



Santiago, veinte de mayo de dos mil veinte.

VISTOS:

Con fecha 20 de marzo de 2019, la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 12, letra a), de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, en los autos sobre recurso de protección que conoce la Corte de Apelaciones de Antofagasta, bajo el Rol N° 262-2019.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:

“Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda

Artículo 12.- Para ingresar a la Administración del Estado será necesario cumplir los siguientes requisitos:

a) Ser ciudadano; No obstante, en casos de excepción determinados por la autoridad llamada a hacer el nombramiento, podrá designarse en empleos a contrata a extranjeros que posean conocimientos científicos o de carácter especial. Los respectivos decretos o resoluciones de la autoridad deberán ser fundados, especificándose claramente la especialidad que se requiere para el empleo y acompañándose el certificado o título del postulante.

En todo caso, en igualdad de condiciones, se preferirá a los chilenos.”.

(...)

Síntesis de la gestión pendiente

La Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha accionado, al sustanciar actualmente un recurso de protección.

Dicha acción ha sido interpuesta por Álvaro Restucci Núñez, ingeniero electricista, de nacionalidad venezolana, contra la Universidad de Antofagasta y la Contraloría General de la República, por estimar vulneradas sus garantías fundamentales reconocidas en los artículos 19 N° 2 y 16 de la Carta Fundamental.

En dicha acción de protección sostiene que ingresó como docente a tal universidad, en un curso de pregrado desde el primer semestre de 2011 hasta el segundo semestre de 2016. Posteriormente, durante el 2017 se desempeñó además



como docente en diversos cursos de postgrado, manteniendo residencia definitiva en Chile.

Señala que entre los años 2011 a 2017 se desempeñó en modalidad de honorarios, siendo nombrado en calidad de contrata durante el año 2018, en jornada completa en jerarquía de profesor titular grado 5 de la escala única de sueldos de la Universidad de Antofagasta, adscrito al Departamento de Física dependiente de la Facultad de Ciencias Básicas de la Vicerrectoría Académica.

Expone que el 21 de noviembre de 2018 fue nombrado Vicerrector de Investigación, Innovación y Postgrado de la universidad, desde el 8 de enero de 2018, cargo de Planta Directiva mediante el decreto TRA N° 351/248/2018) de igual fecha. Sin embargo, al ser enviado a Toma de Razón en Contraloría Regional de Antofagasta, ésta representó el acto en cuestión, rechazando aprobar su legalidad en base a la disposición cuya constitucionalidad hoy cuestiona, al no tener calidad de ciudadano.

Comenta que la Universidad de Antofagasta le notificó en enero de 2019 sobre lo resuelto y que no insistiría en su designación, tras existencia de pronunciamiento.

Estimó tal decisión como discriminatoria e ilegal y arbitrario el Oficio de la Contraloría Regional, accionando de protección toda vez que cumple con los presupuestos para ser considerado un ciudadano, poseyendo más de 5 años de permanencia en el país, sin tener condenas por simples delitos o crímenes y haber trabajado durante años en una universidad pública.

Efectuada la vista del recurso, el 6 de marzo de 2019, la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta resolvió oficiar a esta Magistratura Constitucional el 18 de marzo de 2019, planteando un conflicto constitucional, según se desarrollará seguidamente.

Conflictos de constitucionalidad sometidos al conocimiento y resolución del tribunal

Sostiene que en la especie se infringe el artículo 19 N° 2 del estatuto constitucional al contemplar el precepto cuestionado una diferencia arbitraria.

Añade que el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de ley, prohibiéndose discriminación por condiciones sociales, tal como la que acaece en la gestión judicial pendiente.



Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala de esta Magistratura con fecha 29 de marzo de 2019, a fojas 44. A su turno, en resolución de fecha 17 de abril de 2019, a fojas 54, se declaró admisible.

Conforme consta en autos, conferido traslado a las demás partes interesadas y a los órganos constitucionalmente interesados, fue evacuado traslado por la **Universidad de Antofagasta**, según consta a fojas 64, solicitando sea acogido el libelo de fojas 1. Señala que en la gestión sub lite se ha allanado, considerando existente una infracción al principio de igualdad ante la ley y a la libertad de trabajo.

Añade que la noción de ciudadanía prevista en el Estatuto Administrativo, conforme a las normas constitucionales, puede ser perfectamente atribuida a un extranjero, habilitándole para ocupar un cargo público, de conformidad al fallo en causa Rol N° 43.005-2017, sobre recurso de protección, conocido por la Corte Suprema, según cita a fojas 67.

A su vez, a fojas 74, ha evacuado traslado el Consejo de Defensa del Estado, instando por el rechazo del libelo. Para ello arguye que el requerimiento de inaplicabilidad busca pronunciamiento sobre una materia de mera legalidad. El objeto de la discusión planteada en el requerimiento radica en una interpretación específica dada a la voz ciudadano por el ente contralor, existiendo actual discusión sobre la procedencia de los supuestos fácticos que le impiden a la administración la contratación de un ciudadano venezolano para el cargo de Vicerrector de Investigación, Innovación y Postgrado de la Universidad de Antofagasta.

La disposición impugnada no afecta el principio de igualdad ante la Ley del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política. Sostiene que el requirente, si así lo estima y cumple con los requisitos establecidos para ello, puede acceder a la nacionalidad chilena, conforme a las normas contenidas en el Decreto N° 5.142, que fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros, no existiendo impedimento para aquello.

Además, explica que la disposición impugnada no afecta la libertad de trabajo y su protección del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política. La Contraloría General de la República se ha circunscrito a la aplicación irrestricta de las normas contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, sin transgredir la Carta Fundamental.

Añade que la propia Constitución exige la ciudadanía para diversos cargos públicos, tales como los de Presidente de la República, Diputado, Senador, Fiscal Nacional y Contralor General de la República.



Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 3 de septiembre de 2019 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos del Consejo de Defensa del Estado, del abogado Carlos Aranís Olivares, por 20 minutos. Se adoptó acuerdo en igual fecha, según certificó el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

I. LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL SOMETIDA A LA DECISIÓN DE ESTA JUDICATURA

PRIMERO: La controversia constitucional planteada en estos autos por la Segunda Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, radica en determinar si la aplicación, en la gestión judicial que se sigue ante ella, de lo dispuesto en el artículo 12 letra a) del Estatuto Administrativo -cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el DFL N° 29 (Hacienda) de 16 de marzo de 2005- que exige para ingresar a la Administración del Estado ser ciudadano y, por ende, la nacionalidad chilena "(...) *infringe la garantía establecida en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución Política de la República, que recoge el principio fundamental de igualdad ante la ley, específicamente la ley no debe establecer diferencias arbitrarias*" y además el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto dispone que: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquiera índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (fs. 40 de estos autos constitucionales).

La gestión pendiente en que cabría aplicar la norma impugnada consiste en un recurso de protección, seguido ante la referida Ilta. Corte de Apelaciones e interpuesto por don Álvaro Eduardo Restuccia Núñez -de nacionalidad venezolana-, y dirigido contra la Universidad de Antofagasta y de la Contraloría General de la República con motivo de la representación que efectuara la Contraloría Regional respectiva en contra de su nombramiento como Vicerrector de Investigación, Innovación y Postgrado en la Universidad de Antofagasta por no cumplir el requisito de ser ciudadano a que se refiere la disposición legal objetada. Al informar en el recurso de protección, la Universidad de Antofagasta se allanó a la acción planteada (fs. 22 de esos autos judiciales) y se hizo parte en estos autos constitucionales manifestando estar de acuerdo con el requerimiento de inaplicabilidad impetrado (fs. 64).



II. LA CIUDADANÍA Y SUS VÍNCULOS CON LA NACIONALIDAD.

SEGUNDO: La nacionalidad es un vínculo que une a una persona con un Estado determinado, vínculo que, a su vez, es jurídico y sociológico. Es jurídico, porque crea derechos y obligaciones, y es sociológico, ya que se identifica con una comunidad que ha surgido como consecuencia de la convivencia prolongada de muchas personas en un territorio con contornos más o menos precisos, lo que conduce a establecer lazos que estrechan tales vínculos y a comprender la ventaja de continuar en esa convivencia para buscar juntos un mejor futuro colectivo.

Si los nacionales se caracterizan por lo anterior, según el Diccionario, "extranjero", dicho de una persona, significa *"que es de un país distinto al de la persona que habla"*. Así, quien es extranjero, ya por tener la nacionalidad de otro Estado -y con ello mantener un vínculo con él – ya por ser apátrida -o sea, por carecer de toda nacionalidad-, se encuentra en una categoría jurídica diversa a la de quien es nacional del Estado en cuyo territorio el extranjero se encuentre.

Consecuentemente que esta Magistratura ha sostenido que "independientemente de que se perciban las alusiones a la nacionalidad como una "categoría sospechosa" en el ordenamiento positivo no ha desaparecido el estrato jurídico de los "extranjeros" ni las consecuencias lícitas que se derivan de ello. Las personas, dice el Código Civil, "divídense en chilenos y extranjeros" (artículo 55)" (STC Rol 4757-18, c. 15°).

Entre los extranjeros, los migrantes merecen por parte del derecho internacional un trato particular. Según la OIM (International Organization for Migration) de la Organización de las Naciones Unidas "migrante" es un *"término genérico no definido en el derecho internacional que, por uso común, designa a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones"*. Como en el mundo globalizado en que nos encontramos, la comunidad internacional considera a la migración como un fenómeno positivo, que cabe asumir y encauzar adecuadamente, ante tal realidad las Naciones Unidas adoptó el Pacto Global sobre una Migración Ordenada, Segura y Regular en Conferencia Internacional celebrada en Marruecos, entre los días 10 y 11 de diciembre de 2018.

TERCERO: La Constitución chilena, aunque prácticamente no contiene reglas específicas relativas al trato jurídico de los extranjeros -a quienes reconoce titularidad para el ejercicio de los derechos que consagra como ha señalado esta Magistratura (STC Rol N° 2273-12, c. 42°)- algunos de sus preceptos se refieren a ellos para establecer algunas prohibiciones o restricciones de derechos aplicables a los extranjeros. Al efecto la sentencia del Tribunal Constitucional antes citada Rol N° 2273-12 recuerda que *"la Constitución ha establecido reglas limitativas en los*



derechos políticos de los extranjeros (artículo 14 de la Constitución), en el financiamiento a los partidos políticos con fuentes de recursos provenientes del extranjero (artículo 19 N° 15, inciso quinto, de la Constitución); en el dominio de todas las minas como un espacio vedado a extranjeros, pero no así a los regímenes concesionales (artículo 19 N° 24, inciso sexto); y, finalmente, en aceptar discriminaciones en idoneidad y capacidad laboral para proteger en determinados casos la fuente laboral de origen chileno (artículo 19 N° 16, inciso tercero, de la Constitución). Adicionalmente, hay algunas limitaciones implícitas como, por ejemplo, tratándose de la administración del espectro radioeléctrico, como bien nacional de uso público, caso en el que se requiere la nacionalidad chilena de las personas jurídicas tratándose del reconocimiento de la titularidad en la televisión abierta. Por tanto, estas habilitaciones expresas permiten que el legislador desarrolle distinciones acotadas, puesto que, en caso contrario, hay un fuerte indicio de configurar una discriminación” (c. 31°).

Pues bien, entre las distinciones que se acaban de recordar entre chilenos y extranjeros, la contenida en el artículo 14 de la Carta Fundamental dice relación con el derechos a sufragio que se otorga a quienes se reconoce la “ciudadanía”, estatus éste que constituye el requisito general que exige la letra a) del artículo 12 de la ley 18.834 para el ingreso a la Administración del Estado.

CUARTO: Ahora bien, el concepto de “ciudadanía” se encuentra estrechamente vinculado al de la “política”.

“Política” proviene del vocablo griego “*politucus*” y éste, a su vez de “*polis*”, que es la *ciudad*, cuyo equivalente en latín es “*civitas*”, y recae en todo lo que dice relación con el gobierno de la polis o de la ciudad, realidad esta última que derivó en el moderno concepto de Estado. Por lo tanto, desde la antigüedad la preocupación por el gobierno y funcionamiento del Estado se confió a los “ciudadanos”. El sentido premoderno de ciudadanía, sin embargo, vinculó además los derechos de libertad e igualdad a la pertenencia a la polis, civitas o Estado, desconociendo tales derechos a quienes carecían de la ciudadanía. Así se aludía al concepto de “hombre libre” (quien era el único titular de derechos) como sinónimo al de “ciudadano”.

Tal planteamiento se modificó con la noción moderna que afirma y defiende los “derechos del ser humano en cuanto ser humano”, esto es, derechos universales que se reconoce a todas las personas por ser naturalmente libres e iguales en dignidad, concepción que afirma el inciso 1° del artículo 1° de la Carta Fundamental. Comienza así a distinguirse lo que pertenece a la esfera de lo “civil” de lo que dice relación con lo “político”.

Así lo civil dice relación con el ciudadano “[...] en cuanto particular y a las relaciones públicas entre privados” y esa esfera “se inserta en el desarrollo de los derechos humanos o “civiles” o humanos (o “de los derechos necesarios para la libertad individual: libertad de la persona, de expresión, de pensamiento y religión, derecho a la propiedad y a establecer contratos válidos y derechos a la justicia”) en el siglo XVIII). Con ello “civil” comienza a ser relativo a las asociaciones voluntarias” (Attili



Cardamone, Antonella (2004) "Ciudadanía, sociedad civil y la redefinición de los espacios públicos", en Revista de Estudios Políticos, N° 126, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 137). Mientras tanto, se reserva propiamente a la ciudadanía el ámbito de lo "político", expresándose éste a través de las *"diversas formas de intervención en los negocios públicos reservadas a quienes participen de tal cualidad"* (Alejandro Silva Bascuñán (1996), Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, p. 231).

QUINTO: Tanto el actual texto constitucional como el de 1925 no sólo separan la esfera de los derechos civiles o individuales con la de los propiamente políticos, sino que distinguen entre los conceptos de "nacionalidad" y de "ciudadanía", que las cartas constitucionales precedentes de 1822, 1823, 1828 y de 1833 confundían.

De este modo la Carta de 1980 entiende que la ciudadanía es un término acotado, en la medida que para obtener el estatus de ciudadano no basta con tener la nacionalidad chilena -adquirida ésta por cualquiera de las fuentes a que se refiere el artículo 10 de la Carta Fundamental- sino que además haber cumplido dieciocho años de edad y no haber sido condenado a pena aflictiva (artículo 13 inciso 1º). Es por ello que *"ahora se es ciudadano téngase o no la facultad de votar, y así de la calidad de ciudadano se goza o no se goza, se carece de ella ya por no haberse nunca adquirido, ya por haberse perdido"* (Silva Bascuñán, ob. cit., p. 231).

Como consecuencia entonces de haberse separado la ciudadanía de la nacionalidad, el texto constitucional dispone restricciones en el ejercicio de los derechos políticos que otorga la ciudadanía respecto de determinados chilenos. En efecto, tratándose de los que lo son en virtud del número 2º del artículo 10 -o sea, por ser hijos de padre o madre chilenos nacidos en el extranjero- o del número 4º del mismo artículo -por obtener especial gracia de nacionalización por ley- "el ejercicio de los derechos que les confiere la ciudadanía estará sujeto a que hubieren estado avecindados en Chile por más de un año" (inciso final del artículo 13). Por otra parte, la misma disposición alude a los ciudadanos con derecho a sufragio que se encuentren fuera del país, quienes sólo podrán sufragar desde el extranjero "en las elecciones primarias presidenciales, en las elecciones de Presidente de la República y en los plebiscitos nacionales", sin que puedan hacerlo en las demás votaciones populares a que se refiere la Carta (elecciones parlamentarias, de gobernadores y consejeros regionales, de alcaldes y concejales).

SEXTO: Ahora bien, los ciudadanos son quienes ejercen los denominados "derechos políticos".

Estos se caracterizan por tener una fisonomía particular, ya que se vinculan con la necesaria participación que, en los sistemas democráticos, se reconoce a toda persona en la dirección de los asuntos públicos, o sea, en el gobierno del Estado, habiendo sido definidos como *"aquellos que, por reconocimiento expreso del ordenamiento, se caracterizan por una incidencia inmediata y directa en el"*



funcionamiento del Estado y de la organización administrativa" (Flores, Marcelo (coord.), "Diccionario básico de derechos humanos", México, Flacso, 2009, p. 89).

Se trata, por lo tanto, de derechos que se vinculan con el deber que nuestra Constitución impone al Estado de "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional" (artículo 1º inciso final). Es ciudadano entonces, como sostiene Luis María Díez-Picazo "*quien puede participar en la gestión de los asuntos públicos*" (Díez-Picazo Giménez, Luis María (2013) "Sistema de Derechos Fundamentales, 4º edición, Thomson Reuters, Navarra, p. 378).

Tal participación, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa*" (Corte I.D.H., *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C Nº 127); encontrándose los derechos políticos "*estrechamente relacionados con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático*" (Corte I.D.H., *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C Nº 184).

SÉPTIMO: Entre los derechos políticos que ejercen los ciudadanos se encuentran no sólo los de sufragar en las votaciones populares a que alude expresamente el artículo 15 inciso 2º y de optar a los diferentes cargos de elección popular a que se refiere en diversas normas la Constitución, sino otros que también buscan encauzar la dirección de los asuntos colectivos. Es por ello que la Constitución señala en el inciso 2º del artículo 13 que la calidad de ciudadano otorga "*los demás (derechos) que la Constitución o la ley confieran*".

Entre tales derechos se encuentran el derecho de constituir y formar parte de un partido político o el de ejercer un control sobre la actuación de los órganos del poder estatal a través de los mecanismos que establezca el ordenamiento jurídico, como señala, por ejemplo, la Constitución de Colombia, cuando dispone que "todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político" (artículo 40).

OCTAVO: De lo anterior se concluye que los "ciudadanos" se mueven en la esfera de lo público, de lo que dice relación con el interés general, con el ejercicio de la soberanía, es decir, con el poder del Estado de que es titular el pueblo para dirigir y encauzar la sociedad política hacia su fin propio, cual es el bien común.

Ello lo hacen directamente participando en las votaciones populares - actuando como cuerpo electoral- o a través de las autoridades que la Constitución establece (artículo 5 inciso 1º). Estas últimas actúan ya sea en calidad de



representantes directos suyos -porque recibieron su título de una elección popular- ya sea en forma indirecta al integrar los diferentes órganos públicos a través de los cuales se manifiesta el poder del Estado.

NOVENO: Como los extranjeros no son ciudadanos, ya que no reúnen el requisito de ser chilenos, se hallan, por lo tanto, impedidos de ejercer los derechos políticos que se reconoce a éstos por el inciso 2° del artículo 13.

Ello se explica porque, como expresa Humberto Nogueira Alcalá, tales derechos se mueven *"en el ámbito no de los derechos de libertad (libertad-autonomía) sino en el ámbito de los derechos de participación (libertad-participación), no en el marco de los derechos del ser humano, sino en el marco de los derechos del ciudadano"* (*"Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales"*, tomo 2, 2° edición, 2010, Librotecnia, p. 517).

DÉCIMO: No obstante, el artículo 14 de la Carta Fundamental establece una excepción en esta materia al reconocer el derecho a sufragio a los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, siempre que cumplan los requisitos de tener dieciocho años de edad y no haber sido condenados a pena aflictiva. En general tal disposición no tiene un correlato en el derecho comparado, por cuanto el derecho de sufragio se reserva a los nacionales, sin perjuicio de que algunas constituciones permiten concederlo a los extranjeros respecto de su participación en determinadas votaciones populares y cumpliendo con ciertos requisitos (por ejemplo, artículos 100 de la Constitución colombiana; 76 y 78 de la de Uruguay). Nuestra Constitución en este punto, sin embargo, se ajusta a lo dispuesto en la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990, suscrita por Chile y publicada en el Diario Oficial de 8 de junio de 2005, en cuanto establece: "2. Los Estados de empleo facilitarán, de conformidad con su legislación nacional, la consulta o la participación de los trabajadores migratorios y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales. 3. Los trabajadores migratorios podrán disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos" (artículo 42).

Con el mismo espíritu, el texto actual del artículo 18 de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, reconoce el derecho a afiliarse a un partido político no sólo a los ciudadanos con derecho a sufragio sino que a los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años. Al pronunciarse sobre el proyecto de ley que introdujo tal norma, este Tribunal sostuvo que *"esta ampliación del derecho de participar activamente en política a los extranjeros avecindados exige contrastar los requisitos a partir de los cuáles es reconocido el mismo derecho a los nacionales. Siendo así, hay un principio de igualdad connatural en la norma propuesta referido al trato entre un chileno y un extranjero que consiste en que se equiparan en su condición de "ciudadanos", entendiéndose que "el derecho del extranjero avecindado por cinco años en Chile debe entenderse habilitado a tal ejercicio cuando cumpla los mismos*



requisitos que el nacional, cuestión exigida por el artículo 14 de la Constitución al referir a una regla de igualdad por equiparación que obliga a que los extranjeros, además del avecindamiento, "cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13" de la Constitución" (STC Rol N° 2980-16, c. 20°).

III. DERECHO DE ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS

DÉCIMOPRIMERO: Ya sostuvimos que la Carta Fundamental agrega que la calidad de ciudadano otorga los demás derechos "que la Constitución o la ley confieran". Entre éstos se encuentra el que la Constitución asegura a todas las personas en el numeral 17 de su artículo 19: "La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes".

El origen remoto de este precepto se encuentra en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de la Asamblea Nacional francesa, cuyo artículo 6 expresaba que: "*puesto que todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes*". Entonces la regla buscó imponerse como una garantía en contra del sistema de privilegios que permitía que sólo los favorecidos por el monarca absoluto pudiesen ser llamados e ingresar como servidores públicos, siendo este derecho concreción del principio general de igualdad.

Varios documentos internacionales aseguran este derecho. De este modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho "*tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país*" (artículo 25 letra c); igual precepto se contiene en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 23 letra c).

DÉCILOSEGUNDO: El artículo 19 N° 17 establece que la propia Constitución puede imponer requisitos para acceder a determinados empleos públicos y entre éstos se encuentra el de ser ciudadano y, por lo tanto, poseer la nacionalidad chilena. Ello sucede en relación a los cargos de Presidente de la República (art. 25 inciso 1°), Ministro de Estado (artículo 34 inciso 1°), diputado (artículo 48), senador (artículo 50), Fiscal Nacional (artículo 85 inciso 2°), fiscal regional (artículo 86 inciso 3°), fiscal adjunto (artículo 88), Contralor General de la República (artículo 98 inciso 2°), gobernador regional, consejero regional, alcalde, concejal, delegado presidencial regional y delegado presidencial provincial (artículo 124 inciso 1°).

Sin embargo, en cuanto a las demás funciones o empleos públicos, está el legislador facultado para establecer exigencias para su ingreso.

Esos requisitos buscan asegurar que quienes postulen a un cargo público tengan la capacidad e idoneidad necesarias para realizar la tarea específica de que se trate, pero en ningún caso ellos pueden llegar a constituir un acto de



discriminación arbitraria *"que se traduzca en exclusiones o restricciones, tales como aquellas basadas en motivos de raza, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, discapacidad, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales o falta de ellas, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal o enfermedad, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo"*, como dispone el artículo 17 de la misma ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo. Esa norma recoge al efecto lo que al respecto señala también el Código del Trabajo en su artículo 2° y lo dispuesto en diversos tratados internacionales cuando mencionan como categorías "sospechosas" de discriminación para el acceso al empleo las que también señala nuestra legislación.

Al efecto, asimismo debe tenerse en cuenta lo que dispone el artículo 38 de la Constitución cuando establece que *"una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes."*

DÉCIMOTERCERO: Los requisitos que puede establecer la ley para el acceso a un cargo público deben fundarse en las características propias de los asuntos a que se abocará quien lo asuma.

Para asegurarle a la sociedad organizada que, quien desempeñe la tarea de dirección política o administrativa del Estado, lo hará en servicio de la persona humana y aras del bien común (artículo 1° inciso 4°) y conforme a ciertos valores colectivos que son expresión de la comunidad nacional, parece lógico y necesario que, en principio, se exija la ciudadanía para desempeñar ese tipo de cargos.

Lo anterior se relaciona con lo que la misma Constitución señala, al imponer específica y exclusivamente sólo a los chilenos, el deber *"fundamental de honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena"* (artículo 22, inciso 2°). Esos principios, junto con otros integrantes asimismo del bien común, deben ser resguardados especialmente por quienes están revestidos de autoridad, porque ellos, a través del ejercicio de sus respectivos cargos, inciden directamente en la forma en que funciona el Estado.

Por lo anterior la exigencia de la ciudadanía dice relación entonces con la certeza que requiere la sociedad de que quien ocupe una función pública no sólo tenga la aptitud mental y moral para desempeñarla -lo cual supone tener 18 años de edad y no haber sido condenado a pena aflictiva- sino que además posea la nacionalidad chilena.

En efecto, si la forma en que se desarrollan las distintas formas de actividad en que manifiesta el poder del Estado es a través de sus órganos y éstos, a su vez, se expresan a través de sus titulares -es decir, por las autoridades que los integran y que están llamadas a ejercer las diversas tareas públicas- parece lógico que sólo los



nacionales, es decir, las personas que tienen un vínculo jurídico con determinado Estado, actúen a su nombre.

DÉCIMOCUARTO: No puede olvidarse, sin embargo, que como la ciudadanía otorga el ejercicio de los derechos políticos que concretan el derecho de participación de las personas en el sistema democrático y, entre éstos, se encuentra el igual acceso a los empleos y cargos públicos, éstos revestirán esa naturaleza únicamente si dicen relación con el funcionamiento y dirección de los asuntos públicos.

Así la exclusión de empleos en las administraciones públicas nacionales “[...] *debe entenderse referida únicamente a aquellos puestos de trabajo que impliquen directa o indirectamente ejercicio de autoridad pública*” (Diez Picazo, Luis María (2013), p. 129).

DÉCIMOQUINTO: De todo lo dicho hasta ahora se puede inferir, en síntesis, por una parte, que nuestro orden constitucional y legal reconoce a los extranjeros los derechos fundamentales asegurados en su texto como también algunos derechos políticos a quienes de éstos cumplan con algunas exigencias, y que, por otra parte, la ciudadanía es una cualidad política que se reconoce a los chilenos, que se vincula únicamente con las diferentes formas de participación en el ejercicio del poder del Estado y, entre los derechos políticos que otorga, se encuentra el de la igual admisión a los cargos públicos.

IV. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN AL ACCESO AL TRABAJO

DÉCIMOSEXTO: Ahora bien y observando el estatuto constitucional en el ámbito de la libertad de trabajo y su protección, cabe tener presente que éste, en su artículo 19 N° 16°, “(...) *prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos*”, conforme a lo que dispone su inciso tercero.

DÉCIMOSEPTIMO: La forma en que se regula la libertad de trabajo en la Carta Fundamental permite entonces contemplar la nacionalidad como criterio o parámetro diferenciador pero siempre en forma muy excepcional, por cuanto el legislador puede exigirla nada más que para determinados trabajos.

Por lo expuesto, la ex Ministra de esta Magistratura, Luz Bulnes Aldunate, destacaba hace ya décadas que dicha excepción tiene un alcance acotado, puesto que “[s]i fuera general, la ley adolecería del vicio de inconstitucionalidad y violaría el derecho constitucional del artículo 19 N° 26, que establece que las leyes que regulan los derechos constitucionales no los pueden afectar en su esencia” (Luz Bulnes Aldunate: “La Libertad de Trabajo y su Protección en la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho Público*, N° 28, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1980, p. 220).



DÉCIMOCTAVO: Como hemos señalado ya en esta sentencia, la no discriminación al acceso al trabajo se extiende a la relación estatutaria entre el personal y la administración del Estado (c. 11°).

Consecuentemente, aunque la categoría de nacional sea un requisito admisible para restringir el acceso a los empleos y cargos públicos, en tal caso el examen que se efectúe para determinar una eventual discriminación arbitraria se transforma en un escrutinio exigente, porque en él habrá de analizarse bajo un estándar más estricto que en otros casos el fundamento del criterio diferenciador puesto que incide en una de las denominadas “categorías sospechosas”.

En esta materia no puede olvidarse que nuestro Estado se encuentra obligado por diversos tratados internacionales que condenan la discriminación en razón de la nacionalidad. Así, entre otros, cabe recordar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo 26). También algunos acuerdos internacionales prohíben la discriminación por nacionalidad cuando ésta se vincula al acceso al trabajo, como ocurre, por ejemplo, con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7); el Convenio de la OIT N° 111 sobre Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 (arts. 1 a 13); el Convenio de la OIT 156 sobre la Igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras.

Por su parte, al referirse al derecho de los migrantes, la CIDH ha expresado que “[...] los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias” (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, 88) y ha señalado que “[...] El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos” (Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, 148).

V. CARACTERÍSTICAS DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO Y SU APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

DÉCIMONOVENO: Cabe ahora analizar la forma en que la aplicación del precepto legal impugnado en la gestión pendiente que dio origen al requerimiento de autos vulneraría el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución.



VIGÉSIMO: La norma cuestionada en el requerimiento se comprende en ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, publicada el 23 de septiembre de 1989. Como ese cuerpo normativo que ha sufrido una serie de modificaciones, su texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido actualmente en el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda. Antes que la ley N° 19.154, de 3 de agosto de 1992, modificara la ley, el precepto que impugna el requerimiento de estos autos constitucionales se contemplaba en su artículo 11 letra a), regla que no establecía excepción alguna respecto al requisito de ser ciudadano para ingresar a la Administración Pública a que aludía.

VIGÉSIMOPRIMERO: Los dos incisos que se contienen en el actual texto tuvieron su origen en el segundo trámite seguido ante el Senado, por indicación presentada por el Ejecutivo.

Al discutirse tal indicación en la sala, en sesión de 17 de diciembre de 1991, el señor Correa (Ministro Secretario General de la Presidencia), explicó que con su incorporación *"nuestro país se convierte en un lugar cada vez más atractivo para profesionales de gran capacitación, lo que abriría la posibilidad de contar con su experiencia en la Administración del Estado"*.

Frente a la indicación supresiva formulada por el senador Ríos -fundada, entre otros motivos, en que no cabía tentar *"a toda la Administración Pública a contratar extranjeros que, siendo muy útiles para el país, pueden desplazar a los trabajadores chilenos"*-, el senador Gazmuri, apoyando la indicación presidencial, sostuvo: *"Me parece una norma bastante elemental para la una Administración moderna, con una economía abierta, como la nuestra. En ese sentido, me sorprende la presentación de una indicación contraria al precepto que se intenta establecer. Estimo que son resabios del pasado, que no se corresponden con la modernidad que todos decimos querer, al menos en esta Sala, para el país, modernidad que debe traducirse en una Administración Pública que pueda responder a los requerimientos que plantea el inmenso avance científico-tecnológico que caracteriza a nuestra época. Por lo tanto, creo que no seríamos prudentes, ni sabios, ni modernos, si no aprobáramos esta disposición"*.

Asimismo, el senador Díaz afirmó que *"ni siquiera son cosas del pasado. Podemos recordar a grandes extranjeros que dieron lustre y brillo a la Universidad de Chile: don Andrés Bello, Domeyko, Philippi, etcétera. Nos basamos en que fueron funcionarios -¡funcionarios!- del Estado de Chile, que dieron, repito, lustre y prestigio al país. Lo que sí es parte del pasado es la xenofobia"*.

VIGÉSIMOSEGUNDO: Como resulta de su historia, la norma excepcional contenida en el actual artículo 12 letra a) de la Ley N° 18.834 busca incorporar a la Administración del Estado expertos extranjeros que, siendo científicos, técnicos o teniendo cualquiera otra capacidad especial, puedan aportar con sus conocimientos y experiencia al desarrollo del país. Entre éstos, especial relevancia para la difusión, investigación y enseñanza de alguna ciencia, tienen quienes se desempeñen en



cargos académicos y directivos dentro de las Universidades del Estado, como sucede con el requirente de autos.

Tal excepción se explica porque se trata de cargos que no suponen la dirección de un asunto eminentemente político, ya que no corresponden al ejercicio de un derecho de ese carácter a que se refiere el inciso 2º del artículo 13 de la Carta Fundamental, por cuanto no inciden inmediata y directamente en el debido gobierno y funcionamiento del Estado.

VIGÉSIMOTERCERO: Si el propio artículo 12 letra a) impide que los extranjeros sean designados en un cargo público, porque -como ya vimos- la ciudadanía es un requisito que se exige para ingresar a la Administración del Estado, pero establece un sistema de contratación excepcional a extranjeros, en el caso concreto que origina la gestión judicial pendiente se produce una discriminación arbitraria.

En efecto, la prohibición de nombrar al señor Restuccia, de nacionalidad venezolana, en el cargo de planta de carácter directivo de Vicerrector Académico de la Universidad de Antofagasta por no poseer la calidad de ciudadano al no tener la nacionalidad chilena, no se funda en razones objetivas ni en una finalidad legítima, que sea razonable y proporcionada, como veremos a continuación.

VIGÉSIMOCUARTO: Según los antecedentes del caso, el señor Restuccia entre 2011 y 2017 se desempeñó a honorarios, siendo nombrado a contrata a contar de enero de 2018 y hasta diciembre del mismo año. Durante ese último período asumió como director suplente del programa doctorado en Física Matemática de la Facultad de Ciencias Básicas de la Universidad de Antofagasta, lo cual llevó a que, reconociendo su experiencia y conocimientos, la misma Universidad lo designara para desempeñarse en el cargo de Vicerrector de Investigación, Innovación y Postgrado.

Cabe recordar asimismo que el requirente de protección no sólo fue respaldado por la Universidad de Antofagasta por considerar que cumple con los requisitos generales y particulares para ingresar al servicio y por ello se allanó tanto en el recurso de protección impetrado por el académico venezolano como al hacerse parte en el requerimiento de estos autos constitucionales, sino que, en el hecho, por razones de buen servicio, asumió el cargo directivo para el que fue nombrado el 8 de octubre de 2018, en el mismo Decreto de nombramiento.

No puede, por último, obviarse el hecho de que el señor Restuccia goza de permiso de permanencia definitiva en Chile, no tiene condenas por crímenes y simples delitos y se encuentra habilitado para ejercer el derecho político de sufragio.

VIGÉSIMOQUINTO: Ahora bien, la representación del decreto de nombramiento efectuada por la Contraloría Regional respectiva, fundada en que los funcionarios no académicos se registrarán por las disposiciones del DFL N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda sobre Estatuto Administrativo y, por ese motivo, por el



artículo 12 letra a) de ese cuerpo legal, que impide a un extranjero -como el señor Restuccia- ingresar a la Administración del Estado con excepción de quienes, en el caso descrito por la norma, accedan a ellos a contrata y no a quienes sean designados para acceder en propiedad a un cargo de planta, nos llevan a revisar si la discriminación que formula el precepto legal tiene una justificación objetiva y razonable.

VIGÉSIMOSEXTO: El fin que persigue la disposición impugnada es reservar los cargos de la Administración del Estado a los ciudadanos para dar seguridad de que éstos resguarden los valores de la comunidad nacional en la dirección de los asuntos públicos que ellos deben encauzar.

Es por ello posible que el Estado imponga restricciones al acceso a esos empleos y cargos por razones de nacionalidad, como ya se ha expresado en esta sentencia. El requisito de ser ciudadano que establece la norma, por otra parte, parece idóneo para garantizar el cumplimiento del fin que persigue.

Sin embargo, la limitación no parece necesaria en relación al acceso a cargos que no se encuentran vinculados a la gestión del poder estatal, es decir, a funciones que por no comportar el ejercicio propio de autoridad pública, no pongan en riesgo los valores de la comunidad nacional que los inspiran y que, por ello, no correspondan al ejercicio de los derechos políticos que comprende la ciudadanía.

En el caso concreto se trata de una función directiva que se vincula con actividades académicas desarrolladas en una universidad pública, a través de la cual no se participa en la dirección de asuntos de carácter propiamente públicos, ni a través de los cuales se ejerce soberanía, que es lo que caracteriza a los derechos políticos que otorga la ciudadanía. En efecto, quien asuma tal cargo deberá contribuir a desarrollar un proyecto educativo dentro del ejercicio de la libertad de enseñanza que garantiza la Constitución en su artículo 19 N° 11 a las instituciones públicas y privadas que, en ejercicio de tal derecho, se establezcan, organicen y mantengan.

Al no existir una relación de proporcionalidad entre la medida diferenciadora y el fin perseguido, la prohibición que se impone en el caso concreto para que el señor Restuccia pueda acceder al cargo público de carrera de que se trata en la Universidad de Antofagasta, al restringir su ingreso como extranjero sólo en la modalidad de contrata, carece de una justificación objetiva y razonable, constituyendo así una discriminación arbitraria.

VIGÉSIMOSÉPTIMO: Tampoco puede considerarse racional y justo que en este contexto se le fuerce a adquirir la nacionalidad chilena, lo cual dice relación con la sensación de pertenencia a la comunidad nacional de la cual el señor Restuccia tiene su origen.

Ello no obsta, por cierto, a que si, en el ejercicio de cargo de planta a que sea llamado, infringe algún daño a la universidad puede ser privado de su función. No puede olvidarse al respecto que tanto la libertad de trabajo como la de enseñanza



se encuentran limitadas por los valores que señala la Carta Fundamental (artículo 19 N° 16 inciso 4° y 11 inciso 2°).

VIGÉSIMOCTAVO: La discriminación arbitraria que implica la aplicación del término "*contrata*" contenido en el inciso 2° de la letra a) del artículo 12 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo en el recurso de protección de que conoce la Corte de Apelaciones de Antofagasta que fundamenta el requerimiento de autos, es contrario a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, sobre igualdad ante la ley y prohibición de discriminación arbitraria. Asimismo, infringe el artículo 5 inciso 2° de la Constitución, en cuanto obliga al Estado a respetar los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, entre los cuales se halla el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 26, invocado en el requerimiento de estos autos constitucionales, prohíbe igualmente toda forma de discriminación.

VIGÉSIMONOVENO: Por último, también la aplicación en la gestión pendiente del inciso tercero de la letra a) del precepto impugnado, que dispone: "*En todo caso, en igualdad de condiciones, se preferirá a los chilenos*", vulnera el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria.

En efecto, de aplicarse tal disposición en el caso concreto y, frente a los mismos merecimientos, carece de racionalidad la norma en cuanto obliga a que se prefiera siempre en el cargo a un chileno, por lo que su aplicación, en el caso concreto, llevará a que el académico venezolano se encuentre en desigualdad de condiciones para acceder a él por cuanto que se verá perjudicado para ejercer su derecho de acceso a la función de que se trata por la sola circunstancia de ser extranjero.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. **QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, DECLARÁNDOSE LA INAPLICABILIDAD DE LAS EXPRESIONES "A CONTRATA" Y "EN TODO CASO, EN IGUALDAD DE CONDICIONES, SE PREFERIRÁ A LOS CHILENOS", PREVISTA EN EL ARTÍCULO 12 LETRA A) DE LA LEY N° 18.834, SOBRE ESTATUTO ADMINISTRATIVO, EN AUTOS SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, BAJO EL ROL N° 262-2019. OFÍCIESE.**



II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS.

DISIDENCIAS

Los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán y José Ignacio Vásquez Márquez, votaron por declarar constitucional la norma legal objetada, únicamente por las razones que en adelante exponen:

1º) Que el artículo 13, inciso segundo, de la Constitución Política de la República es claro y terminante, en orden a que “la calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y *los demás que la Constitución o las leyes confieran*” (énfasis añadido).

De donde se sigue, sin dificultad, que la calidad de ciudadano puede ser considerada por el propio texto constitucional o por las leyes a fin de regular el acceso a determinados derechos, si y solo si esta condición es pertinente y relevante a esos efectos;

2º) Que, a su turno, el artículo 19 de “la Constitución asegura a todas las personas: 17º. La admisión a todas las funciones y empleos público, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”.

Siendo en ejercicio de este mandato constitucional que la Ley N° 18.834, aprobatoria del Estatuto Administrativo, requiere para ingresar a la Administración del Estado el “ser ciudadano”, en su artículo 12 (actual artículo 11) letra a).

Condición que no puede estimarse ajena o completamente extraña a la designación de un funcionario, desde que su posesión y ejercicio puede reflejar cierto compromiso con el principio general de derecho público, en el sentido de que las personas interesadas en participar en el quehacer público deben dar preeminencia del interés general sobre el particular;

3º) Que, la circunstancia de que la Universidad de Antofagasta ostente alguna relativa autonomía académica y administrativa, no le quita su carácter de servicio público descentralizado de la Administración del Estado (STC Rol N° 1892-11), y afecta -por ende- al principio de legalidad estatutaria en lo concerniente a la carrera funcionaria que debe regir a sus servidores, por imperativo del artículo 38, inciso primero, de la Carta Fundamental.

Si la carrera funcionaria comprende la igualdad de oportunidades de ingreso a la Administración, a todos quienes cumplan con los requisitos que el legislador ha estimado útiles y atinentes, no se advierte razón entonces para estimar arbitrario el requisito de ingreso antes señalado.

Ciertamente que para el ejercicio de ciertas funciones docentes o profesionales el ser ciudadano podrían ver obviado, en casos específicos y



excepcionales, tal como actualmente permite hacerlo la legislación vigente. Mas, no existiría motivo válido para eximir de este requisito a quienes son designados para desempeñar funciones directivas, cuyo es el caso de la persona por quien la Corte de Antofagasta requiere en la especie;

4º) Que, por lo demás, no puede dejar de considerarse que la ley no prohíbe a los extranjeros adquirir la calidad de funcionario público chileno. Lo que exige es poseer la calidad de ciudadano, misma que puede lograr cualquiera cumpliendo los requisitos constitucionales previstos para ello. Tal como por ley de 1832 la obtuvo don Andrés Bello, antes de ser honrado como rector de la Universidad de Chile, el año 1842.

Correspondiendo también tener presente que, al igual como se demanda universalmente en la *polis* constitutiva de cualquier "comunidad nacional" -a que alude el artículo 1º, inciso cuarto, de nuestra Carta Fundamental, asimismo en la Ley de Estatuto de la Función Pública de la República Bolivariana de Venezuela, se exige como requisitos para ejercer cargos en la Administración Pública ser venezolano o venezolana y ser mayor de dieciocho años de edad, al tenor estricto de su artículo 17 (Boletín Oficial N° 37.522 de 6 de septiembre de 2002);

5º) Que, finalmente, es dable advertir que la norma legal aplicada a la persona que recurre de protección en la gestión judicial sub lite, es la contenida en el artículo 42 de la Ley N° 21.094, que al establecer normas comunes para todas las Universidades del Estado, preceptúa que sus funcionarios no académicos han de sujetarse al DFL N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto consolidado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Esta disposición legal no ha sido objeto de requerimiento en estos autos constitucionales, por lo que -al bastarse a si misma y hacer suyo íntegramente el aludido estatuto- deja subsistente el requisito de ser ciudadano chileno para el ciudadano venezolano de quien se trata.

El Ministro señor Domingo Hernández Emparanza estuvo por rechazar el requerimiento de fojas 1, en virtud de las siguientes consideraciones:

A) CUESTIÓN DE INAPLICABILIDAD

1º) Que el requerimiento de inaplicabilidad deducido por la 2ª Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta- en lo sucesivo CAA – junto con exponer los antecedentes relacionados en la parte expositiva, somete a consideración de esta Magistratura la eventual inaplicabilidad **del artículo 12.a) de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo**, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el DFL N° 29 (Hacienda), de 16.03.2.005 (en adelante, el EA), por entender que esta norma infringiría el **principio de igualdad ante la ley del artículo 19.2º de la Constitución Política de la República (CPR)**, al establecer diferencias



arbitrarias entre chilenos y extranjeros para acceder a cargos de la Administración del Estado (AE).

Refiere también que esa disposición legal vulneraría lo dispuesto en el **numeral 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP**).

B) GESTIÓN PENDIENTE

2°) Que la **gestión pendiente** en que incidiría el vicio de constitucionalidad denunciado, consistiría en un **recurso de protección** dirigido por la actora de esa acción constitucional contra la Universidad de Antofagasta y la Contraloría General de la República, con motivo de la dictación por la sede regional de esta última, del Oficio TRA N° CGR 24909, de 10.12.2018, que representó el decreto por el cual la Universidad de Antofagasta designó al recurrente en el cargo de Vicerrector de Investigación, Innovación y Post Grado de esa entidad de educación superior. Con ocasión de lo anterior, la universidad notificó al interesado su intención de no perseverar en el nombramiento, razón la acción intentada se dirige también contra dicha corporación.

Asume en tal virtud el recurrente de protección **que se ha infringido por los recurridos los artículos 19.2° y 19.16 de la CPR**, si bien la acción de inaplicabilidad impetrada **centra su cuestionamiento solo en el primero de los mandatos constitucionales aludidos**.

C) LA CIUDADANÍA CHILENA COMO REQUISITO DE INGRESO A LA AE.

3°) Que el **artículo 12 del EA** fija, como primer requisito de ingreso a la AE, el de **"a) Ser ciudadano"**.

No obstante – continúa el mismo literal - *"en casos de excepción determinados por la autoridad llamada a hacer el nombramiento, podrá designarse en empleos a contrata a extranjeros que posean conocimientos científicos o de carácter especial. Los respectivos decretos o resoluciones de la autoridad, deberán ser fundados, especificándose claramente la especialidad que se requiere para el empleo y acompañándose el certificado o título del postulante"*.

En todo caso – remata el párrafo 3° de la letra a) – *"en igualdad de condiciones se preferirá a los chilenos"*;

4°) Que el requisito de ciudadanía chilena como condición de ingreso a la Administración Pública, en cargos públicos de planta, venía ya exigido en las legislaciones estatutarias que precedieron a la actual. Así, el DFL 338 (Hacienda), de 1960, precedente directo del actual EA, exigía como requisito de ingreso, en lo pertinente, **"ser chileno"** (art. 9°) y contar con **18 años de edad**, a lo menos (art. 10°), además de un requisito de idoneidad moral, cual el de **no haber sido condenado por delito que mereciera pena aflictiva** (art. 13°), condiciones que, en



buenas cuentas, son equivalentes a la condición de “ciudadano”, requerida en el actual Estatuto.

Similar exigencia prescribía el DFL 256 (Hacienda), de 1953, que precedió al DFL 338. Consignaba **idéntico requisito de nacionalidad** (art. 11.a); **la misma edad mínima** de 18 años (art. 11.b), a más de **no haber sido condenado por delito de acción pública** (art. 11.e).

De manera entonces que el requisito de ser ciudadano chileno para acceder a un cargo de carrera en la Administración Pública tiene, entre nosotros, una tradición de más de seis décadas. Mientras que la posibilidad de los extranjeros de ingresar a un cargo de contrata, está vigente desde 1960, en similares términos a la norma vigente;

5º) Que **son ciudadanos “los chilenos que hayan cumplido 18 años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva”** (art. 13, inc. 1º de la CPR).

Tal calidad de ciudadano **“otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran”** (art. 13, inc. 2º).

Entre tales derechos, anejos a la ciudadanía, el EA reserva, a quienes ostentan ese atributo, un acceso reservado a los **cargos públicos de carrera, que son los titulares de planta**, al tenor de la definición que proporciona el artículo 3º.f) de su texto. Lo que, según se ha expresado en el considerando 3º, no obsta a la posibilidad de los extranjeros de ocupar un **cargo público** en calidad de **“empleo a contrata”**, que es uno “de carácter transitorio en la dotación de una institución” (art. 3º.c) del EA), en cuanto duran solo hasta el 31 de diciembre de cada año, *“salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con 30 días de anticipación”* (art. 10);

6º) Que en orden a este requisito, argumenta la actora en el recurso de protección pendiente que cumpliría con el requisito de ser ciudadano, aunque no ostenta la nacionalidad chilena. Apoya su tesis en una sentencia de la E. Corte Suprema, en Rol 43.005, relativo al caso de una auxiliar de servicios menores a contrata, que fue cesada en su cargo por la Dirección Regional de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), en atención a que no contaba con la nacionalidad chilena. Allí se sostuvo que, contando la interesada con permanencia definitiva y derecho a sufragio, debía ser considerada ciudadana, independiente de su nacionalidad peruana;

7º) Que cabe ciertamente precisar que la hipótesis fáctica referida difiere del caso de autos. Se trataba entonces de una designación de una empleada a contrata, **evento en el cual la ciudadanía no opera como requisito de ingreso**, pero sí se exige al postulante acreditar conocimientos *“científicos o de carácter especial”*,



conforme al tenor literal del artículo 12ºa), inc. 2º del EA. Consecuencia de lo cual el desarrollo aducido como precedente, no es de recibo para el caso de la especie.

Solo a mayor abundamiento, cabe a todo evento recordar que la permanencia definitiva, definida en el artículo 41 del DL 1.094, sobre Extranjeros en Chile, es un *"permiso concedido a los extranjeros para radicarse indefinidamente en el país y desarrollar cualquier clase de actividades, sin otra limitación que las que establezcan las disposiciones legales y reglamentarias"*. Mas, como permiso concedido a un "extranjero", no puede asimilarse a la ciudadanía, reservada a los chilenos, ni equipararse la calidad de ciudadano a la de extranjero con derecho a sufragio, cuyos estatus el constituyente distinguió, claramente, en los artículos 13, inc. 2º y 14 de la Carta Fundamental.

D) LA RESERVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA A LOS NACIONALES EN EL DERECHO COMPARADO

8º) Que instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), garantizan el derecho de los países signatarios a ***"tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país"*** (art. 25.c del PIDCP y 23.c de la CADH). Pero la CADH introduce una restricción, en cuanto habilita al legislador para reglamentar el ejercicio de estos derechos y oportunidades, entre otras, por **razones de nacionalidad** (art. 23.2).

Se infiere de lo expresado que el derecho internacional convencional de los derechos humanos asegura la igualdad de acceso de las personas a las funciones públicas **"de su país"** y, en todo caso, faculta al legislador para restringir los derechos políticos, entre ellos el acceso a los cargos públicos, por motivos de nacionalidad;

9º) Que a nivel europeo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (D. Of. de la UE de 26.10.2.012), asegura la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, pero excepciona expresamente de esta regla a **"los empleos en la administración pública"**. Si bien desde la década de los 80, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha propuesto interpretar esa norma de forma restringida, es lo cierto que en ese continente la legislación transnacional, aun empleando criterios hermenéuticos progresivos, no ha reconocido un derecho de ingreso indiscriminado de los ciudadanos de otros países a las administraciones públicas de los estados integrantes de la Unión;

10º) Que la mayor parte de las Constituciones del mundo, suelen reservar el acceso a la función pública a sus ciudadanos, a través de normas expresas. Es el



caso de las más relevantes **Constituciones europeas**, como v. gr. la **alemana**, de 1.949 (art. 33.2); la **italiana**, de 1.947 (art. 51); la española, de 1.978 (arts. 13.2 y 23.2); la de **Dinamarca**, de 1.953 (art. 27.1); la **holandesa**, de 1.983 (art.3); la **sueca** de 1974 (art. 9 del Instrumento de Gobierno), por mencionar solo algunas.

En **América Latina**, similar restricción de acceso a los cargos públicos para los extranjeros se contiene en las Cartas Fundamentales de **México**, de 1917 (art. 32); **Bolivia**, de 2009; (art. 234); de **Brasil**, de 1988 (art. 37, si bien faculta a la ley para establecer excepciones, en beneficio de extranjeros); de **Colombia**, de 1.991 (art. 40.7; y de **Ecuador**, de 2.008; (art. 61), entre otras.

También suele darse el caso de Constituciones como la **noruega** vigente, de 1.814, que, sin perjuicio de reservar solo a los noruegos el acceso a los cargos de "altos funcionarios del Estado", en el artículo 92, permite en su inciso final que otras personas puedan ser nombradas "*catedráticos de universidades e instituciones de enseñanza superior*".

Sin embargo, existen casos en que el constituyente ha preferido delegar en el legislador la regulación de los requisitos de ingreso a la función pública, sin formular una proscripción expresa para los extranjeros. Es el caso, *inter alia*, de las Constituciones **francesa**, de 1.958 (**art. 34**); **uruguaya**, de 1967 (art. 61) y, por cierto, de la **chilena** vigente, como se analizará más adelante.

E) IGUALDAD DE ADMISIÓN A LA FUNCIÓN PÚBLICA, EN CONFORMIDAD A LA LEY

11º) Que el artículo 19.17º asegura a todas las personas "[L]a admisión a todos los empleos y funciones públicas **en conformidad a la ley**" (énfasis nuestro).

Es en cumplimiento de este encargo que el legislador del EA desarrolló los requisitos de ingreso a la Administración Pública, permitiendo la incorporación de extranjeros, pero solo en cargos públicos a contrata, excluyéndolos de la planta de personal, integrada por la dotación de carácter permanente;

12º) Que, por su parte, el artículo 38, inc. 1º de la CPR, comete a una ley orgánica constitucional (LOC), la determinación de la organización básica de la Administración Pública y le encomienda, garantizar "*la carrera funcionaria*" y los principios en que debe fundarse, asegurando también "*la igualdad de oportunidades de ingreso a ella*".

La LOC N° 18.575 – cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el DFL N° 1/19.653, de 17.11.2.001 – dispuso a su turno que la carrera funcionaria del personal de los organismos señalados en el inciso 1º de su artículo 21 (Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos creados para el



cumplimiento de la función administrativa), se regiría por el Estatuto Administrativo, el que debería considerar, entre otros aspectos, el ingreso de estos funcionarios (art. 43). Tal ingreso, *"en calidad de titular, se hará por concurso público y la selección de los postulantes se efectuará mediante procedimientos técnicos, imparciales e idóneos que aseguren una apreciación objetiva de sus aptitudes y méritos"* (art. 44), quedando este personal sometido a *"un sistema de carrera"* (art. 44).

Finalmente, el EA se hizo cargo de especificar los requisitos de ingreso a la AE, en el ya mencionado artículo 12, cuyo literal a) se impugna en el presente requerimiento;

13º) Que según es dable advertir en una aproximación inicial, el personal de las universidades públicas no se encuentra bajo la cobertura del EA, en los términos del artículo 43 de la LOC 18575 o del artículo 1º de la propia Ley 18.834, que explicita la norma orgánica constitucional. Vale decir, si una ley especial no hubiera extendido la aplicación del EA al personal, tanto académico como no académico, de las universidades estatales, aquél no estaría sujeto en general a esa particular sujeción especial.

Pues bien, la calificación inicial de ese personal como "funcionarios públicos", se hizo por el DFL 148 (Educac.), de 23.06.1982, en su artículo 57º. Hoy es la **Ley 21.094** (5.06.2.018), **sobre Universidades estatales**, la que reitera que los académicos y funcionarios no académicos de las universidades del Estado, **"tienen la calidad de empleados públicos"**. Para en seguida agregar: *"Los académicos se regirán por los reglamentos que al efecto dicten las universidades y, en lo no previsto por dichos reglamentos, por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo. Por su parte, los funcionarios no académicos se regirán por las normas del decreto con fuerza de ley precitado y por las demás disposiciones legales que les resulten aplicables"* (énfasis agregado);

14º) Que el decreto universitario representado por la Contraloría Regional de Antofagasta busca proveer un **cargo de la planta no académica**, como lo indica su propio texto; específicamente el de **Vicerrector de Investigación, Innovación y Post Grado**, funcionario superior de planta afecto a la regla del artículo 12.a) del EA, que impide el nombramiento de un extranjero en el cargo;

15º) Que, de acuerdo con lo hasta aquí razonado, no se ha infringido, al menos en clave formal, la regla constitucional del artículo 19.17º de la CPR, porque la representación del decreto universitario de nombramiento del recurrente de protección, se basó en la ley que regula la admisión a los empleos y funciones



públicas. Ello no excusa el examen del caso concreto y la posibilidad de que la prohibición de acceso al cargo vacante, refutada por esa misma parte, implique efectivamente una vulneración de otra garantía constitucional.

F) ¿DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA? (art. 19.2° de la CPR)

16°) Que la negativa de dar curso al decreto universitario de nombramiento del interesado, aceptada por la autoridad universitaria, importaría – a juicio de éste – una discriminación arbitraria, impuesta exclusivamente por su condición de extranjero, sin parar mientes en sus méritos y capacidad académica;

17°) Que si bien nuestra Constitución “*prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal*”, esta proscripción es “*sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos*” (énfasis agregado). Lo determina en esos términos el artículo 19.16°, inc. 3°, que asegura la libertad de trabajo y su protección (inc. 1°), además del derecho a la libre contratación y la libre elección del trabajo (inc. 2°);

18°) Que la alternativa otorgada al legislador para establecer requisitos de nacionalidad para determinados casos, no podría entenderse con un criterio restrictivo, en el sentido que solo podría aplicarse a los supuestos de una relación entre empleadores y trabajadores sujetos al Código del Trabajo. Su alcance es amplio y comprende también, por cierto, la relación estatutaria que se da entre la Administración y su personal, sujeta a un régimen especial de derecho público, diverso al código laboral.

Consiguientemente, el constituyente se ha puesto en el caso de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena en “*determinados casos*”, sin que esa excepción importe una discriminación, como lo resuelve el inciso 3° del artículo 19.16° constitucional, en forma terminante. Y eso es exactamente lo que ha hecho el legislador de la Ley N° 21.094 cuando homologó la situación de los funcionarios de las universidades estatales – todos ellos – a la de los funcionarios públicos adscritos a la Ley N° 18.834, a partir de su fecha de entrada en vigencia, vale decir, desde el 5.06.2.018;

19°) Que, como parece manifiesto, el mandato estatutario objetado no impide el acceso de docentes extranjeros a cargos públicos de su dotación. La más gráfica demostración es que el recurrente se ha desempeñado como profesor de jornada completa, grado 5° de la Escala Única de Remuneraciones del sector público, desde el 1° de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre del mismo año, adscrito al Departamento de Física de la Facultad de Ciencias Básicas, dependiente de la Vicerrectoría Académica de la Universidad de Antofagasta. Con anterioridad, ejerció funciones docentes en calidad de contratado a honorarios, en la misma



Universidad, desde 2011, como consta de la propia relación que hace el actor en su acción constitucional de protección, a fojas 3 y siguientes.

Su derecho a desempeñar tareas en condición de empleado a contrata, por "poseer conocimientos científicos o de carácter especial" que lo avalan, ha sido reconocido en plenitud. No se ve cómo la limitación impuesta para ingresar a un cargo directivo superior universitario, de planta, ha podido perjudicar, en su esencia, su derecho de admisión a funciones públicas, con solo considerar que la praxis legislativa nacional en nada se aparta de un modelo que el derecho comparado plasma derechamente a nivel constitucional;

20º) Que no existe en el ordenamiento jurídico nacional ninguna norma, de rango legal o constitucional, que excepcione del requisito de ser ciudadano chileno a quienes ocupen cargos directivos superiores en la planta de no académicos. Una tal diferenciación no puede hacerse por vía simplemente interpretativa, sin trastocar las bases mismas del control negativo de constitucionalidad, que corresponde al Tribunal Constitucional. Tampoco mediante una disquisición *de lege ferenda*, orientada a la crítica de un modelo que, en clave doctrinaria, pudiera ser optimizable, como parece ser el camino elegido para fundar la decisión de inaplicabilidad adoptada por la mayoría;

21º) Que, deviene pertinente aludir a ciertos criterios que informan la jurisprudencia, tanto nacional como de la Corte IDH, alrededor de la discriminación como distinción arbitraria.

En primer lugar, debe dejarse sentado que no toda distinción de trato comporta una vulneración del derecho a la igualdad. Solo si la distinción carece de justificación objetiva y razonable, podría entenderse constitucionalmente ilegítima. No entra en esa categoría la limitación de la capacidad civil de los menores de edad o de las personas que no gozan de salud mental, porque en esos eventos el trato diferenciado obedece a la finalidad de proteger el patrimonio de esas personas, como lo ejemplifica la jurisprudencia interamericana (v. gr. en Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, pár. 56);

22º) Que, incluso tratándose de las llamadas "categorías sospechosas", como en el caso de los migrantes, la Corte IDH ha asentado que "*el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos*" (Corte IDH Caso Vélez Loor vs. Panamá, 23.11.2.010, pár. 248);

23º) Que el test de igualdad constituye una metodología idónea para determinar la objetividad y razonabilidad de una distinción e implica que ésta se



deba a una finalidad legítima y que exista una razonable relación de proporcionalidad entre la medida diferenciadora y el fin perseguido. Puede decirse que *"la legitimidad de un fin se determina en función de su correspondencia con el marco de derechos y libertades establecidos en los instrumentos internacionales"* (Uprimny Yepes, Rodrigo y Sánchez Duque, Luz María: "Artículo 24. Igualdad ante la ley", en: Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, 2ª edición, Konrad Adenauer Stiftung, 2.019, p. 721).

El fin buscado con la reserva de la función pública en cargos de carrera a los ciudadanos del país respectivo, se corresponde claramente con prescripciones de derecho comparado, aun de rango constitucional, que plantean análogo tratamiento, lo que es suficiente para reconocer que la discriminación obedece a un fin legítimo;

24º) Que, en lo que toca al segundo paso del test, el sacrificio impuesto al extranjero excluido de los cargos de planta de una institución superior de carácter estatal, no resulta en el caso concreto desproporcionado en comparación con el objetivo al que se apunta, a la luz ya no solo de la abundante experiencia en derecho comparado dada a conocer, sino también de la incorporación en el *corpus iuris* latinoamericano de una regla dura en materia de derechos políticos, como es el artículo 23.2, ya citado, que habilita a la ley – y paralelamente obliga a los países suscriptores – a reglamentar el ejercicio del derecho de acceso a las funciones públicas por razones de edad o nacionalidad, con respecto de los nacionales del respectivo Estado y, con mayor razón, para los extranjeros, a quienes no se reconoce un derecho incondicional en ese punto;

25º) Que, con remisión al caso de la especie, vale la pena enfatizar que el recurrente de protección lleva en Chile, con permanencia definitiva, más de ocho años, según su propia narración (fs. 3 vta.)). Ningún obstáculo se interpondría, en este contexto – al menos en el derecho nacional - para que optara a la nacionalidad chilena por naturalización, conforme al artículo 10.3 de la CPR. y 2º del decreto supremo N° 5142, que fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros (29.10.1.960), haciendo desaparecer con ello el obstáculo que le impediría acceder al cargo al que aspira.

Por lo demás, tampoco el ordenamiento constitucional venezolano obstaría a tal decisión, puesto que el artículo 34 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1.999 prescribe explícitamente que la nacionalidad venezolana no se pierde al adoptar o adquirir otra nacionalidad.

PREVENCIÓN

Los Ministros María Luisa Brahm (Presidenta), Cristián Letelier Aguilar y Miguel Ángel Fernández González concurren a la sentencia haciendo presente que estuvieron, además, por declarar también la inaplicabilidad del inciso primera de la letra a) del artículo 12, en la expresión “*ser ciudadano*”, conforme a las siguientes consideraciones:

I. Marco Constitucional

1°. Que, al examinar la nacionalidad como condición o requisito para el ejercicio de funciones públicas, es posible constatar que el artículo 13 inciso segundo la requiere, implícitamente, al exigir la calidad de ciudadano, conforme con su inciso primero, para optar a cargos de elección popular -que no es el caso de autos-, según lo dispuesto en los artículos 25 inciso primero (Presidente de la República), 48 (Diputados), 50 (Senador) y 124 inciso primero (Gobernador Regional, Consejero Regional, Alcalde y Concejal);

2°. Que, en segundo lugar y tratándose de cargos públicos que no son de elección popular, la Constitución también exige igualmente la nacionalidad chilena, al requerir la ciudadanía, para ser nombrado Ministro de Estado (artículo 34 inciso primero), Fiscal Nacional (artículo 85 inciso segundo), Fiscal Regional (artículo 86 inciso tercero), Fiscal Adjunto (artículo 88), Contralor General de la República (artículo 98 inciso segundo), Delegado Presidencial Regional y Delegado Presidencial Provincial (artículo 124 inciso primero);

3°. Que, adicionalmente, es preciso tener en consideración que el artículo 19 de la Constitución asegura los derechos allí reconocidos “*a todas las personas*”, es decir, “*(...) a las personas sometidas al ordenamiento jurídico chileno vigente, sean estas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de derecho público o privado, domiciliadas o transeúntes e, incluso, abarca a las personas morales o carentes de personalidad jurídica*” (Ángela Vivanco Martínez: *Curso de Derecho Constitucional Tomo II*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 241);

4°. Que, en coherencia con ello, la Carta Fundamental no contiene una disposición especial referida al tratamiento jurídico de los extranjeros, salvo para referirse a ellos en ciertas disposiciones y para materias específicas vinculadas con el acceso a la nacionalidad chilena en su artículo 10 o el ejercicio del derecho de sufragio que les reconoce en el artículo 14;

5°. Que, ahora bien y más específicamente todavía, a propósito de la libertad de trabajo y su protección, se “*(...) prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos*”, en el artículo 19 N° 16° inciso tercero de la Carta Fundamental, y, en su numeral 17°, se asegura a todas las personas “*[l]a admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes*”;

6°. Que, en cuanto a este derecho de admisión a los empleos públicos, es útil insertar aquí la jurisprudencia de esta Magistratura que comienza por reconocer la necesidad "(...) que las personas a través de las cuales ella (la Administración Pública) actúa sean idóneas para el desempeño de las tareas que se les encomiende, pues, de no existir dicha idoneidad se vuelve imposible el cumplimiento de la función pública.

"[A] objeto de garantizar la idoneidad funcionaria para el desempeño de la respectiva función pública, es preciso que el ordenamiento jurídico establezca requisitos demostrativos de dicha idoneidad y cuyo cumplimiento es exigible para las personas que aspiren a ser nombradas en un cargo público, mientras que su pérdida es causal de cese en el mismo (...)" (Rol N° 3.028, c. 21°), lo cual representa la materialización del principio de igualdad ante la ley, en su primigenia versión (...)" (Rol N° 1.170, c. 9°);

7°. Que, conforme a cuanto se ha expuesto en los considerandos precedentes, la nacionalidad es un requisito que la Carta Fundamental solo exige, al requerir que se trate de ciudadanos, para acceder a ciertos cargos públicos, sean o no de elección popular, lo que resulta coherente con que los derechos fundamentales –entre los cuales se encuentran la libertad de trabajo y la admisión a todas las funciones y empleos públicos- se aseguren a las personas, sin distinción, en principio, de su condición de nacional o extranjero;

8°. Que, finalmente en este marco constitucional y atendido el caso concreto que constituye la gestión pendiente, debe tenerse también en cuenta la autonomía universitaria, la cual, si bien con distintos matices a lo largo de la jurisprudencia de esta Magistratura y con concurrencias diversas de quienes suscribimos esta prevención en relación a ella, permite sostener, por una parte, que ella se asegura a la Universidad de Antofagasta, como lo reconocen expresamente el artículo primero de la ley que la creó, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 11, de 1981, y en los artículos 1° y 3° de sus Estatutos, según dispone el Decreto con Fuerza de Ley N° 148, de 1981; y, de otra, que la designación de sus autoridades superiores forma parte del ámbito de libertad que cabe reconocerle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6° letra d) de dichos Estatutos que confiere a la Junta Directiva, previa proposición del Rector, la atribución de "[n]ombrar y remover los funcionarios superiores de la Universidad".

9°. Que, en conclusión, la Constitución exige para acceder a ciertos y determinados cargos públicos la ciudadanía y, por ende, la nacionalidad chilena; a su turno y en el ámbito de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra la admisión a las funciones y empleos públicos, no contempla esa condición ni admite distinción entre chilenos y extranjeros, salvo en el caso de la libertad de trabajo, sin perjuicio que la ley puede, solo en ciertos casos, exigir nuestra nacionalidad, lo cual no puede dar lugar a una regla absoluta. Por lo mismo y frente a disposiciones análogas o incluso más rígidas, en el Derecho Comparado, se ha ido restringiendo severamente su alcance para admitir que los extranjeros puedan ingresar a la Administración Pública, siempre que se trate de cargos donde



no se ejerce soberanía, como ocurre, por antonomasia, con los empleos en la enseñanza por parte de instituciones estatales;

II. Aplicación al Caso Concreto

10°. Que, llevados los razonamientos precedentes al caso que ha sometido a nuestra decisión la Segunda Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, es indudable que aplicar el artículo 12 letra a) del Estatuto Administrativo para excluir a un extranjero, por esa sola condición, del acceso al cargo de Vicerrector de Investigación, Innovación y Postgrado de la Universidad de Antofagasta resulta contrario a la Constitución, pues constituye una discriminación arbitraria vedada por su artículo 19 N° 2°;

11°. Que, la justificación, consistente en reservar el ejercicio del poder público para exigir la nacionalidad como requisito para acceder a una función, cargo o empleo público, no aparece -en la situación de que da cuenta la gestión pendiente- suficientemente justificada, y, al contrario, precisamente la enseñanza es uno de los ámbitos donde con mayor razón se ha flexibilizado esa exigencia, pues allí la condición de extranjero, lejos de ser una limitante, suele considerarse, cada vez más, como un elemento en favor de su incorporación a las instituciones educativas;

12°. Que, adicionalmente, excluir a extranjeros competentes de ingresar a las Universidades del Estado, sitúa a éstas en desventaja injusta frente a sus homónimas privadas, lesionando de paso la autonomía de aquellas Instituciones de Educación Superior;

13°. Que, por lo expuesto, estuvimos también por inaplicar, en este caso concreto, el artículo 12 letra a) inciso primero del Estatuto Administrativo, en la frase "ser ciudadano", a objeto que, en la gestión pendiente, no se considere la nacionalidad chilena como requisito para que el recurrente de protección pueda ser nombrado Vicerrector de Investigación, Innovación y Postgrado de la Universidad de Antofagasta.

Redactó la sentencia la Ministra señora María Pía Silva Gallinato, las disidencias los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza, respectivamente, y la prevención el Ministro Miguel Ángel Fernández González.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 6307-19-INA



Sra. Brahm

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y sus Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Empanza, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato y señor Miguel Ángel Fernández González.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el País.

Se certifica que el Ministro señor Domingo Hernández Empanza concurre al fallo pero no suscribe por haber cesado en el cargo.

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