



**EN LO PRINCIPAL:** INTERPONE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. **PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **SEGUNDO OTROSÍ:** SOLICITA SUSPENSIÓN INMEDIATA DEL PROCEDIMIENTO. **TERCER OTROSÍ:** SOLICITUD QUE INDICA. **CUARTO OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER. **QUINTO OTROSÍ:** INDICA CORREO ELECTRÓNICO.

### EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Arturo Fermandois Vöhringer, abogado, en representación de doña **Karen Paulina Rojo Venegas**, Alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, según se acredita con mandato judicial que acompañó en el primer otrosí, ambos domiciliados a estos efectos en Nueva Costanera 4040, Oficina 52, comuna de Vitacura, ciudad de Santiago, a US. Excm. respetuosamente digo:

Que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 93 incisos 1°, N° 6, y 11° de la Constitución Política de la República (en adelante también CPR, Constitución o Carta Fundamental, indistintamente) y por los artículos 31 N° 6 y los del párrafo 6 del Título II de la ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional; y cumpliendo con los requisitos que estas normas establecen, interpongo acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de la frase que se indica del artículo 61 del DFL N° 1, de 2006, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (en adelante también LOCM), por cuanto la aplicación del precepto en la gestión pendiente, consistente en la causa **rol C-2166-2020**, de que conoce actualmente el Segundo Juzgado de Letras Civil de Antofagasta (en adelante, también, “el SJL de Antofagasta” o “el SJL”) resulta decisiva y contraria a los artículos 4, 5 y 19 N°3 de la Carta Fundamental, como se demostrará.

El artículo 61 de la LOCM consagra una incapacidad temporal para el desempeño del cargo de alcalde o concejal en la hipótesis de que su derecho a sufragio sea suspendido por alguna de las causales del artículo 16 de la Constitución.

El Precepto Impugnado está conformado por una frase precisa del art. 61 de la LOCM. A continuación, transcribimos el artículo de forma íntegra, para la mejor ilustración de SS. Excm., pero precisando que sólo impugnamos la frase destacada a continuación (texto subrayado y en negritas):

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

Esta norma, de recibir aplicación en la gestión pendiente, producirá el efecto de **incapacitar a mi representada, democráticamente electa, para ejercer su cargo de alcaldesa de la comuna de Antofagasta, por el sólo hecho de existir una**

**acusación penal en su contra**, contraviniendo una serie de preceptos consagrados en la Carta Fundamental.

Este efecto, según se desarrolla en extenso en esta presentación, la aplicación del precepto impugnado es inconstitucional por infracción a los artículos 4, 5 y 19 N°3 de la Constitución, si consideramos:

- i. Que uno de los principios fundantes del Estado, base de la institucionalidad, es el **principio democrático**, consagrado en el artículo 4° de la Constitución al afirmar que:

*“Chile es una república democrática”;*

- ii. Que, sin perjuicio del amplísimo contenido sustantivo del principio democrático, resulta evidente que uno de sus pilares centrales se halla en la elección libre, por parte del pueblo, de las autoridades más relevantes del Estado, y así lo confirma expresamente el artículo 5 de la Carta:

*“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece”;*

- iii. Que, luego, resulta irrefutable que la Carta Fundamental **protege el mandato representativo** de sus autoridades constitucionales: si la generación de la autoridad electiva de rango constitucional se halla en el centro de la democracia, no es indiferente para la Constitución el que se perturbe, suspenda o ponga fin al ejercicio del cargo de un representante de rango constitucional; se juega allí la esencia misma de la democracia, el respeto a la soberanía de la cual emana ese mandatario;
- iv. Que, sin perjuicio de lo anterior, el artículo 61 de la LOCM regula una **operación que se pretende automática, de pleno derecho**, sin ulterior conocimiento ni apreciación por tribunal alguno, y sin procedimiento contradictorio posible; todo ello pese a sus intensos y gravísimos efectos;
- v. Que, en efecto, el precepto impugnado dispone nada menos que la cesación en el cargo de alcalde ante la mera acusación penal presentada por el Fiscal, la que es sometida a un control **meramente formal** ante el juez de garantía, el que tiene lugar en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral (“APJO”), es decir, desde 25 hasta 35 días después de haber sido presentada la acusación;
- vi. Que, de este modo, el art. 61 de la LOCM autoriza a que una autoridad constitucional elegida democráticamente quede inhabilitada para ejercer su cargo mediando una acusación fiscal, sin que la persona afectada pueda oponer defensa ni descargo alguno frente a ella, sino hasta al menos transcurridos 25 días desde que la acusación se haya formulado, habiéndose consumado ya la su cesación legal en el cargo;
- vii. Que **esta es la aplicación precisa** que muy probablemente le dará el juez del fondo al precepto en el caso concreto que afecta a este requirente:

resolverá que ante la eventualidad de una acusación penal deberá declararse la incapacidad de la alcaldesa requirente y ordenarse su reemplazo sin audiencia previa, y sin necesidad de notificar a la autoridad afectada;

- viii. Que, ante esta inexistencia de procedimientos, instancias de defensa o contradicción, la aplicación del precepto impugnado evade nítidamente la primordial obligación constitucional del legislador de “*velar siempre por las garantías de un **procedimiento e investigación racionales y justos***” (art. 19 N°3, inciso sexto);
- ix. Que, adicionalmente, en este caso concreto, el efecto inconstitucional derivado de la aplicación del precepto impugnado es **aún más intenso** si se considera el modo arbitrario en que el Ministerio Público ha desarrollado el proceso de investigación respecto de cada uno de los intervinientes del proceso penal;
- x. Que, en efecto, pese a tratarse de tres intervinientes que se encuentran en circunstancias análogas respecto a la plausibilidad del delito que se les imputa, la Fiscalía ofreció la suspensión condicional del procedimiento solo a dos de ellos —no obstante que ambos sostuvieron declaraciones contradictorias— perseverando la investigación únicamente en contra de la Alcaldesa Rojo, lo que constituye una actuación caprichosa por parte de la Fiscalía, que infringe la **garantía de igualdad** recogida en el art.19 N°2 de la CPR;
- xi. Que, por último, y en línea con lo anterior, la aplicación del art. 61 de la ley 18.695 colisiona, desde otra perspectiva, con el **principio de igualdad**, recogido, como dijimos, tanto en el N°2 del artículo 19 como el numeral 17 del mismo precepto, que garantiza la *igualdad en la admisión a los cargos públicos*;
- xii. Que, en efecto, mientras todas las autoridades elegidas democráticamente disponen de procedimientos, defensas y garantías ante eventos de inhabilitación, la aplicación del artículo 61 de la LOCM le privará a esta alcaldesa requirente de tales mínimos resguardos; sin que exista justificación racional alguna para tal **tratamiento discriminatorio**.
- xiii. Que, en su aplicación a la gestión pendiente, el precepto legal que impugno **será decisivo**, ya que en aquella gestión lo que se discute es de qué manera debe operar la incapacidad temporal a la que se refiere el art. 61 de la LOCM, de forma tal que su aplicabilidad directa es previsible y necesaria la resolución de la controversia por parte del Juez de Letras de Antofagasta.

Finalmente, cabe hacer presente a este Excmo. Tribunal que la inconstitucionalidad manifiesta que produce la aplicación del precepto impugnado, en este caso concreto, se refuerza al considerar **los resultados que tuvo otro requerimiento de inaplicabilidad** conocido por S.S Iltma. en contra del art. 61 de la LOCM.

En efecto, cabe destacar el reciente caso del Alcalde de la Comuna de Colina, Sr. Mario Antonio Olavarría Rodríguez, quien fue acusado por el delito de fraude al fisco en el denominado “Caso Basura”. Se solicitó en su oportunidad a S.S Iltma. la inaplicabilidad del art. 61 de la LOCM. Dicho requerimiento fue finalmente rechazado en decisión dividida mediante sentencia de 23 de julio de 2019 (STC Rol 4103-2017).

Sin embargo, en la etapa de redacción de dicho fallo, el Tribunal Oral en lo Penal correspondiente **desestimó categóricamente y por unanimidad** la acusación deducida en contra del Alcalde Olavarría por su eventual participación en los delitos de fraude al fisco y malversación de caudales públicos, calificando el proceso de investigación que la precedió en los siguientes términos:

*“el procedimiento desplegado impresionó a esta sala, por sus faltas y deficiencias, como una investigación más bien precaria que careció de las cualidades de razonabilidad y justicia que exige la Constitución Política y la ley”<sup>1</sup>*

Y luego absolvió al acusado afirmando que:

*“la unanimidad de este estrado formó plena convicción en cuanto a que la información incorporada a juicio **resultó francamente insuficiente** para alcanzar el estándar de convicción consagrado en el artículo 340 del Código Procesal Penal, esto es, la razonabilidad de la duda y, por ende, para acreditar los extremos fácticos de la acusación formulada en contra de los acusados Morales, Vidal, Valenzuela y Olavarría, razón por la cual no pudo menos que absolverlos del capítulo de cargos que les fueron atribuidos en la acusación pública y particular sostenidas por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado”<sup>2</sup>.*

Como podrá apreciar S.S Iltma., el caso del alcalde Olavarría demuestra que el control formal de la acusación fiscal que realiza el Juez de Garantía en la APJO no permite detectar si éstas tienen el más básico fundamento, ni identificar si éstas se han formulado con infracción de la garantía constitucional del justo y racional procedimiento. Ese tipo de control jurisdiccional sustantivo no se realiza, como demuestran los pasajes citados, sino hasta la sentencia definitiva del proceso penal, cuando la acusación ya ha producido sus nefastos efectos legales de remoción transitoria de una autoridad de rango constitucional elegida por sufragio popular.

Luego, y como se demostrará en este requerimiento, la aplicación del precepto impugnado, en este caso concreto, permitiría que una eventual acusación fiscal haga cesar automáticamente en su cargo a la Alcaldesa Rojo, sin que un tribunal de justicia pondere racionalmente su mérito jurídico, no obstante que dicha acusación puede –como nítidamente revelan casos anteriores como el del alcalde Olavarría– adolecer de serias y graves deficiencias en su fundamentación. Tal efecto de la aplicación del precepto impugnado es manifiestamente de diversas

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, RUC 1300384594-4, RIT 1-2019, c.14°.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, RUC 1300384594-4, RIT 1-2019, c.16°.

normas constitucionales, como se explicará a continuación según el orden que indica el siguiente índice.

## ÍNDICE

<b>Capítulo I</b> .....	<b>7</b>
<b>Antecedentes</b> .....	<b>7</b>
1. El Precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita a este Excmo. Tribunal. .....	7
2. Antecedentes de la gestión pendiente. ....	7
<b>Capítulo II</b> .....	<b>8</b>
<b>Cumplimiento de los Requisitos de Admisibilidad del presente Requerimiento</b>	<b>8</b>
1. Cumplimiento de requisitos para ser acogido a tramitación .....	9
2. Cumplimiento de los requisitos de admisibilidad.....	9
<b>Capítulo III</b> .....	<b>12</b>
<b>Inconstitucionalidad de la Aplicación del Artículo 61 de la ley N° 18.695 en la Gestión Pendiente ante el Segundo Juzgado de Letras Civil de Antofagasta...</b>	<b>12</b>
1. PRINCIPIOS Y DERECHOS QUE FUNDAN ESTE REQUERIMIENTO.....	12
1.1. Las autoridades electivas y el ejercicio de su mandato son pilares esenciales del régimen democrático y republicano afirmado por el Art. 4° de la Carta Fundamental. ....	12
1.2. La aplicación de una causal de pérdida de un cargo electo de rango constitucional exige plenitud de garantías del justo y racional procedimiento. ....	17
2. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY 18.695 EN LA GESTIÓN PENDIENTE ANTE EL SJL DE ANTOFAGASTA VULNERA LA CONSTITUCIÓN POR TRES VÍAS DIFERENTES. ....	23
2.1. Carece de un tribunal competente, independiente, preciso e indubitado que la conozca y declare. ....	23
2.1.3. Elemento adicional: circunstancias del caso concreto intensifican el efecto inconstitucional de la aplicación del art. 61 de la LOCM. ....	28
2.2. Carece del más elemental procedimiento racional y justo. Inconstitucionalidad por omisión de oportunidades de defensa. Tribunales Constitucionales de España y Chile. ....	29
2.3. No cumple con el estándar convencional. Artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. ....	32

## CAPÍTULO I ANTECEDENTES

### 1. El Precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita a este Excmo. Tribunal.

El precepto legal cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad solicito es la frase precisa del artículo 61 de la LOCM que a continuación se destaca, que consagra una incapacidad para el desempeño del cargo de alcalde, asociada a la suspensión o del derecho a sufragio por alguna de las causales del artículo 16 de la Constitución.

Dispone la norma impugnada que:

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

### 2. Antecedentes de la gestión pendiente.

Según se advirtió, la gestión pendiente en que recae esta acción constitucional consiste en una demanda en procedimiento ordinario declarativo, promovida por mi representada ante el Segundo Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, bajo el rol C-2166-2020. La controversia que se ventila en la gestión pendiente dice relación con la operación de la eventual incapacidad para ejercer el cargo de Alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta que afectaría a mi representada, a consecuencia de una eventual acusación penal en su contra.

En efecto, mi representada ha sido objeto de una investigación penal llevada a cabo por el Ministerio Público, y dirigida por el fiscal señor Cristián Aguilar, en la causa RIT 5847-2018 ante el Juzgado de Garantía de Antofagasta. La diligencia de formalización en contra de la señora Alcaldesa ocurrió con fecha 15 de junio de 2018, siendo posteriormente reformalizada.

Como consecuencia de lo anterior, y ante la eventualidad de que el señor fiscal proceda a formular acusación en contra de esta requirente, existe el fundado temor de que tal actuación procesal produzca, ilegítimamente, la suspensión de pleno derecho en su cargo, sin que exista conocimiento y pronunciamiento previo por parte de un tribunal de justicia.

Luego, sobre la base de tales antecedentes, mi representada, con fecha 25 de mayo de 2020, hizo una presentación ante el Segundo Juzgado de Letras Civil de Antofagasta solicitando un pronunciamiento acerca del modo en que opera la causal de incapacidad a la que se refiere el art. 61 de la LOC de Municipalidades. En concreto, mi representada le pide a dicho tribunal declarar:

*“1. Que la eventual incapacidad temporal en el ejercicio del cargo de Alcaldesa que pudiera afectar a doña Karen Rojo Venegas en virtud de la causa RUC 1700480634-4, RIT 5847-2018 no opera de pleno derecho y/o ipso facto, y por*

*tanto requiere, para su eficacia jurídica, el previo conocimiento y pronunciamiento de un tribunal de la República, sea de competencia civil o, en subsidio, con competencia electoral, en el improbable caso de formularse una acusación penal en su contra;*

*2. Que para el caso que procediere dicha incapacidad temporal, ella requiere una declaración de un órgano jurisdiccional, y sólo podría considerarse como “acusada” desde que el auto de apertura de juicio oral se encuentre firme o ejecutoriado en la causa RUC 1700480634-4, RIT 5847-2018;*

*3. Que la cesación en el cargo que pudiere afectar a doña Karen Rojo Venegas y su procedimiento de reemplazo, solo se produciría ante una condena penal ejecutoriada, por delito que merezca pena aflictiva en la causa RUC 1700480634-4, RIT 5847-2018, atendido lo dispuesto en el art. 60, letra a), de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.”<sup>3</sup>.*

Así, mi representada solicita al tribunal ordinario declarar que la eventual incapacidad temporal en el ejercicio de su cargo de Alcaldesa requiere, para su eficacia jurídica, el previo conocimiento y pronunciamiento de un tribunal de justicia. Adicionalmente, se le pide al SJL que declare que la cesación en el cargo de la Alcaldesa Rojo, y su procedimiento de reemplazo, solo se produciría ante una condena penal por delito que merezca pena aflictiva en la referida causal penal, ateniendo a lo dispuesto en el art. 60, letra a), de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

En efecto, la señora Alcaldesa estima que dado que “*el artículo 61 es presumiblemente inconstitucional*”<sup>4</sup>, la única hipótesis que autorizaría a declarar la cesación en su cargo –que se siga como consecuencia de la causa penal RIT 5847-2018– es que se dicte una sentencia condenatoria en contra de ella, de forma tal que el Tribunal Electoral Regional de Antofagasta declare la cesación en su cargo de conformidad al art. 60, letra a) de la LOC de Municipalidades, que autoriza a dicho tribunal a declarar la cesación en el cargo de Alcalde si éste pierde su calidad de ciudadano una vez verificada la existencia de alguna de las circunstancias que contempla el artículo 17 de la Constitución Política de la República.

Es precisamente el conocimiento de tales solicitudes pendientes ante el SJL de Antofagasta, la gestión en que tendrá aplicación decisiva la norma que impugno en el presente requerimiento.

## **CAPÍTULO II**

### **CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL PRESENTE REQUERIMIENTO**

Conviene dedicar un capítulo especial, previo al desarrollo de las alegaciones de fondo en este escrito, al cumplimiento de los requisitos de acogimiento a trámite y de admisibilidad del presente requerimiento, para demostrar que se reúnen todas las condiciones que la Constitución y la Ley 17.997 exigen para que este Excmo. Tribunal conozca del mismo.

---

<sup>3</sup> Escrito presentado ante el SJL en lo Civil de Antofagasta, p.24.

<sup>4</sup> Escrito presentado ante el SJL en lo Civil de Antofagasta, p.20.



La Constitución, en su artículo 93 incisos 1°, N° 6, y 11°, y la Ley Orgánica Constitucional de este Excmo. Tribunal, 17.977, en sus artículos 31 N° 6, 42, 44 y todos los que integran el párrafo 6° de su Título II, establecen los requisitos que han de cumplirse a fin de que la acción de inaplicabilidad que se ejerce pueda tramitarse y sea declarada admisible.

A continuación, revisaremos cada una de estas exigencias y veremos cómo se cumplen en el presente caso.

### 1. Cumplimiento de requisitos para ser acogido a tramitación

El artículo 82 de la LOCTC dispone que debe cumplirse lo ordenado en sus artículos 79 y 80, a fin de que pueda acogerse a tramitación el requerimiento. Los requisitos establecidos en dichos artículos se encuentran cumplidos en el presente caso, ya que

- i. El requerimiento ha sido deducido por una **persona legitimada**, mi representada, que es parte demandante en el procedimiento pendiente ante el Segundo Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, según consta en la resolución de fecha 26 de mayo de 2020, tal y como lo exige el inciso primero del artículo 79 LOCTC (*“son personas legitimadas las partes en dicha gestión”*);
- ii. Se acompaña al presente requerimiento, en el N°2 del primer otrosí, un **certificado** expedido por el Segundo Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, en que consta la existencia de la causa, el hecho de encontrarse en tramitación y las partes solicitantes, siendo una de ellas el requirente en la presente causa ante US. Excma., tal y como lo exige el inciso segundo del artículo 79.
- iii. El requerimiento efectúa una **exposición clara de los hechos y fundamentos** en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional, tal y como lo exige el artículo 80.
- iv. Por último, el requerimiento, en su **capítulo IV**, indica y desarrolla los **vicios de inconstitucionalidad** que se denuncian, con expresa mención y detalle de las **normas constitucionales que se estiman transgredidas**, a saber: los artículos 4°, 5, y 19 N°2 y 3, todos de la Constitución Política; y el derecho de admisión a funciones públicas (19 N° 17 CPR); cumpliendo así lo prescrito en el artículo 80, parte final, LOCTC.

### 2. Cumplimiento de los requisitos de admisibilidad

Para verificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, seguiremos el esquema planteado por el art. 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que señala las causales de inadmisibilidad de la acción de inaplicabilidad.

- i. Legitimación activa: mi representada se encuentra plenamente legitimada para interponer la presente acción, ya que es parte en la causa pendiente ante el S JL de Antofagasta.

- ii. El precepto no ha sido declarado conforme a la Constitución por este Excmo. Tribunal: en efecto, US. Excma. no ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del precepto impugnado, en las circunstancias concretas que aquí se presentan y bajo las argumentaciones de inconstitucionalidad que aquí se desarrollan.

Esta parte está consciente de que existen pronunciamientos previos respecto del artículo 61 LOCM, y aborda dichos fallos, en sus votos de mayoría y disidencias, en el cuerpo de este escrito. Sin embargo, los casos anteriores conocidos y fallados por US. Iltma. sobre este precepto legal, son muy distintos en su contexto concreto y en su énfasis normativo.

En efecto, y tal como planteó mi representada ante el SJL de Antofagasta, existen antecedentes ciertos que demuestran que la Fiscalía Regional de Antofagasta considera que la incapacidad temporal en el ejercicio del cargo contenida en el artículo 61 de la LOCM opera de pleno derecho, sin necesidad de conocimiento y declaración o constatación judicial alguna.

Precisamente así lo determinó dicha Fiscalía en el año 2008, cuando se formuló una acusación penal en contra del, a la sazón, alcalde de Antofagasta don Daniel Adaro Silva. En dicha oportunidad, la Fiscalía consideró que la suspensión operaba de forma “automática”, ya que una vez presentada la acusación por parte Ministerio Público, éste despachaba oficios a diversas autoridades comunicando el hecho que el acusado se encontraba “suspendido” del cargo.

Como se ve, en este caso concreto, la sospecha respecto a la aplicación automática que se le daría al art. 61 de la LOCM se encuentra confirmada en la propia práctica de la Fiscalía de Antofagasta la que, ante el mero acto de la acusación, entiende que el alcalde se encuentra incapacitado temporalmente para ejercer su cargo, sin que ningún tribunal de justicia controle dicha actuación, y sin que el alcalde o alcaldesa afectada pueda ejercer defensa alguna.

De este modo SS. Excma., las circunstancias de este caso concreto hacen presumible el efecto inconstitucional que tendría la aplicación del precepto impugnado en la gestión pendiente, ya que de verificarse una acusación penal en contra de la alcaldesa Rojo, la Fiscalía Regional de Antofagasta emprenderá una serie de actos para comunicar el cese temporal de su cargo, antes de que dicho acto sea conocido y controlado por un tribunal de justicia.

Como se verá en este requerimiento, el análisis acabado de los fallos previos revela que este Excmo. Tribunal no ha tenido la posibilidad de conocer, ponderar ni resolver sobre los precisos cuestionamientos de constitucionalidad que formula aquí mi representada, en las circunstancias concretas que se encuentra.

- iii. Existencia de gestión judicial pendiente: la demanda pendiente ante el SJL de Antofagasta rol C-2166-2020 constituye la gestión pendiente en la cual se solicita sea declarado inaplicable el precepto impugnado. En

esta controversia, se ha solicitado al dicho tribunal un pronunciamiento acerca del procedimiento para declarar la suspensión temporal de esta requirente, frente a una eventual acusación penal en su contra, así como la declaración de la hipótesis en que operaría una eventual cesación en el cargo de la Alcaldesa Rojo.

- iv. La acción se dirige en contra de un precepto legal: el artículo 61 de la LOCM, cuya inaplicabilidad se solicita, es, sin lugar a dudas, norma de rango legal, de modo que puede ser impugnado por esta vía.
- v. El precepto impugnado puede resultar derecho aplicable, con carácter decisivo, en la resolución del asunto: el artículo 61 de la LOCM **necesariamente tendrá aplicación en la resolución de la demanda que conoce el SJL de Antofagasta**, pues precisamente es esta norma la que contiene la sanción de incapacidad temporal que afectaría eventualmente a mi representada, respecto de la cual mi representada pide el pronunciamiento del referido Tribunal.

En efecto, será sobre la base del artículo 61 de la LOCM que el SJL resolverá respecto al modo en que opera la incapacidad temporal referida, de forma tal que su aplicabilidad directa es previsible en la resolución de la controversia por parte de éste.

En cuanto al carácter decisivo del precepto impugnado, este aparece con toda claridad desde una doble perspectiva, si consideramos que, de ser declarado inaplicable por inconstitucional, el SJL de Antofagasta al resolver el asunto:

- a) no podrá declarar que la suspensión de mi representada en el ejercicio de su cargo de Alcaldesa opera en forma automática ante la eventualidad de una acusación penal en su contra, pues el artículo 61 de la LOCM es el único sustento legal de habilita al SJL a declarar la incapacidad y la suspensión en el cargo de mi representada. Esto es parte esencial de lo que ahí se litiga. En consecuencia, verificada que sea la acusación penal, pero habiéndose acogido esta inaplicabilidad, **no podrá surtir efecto la suspensión automática de mi representada.**
- b) deberá declarar, en consecuencia, que la suspensión, separación y cesación en el cargo de Alcaldesa de mi representada solo puede operar ante una eventual sentencia condenatoria. En efecto, estando vedada la opción de declarar la incapacidad temporal que regula el art. 61, **el SJL de Antofagasta deberá declarar que la cesación en el cargo de la Alcaldesa Rojo se verificaría únicamente ante una condena penal en la gestión pendiente, por aplicación del art. 60, letra a) de la LOC de Municipalidades.**

Recordemos que la exigencia constitucional de admisibilidad, establecida en el artículo 93, inciso 11° de la Carta Fundamental, consiste en que *“la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”*, lo que se confirma en

el artículo 81 de la ley 17.997. Así, acreditada la posibilidad de aplicación de la norma impugnada en la resolución de la demanda pendiente ante el SJJ de Antofagasta, y verificado su impacto decisivo, se cumple suficientemente el requisito indicado.

- vi. La impugnación está fundada razonablemente: el presente requerimiento, como se verá, tiene fundamento plausible y desarrolla de modo completo cada una de las infracciones constitucionales que denuncia, explicando clara y lógicamente la forma en que estas se producen por la aplicación concreta de la norma impugnada.

Como se aprecia, el presente requerimiento cumple plenamente los requisitos de admisibilidad y de acogimiento a trámite que exigen tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que corresponde que US. Excma. entre en su conocimiento y, en definitiva, lo acoja, declarando inaplicable el precepto impugnado en el juicio pendiente.

### CAPÍTULO III

#### INCONSTITUCIONALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY N° 18.695 EN LA GESTIÓN PENDIENTE ANTE EL SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE ANTOFAGASTA.

En este Capítulo se demostrará por qué la aplicación del artículo 61° de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (en adelante, “el precepto impugnado” o “el precepto legal impugnado”), resulta contraria a la Constitución.

En efecto, este requerimiento no versa sobre un asunto de mera legalidad, porque lo que se impugna es el tenor del artículo 61 de la ley N°18.695, precepto tosco, carente de los más básicos resguardos de igualdad, procedimiento justo y deferencia a la democracia republicana que estatuye nuestra Carta Fundamental.

Procedo ahora a demostrar la inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 61 de la ley 18.695 en la gestión pendiente. Para ello, comenzaremos por desarrollar los principios y derechos que fundan este requerimiento para luego demostrar el modo concreto en que la aplicación del precepto impugnado produce efectos contrarios a la Constitución.

#### 1. PRINCIPIOS Y DERECHOS QUE FUNDAN ESTE REQUERIMIENTO.

##### 1.1. Las autoridades electivas y el ejercicio de su mandato son pilares esenciales del régimen democrático y republicano afirmado por el Art. 4° de la Carta Fundamental.

El primer fundamento que sustenta este requerimiento es el **principio democrático**. El artículo 4° de la Constitución, en el Capítulo I, “Bases de la Institucionalidad”, adscribe a Chile a una profunda línea dogmático–jurídica de densa riqueza conceptual, al afirmar: “*Chile es una república democrática*”.

De esta forma, en Chile la **democracia es una base de la institucionalidad**. En su obra *“Derecho Constitucional Chileno”*, el profesor Humberto Nogueira destaca numerosos elementos propios de un régimen democrático, dentro de los que destacan la elección de las autoridades y el respeto de los derechos fundamentales:

*“a su vez, los valores y principios considerados otorgan fundamento a las reglas de procedimiento básicas del régimen democrático: el gobierno de la mayoría en el respeto de los derechos humanos y fundamentales; el respeto y aseguramiento del pluralismo ideológico y político, expresamente asegurado por el artículo 19 N° 15 de la Constitución, 19 N° 6 y 12; la competencia pacífica por el poder a través de elecciones libres, informadas, competitivas, transparentes y limpias, excluyéndose la violencia como método de acción política; la posibilidad permanentemente asegurada constitucionalmente de la alternancia en el poder estatal; el aseguramiento de la autonomía de los cuerpos intermedios de la sociedad, todo ello dentro del marco constitucional y del Estado de Derecho”<sup>5</sup>.*

El llamado **principio democrático** recogido por ese precepto consiste precisamente en garantizar desde la norma jurídica suprema, esto es, desde la Constitución, una fluida generación de autoridades desde la Nación, titular de la soberanía –artículo 5°– y ejercida por el pueblo *“a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece”*, como precisa el artículo 5° inciso primero de la Ley Suprema.

La relevancia fundacional –hasta cardinal– de este principio democrático ha sido asentada por vuestras sentencias, consistentemente. En 2007, vuestro tribunal afirmó que:

*“el principio cardinal del derecho público chileno es aquel comprendido en el artículo 4° de la Constitución Política – “Chile es una república democrática”–, del cual se desprenden, por ser parte copulativa de su esencia, los principios de soberanía, estado de derecho y separación de poderes, enunciados en los artículos inmediatamente siguientes de la Carta”<sup>6</sup>.*

Recientemente, vuestro Excmo. Tribunal ha venido vinculando el principio democrático del artículo 4° con las elecciones populares: *“Por lo pronto, el hecho que Chile es una República democrática (artículo 4°, Constitución). Ello implica la elección de ciertas autoridades superiores del Estado”<sup>7</sup>.*

Previamente, y refiriéndose también a las elecciones como elemento esencial de la democracia, esta alta Magistratura afirmó:

*“el artículo 4° de la Carta Fundamental, que consagra como principio fundamental que Chile es una república democrática, por ser uno de los*

<sup>5</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2012, pp. 598-599.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 681, de 26 de marzo de 2007.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 3108, de 12 de julio de 2016. (Subrayado nuestro).

*rasgos más característicos de esta forma de gobierno instituir sus gobernantes mediante elecciones libres y periódicas*<sup>8</sup>

Es así como la Constitución no solo define que una base de la institucionalidad es el régimen republicano y democrático, sino también afirma simultáneamente que son las elecciones periódicas las que permitirán el ejercicio de la soberanía por el pueblo, y las autoridades que la Carta establece, las que ejercerán también la soberanía (artículo 5° de la Constitución).

Todo esto es relevante para el presente requerimiento, donde la aplicación de un precepto legal infra constitucional **contradice el mandato soberano y electivo de una comuna completa de más de 380.000 habitantes**, que eligió a esta alcaldesa requirente en noviembre de 2016. Como se recordó, el alcalde es una autoridad de rango constitucional, al preverse en el inciso primero del artículo 118 de la Carta Suprema, bajo el párrafo “Administración Comunal”, que la municipalidad *“estará constituida por su alcalde, que es su máxima autoridad, y por el concejo”*.

Pero junto con las elecciones populares como expresión de la democracia, la Constitución define, regla y protege el ejercicio del mandato de las autoridades que ella establece, es decir, de las autoridades que disponen de rango constitucional. El debido, correcto y completo ejercicio de mandato que se le confiere a cada autoridad elegida es un valor de la democracia republicana, modelada por las reglas operativas de un Estado de Derecho (Arts. 6° y 7°).

La Carta Fundamental protege entonces el ejercicio del mandato representativo de sus autoridades constitucionales, sea el jefe de Estado, sus parlamentarios, sean sus ministros de Estado, sus magistrados y también sus titulares máximos de la comunidad local, los alcaldes.

Este carácter democrático no es casual ni novedoso. Desde su nacimiento en el derecho castellano durante el siglo VIII, el municipio *“en su origen es esencialmente democrático y ejerce en verdad el gobierno de la villa”*. Dicha figura administrativa, trasplantada a nuestro país durante el dominio español, ha tenido desde entonces un rol democrático, autónomo y fuerte respecto del poder centralizado<sup>9</sup>, periodo en que, de acuerdo a Fernández Richard *“tienen una característica valiosa, que es la única institución en la cual tienen amplio acceso y representación los criollos”*<sup>10</sup>.

Posteriormente, ya establecida la República independiente, el Reglamento Constitucional de 1812, en su artículo 12, dispuso el carácter electivo por suscripción de los Cabildos. Finalmente, bajo la vigencia la Constitución de 1833, junto con la dictación de la primera Ley de Municipalidades de 1854, entendemos plenamente incorporada a la municipalidad dentro de la estructura de la Administración del Estado, la cual comprendía sólo tres tipos de entidades: el Estado, la Municipalidad y los llamados “establecimientos públicos”, resultando

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2087, de 29 de diciembre de 2011. (Subrayado nuestro).

<sup>9</sup> En este sentido, Fernández Richard destaca que *“Al constituirse inicialmente estos cabildos en las diversas colonias y dada, como decíamos, la lejanía del poder central, vienen a convertirse en verdaderos gobiernos que no se regían por una reglamentación rígida sino que actuaban en las más diversas materias que interesaban al provecho o interés de la comunidad. Ver: FERNÁNDEZ RICHARD, José, Derecho Municipal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 33.*

evidente la importancia del órgano municipal<sup>11</sup>. Durante este período, la elección de los municipales también es directa. Desde entonces y hasta nuestros días, nuestro ordenamiento constitucional ha acogido la democracia municipal como uno de sus pilares de la república.

Si la generación de la autoridad electiva de rango constitucional es el corazón de una república democrática, no es indiferente para la Constitución y su principio democrático el que se perturbe, suspenda o ponga fin al ejercicio del cargo de un representante de rango constitucional: en ello se juega la calidad de la democracia, el respeto a la soberanía de la cual emana ese mandatario. Por el contrario, el adecuado avance hacia el bien común de la sociedad y a “*la mayor realización material y espiritual de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional*” (art. 1, inciso 4°), exige que las autoridades se desempeñen, bajo las reglas del derecho, con la mayor estabilidad posible.

Repugnaría a la democracia que leyes o reglamentos violentaren ese ejercicio tranquilo y pacífico del mandato electivo de una autoridad constitucional.

En efecto, la suspensión o pérdida del cargo por parte de una autoridad de rango constitucional elegida popularmente es un **evento excepcionalísimo**, de derecho estricto, que contradice la voluntad popular. Por ello, sólo causas graves, debidamente evaluadas por el constituyente en la misma Carta Fundamental y conocidas por un tribunal, habilitan la suspensión o el cese de las funciones del cargo electivo y, por cierto, de un alcalde, como se verá.

- **Consideración adicional: el legislador no ha validado la legitimidad democrática del art. 61 de la Ley 18.695.**

Este Excmo. Tribunal, en sentencia rol N° 4103-17, argumentó que el propio legislador habría confirmado que la legitimidad democrática en la elección del alcalde no resultaba incompatible con la suspensión en el cargo de dicha autoridad producto de una acusación penal.

En efecto, sostuvo S.S. Iltma que:

*“Posteriormente, la ya aludida Ley N° 19.130, dispuso que el alcalde sería elegido por sufragio universal y que duraría cuatro años en el cargo, pudiendo ser reelegido...*

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

*Finalmente, casi una década después y sin derogar o modificar el artículo 61, la Ley N° 19.737, en 2001, estableció que sería elegido alcalde el candidato que obtuviera la mayor cantidad de sufragios válidamente emitidos en la comuna, esto es, excluidos los votos en blanco y los nulos,*

---

<sup>11</sup> Sobre esta etapa, el profesor Pantoja explica que “*Apoyada en la columna vertebral de la centralización administrativa, la Constitución de 1833 concibió un mundo organizacional administrativo integrado por tres tipos de grandes estructuras administrativas: el Estado, las municipalidades y los establecimientos públicos*” PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La organización administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 18.

*según determinara el Tribunal Electoral Regional competente y, en caso de empate, se determinaría por sorteo” (c.9°).*

De este modo, S.S. plantea que el legislador habría considerado que la suspensión temporal en el cargo del alcalde que ordena el precepto impugnado resulta plenamente compatible con el principio democrático, en caso que se dedujera una acusación penal en contra del alcalde. Es decir, ponderando el legislador ambos bienes jurídicos, éste consideró que ambos resultaban armónicos, tanto al discutir y aprobar la Ley 19.130 en 1992, como la Ley N° 19.737, en 2001.

Sin embargo Excmo. Tribunal, cabe advertir que el razonamiento expuesto **omite un dato fundamental** y que, a juicio de este requirente, impide afirmar la armonía y coherencia del art. 61 con la Carta Fundamental: tanto en el año 1992 como en el año 2001 –es decir, previo a las reformas del año 2005– el legislador se encontraba frente a un texto constitucional radicalmente distinto en el punto que nos atinge, cuyo contenido impide afirmar la conclusión a la que arribó este Excmo. Tribunal.

En efecto, el antiguo artículo 16 N°2 de la Constitución estipulaba en aquel entonces que el derecho a sufragio se suspendía *“por hallarse la persona procesada por delito que merezca pena afflictiva...”*. A este respecto, y como lucidamente apuntó el Ministro Romero en su voto disidente en el fallo rol N° 4103-2017:

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

Concluye luego el aludido ministro que:

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

De este modo, y como veremos en detalle más adelante, **el acusado** simplemente no cuenta con ninguna de estas garantías de resguardo y protección de sus derechos fundamentales, por lo que se encuentra en una situación de radical desprotección si se compara con aquella de la que gozaba el sujeto procesado.

En consecuencia, resulta incorrecto afirmar que el legislador estimó compatible el art. 61 de la LOC de Municipalidades con el principio de legitimidad democrática, y ello porque los elementos de juicio para juzgar dicha compatibilidad son radicalmente distintos antes y después de las reformas del año 2005, porque, como vimos, un alcalde procesado no es lo mismo que un alcalde acusado. En el caso de este último, **basta el acto acusatorio por parte del**



fiscal, sin control jurisdiccional alguno, para que el alcalde se entienda automáticamente cesado en su cargo.

En síntesis, no existen antecedentes que permitan sostener que el legislador ha validado la legitimidad democrática del art. 61 de la Ley 18.695.

Con todo, y aun concediendo hipotéticamente que el legislador hubiera validado la legitimidad democrática del art. 61 de la LOCM, cabe advertir que ello se trata simplemente de una opinión del órgano legislativo, que excede sus competencias y que en ningún caso resulta vinculante para la justicia constitucional, la que precisamente debe controlar que las actuaciones del legislador no vulneren las garantías que dispone el ordenamiento constitucional.

### **1.2. La aplicación de una causal de pérdida de un cargo electo de rango constitucional exige plenitud de garantías del justo y racional procedimiento (art. 19 N°3 de la CPR)**

El segundo principio que sustenta este requerimiento afirma la plena aplicación del justo y racional procedimiento garantizado en el artículo 19 N°3, inciso sexto de la Carta, al conocimiento, prueba y declaración de cualquier causal de incapacidad o suspensión en el ejercicio de un cargo público, de rango constitucional, elegido por sufragio popular.

Bajo este principio, que salvaguarda el principio constitucional de inocencia, se deducen las siguientes exigencias:

- i. La limitación o extinción de ejercicio de un derecho político esencial –a ser elegido– requiere competencias y procedimientos específicos.

Están proscritas, entonces, las competencias genéricas o derivadas, como es el caso de una incapacidad para un cargo electivo de rango constitucional –el alcalde– que no es conocida por un tribunal de justicia, sino detonada por la decisión de un Fiscal que presenta una acusación, **la que es sometida a un control meramente formal por el juez de garantía, y que solo admite alegaciones por parte del acusado en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral (“APJO”), es decir, desde 25 hasta 35 días después de haber sido presentada la acusación y producida la cesación en el cargo de alcalde.**

Como advirtió el voto de minoría de los ministros Carmona y García en la sentencia de este Tribunal rol N° 2916, de 2016: *“Que aunque parezca una obviedad, la Constitución establece un conjunto amplio de derechos políticos que no son susceptibles de ser reducidos al derecho de sufragio en su fase activa. De esta manera, se dispone que “la 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” (inciso segundo del artículo 13 de la Constitución). Asimismo, la Constitución cautela el acceso a la función pública (artículo 19, numeral 17°), a la Administración del Estado (artículo 38 de la Constitución) y la participación en partidos políticos (artículo 19, numeral 15° de la Constitución). Todos ellos articulan el régimen democrático desde el punto de vista de los ciudadanos la que institucionalmente se configura*

*con un esquema de organización de los poderes que facilita la autonomía de las decisiones de los mismos, junto a un régimen de controles intra e interórganos;*” (considerando 12°).

Y agregan los ministros: *“Por tanto, se ha de responder acerca de quién es competente, bajo qué reglas normativas y con qué procedimiento para extender la afectación circunscrita a un derecho político, a otros derechos afectando, de paso, el esquema organizativo de poderes”* (considerando 13°).

Cómo se ve, los Ministros citados destacan la necesidad de que toda limitación o extinción de un derecho político garantizado por la Constitución, requiere de un procedimiento específico para ser decretada, asignando dicha competencia a un órgano claramente identificado. En consecuencia, cualquier limitación o extinción a tales derechos no puede ser el resultado automático de un acto emanado de una autoridad administrativa (Fiscal), sin que medie un procedimiento específico y sin que se le haya asignado expresamente dicha competencia.

- ii. El conocimiento y resolución de una inhabilidad temporal de ejercicio de un cargo público electo democráticamente requiere un procedimiento contradictorio pleno y un tribunal competente, y jamás operar por derivación consecencial objetiva.

El artículo 61 consagra una operación que se pretende aplicar en forma automática, de pleno derecho, sin ulterior conocimiento ni apreciación por tribunal alguno, y sin procedimiento contradictorio posible. Esta es precisamente la aplicación que varios Tribunales Electorales del país le han dado al precepto impugnado, en casos análogos a los que motivan el requerimiento de autos<sup>12</sup>.

Con su fórmula de *“se entenderá temporalmente incapacitado para el desempeño de su cargo...”*, el artículo 61 de la ley 18.695 permite hacer operar automáticamente la suspensión del cargo elegido democráticamente por la sola suspensión al derecho a sufragio, arrastrando un derecho político distinto –el sufragio pasivo o derecho a ser elegido– del sufragio activo, todo por norma meramente legal, y sin procedimiento alguno. Con esto, evade exactamente este principio constitucional, que obliga al legislador a *“velar siempre por las garantías de un procedimiento e investigación justos y racionales”* (art. 19 N°3, inciso sexto).

Como acertadamente afirman los mismos Excmos. Magistrados en su disidencia ya citada:

<sup>12</sup> En efecto, en los roles número 5742–2017 y 5778–2017 del Tribunal Electoral Regional de la Región Metropolitana caratulados individualmente como “Atenas con Olavarría” y “Vásquez con Olavarría, el TER declaró por resolución de 9 de noviembre de 2017 que: *“...habiendo operado de pleno derecho la incapacidad temporal de don Mario Antonio Olavarría Rodríguez para el desempeño del cargo de alcalde de la Municipalidad de Colina desde el 29 de septiembre de 2017, deberá procederse a su inmediato reemplazo en la formas que dispone el artículo 62 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, mientras dure esa incapacidad...”*

*“Que, sin embargo, por un efecto carambola y sin que ninguna norma constitucional lo disponga se produce, por el artículo 62 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, la “incapacidad temporal para ejercer el cargo”. Más allá de las restricciones que establece el propio artículo 16 de la Constitución, se produce la pérdida temporal de un cargo de elección popular” (considerando 21°).*

Y continúan:

*“Que, en síntesis, por el cierre de una actividad administrativa del Ministerio Público, bajo tuición judicial pero sin su autorización, se formaliza una investigación en contra de persona determinada, en delitos que merecen penas aflictivas (prácticamente todos ellos), afectando derechos subjetivos expresos en la Constitución y autorizados por ella (suspensión del derecho de sufragio) y otros derechos políticos sin que la Constitución lo disponga (incapacidad temporal en un cargo de elección popular)” (considerando 22).*

Y, por último, más adelante y acertadamente también, este lúcido voto niega la constitucionalidad de una aplicación automática de la causal de suspensión del cargo de alcalde por obra del art. 61 de la ley 18.695:

*“Que, en consecuencia, respecto de todos los cargos electos democráticamente no existe ninguna aplicación automática de la regla de suspensión del derecho de sufragio que se traduzca inmediatamente en la suspensión del cargo. Siempre se requiere una intervención judicial cualificada y con procedimientos más complejos. Sin embargo, esta conclusión no es completa porque queda pendiente de analizar la situación no regulada en la Constitución de los alcaldes, los consejeros regionales y los concejales” (considerando 30, subrayado nuestro).*

En efecto, como lúcidamente subraya el considerando citado, resulta anómalo — considerando el caso de otras autoridades electas democráticamente—, que proceda la cesación o suspensión automática de una autoridad electa por verificarse el mero hecho de una acusación penal en su contra. Por el contrario, las causales de cesación o de suspensión de las autoridades democráticas van aparejadas de una instancia de control jurisdiccional sustantivo.

Así, por ejemplo, en el caso de los senadores y diputados, las causales de cesación y suspensión en el cargo se encuentran reguladas en los arts. 60 y 61 de la Constitución. Sin embargo, ninguna de dichas causales opera de forma automática, sino que requieren previamente:

- el pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional, en el caso de las causales de cesación (art. 93 N° 14 de la CPR);
- la resolución firme de la Corte Suprema que rechace la apelación deducida en contra resolución del Tribunal de alzada de la jurisdicción respectiva que autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa, en el caso de la causal

de suspensión en caso de presuntos delitos cometidos por diputados o senadores (art. 61 de la CPR).

De este modo, y tal como el ejemplo citado ilustra claramente, la inconstitucionalidad de la aplicación automática de una causal tan grave de limitación a un derecho político, sin un tribunal preciso y sin un procedimiento especialmente previsto y con una aplicación que se pretende automática, como si fuera “del efecto del efecto”, proviene de su inevitable **contradicción con la esencia del derecho al justo y racional procedimiento (art. 19 N° 3)**, además de su colisión con los ejes del sistema democrático, artículos 4, 5, 13, 16 y 18, todos de la Ley Suprema.

Es especialmente acertado el voto disidente particular del Ministro don Juan José Romero en la Sentencia Rol N° 2916, cuando subraya exactamente el vicio de vulnerar el justo y racional procedimiento en el artículo 61 tantas veces citado:

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

Como se ve, el Ministro objeta acertadamente el déficit constitucional del precepto impugnado, el cual dispone la suspensión del derecho sufragio ante la mera presentación de la acusación por parte del Fiscal, detonando la cesación temporal en su cargo, sin que exista un mínimo control jurisdiccional de dicho acto, infringiendo claramente la garantía de un justo y racional procedimiento.

iii. El alcalde tiene derecho a las mismas garantías básicas que las otras autoridades de elección por sufragio popular.

Un último eje de este requerimiento consiste el **principio de igualdad**, recogido tanto en el N°2 del artículo 19, que la cláusula general de principio de isonomía, como el numeral 17 del mismo precepto, que garantiza la igualdad en la admisión a los cargos públicos, como es el alcalde.

Esta igualdad, en carácter de garantía democrática, comprende también una igual defensa, un igual acceso a procedimientos, instancias y órganos cuando se impute una causal de inhabilidad. En definitiva, se trata de una igualdad básica de trato de quienes se encuentren en la misma situación, de por sí muy excepcional, de ser autoridades popularmente electas.

Como fundamento afirmaron los ministros disidentes en aquel caso y se ha explicado en este requerimiento, las demás autoridades elegidas democráticamente disponen de procedimientos, defensas y garantías que la aplicación del art. 61 de la ley 18.695 le priva a esta alcaldesa requirente.

Concluyeron los magistrados:

*“La Constitución regula el efecto directo de la suspensión del derecho de sufragio, en cuanto configura una pérdida de un requisito general de elegibilidad. Sin embargo, no es el mismo tribunal el que interviene generando el efecto de la suspensión o incapacitación temporal en el cargo. Todas las autoridades electas democráticamente tienen un mecanismo jurisdiccional adicional y específico que vela por la satisfacción de la justicia en la ejecución del principio de responsabilidad penal de todos, pero a su vez, resguarda los efectos institucionales de hacer cesar temporalmente en el cargo a una autoridad elegida por la ciudadanía”* (considerando 44°).

Profundizando sobre la igualdad ante los cargos públicos, el artículo 19 N° 17 de la Constitución asegura a todas las personas:

*“La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”.*

Esta garantía, conocida también como de “igual acceso a los cargos y funciones públicas”, persigue asegurar a todas las personas la posibilidad de optar a cargos en los diversos poderes del Estado, siempre que se cumplan los requisitos previamente establecidos por la ley.

En este sentido, la doctrina explica que esta garantía constitucional encuentra su origen en la revolución francesa, buscando erradicar la arbitrariedad en la selección de las personas destinatarias de empleos públicos. Al respecto, el profesor Evans de la Cuadra señala que: *“Este derecho constitucional aparece (...) como reacción en contra del favoritismo del monarca, que designaba a su arbitrio y gusto a las personas que debían desempeñar cargos públicos, generalmente escogidas de entre las que formaban parte de sectores sociales muy determinados.”*<sup>13</sup>

La recepción de este precepto tendría lugar en nuestro país ya en la Constitución de 1833 y posteriormente en la de 1925, en ambos casos con redacciones similares a la actual.

Además de su origen, la doctrina suele destacar el **valor democrático** de esta garantía, pues concretiza y da efectividad a uno de los derechos básicos que emanan de la calidad de ciudadano: el derecho a optar a cargos públicos. En este sentido, el profesor Cea Egaña define al

---

<sup>13</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique *Los Derechos Constitucionales, Tomo II* Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, 2004, p. 270.

ciudadano como “*el individuo que, en calidad de titular de los derechos y deberes políticos, interviene en el gobierno de un Estado de Derecho*”<sup>14</sup>. Postular a cargos públicos y ejercerlos son formas de participación efectiva en el gobierno de un Estado, de modo que esta garantía asegura precisamente dicha potencialidad del estatuto de ciudadano.

Atendiendo a la trascendencia de esta garantía en un Estado democrático, la doctrina ha establecido que toda limitación a su ejercicio debe estar plenamente justificada. En efecto, si bien la Constitución misma permite al legislador intervenir en su configuración, señalando los requisitos que deben cumplirse en cada caso, el núcleo esencial de la garantía exige en que éstos deben ser razonables, justificados e iguales para todos quienes pretendan acceder a un mismo cargo. En este sentido, el profesor Evans de la Cuadra explica que “*la Constitución establece un trato igualitario para el acceso a las funciones públicas. El postulante a ellas sólo debe reunir los requisitos que, para cada caso, exijan la Constitución o las leyes y que deben ser ajenos a toda distinción odiosa o injustificable*”<sup>15</sup>.

Así, y en lo que interesa a este requerimiento, los requisitos o impedimentos que en definitiva se establezcan por el legislador sólo serán válidos en la medida que **sean objetivos y se encuentren plenamente justificados**, lo que comprende la exclusión de diferencias odiosas o arbitrarias.

En este sentido, la profesora Vivanco explica el objetivo de estos requisitos de la siguiente forma: “*Lo que se busca evitar es que los cargos públicos sean desempeñados por grupos que resulten privilegiados en atención a la posibilidad de contactos que tienen, estableciendo requisitos objetivos y de acuerdo a cada función a desempeñar.*”<sup>16</sup>

En la misma línea, este Excmo. Tribunal, ha precisado el contenido de esta garantía, y los límites que pueden fijarse por el legislador, señalando que el artículo 19 N° 17 “*asegura a todas las personas la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la constitución y las leyes, y de su claro tenor fluye que garantiza que las condiciones de acceso a la función pública sean igualitarias, ajenas a toda arbitrariedad y discriminación*”<sup>17</sup>.

Pues bien, precisamente lo que ocurre en el presente caso es que, el artículo 61 de la LOCM establece una incapacidad temporal para el desempeño del cargo de alcalde (o concejal), que distorsiona el sentido del artículo 16 de la Constitución, afectando por ende en el núcleo esencial del derecho de admisión a las funciones públicas y la permanencia en ellas.

---

<sup>14</sup> CEA EGAÑA, José Luis *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I*, Ediciones Universidad Católica, 2002, p.324

<sup>15</sup> EVANS DE LA CUADRA, Óp. Cit. p.270.

<sup>16</sup> VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela *Curso de Derecho Constitucional, Tomo II* Ediciones Universidad Católica, Segunda Edición, 2006, p. 465.

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional, sentencia rol N° 141-1992, considerando 16°.

En efecto, al no disponer el precepto impugnado de control jurisdiccional alguno respecto de la causal de cesación temporal en el cargo de alcalde que éste regula, incurre en una vulneración evidente a la garantía de igualdad en el acceso a los cargos públicos (art. 19 N°2 y 17 de la CPR), ya que éste no dispone para los alcaldes iguales derechos, oportunidades de defensa, procedimientos e instancias con las que sí cuentan otras autoridades democráticas, cuando se les imputa una causal de inhabilidad para ejercer el cargo.

De este modo, el art. 61 de la LOCM incumple con las condiciones o características que, a juicio de la doctrina y jurisprudencia citada, deben satisfacer los límites al derecho al acceso a las funciones públicas. En efecto, la cesación automática en el cargo de alcalde ocurrida ante la mera acusación por parte del Fiscal, sin control jurisdiccional alguno, comporta una limitación desigual, arbitraria e injustificada al derecho a acceder y ejercer el cargo de alcalde, ya que deja a dicha autoridad democrática en una evidente posición de indefensión si se la compara con las restantes autoridades democráticas que regula la Constitución.

## **2. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY 18.695 EN LA GESTIÓN PENDIENTE ANTE EL SJL DE ANTOFAGASTA VULNERA LA CONSTITUCIÓN POR TRES VÍAS DIFERENTES.**

Con los antecedentes del subcapítulo anterior, explicaré al Excmo. Tribunal, a modo conclusivo, por qué la aplicación del artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695, resulta decisivamente contraria a la Constitución en la gestión pendiente seguida ante el SJL de Antofagasta.

### **2.1. Carece de un tribunal competente, independiente, preciso e indubitado que la conozca y declare.**

Hemos demostrado que el conocimiento, prueba y resolución de una causal de suspensión o terminación en el cargo de una autoridad constitucional elegida democráticamente, exige de un juez natural, independiente y especializado que la declare. Su ausencia produce la infracción de los más básicos estándares del justo y racional procedimiento, franqueados a todas las personas por los incisos 5° y 6° del N°3 del artículo 19 de la Carta.

#### **2.1.1. Justicia Electoral y su precaria o nula competencia. Necesidad de esta requirente de recurrir a los tribunales civiles.**

Ni el artículo 61 de la ley 18.695, ni ningún otro cuerpo legal chileno prevé específicamente, con rotundidad, un Tribunal competente para conocer y declarar esta causal. A tal punto llega la omisión del precepto que, en el caso de mi representada, la Justicia Electoral incluso se declaró incompetente para conocer de la demanda que solicitaba su pronunciamiento respecto del modo en que opera el art. 61 de la LOCM, en el caso que al Alcaldesa Rojo fuera objeto de una acusación penal.

En efecto, frente al requerimiento de un grupo de concejales de la comuna de Antofagasta solicitando dicho pronunciamiento<sup>18</sup>, nuestra parte compareció ante el Tribunal Electoral de Antofagasta en calidad de tercero independiente. Por resolución de fecha 29 de enero de 2020, el Tribunal Electoral Regional de Antofagasta no admitió a tramitación dicha demanda afirmando carecer de competencia para ello, lo que posteriormente fue confirmado por el TRICEL en sentencia de fecha 5 de mayo de 2020 (ROL 18-2020).

En efecto, el Tribunal Electoral Regional de Antofagasta, en causa 1-2020 declaró que:

*“Atendido el mérito de los antecedentes y de conformidad al artículo 10 de la Ley N°18.593, de los Tribunales Electorales Regionales, se omite todo pronunciamiento por falta de competencia.”*

Apelada dicha resolución por los demandantes, así como por mi representada, el Tribunal Calificador de Elecciones, en causa 18-2020 declaró el día 5 de mayo de 2020 que:

*“Vistos: Se confirma la resolución apelada de veintinueve de enero de dos mil veinte, escrita a fojas 49 vuelta.”*

Luego de conocer esta resolución de la Justicia Electoral, y considerando que en un Estado de Derecho —aplicando el mandato del artículo 19 N° 3 de la Carta—, ninguna decisión que afecte los derechos de una persona puede quedar sin amparo jurisdiccional, mi representada interpuso una demanda declarativa ante el SJL de Antofagasta, que es la gestión pendiente en que incide esta inaplicabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, y advirtiendo SS. Excma. que, como hemos mostrado, la Justicia Electoral llega incluso a negar que posee la competencia para conocer y declarar el modo en que aplica el art. 61 de la LOCM, existen otros casos en los cuales ella ha ejercido dicha competencia, aunque de un modo precario o automático.

En efecto, los Tribunales Electorales Regionales suelen comprender en forma muy acotada su competencia a este respecto, ya sea negando que gocen de la potestad para calificar la causal del art. 61 de la ley 18.695, o bien limitándose simplemente a constatar que la incapacidad temporal del alcalde ha operado de pleno derecho ante la mera verificación de la acusación penal.

Así, por ejemplo, con fecha 22 de mayo de 2008 el Tribunal Electoral Regional de Puerto Montt, conociendo de una solicitud de declaración de incapacidad temporal del art. 61 de la LOCM deducida en contra del entonces alcalde de Llanquihue, sostuvo en su sentencia que:

*“... el artículo 61 de la Ley de Municipalidades establece que el alcalde cuyo derecho a sufragio se suspenda por alguna causal prevista en el artículo 16 de la Carta Fundamental ” ...se entenderá temporalmente incapacitado para el desempeño en su cargo”, sin especificar que dicha incapacidad deba*

---

<sup>18</sup> Sres. Santolaya, Soto, Pozo y Dantagnan, en causa rol N° 1/2020 y acumuladas.



*ser declarada por un tribunal, por lo que es dable concluir, y así lo ha entendido la Contraloría General en los dictámenes antes señalados, y también dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 de la Carta Fundamental, que debe entenderse que la institución operaria por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de una nueva declaración judicial confirmatoria del auto de procesamiento que somete a juicio a una persona por un delito que merezca pena aflictiva” (c.3°).*

Por su parte, con fecha 9 de noviembre de 2017 el Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana, conociendo también de una solicitud de incapacidad temporal del art. 61 de la LOCM, resolvió que:

*“habiendo operado de pleno derecho la incapacidad temporal de don Mario Antonio Olavarría Rodríguez para el desempeño del cargo de alcalde de la Municipalidad de Colina desde el 29 de septiembre de 2017, deberá proceder a su inmediato reemplazo en la forma que dispone el artículo 62 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, mientras dure dicha incapacidad”;*

Lo casos citados demuestran de forma patente el vicio constitucional del artículo 61 impugnado: se aplica de una forma en que no se abre margen alguno a un tribunal para conocer y calificar la causal de incapacidad temporal, porque ésta operaría de pleno derecho. En efecto, si el SJL de Antofagasta estima en la gestión pendiente —al igual que la Justicia Electoral, cuando ejerce su potestad— que la causal del artículo 61 de la ley 18.695 opera de pleno derecho y nada le cabe apreciar ni ponderar, entonces la intervención de dicho tribunal es inconcusa; carece de sentido su competencia. Ello demuestra la precariedad de la norma cuya inaplicabilidad solicito.

De este modo S.S Excma., en el caso concreto de autos, resulta altamente probable que la aplicación del precepto legal impugnado sirva para que el SJL de Antofagasta —al igual que los tribunales electorales— declare que ante la verificación de una acusación penal en contra de la Alcaldesa Rojo, éste se debe limitar a constatar dicha circunstancia, procediendo a declarar la incapacidad temporal de mi representada y su procedimiento de reemplazo, sin que haya mediado oportunidad de defensa ni control jurisdiccional alguno, consolidando la destitución de pleno derecho ante la sola acusación del Fiscal.

### **2.1.2. La acusación fiscal a la que se refiere el precepto impugnado proviene de un funcionario estatal —Fiscal— y el Juez de Garantía no autoriza mérito de fondo (art. 270 Código Procesal Penal).**

La falta de toda intervención judicial en el conocimiento y declaración de la causal del artículo 61 se confirma al atender a la naturaleza de la acusación fiscal que eventualmente podría sufrir la Alcaldesa de Antofagasta.

Como ya sabe bien US. Excma., la acusación fiscal que detona la supuesta operación de la causal de incapacidad que podría afectar a esta requirente, proviene de un funcionario administrativo, el Fiscal del Ministerio Público.

Es decir, tenemos que, como una sucesión de efectos indirectos, uno previsto por la Constitución —la suspensión del derecho a sufragio— y otro no previsto por la

Constitución –el artículo 61 de la ley 18.695– una acusación fiscal que emana de un funcionario administrativo, detona la incapacidad temporal de una autoridad de rango constitucional elegida democráticamente.

Es decir, en la aplicación que se puede dar al artículo 61 en la gestión pendiente, depende exclusivamente de la voluntad de un funcionario no jurisdiccional - al que la Carta Fundamental le prohíbe ejercer funciones jurisdiccionales -, el suspender a una autoridad elegida democráticamente. Si se armoniza esta irregular situación con lo previsto en el artículo 83, inciso tercero, quedará patente la colisión entre el artículo 61 y la Carta Fundamental:

*“Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa”*

La colisión entre el artículo 61 que impugno y el artículo 83 de la Ley Suprema es nítida e innegable.

Esta situación ya fue detectada por US. Excma., como lo declaró en la sentencia rol N° 2919–2016:

*“El Ministerio Público, junto con formular su acusación, debe requerir dicha autorización judicial, precisamente porque esa actuación suya es la que trae aparejada la aplicación del artículo 61 de la ley N° 18.695.”*

De este modo, a SS. Excma. le parece inaceptable que la acusación se presente sin autorización judicial, la que sanearía la operación del artículo 61.

**Ahora bien, ¿consiste el control formal de la acusación penal que realiza el Juez de Garantía en virtud del art. 259 del CPP en un control sustantivo que pueda considerarse como una “autorización judicial previa” que ampara los derechos del alcalde o alcaldesa que se encuentra en la hipótesis del art. 61 de la LOCM?**

La respuesta S.S Excma. es **rotundamente negativa** si se considera:

- i. Que este Excmo. Tribunal ha dicho en fallos recientes que la “autorización judicial previa” que satisface el estándar exigido por la Carta Fundamental es aquella que se produce mediante un procedimiento en que el sujeto afectado en sus derechos **tiene la oportunidad de intervenir** (STC Rol N° 5.540, c.75°);
- ii. Que respecto al control jurisdiccional de la acusación penal este Tribunal ha dicho que *“la acusación no solo refiere a cuestiones meramente formales, sino que contiene elementos sustantivos de la indagación penal, todos los cuales deben ser examinados por el juez y pueden ser debatidos por el imputado”* (STC Rol N°4103, c.24°);
- iii. Que, sin embargo, S.S Excma., **lo anterior no es efectivo**, ya que ni la acusación del fiscal puede ser debatida por el imputado ni el control que realiza del Juez de garantía es de naturaleza sustantiva;

- iv. Que, en efecto, según lo disponen expresamente los arts. 260, 263 y 270 del CPP, una vez realizada la acusación por parte del fiscal, el imputado adquiere automáticamente la calidad de acusado, **y éste no podrá debatir ningún elemento o contenido de la acusación sino hasta transcurridos 25 hasta 35 días desde que se haya notificado la acusación, cuando tenga lugar la Audiencia de Preparación del Juicio Oral.**

Es decir, mi representada por aplicación del precepto impugnado en la gestión pendiente, podría estar al menos 25 días en calidad de acusada –con la consecuente incapacidad temporal para ejercer su cargo– sin que pueda debatir ni una coma de la acusación penal ni vicio formal alguno presente en ella, y sin siquiera poder discutir excepciones de previo y especial pronunciamiento, cuyo conocimiento y discusión el art. 271 del CPP reserva para la APJO (*“Resolución de excepciones en la audiencia de preparación del juicio oral. Si el imputado hubiere planteado excepciones de previo y especial pronunciamiento, el juez abrirá debate sobre la cuestión”*).

- v. Que, respecto a la naturaleza del control de la acusación que realiza el Juez de Garantía en virtud del art. 259 del CPP cabe advertir S.S Excma. que éste **no reviste naturaleza sustantiva sino puramente formal.**

En efecto, este Excmo. Tribunal no debe confundir la naturaleza de los *requisitos de contenido* que enumera el art. 259 del CPP con la naturaleza de la *operación de control* que realiza el Juez de Garantía para proceder a su tramitación. Efectivamente el art. 259 enumera elementos sustantivos de indagación penal (v.gr. calificación jurídica de los hechos, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, participación que se atribuye al acusado, etc.), sin embargo, el Juez de Garantía no debe controlarlos sustantivamente –es decir, no debe juzgar su plausibilidad ni fundamento– sino simplemente se limita a constatar que el requisito se encuentra formalmente contenido en la acusación, para luego tenerla por interpuesta.

De este modo S.S Excma. el Juez de Garantía solo realiza un control estrictamente formal de la acusación emitida por el Fiscal, cuyo contenido el acusado no podrá controvertir sino hasta al menos 25 días después de haber adquirido la calidad jurídica de acusado, pero, en el intertanto, los efectos que produce son devastadores: se detona la suspensión del derecho a sufragio y, en el caso concreto de mi representada, la declaración de su incapacidad temporal para ejercer el cargo de Alcaldesa de Antofagasta.

En síntesis, en nuestro ordenamiento jurídico no existe contrapeso jurisdiccional a la voluntad autónoma del Fiscal de presentar su acusación. Si la autoridad del juez solo puede hacerse efectiva en la APJO, es decir, hasta 35 días después que se ha producido la acusación penal, ¿qué magistratura hace un control de fondo de la legalidad y procedencia de la acusación? ¡Ninguna! No existe tribunal alguno convocado a revisar un acto de tal trascendencia democrática.

Aquí radica el vicio más nítido del artículo 61 y su aplicación en autos. En efecto, su aplicación en la gestión pendiente produciría la declaración de incapacidad temporal de mi representada, en el evento que se presente una acusación penal

en su contra, sin que exista control jurisdiccional alguno ni autorización judicial previa que disponga la oportunidad efectiva de defensa, lo que vulneraría flagrantemente el art. 19 N°3 de la Carta Fundamental.

### **2.1.3. Elemento adicional: circunstancias del caso concreto intensifican el efecto inconstitucional de la aplicación del art. 61 de la LOCM.**

Sin perjuicio que con lo dicho hasta aquí basta para demostrar el efecto inconstitucional de la aplicación del art. 61 de la LOCM en el caso concreto, en tanto que su aplicación detona la suspensión en el cargo de mi representada ante la eventualidad de una acusación penal en su contra, sin que exista control jurisdiccional sustantivo de dicha medida sino hasta al menos 25 días desde que ésta se presente, cabe analizar también algunas circunstancias concretas del propio proceso penal que se sigue en contra de mi representada que intensifican o agravan los efectos inconstitucionales de la aplicación del precepto impugnado en la gestión pendiente.

En efecto, en la causa penal RIT 5847-2018 seguida ante el Juzgado de Garantía de Antofagasta, cuya investigación dirige el fiscal señor Cristián Aguilar resultaron formalizados por el delito de fraude al fisco los señores José Miguel Izquierdo, Mauro Robles y mi representada la Alcaldesa Karen Rojo. En extrema síntesis, el delito de fraude que se imputa consiste en asesorías personales que el señor Izquierdo le habría prestado a mi representada, las que se habrían presentado como asesorías a la Corporación Municipal de Desarrollo Social, las que supuestamente no se habrían realizado. Asimismo, dichas asesorías personales se habrían pretendido esconder o “camuflar”, también, a través de supuestas asesorías prestadas a la Corporación Cultural de Antofagasta, cuyo secretario ejecutivo era, a la sazón, el señor Robles.

El señor Fiscal decidió ofrecer la suspensión condicional del procedimiento tanto al señor Izquierdo como al señor Robles, optando por continuar la investigación en contra de la Alcaldesa Rojo. Sin embargo, y esto es lo que llama la atención respecto a este trato diferenciado, los señores Izquierdo y Robles, beneficiados con la suspensión condicional, sostuvieron afirmaciones contradictorias en sus declaraciones: el primero afirmando que prestó efectivamente la asesoría en favor de la Corporación Cultural de Antofagasta y el segundo negando aquello, aseverando que tal contrato era una “pantalla” para justificar el pago de honorarios por asesorías personales que Izquierdo prestaba a mi representada.

Si bien la suspensión condicional del procedimiento se trata de una solicitud por parte del fiscal al juez de garantía que se rige por los requisitos establecidos en el art. 237 del Código Procesal penal, se trata, sin embargo, de una actuación de un funcionario estatal que debe regirse por el principio de igualdad, evitando incurrir en actuaciones que impliquen una discriminación arbitraria. En efecto, La Constitución, en su artículo 19 N°2 inciso segundo, prohíbe toda “distinción arbitraria”, esto es, aquella que es caprichosa o injustificada. Así lo ha declarado SS. Excm.:

*“por discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable.*

*Por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferenciación irracional o contraria al bien común*<sup>19</sup>.

Dicho lo anterior, **aparece como nítidamente carente de racionalidad la decisión del Fiscal de ofrecer la suspensión condicional del procedimiento a dos imputados que sostienen versiones contradictorias respecto del mismo hecho**, máxime si éste funda la plausibilidad de la comisión del delito de fraude al fisco (la efectividad de que el señor Izquierdo prestó efectivamente o no una asesoría a la Corporación Municipal de Antofagasta).

De este modo, la inconstitucionalidad de la aplicación del art. 61 de la LOCM, en este caso concreto, se ve agravada por el hecho de que en el propio procedimiento de investigación penal llevado a cabo en contra de mi representada se han verificado actuaciones reñidas con el principio de igualdad y no discriminación arbitraria, al favorecer con salidas alternativas a ciertos intervinientes del proceso penal (pese a sostener declaraciones contradictorias) y perseverando, en cambio, en la persecución en contra de mi representada.

## **2.2. Carece del más elemental procedimiento racional y justo. Inconstitucionalidad por omisión de oportunidades de defensa. Tribunales Constitucionales de España y Chile.**

El artículo 61 no prevé procedimiento alguno. Su supuesta operatoria de pleno derecho priva de toda posibilidad de defensa racional y justa al afectado. La norma omite todo mecanismo de notificación, de emplazamiento, de plazo para descargos, de presentación de pruebas, de impugnación de ellas, de apelación.

Como demostramos más arriba, basta que se produzca la acusación por parte del Fiscal para que se detone la incapacidad temporal producto de la suspensión del derecho de sufragio, sin que el acto acusatorio –sus fundamentos y contenido– puedan ser controvertidos por el acusado, sino solo hasta la APJO, es decir, al menos 25 días después de que se ha consolidado jurídicamente la acusación, la suspensión del derecho de sufragio del acusado y la incapacidad temporal para ejercer el cargo de alcalde.

El precepto que impugno en esta inaplicabilidad es así uno viciado, incompatible con la Carta Fundamental y produce en la gestión pendiente efectos contrarios a ella.

Podría entonces entenderse que estamos frente a lo que la doctrina y jurisprudencia del derecho constitucional comparado han denominado inconstitucionalidad por omisión. Este vicio se presenta, por ejemplo, cuando una norma carece de los preceptos mínimos necesarios para que puedan ejercerse los derechos constitucionales afectados por sus efectos.

El Tribunal Constitucional español, en un reconocido fallo en que, pronunciándose ante la falta de regulación de la transmisión de televisión por cable, afirmó una clara línea de reproche a la inconstitucionalidad por omisión. En el núcleo de su argumentación el Tribunal explicó que:

---

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional, sentencia de 31 de enero de 2008, en causa rol N° 811-2007, considerando 20°. En el mismo sentido: STC 2841 considerando 12°

*“Lo que no puede el legislador es diferir sine die, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el artículo 20.1.a) y d) de la Constitución española, pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar que los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa de derecho fundamental sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del artículo 20.1 de la Constitución española, en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable”<sup>20</sup>.*

Así, el razonamiento del Tribunal Constitucional Español consiste en afirmar que el legislador, al omitir el desarrollo legal necesario para el ejercicio de una garantía, infringe la Constitución al impedir el goce efectivo del derecho fundamental.

A partir de este razonamiento, *“el Tribunal Constitucional ha admitido su existencia cuando la Constitución impone al legislador la obligación de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace en el plazo señalado o en un tiempo razonable. De ser necesario el Tribunal Supremo podrá indicar los lineamientos de su corrección los que quedan al arbitrio del órgano jurisdiccional”<sup>21</sup>.*

La doctrina de la inconstitucionalidad por omisión también ha sido desarrollada en nuestro país. Al respecto, Luz Bulnes explica que *“La declaración de la inconstitucionalidad por omisión se traduce generalmente en la constatación por parte del órgano jurisdiccional de la inercia del legislador de dar cumplimiento a la obligación constitucional de dictar leyes ordinarias que desarrollen preceptos constitucionales de manera que dichos preceptos se tornan ineficaces o en las recomendaciones que frente a estas situaciones el Tribunal formula al legislador”<sup>22</sup>.*

Esta magistratura también ha advertido en diversos fallos omisiones del legislador que producen efectos contrarios a la Constitución. En esta línea, podemos mencionar a modo ejemplar la Sentencia Rol N° 141, de 12 de febrero de 1992, que declaró la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del proyecto de ley que modificaba la ley orgánica constitucional de votaciones populares y escrutinios, en atención a que, en dicho proyecto, al omitirse el derecho a subpactar de los candidatos independientes en las elecciones municipales, se generaba un trato desigual entre estos y los candidatos miembros de partidos políticos. Así, la omisión del legislador afectaba directamente la garantía del 19 N° 2.

---

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España, N° 31, de 31 de enero de 1994.

<sup>21</sup> BULNES ALDUNATE, Luz, La inconstitucionalidad por omisión en Estudios Constitucionales, año 4, N° 1, 2006, pp. 256-257.

<sup>22</sup> BULNES ALDUNATE, Luz, La inconstitucionalidad por omisión en Estudios Constitucionales, año 4, N° 1, 2006, p. 252.

Más vinculados al caso que atañe a esta presentación, se registran dos pronunciamientos de este Excmo. Tribunal en que se ha evidenciado la omisión del legislador de configurar un procedimiento adecuado, en desmedro de la garantía del numeral 3 del artículo 19 de la Constitución.

El primero es la sentencia que se pronunció acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley que creaba la Unidad de Análisis Financiero, Rol N° 389 de 28 de octubre de 2003. En dicho fallo esta magistratura afirmó:

*“Que, resulta evidente, por lo tanto, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8º, determinan la imposición de una sanción”<sup>23</sup> (subrayado es nuestro).*

Respecto de este fallo Luz Bulnes explica que *“el Tribunal se apartó de su doctrina de formular simples recomendaciones al legislador y derechamente frente a una omisión del órgano legislativo declaró la inconstitucionalidad de dos disposiciones del proyecto de ley por haber omitido dictar las normas que permitieran una adecuada defensa de los derechos de los afectados, lo que impedía que se cumpliera con las obligaciones que el Poder Constituyente le impone al legislador en el artículo 19 número 3 de la Ley Fundamental”<sup>24</sup>. (Subrayado es nuestro).*

El segundo caso a que nos referimos es el del Rol N° 437 de 21 de abril de 2005, en que este Excmo. Tribunal declaró la inconstitucionalidad de ciertos preceptos legales que modifican la Ley General de Urbanismo y Construcciones, señalando que el proyecto, ante la imposición de sanciones, omitía *“toda norma regulatoria del proceso y procedimiento”*<sup>25</sup>. El proyecto de ley adolecía de varias omisiones y remisiones a reglamentos en la materia<sup>26</sup>, por lo que esta magistratura estimó que *“las omisiones normativas que evidencia ese precepto en formación impiden que pueda considerarse cumplido el cúmulo de exigencias previstas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Consiguientemente, el Tribunal debe declarar que tal disposición del proyecto infringe el fondo del precepto constitucional señalado lo que constituye una omisión legislativa que vulnera las garantías del Art. 19, N° 3, de la Constitución”<sup>27</sup>.*

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 389, de 28 de octubre de 2003.

<sup>24</sup> BULNES ALDUNATE, Luz, La inconstitucionalidad por omisión en Estudios Constitucionales, año 4, N° 1, 2006, p. 259.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 437, de 21 de abril de 2005.

<sup>26</sup> Al respecto, el Tribunal identificó los siguientes defectos de constitucionalidad del proyecto *“Que el examen del tenor literal y espíritu de la disposición en gestación reproducida permite a este Tribunal determinar las características matrices siguientes: 1. La remisión que el proyecto de ley hace, sin reserva alguna, al reglamento de ejecución para los efectos de establecer, es decir, de ordenar o mandar en cuanto a los requisitos, sanciones y causal genérica de incumplimiento que autoriza imponerlas; 2. La omisión de toda norma regulatoria del proceso y procedimiento a través del cual pueden ser impuestas aquellas sanciones, contemplando la defensa de rigor; 3. El silencio en relación con cuál es el órgano administrativo competente para dar por establecidos los hechos configurativos de la infracción o sanción administrativa; 4. La amplitud de la causal, única y genérica, que permite, en definitiva, punir administrativamente a quienes se repite haber incurrido en incumplimiento de las obligaciones vinculadas al registro habilitante respectivo; 5. La remisión al reglamento de ejecución como fuente, exclusiva y excluyente, de las situaciones concretas que configuran aquel incumplimiento”.* Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 437, de 21 de abril de 2005.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 437, de 21 de abril de 2005.

Teniendo esto presente, aparece de manifiesto como al no prever el artículo 61 impugnado de procedimiento alguno para la defensa del afectado al que se pretende suspender de un cargo de elección popular, y operando en la práctica de pleno derecho, ha incurrido en una omisión que priva de toda posibilidad de defensa racional y justa al afectado, en abierta violación de la garantía del artículo 19 N° 3, incisos quinto y sexto.

### **2.3. No cumple con el estándar convencional. Artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.**

El precepto legal cuya aplicación impugno en este requerimiento, por último, no satisface normas jurídicas precisas de tratados internacionales vigentes a las que Chile y sus autoridades se encuentran obligados a observar de conformidad al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución.

En particular, el artículo 61 colisiona con el texto expreso del artículo 23, inciso tercero, de la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado vigente en Chile desde el día 5 de enero de 1991, por Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Antes de analizar este precepto convencional, este requirente previene que su invocación no implica afirmar que dicho tratado internacional tenga rango constitucional, sino que persigue hacer exigible el mandato del artículo 5 de la Carta Fundamental a toda autoridad –como el Excmo. Tribunal Constitucional– de respetar y promover los derechos esenciales reconocidos en dichos cuerpos internacionales. Adicionalmente, los tratados internacionales como el señalado, asisten en el correcto entendimiento de los derechos consagrados en la Constitución.

El artículo 23 de la CADH dispone:

*“Derechos Políticos 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.*

De la lectura del precepto, aparece claramente el reconocimiento y protección general al ejercicio de los derechos políticos, así como el carácter excepcional de cualquier limitación que pudiera recaer sobre ellos. La expresión “exclusivamente”, seguida de una enumeración de casos puntuales refuerza dicho carácter estricto y excepcional. **La norma señala expresamente que la única limitación admisible al ejercicio del derecho político a ser elegido, en el caso que nos ocupa, es la condena por juez competente en proceso penal.**



Este razonamiento ha sido compartido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual afirmó que:

*“la propia Convención reconoce las limitaciones que el Estado puede establecer razonablemente al ejercicio de los derechos políticos, mediante la reglamentación exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal. Se trata, en consecuencia, de limitaciones numerus clausus, por lo que toda otra causa que limite el ejercicio de los derechos de participación política igualitaria que consagra la Convención resultaría contraria y por lo tanto violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento”<sup>28</sup>.*

Siguiendo la línea de la Corte, la disposición del artículo 61 impugnado es abiertamente contraria a la letra del artículo 23, siendo que la fuerte limitación a los derechos fundamentales políticos que implica la aplicación del primer precepto no se encuentra contemplada en el instrumento internacional.

Si bien existe jurisprudencia posterior de la CIDH que modera la tesis de que el listado del artículo 23.2 sea taxativo, en aquellos fallos la Corte ha sido constante en afirmar que cualquier limitación a los derechos políticos es legítima *“siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo con los principios de la democracia representativa”<sup>29</sup>.*

Además, la Corte insiste en el deber de los Estados de garantizar las condiciones para poder ejercer el derecho a ser elegido de forma plena *“Entre otros derechos políticos, el artículo 23 de la Convención protege el derecho a ser elegido, el cual supone que el titular de los derechos tenga la oportunidad real de ejercerlos, para lo cual debe adoptar medidas efectivas para garantizar las condiciones necesarias para su pleno ejercicio”<sup>30</sup>.*

De este modo, también se ve infringido el Tratado cuando el ordenamiento jurídico nacional no prevé ningún procedimiento mínimamente adecuado, justo ni racional, para posibilitar la defensa del afectado por la suspensión, ya que no se garantizan las condiciones necesarias para el adecuado y efectivo ejercicio del derecho político a ser elegido.

De este modo, puede concluirse que, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la CIDH, el precepto impugnado es abiertamente contradictorio con los estándares fijados por dicho tratado y por dicha magistratura internacional. En consecuencia, nos encontramos frente a una vulneración del artículo 5° de la Constitución, ya que el Estado pretende ejercer su soberanía de una forma contraria a los derechos fundamentales,

---

<sup>28</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aylwin Azócar y otros Vs. Chile, de 27 de diciembre de 1999.

<sup>29</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos de México, de 6 de agosto de 2008.

<sup>30</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama Vs. Nicaragua de 23 de junio de 2005.

contenidos en la Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

**POR TANTO,**

Y en conformidad a las consideraciones efectuadas, antecedentes específicos y concretos referidos y lo dispuesto tanto en los artículos 4, 16, 18, 19 N° 2, 3, 17, 26 y 93 de la Constitución Política de la República, como en los artículos 31 N° 6 y todos los del párrafo 6 del Título II de la ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional;

**A US. EXCMA. PIDO:** Tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad en contra de la frase indicada en el cuerpo de este escrito y que se indica a continuación, perteneciente al artículo 61 del DFL N° 1, de 2006, del Ministerio del Interior, cuerpo legal que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (*“se entenderá temporalmente incapacitado para el desempeño de su cargo, debiendo ser reemplazado, mientras dure su incapacidad, de conformidad a lo establecido en los artículos 62 y 78”*), para que su inaplicabilidad incida en la causa rol C-2166-2020 de que conoce actualmente el Segundo Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, por resultar su aplicación en la resolución de este recurso decisiva y contraria a los artículos 4, 16 (en relación al 18) y 19, N° 2, 3, 17 y 26, y 83 de la Constitución Política de la República; acogerlo a tramitación, declararlo admisible y, tras conocerlo, declarar la inaplicabilidad del precepto impugnado en la gestión pendiente individualizada.

**PRIMER OTROSÍ:** Pido a US. Excma. tener por acompañados, con citación, los siguientes documentos:

1. Copia autorizada de escritura pública de 10 de junio de 2020, extendida ante don Nicolás Fernando Arrieta Concha, Notario Público Titular de la Sexta Notaría de Antofagasta, en la que consta mi personería.
2. Copia del Acta de Proclamación, emitida el 29 de noviembre de 2016 por el Ilmo. Tribunal Electoral de la Región de Antofagasta, por la cual se proclamó a doña Karen Paulina Rojo Venegas como Alcaldesa de Antofagasta para el periodo que se inició el 6 de diciembre de 2016.
3. Certificado emitido por el Segundo Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, 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, tal y como lo exige el inciso segundo del artículo 79 de la ley 17.997.

**SEGUNDO OTROSÍ:** En aplicación de lo dispuesto por el artículo 93, inciso 11 de la Carta Fundamental y el artículo 37, inciso primero 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 la demanda en procedimiento ordinario declarativo sea resuelta por el SJL de Antofagasta antes que US. Excma. pueda pronunciarse acerca del presente requerimiento, solicito — con el fin de evitar que se produzcan y consoliden efectos contrarios a la Carta

Fundamental – se ordene la suspensión inmediata del procedimiento en la causa pendiente, al momento de admitirlo a trámite o aún antes si lo estima conveniente.

**TERCER OTROSÍ:** En conformidad a lo dispuesto en los artículos 82 inciso tercero y 43 de la Ley N° 17.997, solicito a US. Excma. disponer se oigan alegatos para decidir la admisibilidad del requerimiento, sólo en caso de estimarlo necesario.

**CUARTO OTROSÍ:** Pido a US. Excma. tener presente que en mi calidad de abogado habilitado asumiré personalmente el patrocinio y poder en el presente requerimiento.

**QUINTO OTROSÍ:** Pido a US. Excma. tener presente el siguiente correo electrónico, como forma válida y preferente de notificación: [afermandois@fermandois.cl](mailto:afermandois@fermandois.cl).