000222 doscientos veintidós

Santiago, veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Solicitud de inaplicabilidad.

Con fecha 5 de septiembre de 2016, don Juan Eduardo Guzmán Aguayo, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 64 de la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, y del artículo 73 del Estatuto del Personal de Carabineros de Chile, para que surta efectos en el proceso sobre acción de no discriminación arbitraria, Rol N° 4146-2016, sustanciado por el 13° Juzgado Civil de Santiago.

Precepto legal reprochado

El texto de los preceptos impugnados es del siguiente tenor:

Artículo 64 de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros:

"A la Comisión Médica Central de Carabineros corresponderá exclusivamente el examen del personal, a fin de establecer su capacidad física para permanecer en el servicio o determinar la afección que lo imposibilita para continuar en él.

En caso de invalidez, el General Director resolverá en definitiva la clasificación de la misma, previo informe técnico evacuado por la referida Comisión, en conformidad a la ley."

Artículo 73° del Estatuto del Personal de Carabineros de Chile.:

"A la Comisión Médica de Carabineros, corresponde exclusivamente el examen del personal, a fin de establecer su capacidad física para continuar en el servicio o determinar la clase de invalidez que lo imposibilita para continuar en él.

La clasificación y graduación de la invalidez se regirá por el respectivo Reglamento que dicte el Presidente de la República.".

Específicamente, en cuanto al contenido de los preceptos precedentemente transcritos, en lo que interesa, ambos se impugnan, en cuanto indican que a la Comisión Médica Central de Carabineros le corresponderá exclusivamente el examen del personal, a fin de establecer su capacidad física para permanecer en el servicio y determinar la afección que lo imposibilita para continuar en él. Al mismo tiempo, se precisa que el artículo 64 de la Ley Orgánica de Carabineros en el caso de invalidez, establece que el General Director resolverá en definitiva la clasificación de la misma, previo informe técnico evacuado por la Comisión.

Conflicto de constitucionalidad

Consiste en determinar si es constitucional o no el que, por aplicación del precepto en examen, corresponda a la Comisión Médica Central de Carabineros de Chile la competencia exclusiva para determinar la afección que imposibilita a un funcionario para continuar en servicio, por

cuanto ello podría vulnerar los derechos reconocidos en los numerales 1°, 2°, 3° y 24 del artículo 19 constitucional.

Fundamentación del requerimiento.

A efectos de fundar su requerimiento, el actor se refiere a los hechos que dieron origen a la gestión judicial invocada, para luego referirse a las argumentaciones en derecho que sustentan las infracciones constitucionales que denuncia.

En cuanto a los hechos.

Expone el actor que entró a la Escuela de Carabineros en el año 2013. Enfermó y luego de un diagnóstico errado, se le diagnosticó Hepatitis B. Ese mismo año se informó por médicos del Hospital Militar que estaba en condiciones de alta y con buena respuesta al tratamiento.

Posteriormente, ingresa a la 9° Comisaría de Independencia y ya, en mayo de 2014, comienza a ser objeto de bullying por sus compañeros, luego de que un compañero ebrio chocara su vehículo. Las denostaciones eran de índole sexual, hasta se llegó a enviarle a su *whatsapp* imágenes de fuerte connotación sexual, cuestión que lo llevó a ser internado en el hospital psiquiátrico en el mes de noviembre de 2014, durante un mes, producto de una depresión. Ello fue informado por la médico tratante, indicando que padecía fuertes malos tratos por sus pares, cuestión que desencadenó licencias por 233 días a partir de fines del año 2014, siendo evidente, por lo señalado, una merma en su autoestima por su condición homosexual.

Con ocasión de ello, el departamento de licencias médicas pidió pronunciamiento a la Comisión Médica Central. Por su orden fue evaluado por psiquiatra, el que informó en abril de 2014 un cuadro ansioso depresivo reactivo a conflictos familiares e interpersonales con compañeros de trabajo por su condición homosexual.

Posteriormente, en mayo de 2015, los antecedentes son conocidos por probable daño hepático secundario a Hepatitis B, desconociendo la Comisión Médica, conforme a los antecedentes acompañados, que el motivo de las licencias era la depresión descrita.

Es citado en mayo por la asesora médica, la que, conforme a los antecedentes de la ficha clínica del HOSCAR -en la que se refleja que no existen problemas de hepatitis- estima que existe incapacidad laboral.

En agosto de 2015, la Comisión Médica Central decretó *que le afectaba una imposibilidad física por padecer de hepatitis b, trastorno adaptativo síndrome diarreico y piodermia, afecciones de pronóstico curable y no invalidante que imposibilitan temporalmente para el servicio proponiéndose el retiro temporal*. Se repuso la resolución. Entonces es citado para un estudio y la misma asesora médica en tres días, en agosto de 2015, repitió su diagnóstico, por lo que se mantuvo firme la resolución.

Se dedujo entonces demanda por ley antidiscriminación, que constituye la gestión judicial pendiente invocada en estos autos.

En cuanto al derecho.

En primer término, se cita por el actor jurisprudencia de esta Magistratura que acoge un requerimiento sobre el artículo 237 del Estatuto de las Fuerzas Armadas.

En segundo término, el requirente se refiere a las infracciones constitucionales que producen los preceptos reprochados en su aplicación, aduciendo que se vulneran los numerales 1°, 2°, 3° y 24 del artículo 19 constitucional, por los siguientes motivos.

1. Respecto de la primera infracción, referida al N° 1° del artículo 19 de la Carta Fundamental, esgrime que se vulnera el citado numeral, desde el momento que se conculcan los derechos a la vida y a la integridad física no sólo por tener que pasar por un proceso, sino que, además, por el hecho de desconocerse que se encontraba recuperado de la Hepatitis B que lo aquejó el año 2013.

2. Respecto de la segunda infracción, esto es la referida al aludido numeral 3° del artículo 19 Constitucional, recuerda que la ley dispone que la potestad disciplinaria debe ser ejercida a través de un procedimiento racional y justo, en circunstancias que no se regula el mismo en lo referente al funcionamiento de la Comisión y a la posibilidad de presentar pruebas e impugnar.

Ésta emite el acto discrecional de calificar la capacidad física del personal a fin de determinar su permanencia en el servicio, pero su acto terminal, que es vinculante, pese a tratare de un informe, no puede ser impugnado ni siquiera ante la Contraloría, pues la única que puede calificar los antecedentes médicos es la Comisión. A su vez, reglamentariamente se establece que el informe de la Comisión hace plena prueba.

Así, se está frente a un acto con efectos de gravamen de la entidad de dar de baja o disponer el retiro del personal, cuestión que es decidida exclusivamente por la Comisión. Ello se ve agravado por la circunstancia de que judicializar un asunto puede ser igual o peor, ya que por tal motivo el personal puede ser dado de baja.

3. En cuanto a la conculcación del derecho a la igualdad, reconocido en el N° 2° del artículo 19 constitucional, se esgrime que ésta se produce pues como se indicara, a diferencia de otros casos, se da un trato distinto al no establecerse un sumario para la acción de la Comisión de manera de constatar fehacientemente la afección que se padece. Por lo demás, reglamentariamente, dicha entidad puede proponer un cambio de funciones en caso de existir problemas de salud, si ello no supone encontrarse inhabilitado para continuar en la institución.

Nada de lo anterior ocurre, por lo que se está ante un abuso de autoridad.

A su vez, expone el actor que su condición homosexual, ha agravado el ya descrito trato discriminatorio.

4. En cuanto al desconocimiento del derecho de propiedad, sería consecuencia de la privación de la remuneración, previsión y de la propiedad que se tiene sobre

el cargo. Y a su vez, supone pasar por alto que el numeral 7°, letra h) del artículo 19, que asegura el derecho que no podrá aplicarse como sanción la pérdida de derechos previsionales.

Sustanciación del requerimiento

Por resolución de fojas 62, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento de autos y suspendió la tramitación de la gestión judicial pendiente invocada. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Presidenta de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados y notificado a las partes de la gestión judicial pendiente invocada, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Observaciones al requerimiento.

Por presentación de fojas 186, el Consejo de Defensa del Estado presenta sus observaciones al requerimiento, solicitando su rechazo en base a las siguientes argumentaciones.

En cuanto a la jurisprudencia de esta Magistratura citada por el actor, el ente fiscal expone que no viene al caso la cita de la aludida sentencia, pues en ella se declaró inaplicable el precepto ya que, en lo esencial, expresamente descartaba la interposición de todo recurso, administrativo o judicial. Recuerda además, al efecto, que en lo que se refiere a los funcionarios públicos, debe tenerse presente la teoría de la sujeción especial.

1. Respecto a la infracción del N° 1° del artículo 19 de la Carta, el Consejo postula su descarte, atendiendo a que el reglamento de la Comisión permite recurrir a otros organismos de asistencia médica y al hecho de que no se ha acreditado una situación de riesgo o situación que ponga en peligro tales derechos.

Por lo demás, señala, la aplicación del precepto no priva al requirente de sus atributos físicos básicos ni los coloca en riesgo, ni constriñe la vida humana de manera alguna.

2. En lo que se refiere al desconocimiento del N° 3° del artículo 19 de la Constitución, argumenta el ente fiscal que no se produce infracción alguna, pues las normas impugnadas son de índole competencial. El proceso respectivo para su ejercicio se encuentra reglado en reglamentos, que por lo demás previenen, entre otras cosas, la asesoría especializada para la Comisión y la facultad para que ésta revise la invalidez que determine en el plazo de 2 años.

Agrega que, por las razones que explicita la jurisprudencia, la Constitución no determina un debido proceso pormenorizado, sino que delega dicha función a la ley, dándole un mandato amplio para siempre establecer las garantías de un procedimiento racional y justo.

A su vez, recuerda que en cuanto a la igual protección de la ley en el ejercicio de derechos, en materia de

integrantes de las Fuerzas de Seguridad Pública, constitucionalmente se establece un trato diferenciado.

3. Respecto a la infracción del numeral 2° del artículo 19 Constitucional, el Consejo de Defensa defiende que no se origina, por cuanto debe recordarse que la igualdad supone dar un trato diferenciado a quienes se encuentran en una situación diversa, como los funcionarios públicos, que se someten a una relación de sujeción especial, teniendo en ese sentido un propio estatuto que los rige, como por ejemplo el requisito y la causal de cesación por salud incompatible con el cargo.

Agrega que además no existe arbitrariedad, toda vez que existe un amplio abanico normativo que permite establecer el principio de defensa jurídica y el de igualdad.

4. En cuanto a la vulneración del derecho de propiedad, el Consejo de Defensa razona que no se vulnera el derecho de propiedad sobre el cargo público pues, tal como la Corte Suprema lo ha resuelto, no se tiene propiedad sobre el mismo si se atiende a que es el numeral 17 del artículo 19 Constitucional, y no el 24, el relacionado con las funciones y los empleos públicos y, a su respecto, se limita a asegurar tan solo la admisión a tal ocupación.

Respecto a la vulneración del derecho de propiedad sobre la previsión, expone que ella tampoco se produce, ya que el Estatuto del Personal de Carabineros, dispone la devolución de los descuentos hechos a los funcionarios por concepto de desahucio.

Por lo demás, no corresponde considerar el numeral 7°, letra h), del artículo 19 constitucional, pues éste se predica respecto de sanciones penales.

Vista de la causa y acuerdo

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 26 de enero de 2017, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Juan Luis Railef, por la parte requirente, y Francisco Pfeffer, por el Consejo de Defensa del Estado.

Con igual fecha se adoptó acuerdo.

CONSIDERANDO:

ANTECEDENTES DE LA GESTIÓN JUDICIAL PENDIENTE

PRIMERO: Que, como se ha indicado, el presente requerimiento persigue la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 64 de la Ley N° 18.691, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile y del artículo 73 del DFL N° 2, que Establece Estatuto del Personal de Carabineros de Chile, a fin de que estas no sean aplicadas en la gestión judicial pendiente, consistente en una demanda por discriminación arbitraria, causa Rol C-4146-2016, de la cual conoce el 13° Juzgado Civil de Santiago, siendo esta la actuación judicial en que incidirá el pronunciamiento de esta Magistratura Constitucional;

SEGUNDO: Que, por medio de la mencionada acción judicial se persigue la presunta responsabilidad que cabría a Carabineros de Chile por la discriminación arbitraria de que habría sido objeto el requirente, a consecuencia de la dictación de la Resolución Exenta N° 519, de fecha 1 de octubre del 2015, que dispuso su retiro temporal por inhabilidad física. Junto a ello se solicita su reincorporación a la institución, además del pago de todas las remuneraciones a que tenía derecho durante el período en que fue mantenido al margen de la entidad policial y, finalmente, solicita que se condene a Carabineros de Chile al pago de las multas legales que procedan;

TERCERO: Que, de este modo, el cuestionamiento del requirente se centra en una decisión de la superioridad de la institución, que por medio de la indicada resolución N° 519, concede el retiro temporal por imposibilidad física al requirente y propone su retiro temporal, acto administrativo que tiene como uno de sus antecedentes fundantes, el diagnóstico médico efectuado por la Comisión Médica Central de Carabineros;

ATRIBUCIONES DE LA COMISIÓN MÉDICA DE CARABINEROS DE CHILE

CUARTO: Que, en relación a este órgano, corresponde tener presente que a nivel legal está contemplado en la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros, específicamente en el artículo 64 -disposición requerida de inaplicabilidad-, y del mismo modo y en similares términos está recogida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1968, del entonces Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto del Personal de Carabineros, particularmente en su artículo 73, norma que también se cuestiona ante esta Magistratura. Ambos preceptos legales reconocen a la Comisión Médica Central de Carabineros, la atribución exclusiva para efectuar el examen del personal de la institución, a fin de establecer su capacidad física para permanecer en el servicio o para determinar la afección que lo imposibilita para continuar en él.

Agrega la norma del artículo 64 de la Ley N° 18.961 que en caso de invalidez, el General Director resolverá en definitiva la clasificación de la misma, previo informe técnico evacuado por la referida Comisión, en conformidad a la ley;

QUINTO: Que, junto a las normas señaladas, se debe tener presente que el artículo 67 de la indicada Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, también alude a las atribuciones de esta Comisión Médica, ahora como ente a cargo de calificar las enfermedades de carácter permanente, mientras que el artículo 70 bis del mencionado

cuerpo legal también le entrega facultades para acreditar la invalidez de los asignatarios de montepío, señalando que ésta será declarada como tal "sólo" cuando sea acreditada por la Comisión Médica o de Sanidad competente de la Institución a que pertenecía el causante;

SEXTO: Que, por su parte, además del artículo 73 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1968, Estatuto del Personal de Carabineros, cuyo Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado fue establecido por medio del Decreto Supremo N° 412, de 1992, la Comisión Médica de la institución también encuentra reconocimiento en otros preceptos de ese cuerpo normativo. Así, en su artículo 87, a propósito de los tiempos de abono que corresponde aplicar para efectos del retiro de funcionarios que hayan sufrido, con ocasión de actos de Servicio o a consecuencia de éstos, lesiones o contusiones de importancia pero que no lo imposibiliten para continuar en el mismo, se establece una clasificación de las lesiones, las que, pese a determinarse previo sumario administrativo, corresponderá efectuarla finalmente al Presidente de la República teniendo en vista el informe de la Comisión Médica Central de Carabineros;

SÉPTIMO: Que, el mismo Estatuto del Personal de Carabineros de Chile en sus artículos 121, 125 y 126 recoge una regulación similar a aquella enunciada en la Ley N° 18.961, a propósito de la invalidez de los asignatarios de montepío, reiterando la necesidad de pronunciamiento de la Comisión Médica de la institución para acreditar las condiciones médicas en cada uno de esos casos. Y de igual modo se refiere a ella en el artículo 7° transitorio del mismo texto estatutario, esta vez para establecer que aquellos funcionarios que estando acogidos a retiro por invalidez de 2ª clase y que se encontraren definitiva, absoluta e irreversiblemente impedidos de valerse por sí mismos, podrán solicitar del Ministerio del Interior y Seguridad Pública su inclusión en la 3ª categoría de invalidez, "previo examen y dictamen de la Comisión Médica de Carabineros";

OCTAVO: Que, la normativa recién expuesta tiene por finalidad poner en evidencia la importancia que tiene la Comisión Médica de Carabineros de Chile como organismo que provee de pronunciamientos de carácter técnico en el área médica y como sus opiniones resultan significativas para la toma de decisiones en el ámbito de la salud y la capacidad física de los funcionarios de la institución, para desempeñarse convenientemente al interior de la misma o bien para disponer su separación o la procedencia de beneficios de carácter asistencial;

NOVENO: Que, en este contexto se hace pertinente averiguar si una competencia como la reseñada tiene un carácter excepcional dentro de nuestro ordenamiento jurídico o bien tiene algún equivalente que nos permita visualizar si tales atribuciones obedecen a un objetivo particular por parte del legislador;

DÉCIMO: Que, corresponde recordar que una situación análoga se presenta, a propósito del personal de la Administración del Estado regido por el Estatuto Administrativo para Funcionarios Públicos y por el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, aprobados por las leyes N^{os} 18.834 y 18.883 respectivamente, cuya salud compatible con el desempeño del cargo, sólo puede certificarse por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez de la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Salud.

Lo anterior, se vincula con la necesidad de que la Administración emplee "medios idóneos de diagnóstico" tendientes a asegurar lo "razonable e imparcial de sus decisiones", en función del principio de probidad, recogido por el artículo 53 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado;

DÉCIMO PRIMERO: Que por su parte, en relación al carácter exclusivo que tiene el ejercicio de esta facultad por parte de la Comisión Médica de Carabineros de Chile, de acuerdo a lo expresado por las normas requeridas de inaplicabilidad, podemos señalar que tal expresión alude a la radicación privativa y excluyente de una específica potestad en un determinado órgano subalterno, cuestión que no aparece reprochable en sí misma, más aun tratándose de pronunciamientos de naturaleza declarativa y esencialmente técnicos, como es el caso de los veredictos médicos especializados, los que por su carácter no deben verse alterados por ulteriores apreciaciones de conveniencia o mérito esgrimidas por autoridades superiores administrativas;

DÉCIMO SEGUNDO: Que, el carácter técnico del pronunciamiento de la Comisión queda de manifiesto al analizar las disposiciones del decreto N° 4, de 1988, del Ministerio de Defensa Nacional, que aprueba el Reglamento de las Comisiones Médicas de Carabineros de Chile. Así, su artículo 3° al referirse a su integración señala que se encontrará compuesta por el Jefe del Servicio de Sanidad de Carabineros, quien la presidirá; el Jefe del Servicio de Medicina del Hospital de Carabineros; el Jefe del Servicio de Traumatología; el Jefe del Servicio de Psiquiatría y un Oficial Jefe de Sanidad, designado por el General Director. Como es posible apreciar, su conformación está claramente inspirada en las competencias que le son inherentes a los profesionales del área de la salud, lo que guarda relación con el carácter eminentemente técnico de la Comisión Médica;

DÉCIMO TERCERO: Que, la indicada naturaleza técnica de este organismo obliga a que sus resoluciones tengan un fundamento del mismo carácter, no tratándose de pronunciamientos discrecionales -como sostiene el requirente a fojas 7 del expediente constitucional- o carentes de elementos de juicio. Expresión patente de lo anteriormente señalado lo encontramos en el artículo 6° del mencionado Reglamento de las Comisiones Médicas de

Carabineros de Chile, el que expresamente consigna que cuando la Comisión Médica lo estime necesario, podrá hacerse asesorar por los especialistas que considere conveniente, además de poder ordenar o practicar por sí misma los exámenes que juzgue necesarios o bien reunir los antecedentes que estime pertinentes para emitir un informe completo acerca de la materia sometida a su conocimiento;

DÉCIMO CUARTO: Que, el carácter eminentemente técnico al que hemos hecho alusión ha sido reconocido también en pronunciamientos de carácter administrativo que ha emitido la Contraloría General de la República, que sobre el punto ha señalado que "*es útil hacer presente que la uniforme y reiterada jurisprudencia administrativa contenida en los dictámenes N°s. 39.393, de 2000 y 7.886, de 2001, entre otros, ha resuelto que los informes de las comisiones médicas son un elemento esencial y decisivo para la determinación de la respectiva lesión y deben considerarse preferentemente por su carácter especializado y técnico al disponer el retiro del funcionario, careciendo esta Contraloría General de competencia para revisar los antecedentes clínicos que hayan servido de base a sus respectivos informes*" (dictamen N° 25.489 de 2004);

DÉCIMO QUINTO: Que, por todo lo anteriormente expresado en torno al carácter eminentemente técnico de la Comisión Médica de Carabineros, sus pronunciamientos no constituyen actos administrativos terminales que resuelvan la desvinculación del funcionario de la Institución, sino, que constituyen un antecedente que ponderará la superioridad de aquélla para los efectos de proceder en consecuencia y adoptar la decisión que se ajuste a las necesidades del Servicio, tal como precisamente ha ocurrido en la especie, mediante la dictación de la Resolución Exenta N° 519, del Prefecto de Carabineros de Chile, por orden del General Director, siendo esta la determinación que se cuestiona en la demanda que constituye la gestión judicial pendiente de que se trata;

DÉCIMO SEXTO: Que, en este contexto debemos señalar que a esta Magistratura no le corresponde entrar a calificar los antecedentes que pueden haber servido de fundamento a la Comisión Médica de Carabineros, así como tampoco si tales elementos resultan concordantes con lo manifestado en el reseñado acto administrativo que concede el retiro temporal por imposibilidad física y propone el retiro temporal del requirente. Ambas cuestiones serán ponderadas por los Tribunales que se pronuncien conociendo de la gestión judicial pendiente, por lo que en caso alguno configuran un elemento a evaluar en esta oportunidad;

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES SUPUESTAMENTE VULNERADAS

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, el requirente esgrime una eventual vulneración a la garantía constitucional del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de

la persona, contenida en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, por el hecho de verse expuesto al proceso de evaluación física antes reseñado y además por desconocerse por parte de la Comisión Médica la circunstancia de haberse recuperado de la Hepatitis B que lo había aquejado hacia el año 2013;

DÉCIMO OCTAVO: Que, como es posible advertir, el cuestionamiento que en opinión del requirente produciría la afectación a su derecho se funda en la evaluación de elementos de carácter médico, en los cuales esta Magistratura no puede involucrarse por ser ajenos a su competencia y a su esfera de conocimiento. En efecto, determinar si el diagnóstico es el correcto o si el señor Guzmán Aguayo efectivamente se encuentra recuperado de la enfermedad hepática que lo afectó, son elementos que escapan al conflicto constitucional;

DÉCIMO NOVENO: Que junto a lo anterior, no podemos dejar de hacer presente en lo relativo a esta garantía supuestamente vulnerada, que el requirente no ha desarrollado en su presentación la manera en que esta se produciría, cuestión que haría infructuoso cualquier intento por desentrañar la afectación a que se refiere y el modo en que esta se produce, por lo que resulta forzoso desestimar tal alegación;

VIGÉSIMO: Que, por su parte, en torno a una posible afectación a las garantías contenidas en el artículo 19 N° 3 incisos segundo y sexto de la Constitución, la que se produciría a consecuencia del carácter "exclusivo" de la atribución de la Comisión Médica para pronunciarse sobre la capacidad física de los funcionarios de la institución, cabe indicar que de la sola lectura de los argumentos planteados por el requirente, no se aprecia que se le haya privado de la posibilidad de plantear sus argumentos e incluso de impugnar las decisiones de la Comisión;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en efecto, en contra de la resolución exenta N° 1840, de fecha 10 de agosto del 2015, y por cuyo medio la Comisión Médica Central de Carabineros se pronunció acerca de la aptitud física del requirente para cumplir con sus funciones, proponiendo el retiro temporal del mismo, se interpuso el pertinente recurso de reposición, el que -previo nuevo estudio clínico efectuado por la asesora médica de la institución, Dra. Carmen Sari Triviño- fue resuelto por medio de la resolución exenta N° 2226, de fecha 15 de septiembre del 2015, manteniendo a firme la decisión del órgano médico;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, a partir de lo expuesto no se advierte de qué modo le habría estado vedado al requirente acreditar su punto de vista o cuestionar la decisión de la autoridad, pues además de las instancias recursivas descritas, incluso fue objeto de una nueva evaluación médica, la que desfavorablemente para sus intereses, confirmó la decisión médica del organismo, pero en caso alguno esa circunstancia permite dar por acreditada la infracción constitucional pretendida por el requirente;

VIGÉSIMO TERCERO: Que por otra parte, no es posible atribuir al carácter "exclusivo" que tiene el pronunciamiento de la Comisión Médica de Carabineros -en esta materia eminentemente técnica- una vulneración al debido proceso, toda vez que tal atribución, en primer lugar, debiera entenderse en el sentido que ya ha sido explicado precedentemente, y por cuanto, en segundo término, tal facultad no supone una decisión resolutoria respecto a la situación del funcionario policial, la que siempre recaerá en la superioridad del Servicio siendo respecto de tal resolución contra la que debieran asegurarse las instancias de impugnación y cuestionamiento pertinentes, por lo que corresponde rechazar también tal alegación;

VIGÉSIMO CUARTO: Que en lo referente a una eventual afectación a la garantía de igualdad ante la ley contenida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, la que se produciría por cuanto -según el requirente- se le habría tratado de un modo "diverso a aquel generalmente utilizado" por el hecho de no haberse llevado a cabo un proceso sumarial tendiente a determinar la afección de salud que presentaba o por el hecho de no haberse dispuesto un cambio de funciones en lugar del retiro temporal, cabe señalar que las apreciaciones sobre el mérito de las medidas adoptadas por una institución no constituyen aspectos que puedan ser valorados por esta Magistratura;

VIGÉSIMO QUINTO: Que en efecto, la Comisión Médica de Carabineros tiene la atribución para efectuar las propuestas que de acuerdo a los antecedentes médicos le parezcan pertinentes tanto para el bienestar del funcionario como para las necesidades de la institución. De este modo, mal podría reprochársele a este órgano el que su recomendación no fuese la de proponer el cambio de funciones del proponente, porque dicha determinación se funda en elementos de juicio de carácter médico, objetivos, ajenos a una discrecionalidad arbitraria;

VIGÉSIMO OCTAVO: Que por lo demás, y tal como ha señalado esta Magistratura, este derecho, contenido en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, garantiza la protección de la igualdad "en la ley", prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que se inclinó por establecer como límite, a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria, por lo que deben tomarse en cuenta las diferencias constitutivas de cada caso (STC Rol 2955, c. quinto);

VIGÉSIMO SEXTO: Que, en el mismo sentido se debe tener presente que la verdadera exigencia que debe satisfacer cualquier órgano en su actuar es que las distinciones que realice no sean arbitrarias y estén

debidamente fundadas en presupuestos razonables y objetivos, de modo que su finalidad como sus consecuencias resulten ser adecuadas, necesarias y proporcionadas, aspectos que se observan en la determinación de la Comisión Médica que efectúa una propuesta a partir de un largo proceso de análisis y reflexión técnica, la que como tal no admite reproche;

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que por último, en lo relativo a una posible afectación a la garantía del derecho de propiedad contenido en el numeral 24 del artículo 19 Constitucional, cabe indicar que no se aprecia de qué manera las disposiciones requeridas de inaplicabilidad provocarían tal atentado;

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, efectivamente los artículos cuestionados se refieren exclusivamente a las atribuciones de un órgano técnico encargado de realizar una evaluación física de carácter médico y, a partir de ello, realizar una propuesta a la superioridad del Servicio para que adopte las medidas que resulten adecuadas para satisfacer las necesidades de la institución teniendo en consideración el respeto al diagnóstico clínico del funcionario. Pero en caso alguno esas disposiciones se vinculan con alguna privación de la propiedad en cualquiera de sus manifestaciones;

VIGÉSIMO NOVENO: Que por tanto, las consecuencias económicas, previsionales o de otro tipo que pudieran generarse para el requirente a partir de la decisión de la institución no pueden en caso alguno ser atribuidas a la disposiciones requeridas, sino que más bien responden al natural efecto que deriva de un cambio de labores o del término de las mismas, pero que no pueden atribuirse a una norma en cuya virtud un organismo se limita a pronunciarse sobre la realidad médica de una persona;

TRIGÉSIMO: Que finalmente, no podemos dejar de considerar que conforme al artículo 2° de la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, el personal de esta institución se encuentra sometido a las normas establecidas en dicha Ley Orgánica Constitucional, en su Estatuto, en el Código de Justicia Militar y en su reglamentación interna. Ello, necesariamente viene a reforzar el carácter obligatorio y el deber de observancia para con estas normas que tiene todo aquel que se desempeñe en este cuerpo policial, supuesto de hecho en el que precisamente se encuentra el requirente;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos de la Constitución Política precedentemente citados, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1.- Que se rechaza el requerimiento de fojas 1.

2.- Que no se condena en costas a la parte requirente por haber tenido motivo plausible para deducir su acción.

Se pone término a la suspensión de procedimiento decretada en estos autos, oficiándose al efecto.

PREVENCIONES

Los Ministros Sres. Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino y la Ministra Sra. María Luisa Brahm Barril concurren al rechazo de este requerimiento pero fundado en las razones que a continuación se señalan:

a.- La diferencia entre el test de protección y el test de discriminación.

1. Que este caso se diferencia de los otros requerimientos resueltos en vista conjunta (Roles 3209 y 3210) por diversas circunstancias. Cabe constatar que la razón no evidenciada por la cual el requirente fue declarado como no apto para continuar en el ejercicio de la función de carabinero se funda en el hecho de su condición homosexual. Esta circunstancia explica que en este caso la naturaleza de la gestión pendiente se constituye en una alegación de discriminación por orientación sexual lo que exige realizar algunas precisiones. En primer lugar, el requirente eligió impugnar la decisión de la Comisión Médica a través de una acción de no discriminación arbitraria y no a través de una acción de protección. Ambas vías son incompatibles entre sí (artículo 6° Ley N° 20.609), y por cierto, el examen que debe realizar el juez del fondo es distinto en cada caso. Mientras que en una acción de protección la Corte debe examinar la arbitrariedad o ilegalidad de una decisión, resolviendo una acción de no discriminación el juez civil debe calificar si existe discriminación arbitraria, definida como "toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad" (artículo 2° Ley N° 20.609);

b.- El estándar del actuar discriminatorio de la Administración y no de la ley que respalda su actuar.

2. Que si bien en nuestro país la acción y el procedimiento de discriminación es reciente, ha sido una técnica legislativa utilizada en diversos ordenamientos jurídicos en las últimas décadas. En todos ellos, este tipo de leyes tiene la función de proteger a personas que pertenecen a grupos históricamente desventajados, ya sea desde un punto de vista material, político o socio cultural. La esencia de las *leyes de discriminación* puede caracterizarse en cuatro condiciones elementales: (i) el acto discriminatorio se vincula directa o indirectamente con determinados atributos personales; (ii) el atributo en cuestión debe permitir clasificar a las personas en uno o más grupos; (iii) de los grupos posibles de distinguir según el atributo personal, los miembros de al menos uno de ellos deben ser significativamente más propensos a sufrir desventajas permanentes, ubicuas y sustanciales que los miembros de otro grupo; (iv) el deber que impone la norma antidiscriminación implica distribuir un bien o beneficio a algunos, pero no a todos, los miembros del grupo que se intenta favorecer (lo que distingue las leyes de discriminación de las leyes sociales) [KHAITAN, Tarunabah (2015): *A Theory of Discrimination Law* (Croydon, Oxford University Press) pp. 23-43];

3. Que, tomando en consideración que el requirente estima que el verdadero fundamento de la decisión de la Comisión fue su orientación sexual, y que por tal razón, es víctima de discriminación arbitraria, es claro que tal afectación no es consecuencia de la aplicación de los preceptos legales impugnados, ni de restricciones al derecho de defensa o al debido proceso. La naturaleza de la discriminación se inserta en un cierto patrón cultural incompatible con el ordenamiento jurídico, que se agudiza en el marco de una institución jerárquica, del orden policial, en donde la orientación sexual exigiría una modalidad de actuar aparentemente incompatible con esta condición. De comprobarse en la sede respectiva que existió discriminación, se trataría de una conducta y una decisión injustificada atribuible a las personas que integraron la Comisión Médica respectiva, y no una consecuencia de la aplicación del precepto impugnado;

4. Que, por tanto, el requerimiento debe ser rechazado, pues el examen de razonabilidad de la decisión y la posible influencia en ésta de la orientación sexual del requirente debe ser examinado por el juez del fondo, conforme a reglas de prueba y a un fundamento en donde la potencial inaplicabilidad de la ley no es relevante para estimar la discriminación;

Redactó la sentencia El Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez y la prevención, el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

000229
doscientos veintinueve

Rol N° 3211-16-INA.

SRA. PEÑA

SR. ARÓSTICA

SR. CARMONA

SR. GARCÍA

SR. HERNÁNDEZ

SR. ROMERO

SRA. BRAHM

SR. LETELIER

SR. VÁSQUEZ

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

Autoriza el Secretario del Tribunal, señor Rodrigo Pica Flores.

En Santiago, a 30 de octubre de 2017, notifiqué personalmente al Sr. abogado, Juan Raiej Balmaceda la sentencia recaída en autos Rol N° 3.211-16-INA de 24 de octubre de 2017, a quien entregué copia.

12430533-6

6.498.245-1

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARIA