



EN LO PRINCIPAL: Deducer requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. **PRIMER OTROSI:** Acompaña documentos que indica. **SEGUNDO OTROSI:** Solicita suspensión del procedimiento. **TERCER OTROSI:** Acredita personería. **CUARTO OTROSI:** Señala forma de notificación.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RODRIGO PATRICIO RUIZ VELÁSQUEZ, abogado, cédula nacional de identidad **N°17.920.862-8**; actuando en representación según se acreditará de doña **DORCA DE LA PAZ ROMERO ARRIAGADA**, Ingeniera de ejecución en Administración de Empresas, cédula nacional de identidad **N°15.694.078-K**, ambos domiciliados para estos efectos en calle Enrique Mac Iver N°22, departamento 912, comuna de Santiago; a V.S. Excm., con respeto digo:

Que, en la representación que invisto y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, vengo en interponer requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en contra del **artículo 295° letra e) de Código Orgánico de Tribunales**, por cuanto la aplicación concreta de este precepto legal en el Recurso de Protección, **ROL PROTECCIÓN-1229-2020**, caratulados "ROMERO / CORPORACION ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL", seguido actualmente ante la **Illma. Corte de Apelaciones de Arica**, infringe el artículo 1°, artículo 19, numerales 2° y 17°, y artículo 38 de la Carta Fundamental; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**I.- BREVE RELACIÓN DE LOS HECHOS EN QUE INCIDE EL PRESENTE
REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD**

El año 2005 mi representada, doña Dorca Romero Arriagada ingresó al Poder Judicial, desempeñándose como funcionaria del 7° Juzgado de Garantía de Santiago como Encargada de Acta Grado XII. Luego, se trasladó el año 2007 al Juzgado de Garantía de Arica como Administrativa Grado XIII, cargo en el cual se desempeñó hasta fines del año 2011. Durante este período, mi representada mantuvo una participación destacada en el tribunal, cumpliendo fielmente sus labores, lo que se refleja en su hoja de vida funcionaria, así como en sus calificaciones sobresalientes y anotaciones de mérito, las que dan cuenta de su excelente desempeño, iniciativa y responsabilidad en el ejercicio de sus funciones

Sin embargo, y mientras se desempeñaba como funcionaria en calidad de planta grado XIII del Juzgado de Garantía de Arica, **mi representada fue calificada con nota deficiente en noviembre del año 2011, lo cual provocó su salida del cargo.** El proceso mediante el cual se determinó esta calificación fue irregular, especialmente considerando que, en la preevaluación de abril del mismo año, doña Dorca Romero fue calificada en lista sobresaliente con puntaje de 6.67, señalándose en acta que “ha demostrado gran compromiso con la labor encomendada y deseos de superación”. En paralelo, se cursó en su contra un sumario, cuyos cargos nunca lograron acreditarse, sin embargo, como la calificación funcionaria depende del criterio de una persona, que, en este caso, era el de la Jueza Sara Pizarro Grandón, la calificación se mantuvo, y se procedió a su salida del Poder Judicial.

Pese a esta situación, mi representada siempre ha mantenido el anhelo de retornar al Poder Judicial, institución en la que se desempeñó durante más de seis años de manera ejemplar. Por ello, después de casi nueve años

desde este hecho, **mi representada postuló al Concurso N° de Folio 12018** para el cargo de Auxiliar Administrativo en Juzgado de Letras del Trabajo de Arica.

Luego, el día 06 de octubre es notificada por correo electrónico que su postulación fue declarada como “No admisible”, sin expresar motivo o causa, lo que, en definitiva, la dejaba fuera del concurso del Escalafón Empleados. Cabe señalar que, dentro del presente año, mi representada postuló a diversos concursos públicos de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, en los meses de febrero y agosto, los que tampoco prosperaron. El motivo expresado en estos para ser declarada no admisible, **era la incompatibilidad que le afecta de la letra e) del artículo 295 del Código Orgánico de Tribunales.**

Esta norma señala que:

“Los postulantes a cargos del Escalafón del Personal de Empleados deberán cumplir con los siguientes requisitos para su ingreso al servicio:

(...)

e) No haber cesado en un cargo en el Poder Judicial o en la Administración del Estado como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente, o por medida disciplinaria”

El resultado de esta última postulación, así como los resultados de las postulaciones anteriores permiten presumir que, **Ante la falta de límite temporal a la inhabilidad establecida en la norma señalada, mi representada jamás podrá acceder a un cargo en el escalafón Empleados del poder judicial, estableciéndose así una inhabilidad a perpetuidad.**

Dada esta flagrante vulneración de sus derechos constitucionales, el 08 de octubre de 2020, este abogado presentó en favor de doña Dorca, un **recurso de protección** ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, en

autos caratulados "ROMERO/ CORPORACION ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL", **RoI PROTECCIÓN N°1229-2020**. Dicha acción constitucional se funda en que, la actuación de la Corporación Administrativa ha vulnerado las garantías constitucionales de mi representada, consagradas en los numerales 2° y 16° y del artículo 19 de la de la Constitución Política de la República.

Con fecha 09 de octubre de 2020, la Iltrma. Corte de Apelaciones de Arica declaró admisible la acción de protección, solicitando en la misma fecha informe a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, representada legalmente por su director, don Ricardo Guzmán Sanza, con un plazo de 8 días para ser evacuado por la parte Recurrída.

II.- EXISTENCIA DE UNA GESTIÓN PENDIENTE ANTE UN TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL

Conforme dispone el artículo 81 de la Ley N°17.997, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional *"El requerimiento podrá interponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto resulta contraria a la Constitución."*

Conforme lo señalado en la sección anterior, **existe hoy una gestión judicial pendiente**, esta es, el actual recurso de protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, en autos caratulados "ROMERO / CORPORACION ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL", RoI PROTECCIÓN N°1229-2020. Esta causa se encuentra a la espera de la recepción de informe solicitado por el tribunal a la parte recurrida.

III.-PRECEPTO LEGAL CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

A través de este requerimiento se solicita la inaplicabilidad del artículo 295° letra e) de Código Orgánico de Tribunales. Este es:

“Art. 295. Los postulantes a cargos del Escalafón del Personal de Empleados deberán cumplir con los siguientes requisitos para su ingreso al servicio:

- a) Ser chileno;*
- b) Haber cumplido con la ley de reclutamiento y movilización, cuando fuere procedente;*
- c) Tener salud compatible con el desempeño del cargo;*
- d) Haber aprobado el nivel de educación media, o equivalente;*
- e) No haber cesado en un cargo en el Poder Judicial o en la Administración del Estado como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente, o por medida disciplinaria, y**
- f) No estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, ni hallarse condenado o acusado por crimen o simple delito.”*

Este precepto es una norma jurídica de rango legal, para los efectos del requisito previsto en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República y en el artículo 84 N°4 de la Ley N°17.997, Ley Orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

Asimismo, se solicita la inaplicabilidad del inciso de un artículo, lo que no es óbice para la declaración de inaplicabilidad, porque se trata de una parte de un enunciado normativo que, sin duda, constituye un precepto, en el sentido de ser una unidad lingüística que establece las conductas que

hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas.

IV.- CARÁCTER DECISIVO DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA

En la gestión pendiente en que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad, el artículo 295° letra e) de Código Orgánico de Tribunales tiene un carácter decisivo. Esto es así porque:

1. El motivo directo por el que mi representada fuera declarada No Admisible en el Concurso N° de Folio 12018 (así como en los concursos N°11026, N°10929 y N°11054), fue por **no cumplir con el requisito establecido en la letra e) del artículo impugnando**. Lo anterior consta de manera expresa en los correos electrónicos enviados por la Corporación Administrativa a mi representada.
2. Así su señoría Excma., siendo que **la norma impugnada ha servido como única base y fundamento para el rechazo de la postulación ya indicada, su inaplicabilidad juega un rol decisivo en la gestión pendiente**. Lo anterior toda vez que, en caso de ser aplicada por la ltima. Corte de Apelaciones de Arica, y aun tratándose de una norma vulneradora de derechos y garantías constitucionales, la acción de protección presentada por esta parte deberá ser rechazada, por cuanto se trata de una norma legal expresa. Con esto, se cierra no solo la oportunidad de mi representada para postular al concurso antes indicado, sino a toda postulación que pueda realizar a los cargos del escalafón de empleados de La Corporación Administrativa del Poder Judicial, la que es de esperar manteniendose igual respuesta ante posteriores concursos.

V.- EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO NO HA SIDO DECLARADO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SEA EJERCIENDO EL CONTROL PREVENTIVO O CONOCIENDO DE UN REQUERIMIENTO.

La norma impugnada tiene su origen en la ley 19.390 del año 1995, que introduce modificaciones al Código Orgánico de Tribunales, en lo relativo a nombramiento, escalafón y calificación de jueces, funcionarios judiciales y auxiliares de la administración de justicia, y otras materias.

Dicha Ley, en su artículo 1º, N°40 introduce el nuevo Artículo 295 Código Orgánico de Tribunales, este es:

Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Orgánico de Tribunales: (...)

40) Intercálase, a continuación del artículo 294, el siguiente artículo 295:

"Artículo 295.- Los postulantes a cargos del Escalafón del Personal de Empleados deberán cumplir con los siguientes requisitos para su ingreso al servicio:

- a) Ser chileno;*
- b) Haber cumplido con la ley de reclutamiento y movilización, cuando fuere procedente;*
- c) Tener salud compatible con el desempeño del cargo;*
- d) Haber aprobado el nivel de educación media, o equivalente;*
- e) No haber cesado en un cargo en el Poder Judicial o en la Administración del Estado como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente, o por medida disciplinaria,*
y

- f) *No estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, ni hallarse condenado o procesado por crimen o simple delito.*”;

Posteriormente, en sentencia de este Excmo. Tribunal Constitucional de fecha 25 de abril, 1995, oficio en sesión 57, legislatura 330, Rol N.º 197, sobre el proyecto de ley sobre carrera funcionaria de los jueces, funcionarios auxiliares de la administración de justicia y empleados del poder judicial, respecto del artículo 1º, número 40, que trata el artículo 295 ya indicado, señaló:

“4. Que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre las siguientes disposiciones del proyecto por versar sobre materias que no son propias de ley orgánica constitucional:

Artículo 1º, N.ºs. 9), 11), 12) -inciso segundo del nuevo artículo 265, del Código Orgánico de Tribunales, salvo la referencia a los defensores públicos-, 15), 17), 18), 19) -salvo los incisos cuarto y octavo del nuevo artículo 276, del Código Orgánico de Tribunales-, 20), 21), 22), -salvo el inciso final del nuevo artículo 278, del Código Orgánico de Tribunales-, 33), 34), -salvo la frase final de la letra b), del nuevo artículo 287, del Código Orgánico de Tribunales, que dice "Entre estos abogados extraños no podrá figurar un miembro del Escalafón Primario,"-, 37), 39), 40), 41), 42), 49), 54), 57), y 63) -letra e)-, y artículo 2º, en cuanto deroga la Ley N° 9.372.

De esta manera, y conforme lo dispuesto en el artículo 84 N°2 de la Ley N°17.997, Ley Orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, el precepto legal impugnado corresponde a uno de aquellos que puede ser objeto de revisión por este Tribunal.

VI.- FUNDAMENTO PLAUSIBLE

A.- NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE TRATADOS INTERNACIONALES QUE SERÁN INFRINGIDAS POR LA APLICACIÓN EN EL CASO CONCRETO DEL ARTÍCULO 295 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES

A.1.- Normas constitucionales y de tratados internacionales ratificados por la República que consagran el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley.

1.- Artículo 1° de la Constitución Política de la República

La igualdad es reconocida como valor constitucional básico en el inciso 1° del artículo 1° de la Constitución Política de la República, en los siguientes términos: *"Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"*.

Lo que reconoce la Carta Fundamental, en términos simples, pero no menos potentes, es que todo ser humano no es superior ni inferior a cualquier otro; que ninguna persona es más que cualquier otra persona en dignidad y en derechos. Como señala Humberto Nogueira: *"(...) interpretada en sentido finalista y sistemático, la igualdad importa el reconocimiento de la misma dignidad y derechos a todos los seres humanos, la igualdad ante la ley, la prohibición de discriminaciones, todo lo cual exige una coherencia interna del ordenamiento jurídico."*¹

¹ Al respecto Mario Verdugo Marinkovic y otros, Derecho Constitucional, Tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, 2005, páginas 108 y ss.

La igualdad, considerada como un valor constitucional, constituye sin duda una opción ética social básica, que el Estado debe propugnar y concretar. Constituye un objetivo fundamental para el Constituyente y prioritario para la sociedad, de allí que la igualdad, categorizada como un valor de tal entidad, presida el ordenamiento constitucional y los principios técnicos jurídicos operativos, a través de los cuales se realizan los valores.²

Cabe agregar que la igualdad no sólo se vincula con los derechos fundamentales, sino que su aplicación se expande por todo el ordenamiento jurídico en su estructura objetiva completa, expresando un canon general de coherencia. En efecto, la naturaleza jurídica del principio de igualdad ante la ley lo tipifica como una regla de interpretación aplicable, de manera general y sin excepciones, a todo el ordenamiento jurídico, a la par que sirve de sostén o soporte al derecho público subjetivo, consistente en no ser objeto de tratos discriminatorios, como se analizará más adelante³.

2.- Artículo 19 N° 2 de la Constitución.

El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República establece que:

"La Constitución asegura a todas las personas... 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

² Ibídem.

³ Fernández, M. A. Op. Cit., p. 41.

La igualdad ante la ley es la máxima expresión de igualdad formal, porque se trata de la isonomía o igualdad de trato que las personas tienen ante la ley como fuente formal primera del ordenamiento jurídico.

Uno de los principios en que se cristaliza el valor constitucional de la igualdad es el de **no discriminación**. Tal valor es desarrollado en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, donde se asegura a todas las personas la igualdad ante la ley: "*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*".

De esta forma, se impone al legislador y a cualquier otra autoridad la obligación de no establecer diferencias en forma arbitraria, irracional e injusta. Es así que podemos entender que la igualdad ante la ley consiste en que todos los habitantes de la República, cualquiera sea su posición social u origen, gocen de unos mismos derechos, esto es, que exista una misma ley para todos y una igualdad de todos ante el derecho, lo que impide establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes atendiendo a consideraciones de razas, ideológicas, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal.⁴

Es preciso entender, que la igualdad ante la ley no implica establecer una igualdad absoluta, esta garantía no se opone a que la ley contemple un tratamiento distinto para situaciones diferentes, siempre que eso **no implique supuestos injustificados ni importe favores indebidos para ciertos grupos o personas**.⁵

4 Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de 25-11-1970, R.D.J., t. 67, sec. Ira. P. 530, citada por Humberto Nogueira en Op. Cit. p. 215.

5 BLANC, N; NOGUEIRA, H; PFEFFER, E; VERDUGO, M. *La Constitución chilena*. Tomo I. Ed. Centro de Estudios y Asistencia Legislativa. Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 1990. p. 97. En el mismo

A propósito de esto, U.S. Excma., ha expresado lo siguiente:

"(...) Que, en otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s 755, 790, 1138 y 1140) La igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley los derechos afectados". 6

Por lo tanto, puede existir una distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición siempre y cuando se cumpla con las **reglas de la razonabilidad y la proporcionalidad**. La primera, busca justificar, fundándose en razones de interés público, la diferenciación que la ley o autoridad realiza, La segunda, busca establecer una ecuación, entre medios y fines para establecer la adecuación de éstos a los intereses públicos que la autoridad persigue a través de la ley. De esta forma lo ha resuelto esta Magistratura señalando que:

"La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquéllas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de

sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de diciembre de 1994, Rol N° 203, considerando 11°.

6 Considerando 17° STC 1414, de fecha 14-09-2010.

*acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad"*⁷.

De esta manera, para que un tratamiento desigual sea considerado discriminatorio, depende del reconocimiento de la inexistencia de buenas razones para un tratamiento desigual,⁸ o, en palabras del Tribunal Constitucional alemán: "*cuando para la diferenciación legal no sea posible encontrar (...) una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible*"⁹.

Por tanto, existirá un tratamiento discriminatorio cuando el trato desigual adolezca de razonabilidad, es decir, cuando sea susceptible de ser calificado de arbitrario, debiendo esta Magistratura determinar si se está en presencia de una diferencia o igualación razonables o ante una discriminación o equiparación injustas, ya que en el primer caso se permite y promueve un tratamiento diverso o equivalente, mientras que en el segundo repugna la diversidad o identidad en el trato.

3.- Artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su

⁷ Considerando 19º Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20-12-2007. En 1254, c. 46, STC 1399, c. 12, STC 1732, c. 49, STC 1812, c. 26, STC 1951, c. 15, 2014, c. 9, STC 2259, c. 27, STC 2386, c. 13, STC 2438, c. 28, STC 2489, c. 18).

⁸ Fernández, Miguel Ángel. 2001. Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley, Editorial Jurídica., Santiago. pp. 72-73.

⁹ Citado por Fernández G., M.A., Op. Cit., p 54. el mismo sentido STC 1988, c. 64, STC Conosur, p.53. 1.

territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Por su parte, el artículo 26 del mismo tratado señala:

"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".

Con relación a este tema, el Comité de Derechos Humanos —órgano de supervisión del Pacto- ha señalado que *"la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos".* Y agrega, *"el artículo 26 declara que todas las personas con iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley...A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio".* Por último, indica el Comité

que "no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto".¹⁰

4.- Artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1.1 establece:

"Obligación de Respetar los Derechos... 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Y señala en su artículo 24: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el principio de no discriminación es uno de los pilares que sustenta a todo sistema democrático y una base fundamental del sistema de protección de los derechos humanos instaurado por la OEA.¹¹

¹⁰ Observación General N° 18. No discriminación (37° período de sesiones, 1989), Comité de Derechos Humanos.

¹¹ CIDH, Caso 11.625, Informe N° 4/01, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, publicado en OEA/Ser./L/V/11.111 Doc. 20 Rev., 16 abril de 2001, párr.36.

La Corte Interamericana, por su parte, sostuvo que: "*La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos*"¹². Y agregó, que "*posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos*".¹³

Por otro lado, de la definición de discriminación, los organismos internacionales de derechos humanos han entendido que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente. La distinción debe partir de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma"¹⁴. Es por ello que la Corte ha establecido, al igual como lo han hecho otros organismos y tribunales internacionales ¹⁵, que "*no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana*"¹⁶. En este sentido, la Corte advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "*carece de justificación objetiva y razonable*"¹⁷, pues existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en

12 Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 83.

13 Ibid., párr. 88.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 47.

15 El Comité de Derechos Humanos en el mismo sentido ha señalado que: "Una diferenciación basada en criterios objetivos y razonables no reviste el carácter de discriminación prohibida en los términos del artículo 26." CDH, Caso Broeks contra los Países Bajos, Communication No. 172/1984, opinión adoptada el 9 de abril de 1987, Informe del Comité de Derechos Humanos 1987, Doc. de la ONU A/42/40, Anexo VIII.B, 139; y Zwaan-de Vries contra los Países Bajos, Communication No. 182/1984 (9 April 1987), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40), (1987), párr. 12.5. Corte EDH, Caso Willis v. Reino Unido, Communication No. 36042/97, sentencia del 11 de junio de 2002, párr. 39; Caso Wessels- Bergervoet v. Los Países Bajos, Comunicación No. 34462/97, sentencia del 4 de junio de 2002, párr. 42; Caso Petrovic v. Austria, sentencia del 27 de marzo de 1998, Reports 1998-11, párr. 30; Caso Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium, Fondo, 23 de Julio de 1968, Volumen 6, Serie A, párr. 34, entre otros.

16 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, supra nota 16, párr. 55.

17 Ídem.

desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe el principio de no discriminación.

Al respecto, la Corte estableció que *"no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"*¹⁸.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha entendido que una distinción es permisible cuando concurren dos elementos: 1) el tratamiento diferenciado persigue un fin legítimo, y 2) existe una relación razonable entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido ¹⁹.

En resumen, para poder identificar un trato discriminatorio, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables y que las distinciones de tratamiento sean contrarias a la justicia, la razón o a la naturaleza de las cosas y que no guarden una conexión proporcional entre las distinciones y los objetivos de la norma.

¹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 0C-4/84, supra nota 16, párr. 57.

¹⁹ Corte EDH, Caso Pretty contra el Reino Unido, supra nota 39, párr. 88.

A.2. Artículo 1, artículo 19 N°17 y artículo 38 de la Constitución Política de la República a propósito de la admisión a cargos públicos.

El artículo 1 de nuestra constitución en su inciso final consagra el deber del estado de asegurar el derecho de las personas a **participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.**

A su vez, artículo 19 N°17 de la Ley Fundamental **asegura a las personas la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.**

Por su parte, el artículo 38 de la Constitución señala 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.**

Se desprende que el Constituyente a través de estas normas, quiso cautelar de forma especial la igualdad entre las personas que ingresan a la Administración del Estado. Por ende, se contemplan una serie de principios que deben concurrir conjuntamente al acceso a empleos públicos, como el de igualdad de oportunidades en la provisión de éstos y el de legalidad en la determinación de los requisitos generales y especiales para cada cargo público.

B. LA FORMA EN QUE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES CUESTIONADAS AL CASO CONCRETO, INFRINGE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y DE TRATADO ANTES REFERIDAS.

B.1.- El precepto legal impugnado infringen los artículos 1° y 19 N° 2 de la Carta Fundamental; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; que amparan el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley.

Este tribunal ha ido desarrollando en variados fallos²⁰ los requisitos que deben ser cumplidos para que una diferencia realizada por el legislador no sea considerada arbitraria. En este sentido la jurisprudencia ha sido uniforme al momento de exigir los siguientes requisitos para un “**examen de razonabilidad**”:

1. El trato desigual se justifica si las situaciones fácticas se diferencian por cuestiones objetivas y relevantes
2. La diferencia no debe fundarse en contra de un grupo vulnerable o importar un privilegio personal
3. La finalidad perseguida por la diferencia debe ser lícita
4. La diferencia debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción
5. La distinción debe pasar por un examen de proporcionalidad, considerando la finalidad del precepto legal, el caso concreto y

20 En este sentido, las siguientes sentencias de 2010: en la del 28 de enero, dictada en la causa Rol 1535, considerando 35; en la del 8 de abril, dictada en la causa Rol 1365, considerando 33; en la del 17 de junio, Rol 1584; en la sentencia de fecha 17 de junio, considerando 19; en la del 7 de septiembre, causa Rol 1448; en la del 9 de septiembre, Rol 1502, considerando 11; en la del 4 de noviembre, dictada en la causa Rol 1399, considerando 14°, y en el considerando 13° de la sentencia del 20 de enero de 2011, dictada en la causa Rol 1370.

los costos que se imponen a quien recibe un trato diverso, los cuales deben ser tolerables ante este examen.

En razón de estos requisitos, a continuación, se explicará la forma en que el precepto legal impugnado infringe en este caso concreto los artículos 1º y 19 N° 2 de la Carta Fundamental; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; que amparan el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley.

I. El trato desigual se justifica si las situaciones fácticas se diferencian por cuestiones objetivas y relevantes

Para poder revisar la diferencia generada por la norma en revisión, se hace necesario examinar como la ley regula las formas de reincorporación de otros funcionarios públicos, y si entre estos y el escalafón de empleados del Poder Judicial existen diferencias objetivas y relevantes.

En primer lugar, La generalidad de los funcionarios Públicos se ven afectados y regulados por el Estatuto Administrativo. Este en su artículo 12 regula la postulación para empleados públicos señalando que, para ingresar a la Administración del Estado, será necesario cumplir con una serie de requisitos, entre ellos: *“e) No haber cesado en un cargo público como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente, o por medida disciplinaria, salvo que hayan transcurrido más de cinco años desde la fecha de expiración de funciones”*.

Por su parte, y dentro de la propia estructura del Poder Judicial, El título X del Código Orgánico de Tribunales regula en párrafos distintos los requisitos,

inhabilidades e incompatibilidades para el desempeño del cargo de Jueces y Ministros de los requisitos inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios.

Así, el artículo 250 del Código Orgánico de Tribunales señala lo siguiente:

“Para ser Juez de Letras, o Ministro de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, deberán cumplirse las condiciones prescritas en el párrafo 3.o de este Título, los requisitos que se exigen en los artículos siguientes; y los señalados en el párrafo 2.o del Título I del DFL. N.o 338, de 6 de Abril de 1960, sobre Estatuto Administrativo, cuando se tratare del ingreso a la carrera.”

Por lo tanto, en base a este artículo, se desprende que para acceder a los cargos señalados se deben cumplir los requisitos indicados en el Código Orgánico de Tribunales y además en el Estatuto Administrativo, particularmente en su artículo 12 letra e.

De esta forma, **Jueces de Letras o Ministros de Corte Suprema y Apelaciones, en caso de ser calificados de forma deficiente y haber cesado en su cargo, tienen la posibilidad de acceder nuevamente a un cargo público siempre que hayan transcurrido cinco años.**

Por su parte, el artículo 295 del Código Orgánico de Tribunales que regula los requisitos e inhabilidades para el escalafón de empleados indica:

“Los postulantes a cargos del Escalafón del Personal de Empleados deberán cumplir con los siguientes requisitos para su ingreso al servicio:

e) No haber cesado en un cargo en el Poder Judicial o en la Administración del Estado como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente, o por medida disciplinaria"

De lo expuesto, se desprende **que los funcionarios del Escalafón del Personal Empleados en caso de ser calificados de forma deficiente y haber cesado en su cargo en el Poder Judicial, no tienen la posibilidad de postular y acceder nuevamente al cargo.**

Excmo. Tribunal, mi representada efectivamente fue mal calificada en su cargo y por lo mismo fue removida de sus funciones el año 2011. Actualmente, al postular nuevamente como funcionaria pública al concurso del Escalafón de Empleados se le aplica una grave sanción como lo es la **inhabilidad perpetua.**

Sin embargo, ¿Existe realmente una diferencia en los hechos para hacer una distinción de trato, y, por ende, de consecuencias aparejadas a la actuación de funcionarios del Escalafón Primario y el Escalafón Empleados?

Sobre esto, es importante recalcar que el comparar dos grupos distintos (en este caso dos escalafones distintos) en ningún caso implica que cada una de las distinciones normativas entre uno y otro estén justificadas. Al contrario, y como bien señala la doctrina *"El trato desigual por parte del legislador sólo será constitucionalmente legítimo si reúne las condiciones referidas: distintas situaciones de hecho, finalidad, razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. En otros términos, si el trato desigual tiene una justificación objetiva y razonable. De lo contrario, **la introducción en una norma de consecuencias jurídicas diferentes para distintos grupos o individuos, no será***

constitucionalmente admisible"²¹ (lo destacado es nuestro).

Si nos remitimos a la situación fáctica, y revisamos la normativa señalada, en ambos casos se explicitan los requisitos de postulación para cargos de carácter público y podemos observar que el "*Haber tenido una calificación deficiente y haber cesado en el cargo*" es una de las hipótesis que se establece para la imposibilidad postular y acceder tanto al Escalafón Primario como al Escalafón Empleados. **Es decir, nos encontramos ante mismas circunstancias, frente a las cuales debería aplicarse la misma normativa.**

A mayor abundancia, se ha entendido que la calificación de los funcionarios públicos es indispensable para poder alinear el desempeño individual de cada uno a las necesidades de las instituciones, lo que tiene por fin mejorar de forma sostenida el aporte de las personas al logro de los propósitos de la organización. Es así, como el objetivo principal que se tiene con esto, es el de constituir servicios idóneos para lograr una administración más eficaz y además fortificar las oportunidades de progreso de los funcionarios públicos.

En ese sentido, nos parece esencial que cada funcionario sea calificado y se verifique si efectivamente tiene las aptitudes para el cargo que está desempeñando.

En el mismo sentido, entendemos que la finalidad de los requisitos establecidos en los artículos 250 y 295 del Código Orgánico de Tribunales sería asegurar la idoneidad de la persona para el cargo a desempeñar. Esto

21 MARTINEZ, José Ignacio y ZUNIGA, Francisco. 2011. El Principio de Razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios constitucionales* 2011, vol.9, n.1, p. 211.

es concordante con los objetivos del proyecto de Ley sobre Carrera funcionaria de los Jueces, Funcionarios Auxiliares de la Administración de Justicia y Empleados del Poder Judicial, Ley N°19.390 de 30 de mayo de 1995. Al respecto, señala el mensaje presidencial que inició el proyecto que *“reviste singular importancia la estructuración de una carrera funcionaria dentro del Poder Judicial, con normas claras para la totalidad de sus integrantes, que brinde a éstos seguridad acerca de sus derechos y sobre su futuro dentro de la institución”*.

Con todo, la desigualdad y en definitiva, la vulneración al derecho, se hace patente cuando entre estos dos grupos comparados que, en este aspecto concreto, cuentan con situaciones iguales y normas que persiguen el mismo objetivo, se plantea una diferencia fundamental: Que, **mientras el artículo 295 del Código Orgánico de Tribunales, establece para el Escalafón Empleados una imposibilidad de volver a ingresar a un cargo en la Administración, es decir una inhabilidad absoluta y perpetua, en el caso Jueces de Letras y Ministros de Corte Sí se otorga la posibilidad de volver a acceder a un cargo público luego de transcurridos 5 años desde la expiración de sus funciones**, conforme dispone el artículo 250 del mismo Código y el artículo 12 letra e) del Estatuto Administrativo. A propósito, esta Magistratura ha señalado lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales. Además, se agrega la denominada “nueva fórmula”, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son

*tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual."*²²

Tanto la norma del Estatuto Administrativo como la del Código Orgánico de Tribunales, tienen como destinatarios a personas que quieren acceder a un cargo público, en este caso, ingresar al Poder Judicial, y a ambos se les impone una barrera de entrada como lo es la calificación deficiente, sin embargo, **respecto del Escalafón de empleados, se hace una diferencia que no tiene asidero, no es objetiva ni razonable.**

En consecuencia, **ante supuestos que son desiguales, las consecuencias jurídicas que se extraen de tales supuestos no son asimismo equitativos.**

II. La diferencia no debe fundarse en contra de un grupo vulnerable o importar un privilegio personal

Si bien en la historia fidedigna de la Ley correspondiente al Código Orgánico de Tribunales no se hace alusión a la diferencia ya comentada que se fijó entre el artículo 250 y 295 de ese cuerpo legal, tan solo al realizar una lectura superficial de la normativa señalada, podemos establecer una hipótesis que da cuenta de que este elemento de razonabilidad no se cumple en el caso.

Luego del análisis del primer requisito del "examen de razonabilidad", concluimos que en este caso nos encontramos precisamente ante situaciones similares, pero que en el caso de Jueces y Ministros de Corte existe la posibilidad de volver a postular a un cargo público, aunque su gestión haya sido calificada como deficiente luego de 5 años.

²² STC Rol N°1710 de 06 de agosto de 2010, c. 100.

Excmo. Tribunal ¿Cuál podría ser la razón de esta diferencia? ¿En qué se basa el legislador para imponer una sanción menos exigente a Jueces y Ministros?

En términos prácticos y dada la forma en que el Código Orgánico de Tribunales regula los requisitos de postulación a los cargos públicos aludidos, podemos claramente verificar que se configura un privilegio. Actualmente, mi representada, se ve excluida del ingreso a un cargo público en el Escalafón Empleados, luego de que hace casi 9 años haya cesado en sus funciones, pero si vemos la situación de un Juez que hace 9 años cesó de su cargo por calificación deficiente, nos encontramos con el hecho de que incluso desde hace ya cuatros años tenía la posibilidad de acceder nuevamente a un cargo público. De esta forma, podemos observar cómo se privilegia a un Escalafón sobre otro, cómo se cree en la "rehabilitación" de unos por sobre otros, y se le otorga la oportunidad de incluirse nuevamente en funciones públicas a Jueces y Ministros, transcurrido un tiempo prudente desde el cese de funciones. .

De esta manera, existiendo la posibilidad de reincorporación al servicio público, tanto para la generalidad de los empleados públicos, así como para los propios miembros del poder judicial pertenecientes al escalafón primario, parece evidente **que la normativa objeto del actual requerimiento de inaplicabilidad, regula como un privilegio aquello que corresponde un derecho de todo ciudadano**. A saber, la posibilidad de postular a un cargo público, aún habiendo cesado en sus anteriores funciones, después de transcurrido un tiempo razonable.

En un sentido similar, la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal ha señalado que señalando que *“como se acostumbra entender en el derecho internacional de los derechos humanos, si bien la cláusula de igualdad no impone necesariamente, en ciertas condiciones, el reconocimiento de un derecho sustantivo determinado, si el Estado lo otorga, debe hacerlo de manera equitativa y no excluyente”*²³. A partir de esto, se observa de manera clara que **la igualdad no impone siempre la necesidad de reconocer tal o cual derecho, pero si tal derecho se reconoce, debe hacerse para todos** ²⁴.

No cabe duda de que existe una ventaja del Escalafón Primario sobre el Escalafón Empleados por el hecho de poder volver a ingresar a cargo público después de 5 años. Independientemente de si esta medida y la norma en cuestión es neutra o tiene un propósito deliberado para establecer una carga y, por otro lado, otorgar un favoritismo, de una u otra forma **implica establecer una desigualdad inexplicable racionalmente**.

III. La finalidad perseguida por la diferencia debe ser lícita

Para determinar la finalidad de la normativa que establece la diferencia ya señalada entre los cargos públicos mencionados, es necesario recurrir a la Historia de la ley N°19.390 del año 1995, la cual *“Introduce modificaciones al Código Orgánico de Tribunales, en lo relativo a nombramiento, escalafón y calificación de jueces, Funcionarios Judiciales de la Administración de Justicia, y otras materias”*.

23 STC 1373, de fecha 22 de junio de 2012, c. 20.

24 Díaz de Valdés J, José Manuel. (2015). ¿Qué Clase de Igualdad Reconoce el Tribunal Constitucional? *Ius et Praxis*, 21 (2), 338-339.

Así las cosas, en el Mensaje del Ejecutivo, se establece que “Las reformas propuestas, como en sus respectivos mensajes se señala, persiguen los objetivos de reforzar el carácter del Poder Público de los órganos jurisdiccionales, mejorar orgánica y procesalmente la institucionalidad judicial con miras al logro de su eficacia, apoyar la formación profesional de los magistrados (...)”. Indicando posteriormente que “dentro del conjunto de objetivos antes descritos cobra singular importancia la estructuración de una carrera funcionaria dentro del Poder Judicial con normas claras para la totalidad de sus integrantes, que les brinde seguridad sobre sus derechos y su futuro dentro de la institución.” Dando cuenta que, con las modificaciones introducidas, se tiene como fin **evitar un sistema complejo, y normas que establezcan privilegios injustificados**, entendiendo que los factores que inciden en el desarrollo del personal son: la igualdad de oportunidades, la debida estabilidad en el empleo, la posibilidad de ascender por méritos y un reconocimiento adecuado de la antigüedad en la carrera.

A mayor abundamiento, el mensaje también expresa que se espera lograr una estructura armónica sobre normas de incompatibilidad para integrantes del Poder Judicial, la reestructuración de los escalafones y también establecer un sistema de calificaciones eficiente para seleccionar al personal idóneo para los ascensos y para realizar los nombramientos de forma más transparente, **garantizando los derechos de los participantes y la igualdad de oportunidades.**

Con respecto al Escalafón primario, se señala lo siguiente:

“Respecto a las **incompatibilidades, se incorporan al Código Orgánico de Tribunales los criterios que son propios para todos los funcionarios de la Administración del Estado**, establecidos en el Párrafo 6° del Título III, de la Ley

Nº 18.834 que aprobó el actual Estatuto Administrativo, atendiendo a la conveniencia de armonizar esta materia en un mismo sistema”.

Respecto a los funcionarios de personal se especifica que:

“Llenando un vacío de nuestra legislación, los requisitos generales que deben cumplir para su ingreso a la carrera, **siguiendo en términos generales las normas del mismo estatuto administrativo para los funcionarios de la Administración del Estado**, a saber: ser ciudadano, haber cumplido con la ley de reclutamiento y movilización; tener salud compatible con el desempeño del cargo; haber aprobado el nivel de educación media; **no haber cesado en un cargo en el Poder Judicial o en la Administración del Estado como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente, o por medida disciplinaria, salvo que hayan transcurrido más de DIEZ AÑOS desde la fecha de expiración de funciones (...)**”

Así las cosas, en el 1º trámite constitucional, el primer informe de la comisión constituyente señala que el proyecto agrega el artículo 295 que dispone que los postulantes a cargos del Escalafón del personal empleados deben cumplir entre otros requisitos no haber cesado en un cargo público por calificación deficiente, salvo que transcurrieran estos 10 años. Luego, en el Segundo Informe de Comisión de Constitución, de Fecha 01 de septiembre, 1993 en Sesión Nº 22, Legislatura 326, hace suya la indicación número 120, de S.E. el Presidente de la República, señor Patricio Aylwin, quien suprime, en la letra e), la frase "salvo que hayan transcurrido más de diez años desde la fecha de expiración de funciones,", siendo aprobada la modificación por unanimidad de los miembros de la Comisión.

Por su parte, el Informe de Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados de fecha 20 de abril del año 1994 indica que en general, para ingresar al Escalafón del personal Empleados, **se establecen iguales**

requisitos que los existentes para los funcionarios públicos en el Estatuto Administrativo y se termina con el derecho de reincorporarse en caso de haber sido separado de sus funciones por mala conducta funcionaria.

Sin embargo, el Informe Comisión Mixta de fecha 01 de agosto de 1994 de la Comisión mixta, en sesión N° 17, legislatura 329, boletín N° 867-07 dejó el artículo 295 tal y como lo conocemos actualmente.

De lo expuesto, podemos establecer que, en base a la Historia de la Ley, lo que se quería lograr con el articulado del Código Orgánico de Tribunales era precisamente una igualdad de trato entre diferentes Escalafones y, por ende, otorgar las mismas oportunidades para acceder a estos cargos públicos. Finalmente, atendiendo a la normativa actual, concluimos que **no se logró lo propuesto en el Mensaje del Ejecutivo, fijando una diferencia determinante entre Escalafón Primario y Empleados, de la cual no se hizo observaciones.**

Luego de la revisión de la historia fidedigna de la ley, podemos dar cuenta de la falta de fundamentos razonables y objetivos en la diferenciación establecida por el legislador a través de las normas legales cuestionadas. En efecto, éstas se presentan con un efecto discriminador en perjuicio de mi representada, **sin que exista una razón reconocida como relevante, razonable y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado como propio de un Estado democrático de derecho**, que permita tener como tolerable la distinción que en la práctica se efectúa. De tal modo, el trato desigual antes denunciado, deviene en arbitrario pues, como lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, se trata de una diferenciación o distinción que aparece "como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual(...)" ²⁵.

25 Evans de la Cuadra, E: Los Derechos Constitucionales, Tomo 11, pág. 125.

A mayor abundamiento, en la historia fidedigna de la Ley N° 20.813 **no existió un debate suficiente de parte del legislador que permita entender la razonabilidad de las normas cuestionadas.** Y las dudas e interrogantes que a este respecto tiene mi representada son muchas, por ejemplo: ¿Cuáles fueron las razones para excluir de toda posibilidad el reingreso a funcionarios del Escalafón Empleados? ¿Qué criterio razonable e identificable utilizó el legislador para establecer un estándar de exigencia más benigno para postular al cargo de Juez o Ministro? ¿Qué hace suponer que un Juez que fue cesado en sus funciones del Poder Judicial por mala calificación, es más apto para reincorporarse a un cargo similar transcurrido 5 años y un funcionario cualquiera del Poder Judicial no lo es? ¿En qué se basa esa lógica?

Ante tal silencio legislativo, estimamos que la aplicación del precepto legal impugnado consolida en el caso concreto una situación de evidente arbitrariedad, **pues se desconocen los fundamentos razonables y objetivos** que tuvo el legislador para que mi representada no pueda acceder nuevamente (luego de un período de 9 años) a ser funcionaria del Poder Judicial por haber sido mal calificada en una gestión anterior, cuando paralelamente, y bajo la misma situación de hecho, sí se otorga esta oportunidad a Jueces y Ministros, pero luego de un período de 5 años. Queda a la vista, que el fin de esta diferencia no se ajusta a los valores y principios de nuestra Carta Fundamental y, por ende, puede ser calificado de inconstitucional o inválido.

IV. La diferencia debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción

Nuestro Tribunal Constitucional, el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se muestran de acuerdo en que "no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, sí los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos" ²⁶. Dicho de otra forma, la distinción es discriminatoria solo cuando "carece de justificación objetiva y razonable" ²⁷.

Ahora bien, y como ya hemos explorado latamente en este requerimiento, las distinciones que pueda hacer la ley deben ser justificables en base a razonamientos distintos a la sola pertenencia a un grupo" ²⁸. Al contrario, es necesario que cumpla con criterios objetivos de razonabilidad, que permitan justificar el trato diferenciado.

Ya ha quedado claro que **la historia fidedigna de la ley da cuenta de la falta de fundamentos razonables y objetivos en la diferenciación establecida por el legislador** a través de las normas legales cuestionadas. En efecto, el artículo 295 del Código Orgánico de Tribunales se presenta con un efecto discriminatorio en perjuicio de mi representado, sin que exista una razón reconocida como relevante, razonable y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado como propio de un Estado democrático de derecho, que permita tener como tolerable la distinción que en la práctica se efectúa. De tal modo, el trato desigual antes denunciado, deviene en arbitrario pues, como lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, se trata de una diferenciación o distinción que aparece "*como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual...*" ²⁹. Más aún, la redacción actual de esta norma limitadora de derechos fundamentales, no

²⁶ Observación General N° 18. No discriminación (37° período de sesiones, 1989), Comité de Derechos Humanos.

²⁷ Ídem.

²⁸ Díaz de Valdés J. M.. Op. Cit., p. 331

²⁹ Evans de la Cuadra, E: Los Derechos Constitucionales, Tomo 11, pág. 125.

resulta conducente para resguardar la idónea selección de personal para el ejercicio de la función pública, y, al contrario, conduce a resultados absurdos. Esto es así, porque mientras un ciudadano afecto a la inhabilidad a perpetuidad del artículo 295 ya mencionado, no podrá postular al escalafón de empleados del poder judicial, si podría postular a otros cargos públicos en la generalidad de instituciones públicas, e inclusive, postular para ser parte del escalafón primario del Propio Poder Judicial, cumpliendo con los requisitos de los artículos 250 y 252 del Código Orgánico de tribunales.

De esta manera, si nos centramos en la **adecuación de la diferencia**, nos encontramos con que efectivamente hay una discriminación y arbitrariedad con respecto a mi representada, considerando que no tiene ninguna razonabilidad fijarle una exigencia mayor que la de otros funcionarios del Poder Judicial. Y, por otro lado, **no se podría considerar como necesaria** si visiblemente se está dañando a la señora Dorca en el ejercicio de sus derechos, cuestión que podría evitarse si se aplicara la misma normativa que se le aplica a otros cargos públicos y particularmente a quienes son parte del Poder Judicial, logrando ingresar nuevamente como funcionaria.

V. La distinción debe pasar por un examen de proporcionalidad, considerando la finalidad del precepto legal, el caso concreto y los costos que se imponen a quien recibe un trato diverso, los cuales deben ser tolerables ante este examen.

Por otra parte, y sin dejar de lado lo expuesto sobre la falta de razonabilidad de la actuación en cuestión, es importante analizar si es que la exclusión de mi representada del concurso para el cargo postulado, en razón del

artículo 295 del Código Orgánico de Tribunales respeta el principio de proporcionalidad.

Para analizar esto, es relevante ver como el sistema de calificaciones del escalafón empleados del poder Judicial, se enmarca dentro de las facultades disciplinarias y económicas del mismo. Al respecto cabe señalar que:

“la doctrina y la jurisprudencia, salvo excepciones, vienen insistiendo últimamente en que todas las manifestaciones punitivas del Estado, incluidas las que confiere el derecho disciplinario, tienen un fundamento común, se explican y justifican en virtud de un mismo ius puniendi, de donde se deduce que les son aplicables a grosso modo los mismos principios y reglas, por lo general extraídas de la dogmática del derecho penal”³⁰.

A su vez, es un criterio asentado en la doctrina y jurisprudencia, que la facultad sancionatoria del Estado es, junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, razón por la cual se ha entendido que los principios del Derecho Penal son aplicables, con matices, al Derecho Administrativo Sancionador. En este sentido, V.S. Excmá. ha señalado que, *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”³¹.*

Entre los principios y garantías contemplados en esta materia, destaca el principio de proporcionalidad, el que si bien no es mencionado de manera explícita en nuestra Constitución *“se encuentra subsumido en el*

30 SÁNCHEZ, Miguel. 2008. Derecho de la función Pública (quinta edición). Madrid. Editorial Tecnos S.A. Madrid. p. 300.

31 STC, 26 de agosto de 1996, Rol N°244-1996 (C.9)

ordenamiento constitucional chileno en la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las Bases de la Institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N°2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N°26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al Derecho"³².

Sobre este principio, V.S. Excma. a señalado en sentencia Rol N°1061 que "si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean –las mismas restricciones– proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando, por ende, tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes"³³.

Ahora bien, en el Derecho penal, existen también penas de inhabilitación para cargos u oficios públicos, las que implican tanto la incapacidad para desempeñarlos y, como también la incapacidad para acceder a ellos. Conforme los artículos 22 y 25 del Código Penal, estas pueden ser aplicadas, ya sea como penas accesorias, o como penas principales. La duración de estas penas, guarda directa relación con el quantum de la pena principal, y con ello, de la gravedad asignada al delito, contemplándose la inhabilitación perpetua absoluta, solo en aquellos delitos que contemplan pena de crimen.

32 NOGUEIRA, Humberto. El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno. En Carbonell, Miguel (Coordinador): El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. Santiago. Librotecnia. P.374.

33 STC, 17 de abril de 2008, Rol N°1061-08 (C.17).

Incluso así, el inciso primero del artículo 105 del Código Penal, prescribe que *“Las inhabilidades legales provenientes de crimen o simple delito sólo durarán el tiempo requerido para prescribir la pena, computado de la manera que se dispone en los arts. 98, 99 y 100.”* El establecimiento de estos límites temporales tiene como fin evitar que la sanción aplicada impida la reinserción del sujeto condenado, limitando sus oportunidades profesionales y el desarrollo de un plan de vida en sociedad. En este sentido, es ilustrativo revisar la historia fidedigna del Código Penal, en particular la sesión 164 de la comisión redactora, de fecha 02 de julio de 1873. En ella, y mientras se discutía el actual artículo 105, el comisionado Sr. Reyes expuso que *“no parece justo que se quite al culpable toda esperanza, todo estímulo para su rehabilitación y enmienda”*, solicitando en incorporar una norma con este alcance.

De esta manera, resulta patente que la sanción de inhabilidad en el desempeño de cargos públicos, requiere una aplicación escalonada y proporcional a la gravedad del delito, estableciéndose límites temporales a sus efectos que guarden relación con los propios fines de la pena.

Por este motivo, y como regla general para los empleados públicos, el artículo 12 letra e) del Estatuto Administrativo, que establece la inhabilidad asociada a la sanción de haber cesado un cargo público como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente, o por medida disciplinaria **contempla un límite de tiempo a esta sanción de 5 años**, entendiendo precisamente que su mantención por más tiempo significaría un impedimento para la reinserción social y laboral de la persona afectada, y por ende una afectación de sus derechos fundamentales. Mismo límite es aplicable para el escalafón primario del poder Judicial, conforme establece

el artículo 250 del Código Orgánico de Tribunales.

Dicho limite de tiempo NO existe en el artículo 295 del Código Orgánico de Tribunales, estableciendo así una inhabilidad del cargo a perpetuidad. Esta redacción no satisface en ningún punto un mínimo test de proporcionalidad, toda vez que entiende que incluso una sanción penal resultaría menos gravosa que la sanción contemplada en el procedimiento disciplinario. De esto no puede inferirse menos que la norma en comento es absolutamente arbitraria y contraria al derecho de Igualdad.

En base a lo expuesto precedentemente, y a la finalidad que contempla esta norma (asegurar la idoneidad del personal del escalafón de empleados), **no logra satisfacer el mínimo test de proporcionalidad exigido por nuestra constitución**. La norma presenta una exigencia que no guarda relación con la idoneidad del cargo, y que lesiona particularmente el derecho de mi representada a la admisión a cargos públicos, conforme veremos a continuación.

B.2. Los preceptos legales impugnados infringen los artículos 19 N°17 y artículo 38 de la Constitución Política de la República a propósito de la admisión a cargos públicos.

A pesar de lo señalado en el artículo 19 N°17, puede desprenderse que, en determinados casos, la Constitución o las leyes pueden establecer requisitos especiales para el ingreso a determinados empleos públicos que importen una diferencia entre una misma categoría de servidores como todos los que integran la Administración del Estado³⁴, sin embargo, esto no puede apartarse de lo que esgrime el artículo 38 de la Constitución, donde se

34 SENTENCIA 1929

configura una obligación para el legislador de asegurar **“la igualdad de oportunidades de ingreso”**.

El legislador puede regular un estándar más exigente, pero al hacerlo debe tener en consideración las funciones que le corresponderán al funcionario en el marco del Estado Constitucional y democrático de Derecho. Las diferencias a establecer deben guardar relación con el propósito establecido, y no resultar desproporcionadas según la exigencia de igualdad ante la ley, ya latamente revisada en este requerimiento.

Sobre este punto V.S. Excma. ha señalado que, ante la limitación de derechos fundamentales, es clave el requisito de igualdad en su aplicación. Así, por ejemplo, en su fallo Rol N° 226 de 1995 que:

“toda pretendida limitación o restricción a un derecho constitucionalmente asegurado, puede establecerse únicamente en los casos o circunstancias que en forma precisa y restrictiva indica la Carta Fundamental; y que, además, tales limitaciones deben ser señaladas con absoluta precisión, a fin de que no sea factible una incorrecta o contradictoria interpretación. Asimismo, esa exigida precisión debe permitir la aplicación de las restricciones impuestas de una manera igual para todos los afectados, con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen o cesan”³⁵ (El subrayado es nuestro).

De esta manera, no cabe duda que lo comentado a propósito del derecho a la igualdad se vincula estrechamente con estos preceptos legales, que

35 STC 226, de fecha 30 de octubre de 1995, c. 47.

veremos, también se ven conculcados por la aplicación del artículo 295 letra e) del Código Orgánico de Tribunales.

En efecto, Excmo. Tribunal, nos pondremos en los dos casos hipotéticos que ya hemos esbozado con anterioridad: 1) Igualdad de situación existente entre Escalafón Empleados y Escalafón Primario. 2) Diferencias entre ambos Escalafones.

En el primer caso -al cual hemos adherido en nuestra argumentación plateando la igualdad entre dos situaciones, a saber: reincorporación al Poder Judicial de funcionarios que han sido calificados de forma deficiente- estimamos que mi representada se ve afectada con la aplicación del precepto impugnado, ya que, en su caso, tiene una sanción más alta que no tiene justificación alguna para contextos que son iguales. En este sentido, podemos comprender que esto no se armoniza con uno de los presupuestos que la doctrina ha entendido como indispensable para la aplicación de una igualdad de oportunidades, *“La igualdad de oportunidades requiere que los individuos que persiguen el mismo objetivo enfrenten los mismos obstáculos relevantes para conseguirlo. En consecuencia, obstáculos que solo afectan a uno o a algunos (pero no a todos) de los agentes en cuestión, deben ser removidos”*³⁶.

Lo anterior se ve reforzado por jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español que ha esgrimido que el derecho a la igualdad de oportunidades puede imponer *“la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una*

36 WESTEN, Peter (1990): Speaking of equality (Princeton, Princeton University Press).

sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia Norma Fundamental".³⁷

En definitiva, se establece un obstáculo que existe tan solo para un Escalafón del Poder Judicial, negando la posibilidad de reintegrarse a pesar de que ya transcurrieron 9 años desde que se calificó de forma deficiente a mi representada, en ese sentido, incluso cumple con más años de los que se exigen al Escalafón Primario para poder volver a pertenecer a la Administración.

En el segundo caso, aun cuando alguien pudiese considerar que es correcto que el escalafón primario y el escalafón de empleados se rijan por estatutos distintos, no se observa cuales criterios o motivos justifican la existencia de un estándar más alto para el escalafón de empleados.

Podemos entender como válido que se formulen ciertas condiciones para que las personas tengan la posibilidad de ser admitidas dentro de la función pública y particularmente, con cuestiones vinculadas al mérito, habilidades, idoneidad y desempeño en el trabajo. Por lo anterior, estaría justificada la existencia de un estándar más exigente para el Escalafón Primario, por las funciones y características que conlleva un cargo como éste dentro de un Estado de Derecho, sin embargo, **el umbral establecido en el Código Orgánico de Tribunales es más elevado para el Escalafón Empleados, ya que luego de obtener una calificación deficiente, no pueden acceder nuevamente a un cargo dentro del Poder Judicial**, mientras que el Escalafón Primario solo cuenta con el requisito especial de que hayan transcurrido 5 años para poder reingresar.

37 STC Español 19/1988.

Si la inhabilidad por un periodo de cinco años desde el cese de funciones ya es suficiente como mecanismo de selección para los miembros del escalafón primario, no se observa motivo alguno por el cual un escalafón del mismo órgano estatal, al cual la ley otorga un menor número de atribuciones y responsabilidades debe en cambio cumplir con un requisito extremadamente estricto.

Más aún, **existen otros mecanismos adecuados para cautelar el principio de idoneidad para el cargo** y prevenir el ingreso de personas no aptas para el cargo, como la revisión de la hoja de vida del funcionario, o los exámenes psicológicos, herramientas de evaluación que no importan una vulneración de los derechos de mi representada.

De lo anterior, se desprende que el estándar aplicado carece de razón y fundamento alguno considerando la mayor relevancia que tiene el Escalafón Primario en el Servicio Judicial. A propósito de lo anterior, este Excmo. Tribunal ha analizado esta situación de la siguiente forma: *“el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el español y el alemán, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, quede completamente entregado al libre arbitrio del legislador”*.³⁸

En ese sentido, no negamos la atribución que tiene el legislador para regular el acceso y requisitos a tales Escalafones, sin embargo, como ya lo hemos

38 STC Rol N° 755, 31 de marzo de 2008, considerando 36°

señalado, esto tendría un límite intrínseco: no vulnerar la igualdad de oportunidades en el ingreso, lo que en el caso de mi representada no se estaría respetando por la aplicación del precepto legal impugnado, el cual establece un estándar de acceso más exigente que resulta desproporcionado en base a la exigencia de la igualdad ante la ley. De esta forma lo ha comprendido este Excmo. Tribunal al señalar lo siguiente: *“como puede observarse, no es extraño que el legislador orgánico constitucional haya considerado que ciertas situaciones, por su particular naturaleza, merecen un tratamiento diferente al que regula la norma general. Ello, porque el principio de la igualdad ante la ley –del que la igualdad en el acceso a las funciones y empleos públicos constituye una aplicación- impide las diferencias arbitrarias y no aquéllas que (...) tienen una justificación razonable.”*³⁹

En virtud de las consideraciones de hecho y de derecho señaladas, es claro que la aplicación del artículo 295 letra E de Código Orgánico de Tribunales ha vulnerados los derechos y garantías de Doña Dorca Romero Arriagada, y que, en consecuencia, resulta imperioso que este Excmo. Tribunal pueda acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad y declarar que en la gestión pendiente que se trata, no se debe aplicar la norma señalada.

POR TANTO,

Conforme lo disponen los artículos 1º, 5º inciso segundo, 19 números 2 y 17; y 92 y siguientes de la Constitución Política de la República; artículos 1.1, y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; y demás antecedentes que hemos expuesto y que se acompañan,

39 STC 1170-2008

PEDIMOS A ESTE EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con la gestión pendiente de Recurso de Protección, **ROL 1229-2020**, caratulados "ROMERO / CORPORACION ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL", seguido actualmente la ltima, Corte de Apelaciones de Arica, admitirlo a tramitación y declarar en definitiva que el artículo 295° letra e) de Código Orgánico de Tribunales, no será aplicable en la gestión pendiente ya individualizada, por cuanto la aplicación concreta de este precepto legal infringe el artículo 1, el artículo 19, numerales 2° y 17°, y el artículo 38 de la Carta Fundamental.

PRIMER OTROSI: Pedimos a SS. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Certificado de Gestión pendiente, de fecha 14 de octubre de 2020, emitido por el secretario de la Corte de Apelaciones de Arica, que acredita la existencia de la gestión pendiente en que incide esta inaplicabilidad, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes.
2. Mandato Judicial con firma electrónica Avanzada, suscrito ante el Notario de Arica Rodrigo Fernando Lazcano Arriagada, en que consta mi personería para representar ante este Excmo. Tribunal Constitucional a doña Dorca De La Paz Romero Arriagada.
3. Copia simple del correo electrónico de fecha 06 de octubre de 2020, mediante el cual se notifica por parte del Subdepartamento de Reclutamiento, la inadmisibilidad de doña Dorca Romero para el Concurso N° de Folio 12018.
4. Copia simple de hoja de vida funcionaria de la recurrente, en la cual se puede dar cuenta de la destacada labor que ha cumplido en el ejercicio de sus funciones en el Poder Judicial, destacando anotación

de fecha 23 de enero de 2008, ordenada por Acta N°92 Comité de Jueces del Tribunal.

5. Anotación de mérito de fecha 26 de abril de 2008 por su esfuerzo permanente en el trabajo de programación de audiencias, demostrando su responsabilidad y excelencia.
6. Acta de calificación y notificación 2009 (Período 01 de noviembre de 2008 al 31 de octubre de 2009) que incluye a la recurrente en lista SOBRESALIENTE con puntaje 7.0 por su desempeño superior, profesionalismo, responsabilidad y por asumir tareas de gran importancia para la buena gestión del tribunal que van más allá de sus obligaciones.
7. Acta de calificación y notificación 2010 (Período 01 de noviembre de 2009 al 31 de octubre de 2010) que incluye a la recurrente en lista SOBRESALIENTE con puntaje 7.0 por un desempeño superior, dedicación, iniciativa, responsabilidad y compromiso más allá de sus funciones
8. Acta de Preevaluación y notificación 2011 (Período 01 de noviembre de 2010 al 30 de abril de 2011) que incluye a la recurrente en lista SOBRESALIENTE, con puntaje 6.67 por el gran compromiso con sus labores y por sus deseos de superación.
9. Copia simple de correo electrónico de fecha 13 de febrero de 2020, mediante el cual se le informa a doña Dorca Romero su inadmisibilidad en 5 concursos por no cumplir con los requisitos del artículo 295 del Código Orgánico de Tribunales, lo que da cuenta de que este acto arbitrario e ilegal ha sido permanente durante el tiempo, ya que ha vulnerado los derechos de mi representada anterior y actualmente.

SEGUNDO OTROSI: De conformidad lo dispuesto por el artículo 93, inciso 11 de la Constitución de Chile y los artículos 32 y 37 de la Ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, y en atención al estado en que se encuentra la causa y a la posibilidad de que sea resuelta por el ltma. Corte de Apelaciones de Arica, antes que US. Excma. pueda pronunciarse acerca del presente requerimiento, solicitamos se ordene la suspensión inmediata del procedimiento en la causa pendiente, al momento de admitirlo a trámite.

La urgencia en el presente caso está dada por una eventual dictación de la sentencia definitiva, que constituye el asunto en el cual tendrá aplicación decisiva la norma impugnada y que volvería ilusoria la pretensión de inaplicabilidad en esa gestión.

TERCER OTROSI: Pedimos a SS. Excma. tener presente que, conforme a Mandato Judicial acompañado en el primer otrosí, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré el patrocinio y poder en favor del requiriente, fijando domicilio en calle Enrique Mac Iver N°22, departamento 912, comuna de Santiago.

CUARTO OTROSÍ: Pedimos a US. Excma. practicar las notificaciones que se pudieren dictar en esta causa a las siguientes direcciones de correo electrónico: rodrigo.ruiz@ug.uchile.cl y dromeroa@gmail.com.



Rodrigo Ruiz Velásquez
C.N.I 17.920.862-8
Abogado