrera y se someterán a las reglas especiales que se pasan a expresar:

... d) La permanencia en estos cargos de jefatura será por un período de tres años. Al término del primer período trienal, el jefe superior de cada servicio, podrá por una sola vez, previa evaluación del desempeño del funcionario, resolver la prórroga de su nombramiento por igual período o bien llamar a concurso.”.

El inciso final, que es el cuestionado de inaplicabilidad, establece que:

“Los funcionarios permanecerán en estos cargos mientras se encuentren calificados en lista N° 1, de distinción;”.

Conforme indica la requirente, la gestión en que incide su acción de inaplicabilidad consiste en el recurso de protección por ella deducido el 25 de julio de 2012 en contra del Jefe de Personal del Ministerio de Desarrollo Social, Sergio Stuardo Vidal, y del Ministro

del ramo, Joaquín Lavín Infante, por el acto ilegal y arbitrario de destituir de su cargo a Patricia Castillo Agostillo-Valer, funcionaria de planta de dicha repartición, Jefa del Departamento Regional de la Secretaría Regional Ministerial de Planificación y Coordinación de la Región Metropolitana, y que, a la fecha del despido, además, era presidenta de la Asociación de Funcionarios del mismo Ministerio (ASOFUMI), presidencia para la que fue elegida por el período que va desde el 30 de noviembre de 2011 hasta el 30 de noviembre de 2013.

El cese en sus funciones como Jefa de Departamento le fue comunicado el 29 de junio de 2012, en circunstancias que ese cargo, adjudicado por concurso público, se extendía por tres años, desde el 16 de octubre de 2009 hasta el 16 de octubre de 2012.

El motivo de la destitución, indica, fue la calificación en lista 2 de la funcionaria aludida, aplicando al efecto la autoridad la norma impugnada de inaplicabilidad. Sin embargo, no se atendió en la especie al fuero gremial de la funcionaria, que le confiere inamovilidad, conforme al artículo 25 de la Ley N° 19.296, sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, debiendo, en todo caso, ser la destitución ratificada por la Contraloría General de la República, conforme a este mismo precepto legal.

Consigna la actora que la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de 27 de julio de 2012, acogió el recurso de protección deducido estimando que el acto recurrido era ilegal al desconocer el fuero gremial de la funcionaria, ordenándose su reintegro al Servicio, mientras no se ratificara la destitución por la Contraloría, de conformidad con el referido artículo 25 de la Ley N° 19.296. Sin embargo, agrega, nada obsta a que la Corte Suprema, conociendo de la apelación deducida en la gestión pendiente, aplique en forma decisiva el

artículo 8°, letra d), inciso final, del Estatuto Administrativo, revoque la sentencia, y se produzca con ello la infracción constitucional.

En cuanto a los vicios de inconstitucionalidad invocados, estima la requirente que la aplicación en la especie del precepto impugnado infringiría sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la libertad sindical, a la protección de los derechos en su esencia, y al debido proceso, garantizados en los numerales 2°, 19°, 26° y 3° del artículo 19 de la Constitución Política.

Así, al otorgársele a la requirente, que es dirigente sindical, un tratamiento distinto a los demás dirigentes del sector público que detentan el fuero gremial de la Ley N° 19.296, desconociéndosele su inamovilidad en el cargo, se infringe la prohibición constitucional de establecer diferencias arbitrarias.

Por otro lado, se vulnera la libertad sindical en cuanto al aseguramiento de la autonomía de las organizaciones gremiales, autonomía que, precisamente, no puede concebirse sin el fuero gremial, que implica que la calidad de dirigente sindical no perjudique la permanencia en el empleo. Esta infracción constitucional se vincula, además, con el artículo 9° del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, y se agrega que, al privarse al dirigente de su fuero, se afecta en su esencia el derecho fundamental a la libertad sindical.

En fin, se afecta el derecho al debido proceso, de aceptarse que el desafuero que debe producirse al desvincular a un dirigente sindical, equivalga a la ausencia de un juicio, en que se declare dicho desafuero con las garantías mínimas del contradictorio.

La Segunda Sala de esta Magistratura, por resolución de 20 de noviembre de 2012 (fojas 45), admitió a trámite el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión en que incide; posteriormente, por

resolución de 20 de diciembre de 2012 (fojas 128), luego de evacuados los traslados respectivos y oídos los alegatos de las partes al efecto, lo declaró admisible.

Por resolución de 14 de enero de 2013 (fojas 136), se confirió a las demás partes de la gestión en que incide el requerimiento y a los órganos constitucionales interesados un plazo de 20 días para formular observaciones sobre el fondo de aquél.

Con fecha 4 de febrero de 2013, a fojas 143, el Consejo de Defensa del Estado, en representación de Joaquín Lavín Infante, Ministro de Desarrollo Social, y de Sergio Stuardo Vidal, Jefe de Personal del mismo Ministerio, formuló dentro de plazo observaciones al requerimiento, instando por su rechazo, con costas.

Señala el Consejo, en relación a los antecedentes del requerimiento, que es improcedente lo aseverado por la actora en orden a que habría sido destituida o despedida de su cargo, sin respetar su fuero sindical, toda vez que en la especie la requirente se vio impedida de seguir ejerciendo su cargo por incumplir el requisito legal de ser calificada en lista N° 1, conforme al artículo 8°, letra d), del Estatuto Administrativo, hecho no controvertido y ratificado por la Contraloría General de la República.

Además, no podría ejercer su cargo, pues fue originalmente nombrada en él por 3 años, entre octubre de 2006 y octubre de 2009, y luego dicho nombramiento se le prorrogó por tres años, desde octubre de 2009, habiendo terminado su período en octubre de 2012.

Agrega el Consejo que la elección de la requirente como directora regional de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Planificación, se produjo con posterioridad al proceso calificadorio, que la posicionó en lista N° 2, lo que fue confirmado por la Contraloría General de la República. Lo anterior es relevante pues no se puede invocar el fuero a efectos de soslayar la

potestad disciplinaria de la Administración o pretender que ésta infrinja el principio de legalidad.

Añade el Consejo que el requerimiento adolece de incongruencia procesal, desde que sólo impugna el artículo 8°, letra d), inciso final, de la Ley N° 18.834, que dispone que los funcionarios permanecerán en sus cargos mientras se encuentren calificados en lista N° 1, de distinción, pero no impugna el inciso segundo del mismo artículo 8°, generando una situación contradictoria, pues dicha norma dispone que los nombramientos del personal del tercer nivel jerárquico podrán ser renovados por una sola vez, como ocurrió en la especie, en que la funcionaria fue renovada en su cargo, venciendo el segundo plazo de 3 años el 15 de octubre de 2012, por lo que necesariamente debía cesar en su cargo y sin que la actora objete la normativa legal relativa a la prórroga por una sola vez.

Lo mencionado con anterioridad determina, además, que el precepto legal impugnado no resulte de aplicación decisiva en la resolución del asunto, toda vez que, aun en el evento de que se declarara inaplicable, igualmente, al no poderse prorrogar nuevamente el nombramiento de la requirente, por expresa disposición legal, se generará el mismo efecto que trae aparejada su no permanencia en lista N° 1, esto es, la cesación en su cargo por el cumplimiento del plazo en octubre de 2012. Más aun, la requirente pretende dejar sin efecto situaciones jurídicas ya creadas por la aplicación del precepto impugnado, con anterioridad al inicio de la gestión en que incide su requerimiento de inaplicabilidad.

Por otra parte, indica el Consejo que la declaratoria de inaplicabilidad requiere la existencia de un conflicto de constitucionalidad vinculado con la gestión pendiente y no de mera legalidad, como acontece en la especie. En efecto, lo que pretende la requirente es que se determine que en la gestión pendiente debe

inaplicarse la norma legal que dispone los requisitos de calificación que ella no reúne, y que, en cambio, se le aplique la norma legal que dispone su fuero e inamovilidad, lo que constituye un claro problema de determinación de la ley aplicable, que debe ser resuelto por el juez del fondo, como lo expresa el voto disidente respecto de la admisibilidad del requerimiento, suscrito por el Presidente de este Tribunal Constitucional, señor Bertelsen, y la Ministra señora Peña.

Lo dicho implica también que el requerimiento busca revertir decisiones jurisdiccionales y evitar una sentencia desfavorable de la Corte Suprema, excediendo los límites de la acción de inaplicabilidad. En este sentido, además, se hace presente que la sentencia de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la acción de protección, ordenando el reintegro en sus funciones de Patricia Castillo, *“en tanto la Contraloría General de la República no ratifique su destitución”*, de conformidad con el artículo 25 de la Ley N° 19.296. Luego, la Corte no declara que a la funcionaria no se le aplica el precepto que impugna de inaplicabilidad, de modo que la Administración no pueda poner fin a su nombramiento por no obtener las calificaciones pertinentes, sino que sólo ordena su reincorporación en tanto -atendido su fuero- la destitución no se ratifique por la Contraloría.

Más aun, por aplicación del principio de legalidad recogido en los artículos 6° y 7° de la Constitución, la Administración se encuentra impedida de prorrogar nuevamente el nombramiento de la requirente. De hecho, si el Ministerio hubiera actuado como pretendía la requirente, manteniendo su nombramiento a pesar de no haber sido calificada en lista 1, o prorrogándolo por más de una vez, en ambos casos, habría infringido dicho principio de legalidad.

Además, se alude al principio de deferencia razonada hacia los poderes públicos, el respeto a la autonomía del legislador y a la presunción de constitucionalidad de la ley, como argumentos para el rechazo del requerimiento.

Por último, en relación a los vicios de inconstitucionalidad invocados por la actora, señala el Consejo de Defensa del Estado que el requerimiento no explica de qué manera la aplicación de la norma cuestionada infringe la garantía de la igualdad ante la ley, en relación con los demás dirigentes que tienen fuero sindical, como tampoco se hace cargo de las diferencias que existirían entre la actora y los demás funcionarios del mismo nivel jerárquico que no detentan fuero y que sí deben cumplir los requisitos que ella intenta soslayar. Además, el Consejo invoca el principio de razonabilidad en relación con las diferencias de trato jurídicas.

Tampoco explica el requerimiento cómo se infringiría en su esencia el derecho a la libertad sindical y a la autonomía de las organizaciones gremiales, ni se hace cargo de cómo se puede concebir el fuero gremial sin cumplir con los requisitos legales para ejercer el cargo que le da origen.

Por último, al invocar la requirente el debido proceso y el contradictorio en el desafuero previo, no tiene en consideración que, en la especie, su nombramiento no ha concluido por voluntad de la Administración sino por incumplir la actora los requisitos legales para ejercerlo. Luego, no hay destitución ni sanción administrativa y, en consecuencia, no es pertinente un proceso de desafuero.

A fojas 167 se ordenó traer los autos en relación, agregándose la causa para su vista en la tabla de Pleno del día 13 de junio de 2013, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de las abogadas Alejandra Miranda Delgado, por la

requiriente, y Ximena González Duarte, por el Consejo de Defensa del Estado.

Y CONSIDERANDO:

I) LA IMPUGNACIÓN.

PRIMERO: Que doña Alejandra Miranda Delgado, en representación de doña Patricia Castillo Agostillo-Valer, ha solicitado la declaración de inaplicabilidad del artículo 8°, letra d), inciso final, de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, por entender que su aplicación resultaría contraria a lo preceptuado en los numerales 2°, 19°, 24° y 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental (siguiendo el mismo orden propuesto por ella);

SEGUNDO: Que la impugnación se efectúa en el marco de un recurso de protección seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra don Joaquín Lavín Infante y don Sergio Stuardo Vidal, en sus respectivas calidades de Ministro y Jefe de Personal del Ministerio de Desarrollo Social, por la presunta ilegalidad y arbitrariedad en que habrían incurrido al destituir de su cargo a la individualizada Patricia Castillo Agostillo-Valer, funcionaria de planta de la indicada repartición, en un cargo de jefe de departamento, que a la fecha de su "despido" se desempeñaba como dirigente gremial de la Asociación Nacional de Funcionarios de dicho Ministerio.

Enfatiza que la acción constitucional impetrada fue acogida en primera instancia, disponiéndose el reintegro a sus funciones de la aludida funcionaria, "en tanto la Contraloría General de la República no ratifique su destitución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N° 19.296".

Adicionalmente, puntualiza que el fallo en referencia ha sido apelado por el Consejo de Defensa del Estado, en representación de ambos recurridos, ante la Excma. Corte Suprema, cuya es la gestión que se encuentra

pendiente, por haberse acogido por este Tribunal Constitucional la suspensión de procedimiento solicitada por la requirente;

II) LOS TÉRMINOS DEL CONFLICTO.

TERCERO: Que la actora reduce su planteamiento de inaplicabilidad al solo texto del inciso final de la letra d) del artículo 8° del Estatuto Administrativo que, desarrollando la regla especial sobre permanencia en el cargo de los jefes de departamento o niveles jerárquicos equivalentes de los ministerios y servicios públicos, expresa que se prolongará *“mientras se encuentren calificados en lista N° 1, de distinción”*. Entiende que por aplicación del criterio de especialidad, debe prevalecer por sobre esa norma la del artículo 25 de la Ley N° 19.296, sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado (14.03.1994), que en lo pertinente reza:

“Los directores de las asociaciones de funcionarios gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado su mandato como tales, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea de la asociación o mediante aplicación de la medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General de la República. Del mismo modo, el fuero no subsistirá en el caso de disolución de la asociación, cuando ésta derivare de la aplicación de las letras c) y e) del artículo 61, o de las causales previstas en los estatutos, siempre que, en este último caso, las causales importaren culpa o dolo de los directores de las asociaciones”.

Este precepto gozaría de aplicación prevalente, toda vez que concierne al caso específico del funcionario público que es, además, dirigente gremial. Por ende, el fuero gremial quedaría desatendido si el asunto

jurisdiccional que es llamada a resolver la Corte Suprema, no se dirimiere por aplicación de este claro mandato;

CUARTO: Que, como parece palmario, nuestra requirente sitúa el conflicto normativo que denuncia en la órbita de las antinomias legales, desde que propone resolverlo a través del criterio de especialidad, sintetizado en el brocardo "*lex specialis derogat legi generali*". Conforme a esta regla, las normas referidas precedentemente serían incompatibles entre sí, debiendo prevalecer la segunda, por su especialidad, en la medida que ésta sustraería una parte de la materia regida por la de mayor amplitud, para someterla a una regulación diversa y contradictoria con aquélla;

QUINTO: Que un ejercicio interpretativo como el propuesto, obliga desde luego a confrontar el ámbito de aplicación de ambas normas en aparente conflicto, a fin de determinar si efectivamente tal colisión existe y, en su caso, si efectivamente una de ellas presenta relación de especialidad respecto de la otra, para apreciar sólo entonces si ésta, en el supuesto de ser aplicable o resultar decisiva para la resolución del asunto, resulta ser contraria a la Constitución, en el caso concreto;

III) ALCANCE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PREVENTIVO EJERCIDO RESPECTO DE LA NORMA IMPUGNADA.

SEXTO: Que el artículo 27, N° 2, de la Ley N° 19.882 (23.06.2003), que "Regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica", llamada también "Ley de Nuevo Trato Laboral" de los funcionarios públicos, cuyo contenido fue concordado en lo fundamental entre el Ejecutivo de la época y la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), incorporó como nuevo artículo 7° bis de la Ley N° 18.834 - Estatuto Administrativo - la disposición que en el actual texto

refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto Administrativo, fijado por el DFL N° 29 (Hacienda), de 16 de marzo de 2005, figura como artículo 8°.

A su turno, el precepto relacionado, que tuvo su origen en Mensaje del Presidente de la República de la época, don Ricardo Lagos Escobar, fue modificado durante la discusión en la Cámara de Diputados, por la vía de una indicación presidencial, agregándosele un inciso final, en el literal d), que es precisamente el impugnado. Esta adición, conforme a la cual los funcionarios designados en cargos de jefes de departamento o equivalentes, permanecerán en ellos *"mientras se encuentren calificados en lista N° 1, de distinción"*, no es sino natural consecuencia de otra indicación coetánea del Presidente de la República, en el sentido de que, además de cumplir los requisitos correspondientes, quienes concursen para la provisión de estos empleos deberán encontrarse *"calificados en lista N° 1, de distinción..."*. Ninguna de estas reglas aparecía en el Mensaje con que el Jefe del Estado dio inicio al procedimiento legislativo, plasmado en la reforma que amplió la carrera funcionaria, extendiéndola a las jefaturas de departamento y niveles equivalentes;

SÉPTIMO: Que el precepto en cuestión fue sometido a control de constitucionalidad preventivo obligatorio ante este Tribunal Constitucional, conforme a lo previsto a la sazón en el artículo 82, N° 1°, de la Constitución Política de la República. Concluyó entonces esta Magistratura, en el Rol N° 375 (3.06.2003), que tanto ésta como las demás disposiciones sometidas a su revisión, *fueron "aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 63 de la Constitución"*, hoy artículo 66, inciso segundo, - considerando 74° - y, en cuanto al fondo, que *"el artículo 7° bis, letras a), b) y c), - comprendidos en el artículo VIGÉSIMO SÉPTIMO...- son*

constitucionales" (resolutivo 2° de lo dispositivo). En fundamento de su decisión, argumentó este Tribunal que el sistema de concursos previsto en el artículo 7° bis, letras a), b) y c) del proyecto de ley orgánica constitucional sometido a su control, referido a la provisión de los cargos de jefes de departamentos y de los niveles de jefaturas jerárquicas equivalentes de los ministerios y servicios públicos, si bien era diferente al del artículo 44 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, participaba de *"su misma naturaleza"*, por lo cual no contradecía la Carta Fundamental (considerando 36°);

OCTAVO: Que, según queda constancia en el considerando 13° de la sentencia recaída en el Rol citado supra, las cuestiones de constitucionalidad directamente vinculadas con normas orgánicas constitucionales sujetas a control, formuladas por varios señores senadores, incidieron, en lo pertinente, sólo en lo concerniente a que el nuevo sistema de promoción contenido en el proyecto en estudio, al eliminar el ascenso como medio de efectuarla, vulnera o no la carrera funcionaria y, por ende, el artículo 38, inciso primero, de la Carta Fundamental. A propósito de esta específica cuestión y razonando *"a mayor abundamiento"*, puntualiza la ponderación 32^a del fallo aludido que *"en lugar de restringir la carrera funcionaria, el nuevo artículo 7° bis del Estatuto Administrativo, introducido por el artículo VIGÉSIMO SÉPTIMO, N° 2, del proyecto revisado, abre nuevas posibilidades de promoción a los niveles jerárquicos de jefe de departamento y sus equivalentes, pero sobre la base del mérito, acreditado en concurso, al cual pueden presentarse, entre otros y precisamente, los funcionarios o personas que resuelvan libremente hacerlo, de acuerdo con lo que la nueva normativa establece. Quedan así esos niveles jerárquicos excluidos del régimen*

de nombramiento aplicable a los cargos de exclusiva confianza de la autoridad hasta hoy competente para disponerlo". De lo cual cabe inferir que esta instancia constitucional no extendió su pronunciamiento al mismo vicio que sustenta el presente requerimiento, dirigido específicamente a impugnar la pertinencia constitucional de subordinar la permanencia en cargos de jefatura de departamento o equivalentes respecto de los funcionarios que dejen de estar calificados en lista de distinción.

En este marco debe entenderse la admisibilidad de la cuestión de inaplicabilidad declarada por la 2ª Sala de este Tribunal, a fojas 131;

**IV) ESPECIALIDAD DE LA NORMA DEL ARTÍCULO 25 DE LA
LEY N° 19.296 COMO FUNDAMENTO DE LA
INAPLICABILIDAD.**

NOVENO: Que el artículo 25 de la Ley N° 19.296 (14.03.1994), sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, reza en lo atinente a la cuestión que interesa:

*"Artículo 25: **Los directores de las asociaciones de funcionarios gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado su mandato como tales, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea de la asociación o mediante aplicación de la medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General de la República. Del mismo modo, el fuero no subsistirá en el caso de disolución de la asociación, cuando ésta derivare de la aplicación de las letras c) y e) del artículo 61, o de las causales previstas en los estatutos, siempre que, en este último caso, las causales importaren culpa o dolo de los directores de las asociaciones.***

Asimismo, durante el lapso a que se refiere el inciso precedente, los dirigentes no podrán ser

trasladados de localidad o de la función que desempeñaren, sin su autorización por escrito.

Igualmente, no serán objeto de calificación anual durante el mismo lapso a que se refieren los incisos anteriores, salvo que expresamente la solicitare el dirigente. Si no la solicitare, regirá su última calificación para todos los efectos legales."

A criterio de la requirente, esta disposición ha de aplicarse con preferencia respecto del artículo 8°, letra d), inciso final, del Estatuto Administrativo, tanto por su especialidad cuanto por tratarse de una norma de rango orgánico constitucional;

DÉCIMO: Que los tres primeros incisos de este precepto fueron declarados constitucionales por este Tribunal Constitucional, por estimarlos propios de ley orgánica constitucional y no contradictorios con la Ley Suprema (Rol N° 180, considerandos 8° y 10°).

En orden a su alcance, la disposición reseñada confiere a los directores de asociaciones de funcionarios una inamovilidad especial para permanecer en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en su mandato como tales, a menos que mediare censura de la asamblea de la asociación o medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General de la República.

Es esta inamovilidad especial la que, en concepto de la requirente, ampararía su derecho a continuar en el desempeño de su cargo, en la medida que, al tiempo de afinarse su proceso calificadorio, ocupaba un cargo de representación gremial que impedía su destitución, salvo si la medida de destitución que la pudiere afectar, por motivos disciplinarios, hubiere sido ratificada por la Contraloría General de la República, como lo exige el inciso primero del artículo 25 de la ley mencionada en la ponderación precedente;

UNDÉCIMO: Que no resulta complejo discernir que el precepto legal aludido, el que debería ser aplicado preferentemente al caso de la especie por criterio de especialidad, como lo propone la propia requirente, dispensa a los dirigentes de las asociaciones de funcionarios del proceso de calificación anual durante el período a que se extiende su inamovilidad. Esta regla sólo admite excepción en el caso de que el dirigente solicitare expresamente ser calificado. De no hacerlo, regirá para todos los efectos legales su última calificación.

Relevante es puntualizar que la sentencia recaída en la acción constitucional de protección que es constitutiva de la gestión pendiente ante la judicatura ordinaria, enfatiza que no hay constancia en esos autos de haber optado la recurrente voluntariamente por someterse al proceso de calificación en el período 2010-2011. Infiere de lo anterior que la aludida acción constitucional se presentó dentro de plazo, por haberse suspendido el plazo para presentarla durante el lapso en que la calificación permaneció sin afinar, por haber sido reclamada ante la Contraloría General de la República. Pero no extrae de esa circunstancia ningún vicio que comprometa la validez de la calificación en Lista 2 que se aplicó a la interesada, lo que torna intrascendente esa consideración desde el punto de vista del fondo;

DUODÉCIMO: Que no está demás poner de manifiesto, por ser un hecho de la causa, que la requirente fue elegida Directora Regional de la Asociación de Funcionarios del Ministerio de Planificación, con fecha 30 de noviembre de 2011 (considerando 2°.d) de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de 10 de octubre de 2012, corriente a fojas 21 de estos autos).

Igualmente pertinente es anotar que el proceso de calificaciones de los funcionarios públicos evalúa “los

doce meses de desempeño funcionario comprendidos entre el 1° de septiembre de un año y el 31 de agosto del año siguiente” (artículo 38, inciso primero, del Estatuto Administrativo). Y que el proceso de calificaciones “deberá iniciarse el 1° de septiembre y terminarse a más tardar el 30 de noviembre de cada año” (artículo 39, inciso primero, del cuerpo legal citado). De lo cual cabe colegir que la funcionaria presuntamente violentada en sus derechos por la evaluación de desempeño de que se trata, no era dirigente gremial en el trimestre completado el 30 de noviembre de 2011 – data esta última de su elección en el cargo de representación que le otorgaría el fuero reclamado – y menos en el lapso de doce meses que legalmente debe ser objeto de apreciación de desempeño.

Como fuere, la evaluación de esta circunstancia y su incidencia en el caso concreto excede de la competencia de esta Magistratura Constitucional, por representar una cuestión de mera legalidad, cuya interpretación es propia del juez del fondo;

DECIMOTERCERO: Que para la dicha jurisdicción ordinaria, la “*destitución*” en el cargo de jefatura de departamento que investía la recurrente de protección y requirente de autos, se habría producido “*por un motivo previsto en la ley y que concurriría en la especie (no estar calificada en lista N° 1, en razón del cargo), lo que carecería de trascendencia, por cuanto igualmente la decisión debe someterse a la ratificación de la Contraloría General de la República, a fin de determinar su legalidad (como fue resuelto en el dictamen 021486N11, acompañado a fs. 144) (ponderación 6ª de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, corriente a fojas 21).*”

En esa inteligencia, el órgano judicial competente concluye que el cese de funciones de la actora “*deviene en ilegal*” (considerando 7°) y, en tal virtud, acoge el

arbitrio constitucional *“disponiéndose el reintegro a sus funciones de la aludida funcionaria, en tanto la Contraloría General de la República no ratifique su destitución, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 de la ley N° 19.296”*.

Y, por su parte, el referido dictamen del Órgano Contralor, en línea distinta a la que le atribuye la sentencia precitada, fija un claro límite al fuero de los dirigentes gremiales de los funcionarios públicos, al puntualizar que si fueren desvinculados del servicio por aplicación del artículo 8°.e) del Estatuto Administrativo, *“no resultarán amparados por el fuero gremial antecitado - el del artículo 25 de la ley N° 19.296 - toda vez que también cesará la causa en cuya virtud han asumido la representación de los funcionarios agrupados en la asociación correspondiente”*. Cabe agregar que este mismo criterio ha sido ratificado, entre otros, en dictámenes N° 75954/2011 y 17069/2012, del mismo ente contralor.

Podrá o no coincidirse, en el plano teórico, con la solución discordante a que arriban la Contraloría General de la República y la Corte de Apelaciones de Santiago respecto al alcance del fuero de los directivos gremiales de los funcionarios públicos. En tanto, para la primera, aquél no impide la cesación en su cargo de los jefes de departamento que dejen de estar calificados en lista 1, para la segunda la remoción está vedada, por impedirlo la inamovilidad reforzada que beneficiaría a las correspondientes jefaturas, mientras subsista su fuero. Pero lo que queda fuera de dudas es que el conflicto interpretativo acerca del sentido y alcance de los artículos 8°.e) de la Ley N° 18.834 y 25, inciso tercero, de la Ley N° 20.296 se produce entre dos normas de igual jerarquía, lo que fuerza a resolverlo por aplicación de criterios de hermenéutica legal y no constitucional, como se razonará a continuación;

DECIMOCUARTO: Que, en definitiva, para el jurisdicente del fondo, la cesación de funciones de la requirente se produjo por la causal de **destitución**, encontrándose vigente el fuero que la amparaba, medida cuya vigencia se subordina, en todo caso, a la **“ratificación de su destitución”** por parte de la Contraloría General de la República, en los términos del artículo 25 de la Ley N° 19.296. La disquisición conducente a tal interpretación y su ortodoxia se sitúan igualmente en el plano de la hermenéutica legal, respecto del cual esta Magistratura no es competente, como se ha sostenido por ella sistemáticamente (v. gr. en roles N°s 1284, c. 4°; 1295, cc. 34° y 41°; 1413, c. 4°, y 1485, c. 9°, *inter alia*).

En efecto, la acción de inaplicabilidad no constituye una vía idónea para *“aclarar el sentido que tienen determinados preceptos legales”*, dado que ello *“constituye una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces de fondo”* (Rol N° 552/2006, citado en Rol N° 1790, c. 4°, todos de este Tribunal).

De esta manera - y como también se ha resuelto - *“no cabe pretender que esta Magistratura decida si, al resolverse un conflicto por un juez de la instancia, debe o no aplicarse un determinado precepto legal, si no es en razón de contravenirse con ello la Constitución. Es responsabilidad de los jueces del fondo, en las instancias pertinentes, determinar las normas legales aplicables a la solución del conflicto jurisdiccional sometido a su decisión y, en caso de conflicto de leyes, aplicar los principios generales de hermenéutica para su resolución (Rol N° 1925/2011), como es responsabilidad de este Tribunal Constitucional, mediante el proceso de inaplicabilidad, prohibir la aplicación de un precepto legal en una gestión judicial, en razón de resultar ella contraria a la Constitución”* (Rol N° 1790, c. 5°);

DECIMOQUINTO: Que, no obstante lo anterior y a fuer de ser consecuentes con la pertinaz postura de esta jurisdicción constitucional, en el sentido de que corresponde al Tribunal Constitucional “únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso para quedar obligado a pronunciarse sobre si tal aplicación resultaría o no contraria a la Constitución” (roles N°s 505, cc. 10° y 11°; 790, c. 7°, y 943, c. 9°, entre otros), la eventualidad descrita hace necesario justipreciar la conformidad o disconformidad del precepto estimado inconstitucional con las garantías que se identifican como sobrepasadas;

V) SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 19, N° 2°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

DECIMOSEXTO: Que, a criterio de la requirente, se violenta el principio de igualdad ante la ley, resguardado en la norma constitucional reseñada, al otorgarse a la funcionaria aforada “un tratamiento distinto del que se otorga a otros dirigentes que detentan el mismo fuero gremial proveniente de la ley 19.296”, en la medida que, de respetarse su inamovilidad, “debiera permanecer en su trabajo, al menos, hasta el mes de junio de 2014 (entendiendo que el fin de su mandato se produce el 30 de noviembre de 2013)”.

Empero, el enunciado antecedente no desarrolla suficientemente la presunta discriminación arbitraria en que incurriría el legislador, al subordinar la permanencia en los cargos de jefes de departamento a su mantención en lista N° 1, de distinción, como lo dispone el inciso segundo del artículo 8°, literal d), de la Ley N° 18.834, que sería la regla legal violatoria del estándar constitucional referido. Antes bien, la proposición parece orientada a reprochar la conducta observada por la Administración al desconocer la inamovilidad reforzada que beneficiaría a la interesada

para continuar en el cargo respectivo, la que se desprendería de su fuero gremial, establecido en la ley aludida en el párrafo precedente.

Pero como no es la norma sobre el privilegio foral la que está cuestionada de inconstitucionalidad, su inteligencia y eventual aplicación preferente no son susceptibles de ser ventilados en esta sede, sino en la jurisdicción ordinaria competente, como ya se ha anticipado;

DECIMOSÉPTIMO: Que la exigencia de mantenerse calificados en lista N° 1 como condición de permanencia en cargos de jefatura, prescrita en el inciso final del literal d) del artículo 8° en análisis, se condice con la regla especial de provisión de esta clase de cargos, contenida en la letra a) del mismo artículo, que plantea como requisito para participar en los concursos dirigidos a proveerlos, el encontrarse los funcionarios interesados *"calificados en lista N° 1, de distinción"*.

Ese presupuesto también armoniza naturalmente con la definición de *"carrera funcionaria"*, entendida como un sistema integral de regulación del empleo público, fundado en *"principios jerárquicos, profesionales y técnicos"*, que garantiza, entre otros aspectos, *"la objetividad en las calificaciones en función del mérito y la antigüedad"* (artículo 3°.f) del Estatuto Administrativo).

Complementando esta formulación, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (N° 18.575), en su texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653 (SEGPRES), de 17.11.2001, dispone que la carrera funcionaria *"se fundará en el mérito, la antigüedad y la idoneidad de los funcionarios, para cuyo efecto existirán procesos de calificación objetivos e imparciales"* (artículo 47, inciso segundo).

A su vez, el sistema de calificación, que se aplica con contadas excepciones a todos los funcionarios, apunta a *“evaluar el desempeño y las aptitudes de cada funcionario, atendidas las exigencias y características de su cargo...”* (artículo 32 del cuerpo legal citado).

El imperativo, pues, de conservar la calificación en lista 1, impuesto a los jefes de departamento o funcionarios pertenecientes a niveles jerárquicos equivalentes, es perfectamente acorde con el régimen de carrera funcionaria, a que adscriben los funcionarios titulares de planta que no sean de exclusiva confianza de quien los nombra, como así también con su carácter técnico, profesional y jerarquizado. Se inspira en el propósito de cautelar su buen desempeño, asegurándoles su cargo por un período de tres años, siempre que su gestión haya sido eficiente y, eventualmente, la prórroga de su nombramiento por igual período, salvo que el jefe superior resuelva llamar a concurso al término del primer período trienal (inciso primero del artículo 8°, letra d), citado);

DECIMOCTAVO: Que el requerimiento de conservar la calificación de distinción para la mantención del cargo de jefatura, en nada compromete la posibilidad de *“reasumir su cargo de origen”* una vez concluido su período o eventual prórroga, cuando proceda, como lo prescribe el literal e) del artículo 8°, citado. Para esa contingencia, la calificación por dos períodos consecutivos en lista 2, que se otorgó a la requirente de autos, en nada debería comprometer su permanencia en su cargo de planta anterior, si fuere el caso, porque dicha circunstancia no constituye -para cargos que no sean de los signados como de jefatura en el artículo 8° - causal de cesación de funciones, siendo suficiente para la retención de su empleo la calificación en la señalada lista;

DECIMONOVENO: Que, en definitiva, la demanda a los ocupantes de los cargos de jefatura latamente descritos de un nivel de calificaciones superior al exigido a los demás funcionarios de carrera como condición de permanencia en la respectiva plaza, con independencia de cualquier otra consideración, como lo sería la investidura gremial que ostentaba la interesada, no representa un requerimiento desmesurado que coloque objetivamente a los titulares respectivos en situación de desmedro respecto de los demás funcionarios públicos.

Recuérdese en este punto que “[T]odos los funcionarios, incluido el personal a contrata, deben ser calificados anualmente en alguna de las siguientes listas: Lista N° 1, de Distinción; Lista N° 2, Buena; Lista N° 3, Condicional; Lista N° 4, de Eliminación” (artículo 33, inciso primero, de la Ley N° 18.834). Este sistema de calificación “tiene por objeto evaluar el desempeño y las aptitudes de cada funcionario, atendidas las exigencias y características de su cargo, y servirá de base para la promoción, los estímulos y la eliminación del servicio” (artículo 32 de la ley citada). Afinado el proceso de calificación, “[E]l funcionario calificado por resolución ejecutoriada en lista 4 o por dos años consecutivos en lista 3, deberá retirarse del servicio dentro de los 15 días hábiles siguientes al término de la calificación” (artículo 50, inciso primero).

El régimen estatutario general, con el objeto de materializar la profesionalización de su personal, prohíbe la permanencia en los cargos públicos de quienes hayan obtenido calificaciones deficientes, entendiendo como tales las figuraciones en lista 3 ó 4, en la forma antes descrita.

En el caso de los jefes de departamento, el nivel de exigencia es razonablemente superior. Es por ello que el legislador exige como presupuesto para la provisión del cargo, la calificación en lista 1 de los concursantes,

requiriendo la mantención de esa evaluación como condición de permanencia en el cargo (artículo 8°, letras a) y d), respectivamente).

Se trata, por ende, de un requisito razonable, que armoniza con la definición de carrera funcionaria y que no discrimina caprichosamente entre personas, sino simplemente distingue a partir de las diversas jerarquías de los involucrados, exigiendo una mayor calificación a quienes ostentan cargos de nivel de jefatura que al resto. Tal competencia le viene dada al legislador por el constituyente en el artículo 19, N° 17, de la Carta Fundamental, que lo faculta expresamente para disponer la "admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes", habilitación que es la ejercida en la regulación de la carrera funcionaria, que consecuentemente no se aparta de la Norma Fundamental;

**VI) SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 19,
N° 19°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA
REPÚBLICA.**

VIGÉSIMO: Que se postula igualmente que la autonomía de las organizaciones gremiales no puede concebirse sin el reconocimiento del fuero de sus dirigentes, en términos que el ejercicio de su función como tales no puede perjudicar su permanencia en el empleo. Avalaría este aserto el artículo 9° del Convenio N° 151 de la Organización Internacional del Trabajo.

Sin embargo, no se vierte por la solicitante razonamiento alguno tendiente a demostrar que la aplicación de la norma estatutaria refutada como inconstitucional, transgreda "los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones", materia que toca al legislador regular o complementar, como lo ordena el artículo 19, N° 19, inciso tercero, de la Carta Fundamental.

Adicionalmente, el convenio internacional citado reconoce a los empleados públicos el goce de *“los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones”*. Pero no se advierte de qué manera la aplicación a la interesada de la norma sobre calificación en lista de distinción como condición para mantenerse en el cargo de jefatura al que accedió por concurso cerrado, pueda interferir en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, consustanciales a la libertad sindical;

**VII) SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 19,
N° 24°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA
REPÚBLICA.**

VIGESIMOPRIMERO: Que la pretensión en orden a que al privarse a un dirigente gremial de su fuero, se afecta su derecho fundamental a la libertad sindical - la requirente incorpora en su libelo este aserto, a propósito de la garantía signada en el epígrafe - no sólo no ha sido fundamentada, sino que descansa en una suerte de petición de principios, cual es que el señalado derecho no podría ejercerse válidamente si la jurisdicción ordinaria competente no se abstuviere de aplicar la regla sobre la persistencia de la calificación en lista 1 de los dirigentes gremiales de los funcionarios públicos, por estar ellos exceptuados de esa exigencia en atención a su fuero, consultado en otro mandato legal - el artículo 25 de la Ley N° 19.296 - que por especialidad debería primar sobre el artículo 8°.d) de la Ley N° 18.834.

El desarrollo propuesto no se aviene, por lo demás, con la garantía del derecho de propiedad. En efecto, si bien los dirigentes gremiales de los funcionarios públicos gozan de estabilidad reforzada en sus cargos

mientras dure su representatividad como tales, esta especie de inamovilidad no impide que puedan expirar en su función por la concurrencia de una causal legal. En el caso de la especie, tal causal está representada por la pérdida de un requisito de ingreso, como lo es la calificación en lista 1, exigida tanto por el literal a) cuanto por la letra d), inciso segundo, de la Ley N° 18.834.

En otras palabras, el derecho a permanecer en el cargo de los funcionarios públicos no es absoluto, sino limitado en los términos estatutarios ya reseñados. De ahí que, perdido el requisito pertinente en virtud de un motivo legal, del todo ajeno a todo acto administrativo de la autoridad administrativa que signifique discriminación o represalia dirigida a impedir el ejercicio de la función gremial de la requirente, no es dable interpretar que se ha afectado inconstitucionalmente el derecho de la requirente sobre su cargo, asimilado por ella al derecho de propiedad, en su vertiente incorporal;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, en el plano de la mera legalidad, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha discurrido uniformemente en el sentido de que las disposiciones sobre inamovilidad en el empleo reconocen como límite y no tienen cabida cuando es la ley la que ordena imperativamente el alejamiento del servicio: es concretamente el caso del artículo 8°, literal d), que nos ocupa;

VIII) SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 19, N° 3°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

VIGESIMOTERCERO: Que, como secuela de lo que se ha venido arguyendo, es improcedente pretender que la cesación en su cargo de dirigente gremial de la requirente no podría operar sino previo desafuero, so

riesgo de contravenir la garantía constitucional del debido proceso, específicamente contemplada en el inciso quinto del artículo 19, N° 3°, del respectivo texto.

Esta deducción es claramente forzada. El fuero gremial está dirigido a asegurar el desempeño independiente y autónomo de la función de representación gremial y dura, naturalmente, lo que el cargo público. Si éste expira por concurrencia de causal legal, como en la especie, la protección foral no autoriza la prolongación del empleo.

Por consiguiente, la situación pendiente de resolver ante la jurisdicción ordinaria no puede, en modo alguno, comprometer la vigencia de la disposición constitucional invocada;

VIGESIMOCUARTO: Que, en mérito de lo expuesto, no cabe sino concluir que la requirente de autos no ha visto vulnerada ninguna de las garantías constitucionales representadas, por lo que su solicitud de inconstitucionalidad ha de ser desestimada.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y undécimo, 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:

Que se rechaza el requerimiento de fojas uno.

Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 45. Ofíciense al efecto.

No se condena en costas a la requirente por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, fundados en los siguientes argumentos:

I. LA IMPUGNACIÓN.

1. Que la señora Patricia Castillo, a través de su abogada, ha solicitado la inaplicabilidad del artículo 8°, letra d), inciso final, de la Ley N° 18.834. El precepto establece que los funcionarios que ocupan el cargo de jefe de departamento, están sometidos a reglas especiales. Una de ellas es que la permanencia en el mismo es por un período de tres años. La otra es que dicha permanencia requiere que se encuentren calificados en lista 1, de distinción;

2. Que el origen de la gestión pendiente es un recurso de protección presentado por la afectada en contra del jefe de Personal y del Ministro del Ministerio de Desarrollo Social. Dicho recurso fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago el 25 de octubre de 2012, en fallo que se encuentra apelado ante la Corte Suprema;

3. Que la señora Castillo es ingeniero civil y ocupa un cargo de tercer nivel, como Jefe del Departamento Regional de la Seremi del Ministerio de Desarrollo Social en la Región Metropolitana. Se le nombró en ese cargo, por primera vez, el 16 de octubre de 2006, por tres años. Dicho nombramiento se le renovó por otros tres años, a contar del 16 de octubre de 2009 y hasta el 16 de octubre de 2012.

Sin embargo, entremedio sucedieron dos hechos. Por una parte, fue electa dirigente gremial de la Asociación de Funcionarios de dicha repartición, el 30 de noviembre de 2011. Por la otra, fue calificada en lista 2, en los períodos de calificaciones 2009-2010 y 2010-2011.

A raíz de esto último, el 29 de junio de 2012, se le comunicó que cesaba en su cargo de Jefe de Departamento, por haber sido calificada en lista 2. Su período como dirigente terminaba el 30 de noviembre de 2013, más los seis meses de inamovilidad que establece la ley.

La señora Castillo reclamó a la Contraloría de las calificaciones, dos veces. Mediante dictamen 40113/2011, la Contraloría ordenó retrotraer el proceso de calificación a la etapa de precalificación. En el segundo dictamen, el 32696/2012, la Contraloría rechazó su reclamo;

4. Que la médula del reclamo de la señora Castillo es que se pasó a llevar su fuero como dirigente sindical, por efecto de la aplicación del precepto impugnado. La requirente sostiene que dicho precepto viola, en primer lugar, el artículo 19, N° 2, constitucional, pues no recibe el mismo tratamiento que el resto de los dirigentes sindicales. Si ella no ocupara el cargo de Jefe de Departamento, tendría fuero hasta junio de 2014. En segundo lugar, se vulnera el artículo 19, N° 19, de la Constitución, porque no hay posibilidades de autonomía de la Asociación de Funcionarios, si no existe fuero. En tercer lugar, la requirente sostiene que la cesación en el cargo fue por el solo ministerio de la ley. Ello, a su juicio, vulnera el artículo 19, N° 3, de la Constitución;

II. LA NORMA IMPUGNADA.

5. Que la Ley N° 19.882, del año 2003, introdujo una reforma en el mecanismo para proveer el nombramiento de los jefes de departamento. Antes de esta ley, esos cargos eran de exclusiva confianza. A partir de esta ley, esos cargos pasaron a tener las siguientes características. Por de pronto, son cargos concursables. Sólo que el concurso es interno, pues sólo pueden postular quienes sean funcionarios de planta o a contrata

de la Administración. Sólo si no hay postulantes idóneos, se debe llamar a concurso público. Enseguida, la permanencia en estos cargos se extiende por un período de tres años, el cual puede ser prorrogado por otros tres. A continuación, estos cargos se caracterizan porque el concurso se lleva a cabo mediante el mecanismo de la Alta Dirección Pública. Finalmente, concluido el período de nombramiento, los funcionarios pueden re concursar o reasumir su cargo original.

Una de las condiciones para postular al cargo y permanecer en él por dichos períodos, es que la persona se encuentre calificada en lista 1, de distinción;

6. Que, por su parte, la Ley N° 19.296, del año 1994, permite que los trabajadores de la Administración del Estado constituyan asociaciones de funcionarios. La afiliación a estas asociaciones es voluntaria, personal e indelegable (artículo 3°), sin que pueda condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una de estas asociaciones (artículo 5°).

Dichas agrupaciones no pueden perseguir fines de lucro (artículo 7°) y tienen las funciones clásicas de todo sindicato: representación, fiscalización y bienestar, asistencia y ayuda (artículo 7°, Ley N° 19.296).

La ley establece que corresponde que los afiliados a la asociación elijan a sus dirigentes (artículo 23), quienes duran dos años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos (artículo 24). Para cumplir sus tareas, la ley les reconoce, de un lado, el fuero. Los directores de las asociaciones *"gozarán de fuero, esto es, de inamovilidad en sus cargos, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el mandato como tales, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea de la asociación o mediante aplicación de la medida disciplinaria de destitución, ratificada por la Contraloría General de la República"*.

Por el otro, los dirigentes tienen derecho a los permisos necesarios para ausentarse de sus labores para cumplir sus funciones (artículo 31 y siguientes);

III. LA EXISTENCIA DE UN VERDADERO CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD.

7. Que para rechazar el presente requerimiento se sostiene lo siguiente. En primer lugar, que aquí no se ha afectado el fuero sindical, pues lo que pasó fue que la señora Castillo perdió un requisito para permanecer en el cargo de tercer nivel, al no ser calificada en lista 1, sino que en lista 2. Cesó, en consecuencia, por pérdida de un requisito habilitante para permanecer en el cargo. Por lo mismo, cesó por causa legal; no se la destituyó. Lo contrario, se concluye, significaría mantener a alguien que no reúne los requisitos que la ley establece para ocupar el cargo respectivo. El fuero no protege de decisiones legales, sino sólo de decisiones administrativas. Como la Contraloría ha señalado, si el cese de funciones viene determinado por la ley, no se afecta la inamovilidad; el cese opera con prescindencia del fuero (dictámenes 36908/05, 55190/78, 41605/79, 11194/95, 36047/95, 32461/2013). Si se aplica o no el fuero del artículo 25 de la Ley N° 19.296, es algo que debe resolver el juez del fondo;

8. Que no compartimos que estemos ante un conflicto de legalidad. Es claro que es un razonamiento de legalidad que si la ley estableció determinados requisitos y éstos se perdieron, el funcionario respectivo debe cesar en el cargo.

Sin embargo, en este razonamiento, el fuero no es relevante. Es como si no existiera ninguna diferencia entre una persona con fuero y sin fuero. En ambos casos, la pérdida de los requisitos generaría la pérdida del cargo.

Además, aquí no se está discutiendo si cesó por una causa legal. Lo que se discute en el presente recurso es si esa causa legal es compatible con determinadas normas constitucionales, respecto de una persona que tiene fuero. Por eso, afirmar que el fuero no protege de decisiones legales, sino sólo de decisiones administrativas, no es un argumento, porque lo que se nos pide es examinar si esa decisión legal es conforme a la Constitución;

9. Que también se sostuvo en estrados que la norma no es decisiva, porque el plazo de nombramiento en el cargo venció el 16 de octubre de 2012.

Sin embargo, debemos considerar que la requirente presentó oportunamente su reclamo ante los tribunales, en julio de 2012, tres meses antes que venciera su período. También que la medida se encuentra paralizada por una orden de no innovar de la Corte de Apelaciones, que acogió el recurso de protección. Y que en la apelación efectuada por el Ministerio de la sentencia de 25.10.2012, la afectada presentó un recurso de inaplicabilidad el 5.11.2012. Asimismo, que la requirente recibió el último dictamen de la Contraloría General de la República, por el reclamo que formuló ante esa instancia, el 4 de junio de 2012.

La norma es decisiva, además, porque fue invocada expresamente tanto en el recurso de protección como en la sentencia de la Corte de Apelaciones respectiva;

10. Que, asimismo, se sostiene que este asunto puede ser resuelto por los jueces del fondo sobre una interpretación legal, toda vez que la Ley N° 19.296 es del año 1994 y la Ley N° 19.882, que estableció la norma impugnada, es del año 2003. Por lo tanto, habría un problema de derogación tácita.

Consideramos que ello es un problema del juez del fondo. En el presente requerimiento no nos han pedido declarar derogado el artículo 25 de la Ley N° 19.296. Lo

que nos han solicitado es la inaplicabilidad de un precepto del Estatuto Administrativo que prescinde de toda consideración al fuero. Y eso está dentro del ámbito de nuestras atribuciones;

IV. EL FUERO.

11. Que, antes de entrar a hacernos cargo de los argumentos, queremos dejar sentadas dos variables del análisis que procederemos a hacer. Por una parte, cómo se entiende el fuero sindical. Por la otra, cuáles son los criterios interpretativos que guiarán nuestra decisión.

En relación a lo primero, el fuero de que gozan los dirigentes sindicales es una protección legal y temporal para que puedan desempeñar sus funciones correctamente, ajenos a presiones o represalias. Como dice Guido Macchiavello, el fuero *“es una forma de “protección legal” a la “vulnerabilidad” que afecta a un trabajador por ejercitar funciones de dirigente, en las que, en representación de los afiliados, debería controvertir posiciones del empleador para conseguir un mejoramiento laboral, retributivo y de las condiciones de vida de los trabajadores”* (Derecho colectivo de Trabajo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pág. 340). Otro autor agrega que el objetivo de esta protección es *“posibilitar la absoluta libertad de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos sindicales, precaviendo, especialmente, cualquier represalia por parte del empleador, particularmente el despido”* (Gamonal Contreras, Sergio; Derecho colectivo del Trabajo; 2a. edición, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pág. 454);

12. Que el fuero sindical es uno de los mecanismos destinados a asegurar la tutela o protección de la libertad sindical. Esta, más que una libertad, es un derecho, señala Sergio Gamonal (ob.cit., pág. 56). Consiste en aquel derecho de los trabajadores y sus agrupaciones para organizarse y defender sus intereses

comunes. Tiene dos dimensiones: la dimensión individual y la dimensión colectiva de ella. En la individual, se mira a los trabajadores sin considerarlos agrupados en una organización. En la colectiva, en cambio, se mira a los trabajadores ya constituidos en sindicatos. En la primera, se encuentra la libertad de constituir las organizaciones sindicales y la de afiliarse y desafiliarse. En la segunda, se encuentra la de fijar y reglamentar sus estatutos, la de elegir a sus representantes, la de decidir la disolución del sindicato y la de actuación sindical (Gamonal, Sergio; ob.cit., págs. 59, 66). La libertad sindical tiene consagración constitucional en distintos preceptos: artículo 19, N° 15, N° 16 y N° 19;

13. Que los mecanismos destinados a garantizar la tutela de la libertad sindical pueden ser autónomos o heterónomos. Estos últimos son los que brinda el Estado. Pueden provenir de la ley, de la Administración, de los tribunales (Toledo Corsi, César; Tutela de la libertad sindical; Abeledo Perrot, Santiago, 2013, pág. 55). Sergio Gamonal sostiene que, además del fuero, otros mecanismos destinados a proteger esta libertad son la sanción de las prácticas antisindicales, la fiscalización y los reclamos jurisdiccionales (ob.cit., págs. 447 y siguientes);

14. Que quien goza de fuero tiene más que una mera estabilidad, porque tiene una inamovilidad. Quien goza de estabilidad puede ser despedido por ciertas y determinadas causales; quien goza de fuero, no puede ser despedido a menos que la causal que se invoque sea calificada previamente. La facultad de despido se convierte en una mera propuesta;

15. Que el fuero tiene ciertas características. Por de pronto, es temporal; es una protección transitoria. También es un beneficio personalísimo. Asimismo, produce

la inamovilidad, que exige autorización para poner término a la relación laboral;

16. Que, sin embargo, cabe precisar que el fuero opera en distintas dimensiones de la actividad laboral. Desde luego, opera como un mecanismo de protección frente al despido. También restringe la posibilidad que tiene el empleador de cambiar aspectos del trabajo propiamente tal. Finalmente, puede abarcar otras dimensiones que contempla el legislador.

Tratándose de las asociaciones de funcionarios, el fuero implica la inamovilidad en sus cargos (artículo 25, inciso primero, Ley N° 19.296), el que no puedan ser trasladados de la localidad o de la función que desempeñen, sin su autorización por escrito (artículo 25, inciso segundo) y no pueden ser calificados anualmente, salvo que expresamente lo solicite el dirigente (artículo 25, inciso tercero);

17. Que el fuero comienza desde la constitución del sindicato, se extiende durante las funciones del dirigente en el mismo y prolonga sus efectos hasta seis meses después de cesar en el cargo.

Así, tratándose de las asociaciones de funcionarios, los miembros de la directiva de la asociación gozan de fuero desde el momento que se realiza la asamblea constitutiva (artículo 11, Ley N° 19.296); durante toda su gestión como representantes (artículo 25) y hasta seis meses después de haber cesado su mandato como tales (artículo 25);

V. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

18. Que los criterios interpretativos que guiarán nuestro razonamiento son los siguientes.

En primer lugar, la Constitución garantiza la autonomía de los sindicatos (artículo 19, N° 19). Esta implica la capacidad de regirse con libertad y sin interferencias (Cea Egaña, José Luis; Derecho

Constitucional chileno; Ediciones PUC, Santiago, 2012, pág. 501). Es la *“independencia que ha de reconocerse a la agrupación de índole laboral para desarrollar su actividad propia”* (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional; tomo XIII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, pág. 345). Dicha autonomía es lo que, como ya vimos, en el ámbito laboral se llama libertad sindical.

La Constitución garantiza respecto de toda asociación su autonomía como cuerpo intermedio (artículo 1°). En relación a ésta, esta Magistratura ha sostenido lo siguiente:

“...se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismas; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse y fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar, por sí mismas y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata. No significa ello, en modo alguno, que puedan estos entes actuar de manera ilegal, dañosa o ilícita, amparándose en la referida autonomía, ya que de incurrir en excesos en su actuación quedan, obviamente, sujetos a las responsabilidades consecuenciales”. (STC Rol 184/94). La autonomía *“es la potestad o capacidad de gobierno, mediante autoridades y normas propias, que incumbe a cada grupo intermedio. Autonomía es, en este sentido, libertad de formación, de organización y actuación frente al Estado y a otros grupos. El Estado, entonces, señala el marco normativo global dentro del cual los grupos intermedios se desenvuelven, pero se compromete a respetar el derecho de ellos a dictar su normativa y a hacerla cumplir por medios*

propios” (Cea, J.L.; ob. cit., pág 178). La autonomía implica que no exista “intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo” y que la autoridad pública no intervenga “sino en la medida que infrinjan el ordenamiento o su propio estatuto o ley social” (STC Rol 226/95). Por eso, lo que les garantiza la Constitución es “la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. “Adecuada” significa “apropiada, proporcionada o conveniente para los fines específicos del grupo” (Cea, J.L.; ob. cit., pág. 178). De ahí que si intervienen “indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos”, son sancionables en conformidad a la ley (artículo 23 constitucional); (STC 1295/2009).

Sin embargo, la Constitución ha querido reforzar la autonomía de los sindicatos, volviendo a reiterar en el artículo 19, N° 19, lo que ya establecía en su artículo 1°. Si bien el Estado debe amparar a los grupos intermedios, y por tanto protegerlos (STC 1295/2009), dicho reforzamiento se entiende porque la Constitución manda que el legislador debe contemplar los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Con ello, la Constitución no establece un amparo general de autonomía, sino un mandato específico al legislador para actuar en tal sentido.

Entre las materias que el legislador debe considerar para cumplir ese mandato, se encuentra el que los dirigentes tengan fuero laboral (Silva Bascuñán, A.; ob.cit., pág. 348. En el mismo sentido, Nogueira Alcalá, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales; tomo 3, Editorial Librotecnia; Santiago, 2009, pág. 556);

19. Que la libertad sindical tiene un amplio reconocimiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El artículo 23, inciso cuarto, de la

Declaración Universal de Derechos Humanos lo indica con claridad al sostener que *“toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”*. La Convención Americana de Derechos Humanos, a su vez, reconoce en el artículo 16 el *“derecho a asociarse libremente con fines (...) laborales”*. Pero la regulación más exhaustiva la encontramos en el artículo 8.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En ella, *“los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”. (...) Asimismo, se cautela: *“c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”. Por su parte, el artículo 8.2 establece la posibilidad de someter a restricciones este derecho para los miembros “de la administración del Estado”, pero con un límite en el artículo 8.3: *“nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.”*;**

20. Que, para efectos de identificar el límite a la posibilidad de establecer restricciones al derecho de sindicación de funcionarios públicos y mecanismos de protección a sus dirigentes, la legislación internacional específica que regula la materia es el Convenio N° 151 de la Organización Internacional del Trabajo, denominado "Convenio sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública". En su artículo 4.2 se indica que *"dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (...) b) despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización."* De la misma manera, el artículo 5.2 garantiza que *"las organizaciones de empleados públicos gozarán de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración"*. El Convenio N° 151 es derecho interno por disposición del Decreto Supremo N° 1.539, publicado en el Diario Oficial el 26 de diciembre de 2000;

21. Que, en síntesis, es un contenido esencial de protección de la libertad sindical, en el nivel de los funcionarios públicos, la existencia de un fuero que garantice su autonomía. Y que este mecanismo de tutela proteja contra actos directos e indirectos que lo afecten. Así como no hay sindicatos sin afiliados, tampoco hay asociaciones sin dirigentes que las representen, constituyendo el núcleo del contenido esencial que protege este derecho y libertad;

22. Que, en segundo lugar, si bien los funcionarios públicos están sujetos a un régimen estatutario y, por lo mismo, no negocian sus condiciones laborales, porque éstas están establecidas en la ley, siendo indisponibles para ellos, ello no significa que no tengan derechos.

En efecto, la Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales. El artículo 19 comienza señalando que la Constitución asegura "a todas las personas" ciertos derechos. En esa amplia titularidad caben los funcionarios públicos.

La Constitución consagra, entonces, que los funcionarios, al igual que el resto de las personas, sean titulares de los derechos fundamentales que ella asegura.

De hecho, la Constitución se preocupa de establecer directamente algunas restricciones en el ejercicio de ciertos derechos. Así, por ejemplo, los funcionarios públicos no pueden declararse en huelga (artículo 19, N° 16°); y las Fuerzas Armadas y Carabineros son cuerpos "esencialmente obedientes y no deliberantes" (artículo 101).

Por lo demás, la titularidad de derechos constitucionales por parte de funcionarios públicos ha sido reconocida por esta Magistratura, de modo general (STC 1990/2012) y de modo particular respecto de ciertos derechos (por ejemplo, STC 640/2005) y en relación a los correos electrónicos en particular (STC 2153/2012; 2246/2013);

23. Que, en tercer lugar, la Constitución señala que el personal de la Administración se rige por principios de carácter técnico y profesional (artículo 38). Lo mismo reitera el artículo 17 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Como una consecuencia de ello, el Estatuto Administrativo establece el proceso de calificación anual de los funcionarios. Dicha calificación tiene *"por objeto evaluar el desempeño y las aptitudes de cada funcionario, atendidas las exigencias y características de su cargo, y servirá de base para la promoción, los estímulos y la eliminación del servicio"* (artículo 32).

Dicho principio organizativo debe ser ponderado frente a los derechos que pueda tener cada funcionario,

porque, en caso de conflicto, deben primar estos últimos, toda vez que en ellos está envuelta, por una parte, la dignidad de las personas (artículo 1°) y, por la otra, el compromiso de la Constitución de asegurar a todas las personas ciertos derechos (artículo 19, N° 1), de modo que la soberanía queda limitada por estos derechos esenciales (artículo 5°).

De ahí que en el presente caso no esté en juego la necesidad de que quienes ocupen cargos sujetos a la Alta Dirección Pública, estén sometidos a estos estándares, como estar calificados en lista 1. Lo que está en discusión es si esos estándares deben primar incluso sobre el fuero laboral;

VI. SE VULNERA EL ARTÍCULO 19, N° 19.

24. Que el requerimiento sostiene que el precepto impugnado hace inviable la autonomía de las asociaciones de funcionarios, porque prescinde de toda consideración del fuero de sus dirigentes;

25. Que partamos por señalar que, en el presente caso, la requirente no perdió su calidad de dirigente por la medida de cese en el cargo. Tampoco cesó en la institución, pues volvió a su cargo original. Lo que perdió fue su cargo de jefe del Departamento Regional de la Secretaría Regional Ministerial de la Región Metropolitana del Ministerio de Desarrollo Social, por no ser calificada en lista 1;

26. Que consideramos que el alegato de la requirente tiene asidero, por las siguientes razones. En primer lugar, recordemos que el fuero es una de las manifestaciones de la autonomía sindical, y que al legislador la Constitución le encarga contemplar los mecanismos que la aseguren.

Pues bien, para todos los trabajadores sujetos a fuero, hay inamovilidad; para los de la Alta Dirección

Pública, el desafuero no existe, en el caso que sean calificados en lista 2.

Es un hecho que otros funcionarios dirigentes, no sujetos a la Alta Dirección Pública, tendrían inamovilidad en base al fuero, de no obtener una calificación en lista 1. En cambio, los sujetos a este mecanismo de reclutamiento y selección de personal para los niveles superiores del aparato público, son cesados en el cargo por el solo hecho de obtener una calificación en lista 2, sin atención o consideración al fuero.

Como se observa, el legislador, en la norma impugnada, no ha cumplido el mandato constitucional de asegurar la autonomía de la organización sindical, pues prescinde del fuero;

27. Que, en segundo lugar, el compromiso de la autonomía sindical está dado por lo siguiente. Quienes realizan el proceso de calificación en el sistema público, son los funcionarios de más alto nivel de la repartición (artículo 35, Estatuto Administrativo), quienes deben integrar las juntas calificadoras regionales y la junta central. Preside la junta el funcionario de más alto nivel jerárquico que la integra (artículo 36). La calificación de los funcionarios es llevada a cabo por dicha junta en base a la precalificación del jefe directo del funcionario (artículo 41).

Como se observa, las labores propias de los dirigentes gremiales de representación y de fiscalización son desempeñadas frente a las autoridades que califican a los dirigentes.

Haciéndose cargo de esta realidad, la ley establece que el dirigente no debe ser objeto de calificación, salvo que lo pida expresamente. Si no lo solicita, rige su última calificación (artículo 25, Ley N° 19.296).

En autos no consta que la dirigente haya optado por someterse al proceso de calificación en el período 2010-2011.

Sin embargo, el hecho de que la permanencia en un cargo dependa de calificaciones que determinan las jefaturas, ante quienes los dirigentes calificados deben hacer valer los intereses de la organización que representan, viabiliza las prácticas antisindicales. Es decir, todas aquellas acciones u omisiones que cuestionan o afectan la defensa o promoción de los intereses de los trabajadores y, en general, la libertad sindical.

La Ley N° 19.296 expresamente señala que prohíbe dos tipos de conducta en esta materia. De un lado, está prohibido impedir o dificultar la afiliación que quiera realizar un funcionario a una asociación (artículo 5°). Del otro, está prohibido perjudicar a un funcionario *“en cualquier forma por causa de su afiliación o de su participación en actividades de la asociación”* (artículo 5°);

28. Que, en tercer lugar, la inamovilidad del fuero se afecta seriamente si el funcionario dirigente pierde su cargo como trabajador por el solo hecho de la mala calificación, sin que exista ningún otro procedimiento, que no sea la notificación de cese. Ello, en la práctica, suprime el fuero, pues éste consiste en que el cese en el cargo requiera una calificación externa;

29. Que, en definitiva, la norma impugnada afecta la autonomía sindical, en su expresión del fuero de los dirigentes, porque permite el cese en el cargo, sin consideración a la inamovilidad que aquél implica;

30. Que, por todo lo anterior, estos disidentes son partidarios de acoger el presente requerimiento.

Redactó la sentencia el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, y la disidencia, el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Ro1 N° 2344-12-INA.

Sra. Peña

Sr. Bertelsen

Sr. Vodanovic

Sr. Fernández

Sr. Carmona

Sr. Aróstica

Sr. García

Sr. Hernández

Sra. Brahm

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por sus Ministros señores señor Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y señora María Luisa Brahm Barril.

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