

*Sentencia del Tribunal Constitucional
sobre la Ley Orgánica Constitucional
de Municipalidades*

Santiago, dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS:

Mediante oficio N° 683, de 28 de febrero pasado, la H. Cámara de Diputados ha enviado a este Tribunal, para los efectos previstos en el artículo 82, N° 1, de la Constitución Política de la República, el proyecto que modifica la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, aprobado por el Congreso Nacional, luego de ser observado por S.E. el Presidente de la República y despachadas tales observaciones por ambas ramas del Congreso.

En el oficio a que se alude se indica que el control de constitucionalidad que le corresponde efectuar a este Tribunal es "respecto de la totalidad de la iniciativa" y en él se contiene un pormenorizado detalle de las votaciones con que se aprobaron, tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados, las disposiciones que integran el proyecto de ley orgánica constitucional de que se trata.

Se han acompañado los siguientes antecedentes: a) los Diarios de Sesiones de la Cámara de Diputados N°s. 29, 33 y 45 de fechas 4 y 11

de diciembre de 1991 y de 21 de enero de 1992, en que consta la discusión general y particular del proyecto sometido al estudio de este Tribunal; b) copia auténtica del Diario de Sesiones del Senado correspondiente a la sesión 34^a, celebrada el 15 de enero último, en la que se produjo la discusión particular del proyecto que modifica la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en la cual se suscitaron diferencias respecto a la constitucionalidad de algunos preceptos de dicha iniciativa, y c) un Informe en Derecho suscrito por el profesor de Derecho Constitucional don Enrique Evans de la Cuadra.

En uso del derecho de petición que consagra la Constitución Política, los HH. senadores don Arturo Alessandri y William Thayer hicieron presente al Tribunal algunas inconstitucionalidades, que a juicio de los mencionados señores senadores contendría el proyecto, en especial las referentes a la violación del artículo 18 de la Constitución en cuanto se refiere a la situación de los candidatos independientes frente a los candidatos miembros de partidos políticos, a la remisión a la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos que hace uno de sus preceptos, al hecho de que el Alcalde sea miembro integrante del Concejo, con lo que se produciría la confusión de autoridades en los municipios, las que deberían estar separadas para el expedito cumplimiento de funciones diferentes y complementarias, y la concerniente a la elección misma del Alcalde.

Por escrito de 9 de marzo en curso el señor Ministro del Interior refutó los puntos analizados por los señores senadores Alessandri y Thayer, concluyendo que en el proyecto de ley sometido al control de constitucionalidad de este Tribunal se ha cumplido cabalmente con el mandato constitucional que rige en materia municipal.

También, con fecha 9 de marzo, ocho señores abogados hicieron presente al Tribunal diversas inconstitucionalidades que, a su juicio, contendría el proyecto en estudio.

Todos los antecedentes relacionados se tuvieron presentes en la vista de esta causa.

Por resolución de 2 de marzo último se ordenó traer los autos en relación, la que se efectuó el día 9 del mismo mes.

Y, CONSIDERANDO:

1°. Que la Honorable Cámara de Diputados por oficio N° 683, de 28 de febrero pasado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82, N° 1°, de la Constitución Política, ha remitido a este Tribunal el proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, proyecto que aparece aprobado por el Congreso Nacional después de haber sido

observado por S.E. el Presidente de la República;

2°. Que el mencionado artículo 82, N° 1°, de la Constitución Política dispone que:

“Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

“1°. Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución”;

3°. Que, examinado en su integridad dicho proyecto de ley que ha sido enviado a este Tribunal para el control de constitucionalidad en la totalidad de sus disposiciones, cabe consignar que le merecen las observaciones que a continuación se detallan;

4°. Que, en primer término, resulta conveniente precisar si todas las normas en él contenidas reúnen la calidad de ley orgánica constitucional, o bien si pueden, algunas de ellas, ser calificadas únicamente como leyes ordinarias;

5°. Que en este orden, corresponde expresar que los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 6°, contenido en el N° 4 del artículo único del proyecto, constituyen normas propias de leyes ordinarias o comunes, por lo cual no le corresponde al Tribunal emitir pronunciamiento de constitucionalidad sobre ellos. En efecto, estas disposiciones facultan a las municipalidades para otorgar concesiones encaminadas a la prestación de determinados servicios municipales o a la administración de establecimientos o bienes específicos que posean a cualquier título. Pues bien, estos preceptos, en cuanto reglan concesiones, deben ser considerados como propios de ley común de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60, N° 10, de la Constitución, que establece:

“Artículo 60. Sólo son materias de ley:

“10) Las que fijan las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión”;

6°. Que en lo tocante a la constitucionalidad de todos los demás preceptos contenidos en el proyecto, que sí son de rango orgánico constitucional, corresponde expresar lo siguiente:

A) El artículo 6°, inciso primero, del N° 4 del artículo único del proyecto, contiene una frase que transgrede la Constitución Política y es aquella que permite a las municipalidades participar en corporaciones de derecho público para el cumplimiento de sus funciones, lo que afecta al artículo 107, inciso cuarto, de la Carta Política, teniendo presente las modificaciones introducidas por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.097, de 12 de noviembre de 1991. Efectivamente, el artículo 107, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, faculta a las munici-

palidades para constituir corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro destinadas a la promoción y difusión del arte y la cultura, debiendo subrayarse que en parte alguna dicho cuerpo constitucional extiende tal atribución a corporaciones o fundaciones de derecho público. Sobre el particular conviene, además, recordar que en el fallo de este Tribunal recaído en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades objeto de la actual reforma, dictado con fecha 29 de febrero de 1988, se declaró que una facultad de esta naturaleza "importa otorgar a las municipalidades la atribución de trasladar funciones que le son propias, según el campo de acción que le ha fijado la Constitución, a entidades con personalidad jurídica distinta de ellas. Esta traslación de funciones y atribuciones, en principio, no es constitucionalmente aceptable, por cuanto la Carta Fundamental encarga a las 'municipalidades' la realización de estas funciones públicas, determinadas en el proyecto dentro del marco constitucional de distribución de competencias que se le asignan a los distintos órganos del Estado."

Esta objeción constitucional apuntó a la norma que contenía el proyecto que revisó dicho fallo y que permitía a los municipios crear corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro, con el objeto de realizar las llamadas funciones compartidas que el artículo 4° de dicho proyecto atribuía a los municipios. Pues bien, al quedar eliminadas estas disposiciones del antiguo proyecto y al haberse modificado la Constitución para superar el inconveniente que se producía en esta materia, facultando a las municipalidades en el nuevo artículo 107 de la Carta Política la creación de corporaciones y fundaciones de derecho privado, es forzoso concluir que tal atribución sólo queda constreñida a la posibilidad de crear instituciones de este carácter y no de derecho público.

B) El artículo 77 A, inciso primero, contenido en el N° 23 del artículo único del proyecto, establece la proporción de los miembros integrantes de cada consejo económico y social comunal indicando la naturaleza de las organizaciones sociales facultadas para participar en la elección de estos integrantes.

Después de indicar dicho inciso los porcentajes del cuerpo del consejo, el inciso segundo dispone que:

"No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, en aquellas comunas donde no existan algunas de las organizaciones o actividades mencionadas o no las haya en número suficiente para ser representadas en la proporción indicada, el concejo estará facultado para establecer una representación de los distintos sectores, en

número y proporción, en términos que satisfagan una adecuada pluralidad en la integración del consejo económico y social comunal. El acuerdo respectivo deberá ser adoptado por los dos tercios de los concejales en ejercicio." El inciso tercero, consecuente con la determinación del número de miembros, limita esta facultad del concejo que acaba de aludirse a la designación del máximo de miembros que el texto del artículo 77 determina.

El precepto que termina de transcribirse en su texto literal, así como dicho inciso tercero, transgreden el artículo 107, inciso primero, parte final, de la Carta Constitucional, que expresa que: "La ley orgánica establecerá un consejo económico y social comunal de carácter consultivo."

Al disponer la Constitución que es la ley orgánica constitucional de municipalidades la que establecerá un consejo económico y social comunal de carácter consultivo está determinando que es esta ley la que debe comprender la estructura y composición de dichos consejos sin que sea posible que ello quede librado a resoluciones que dicten al respecto los concejos comunales, lo que importa una delegación de facultades que hace la ley orgánica en el cuerpo fundamental del propio municipio y que la Constitución no permite.

Además, ello pondría en grave peligro la unidad o uniformidad de las municipalidades, uno de cuyos órganos quedaría entregado en la hipótesis que plantea el artículo 77 A, inciso segundo, a lo que señala el concejo respectivo de cada una de ellas.

C) El inciso tercero del artículo 86, del N° 24 del artículo único del proyecto, establece que:

"Si un Alcalde postulare a su elección como concejal en su propia comuna, al momento de declarar su candidatura quedará suspendido del ejercicio de su cargo por el solo ministerio de la ley hasta el día siguiente a la fecha de la elección, conservando empero la titularidad de su cargo y el derecho a percibir la remuneración correspondiente. En tal caso, lo reemplazará durante ese lapso, en calidad de subrogante, el funcionario en ejercicio que le siga en orden de jerarquía dentro de la municipalidad, excluidos los jueces de policía local."

Al establecer este precepto que no obstante que el Alcalde queda suspendido del ejercicio del cargo por el solo hecho de postular a la elección de concejal conservando el derecho a percibir su remuneración correspondiente, conculca claramente lo dispuesto por el artículo 19, N° 2, de la Carta Política que, en la parte que nos ocupa, establece:

"Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

"2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados."

El derecho a percibir una remuneración o sueldo está siempre ligado al ejercicio de un cargo; esto es lo normal y por consiguiente es lo que corresponde aplicar en la generalidad de las funciones públicas. Si todos están sometidos a esta norma básica, se quiebra esta igualdad cuando se dispone por una ley y en forma infundada que un funcionario, que no obstante no ejercer su cargo, por el solo hecho de estar postulando a la posible renovación del mismo, tenga derecho a continuar percibiendo la remuneración correspondiente al cargo que no se encuentra ejerciendo.

En el caso específico que propone el proyecto se infringe la garantía consuetudinaria en comento, como quiera que sin que medie una causal razonablemente justa o idónea para obtener el referido privilegio, se da el caso de que unos mismos funcionarios que, estando en la misma situación, aparecen, sin embargo, en desigualdad de condiciones respecto de la exigencia de desempeñar el cargo para tener derecho a percibir sus remuneraciones;

7°. Que, en consecuencia, los siguientes preceptos contenidos en el proyecto remitido son inconstitucionales y, por ende, deben ser eliminados:

a. La frase "o participar en corporaciones de derecho público" del inciso primero del artículo 6°, del N° 4 del artículo único del proyecto.

b. Los incisos segundo y tercero del artículo 77 A, del N° 23 del artículo único, y

c. La oración "y el derecho a percibir la remuneración correspondiente" del inciso tercero del artículo 86, del N° 24 del artículo único del proyecto;

8°. Que el artículo 66, contenido en el N° 22 del artículo único del proyecto, fija las atribuciones del concejo, estableciendo en su inciso final que "Lo anterior es sin perjuicio de las demás atribuciones y funciones que le otorga la ley." La referencia que esta disposición hace a la ley sin precisar el carácter de ésta, el Tribunal la entiende a "la ley orgánica constitucional", puesto que las atribuciones que señala la integridad del precepto son propias de leyes de este carácter.

En consecuencia se declara que el precepto del inciso final antes indicado es constitucional en la inteligencia de que la mencionada alusión lo es a la ley orgánica constitucional;

9°. Que el artículo 75, del N° 22 del artículo único del proyecto objeto del control constitucional, dispone:

"El concejo determinará en un reglamento interno las demás normas necesarias para su funcionamiento, entre las cuales se establece-

rán especialmente aquellas que regulen las audiencias públicas."

No merece dudas que las normas necesarias para el funcionamiento del concejo deben siempre ser de orden orgánico constitucional y por consiguiente si ellas se encuentran en un simple reglamento aparecerían en principio como inconstitucionales.

No obstante lo dicho, este Tribunal, guiándose por el ejemplo contenido en el mismo precepto, que se refiere a que las normas que regulen las audiencias públicas figurarán en dicho reglamento, entiende que esta disposición del proyecto está apuntando a aquellas que regulan el detalle de las disposiciones que sobre este tema contiene este proyecto de ley orgánica, no pudiendo por consiguiente los preceptos reglamentarios sobrepasar a aquellos que esta ley establece para el funcionamiento del concejo. En consecuencia, sobre este entendido se acepta su constitucionalidad.

10. Que consta de autos que el proyecto de ley sometido a control de constitucionalidad ha sido aprobado en ambas Cámaras del Congreso con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 63 de la Constitución Política de la República.

Y, VISTOS lo prescrito en los artículos 19, N° 2; 60, N° 10; 63; 82, N° 1°; 107; 108; 109 y 114 de la Constitución Política de la República, y lo dispuesto en los artículos 34 a 37 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal, de 19 de mayo de 1981,

SE DECLARA:

1. Que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 6° del N° 4 del artículo único del proyecto, por versar sobre materias que no son propias de ley orgánica constitucional sino de ley ordinaria o común.

2. Que las siguientes disposiciones contenidas en el artículo único del proyecto son inconstitucionales y, en consecuencia, deben ser eliminadas:

a) En el N° 4, la frase que expresa: "o participar en corporaciones de derecho público", contenida en el inciso primero del artículo 6°.

b) En el N° 23, los incisos segundo y tercero del artículo 77 A.

c) En el N° 24, la parte que expresa: "y el derecho a percibir la remuneración correspondiente", contenida en el inciso tercero del artículo 86.

3. Que se declaran constitucionales los artículos 66 y 75, contenidos en el N° 22 del artículo único del proyecto, en el entendido que

se expresa en los considerandos 8° y 9°, respectivamente.

4. Que los demás preceptos del proyecto de ley remitido son constitucionales.

Acordada la decisión 4 en cuanto declara constitucional el artículo 121 bis, contenido en el N° 26 del artículo único del proyecto remitido, en su frase final que dispone: "Dichas corporaciones culturales y sus entidades dependientes continuarán rigiéndose por las normas legales y reglamentarias que las rijan hasta esa fecha", con el voto en contra del Ministro señor Jiménez quien fue de opinión de declarar inconstitucional la referida frase en atención a que como lo ha señalado anteriormente este Tribunal (Roles N°s 50, sobre la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades; 78, sobre la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile; y 79, sobre el Estatuto Administrativo) la absoluta indeterminación de las disposiciones legales a que se alude en dicho precepto impide a este Tribunal no sólo conocer cuáles de ellas son realmente materia de ley orgánica constitucional, sino también ejercer el respectivo control de constitucionalidad que le corresponde.

El Ministro señor Jiménez concurre a la declaración de constitucionalidad del artículo 111, contenido en el N° 26 del artículo único del proyecto en estudio, en el entendido que la participación de las municipalidades en corporaciones o fundaciones a que alude la referida disposición es en aquellas que les ha autorizado constituir el artículo 107, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República, que en su parte pertinente expresa: "Las municipalidades podrán asociarse entre ellas para el cumplimiento de sus fines propios. Asimismo, podrán constituir corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro destinadas a la promoción y difusión del arte y la cultura. La participación municipal en ellas se regirá por la ley orgánica constitucional respectiva".

Los Ministros señores Jiménez, Bulnes y García reiterando lo expresado en sentencia de fecha 12 de febrero de este año, estuvieron por declarar la inconstitucionalidad del artículo 65, contenido en el N° 22 del artículo único del proyecto de ley en análisis y como consecuencia de ello de las referencias que a él hacen los artículos 51, letra g), inciso segundo, contenido en el N° 15 del artículo único del proyecto; 51 bis, del N° 15 bis, y 52, inciso cuarto, del N° 16 del mismo.

Los Ministros disidentes estiman que el artículo 65 del proyecto de ley sobre modificaciones a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades es totalmente contrario y vulnera expresamente lo prescrito en el artículo

108, inciso primero, de la Constitución, en su texto actual, según la última modificación introducida por la Ley N° 19.097, de 1991, que prescribe lo siguiente:

"Artículo 108. En cada Municipalidad habrá un concejo integrado por concejales elegidos por sufragio universal en conformidad a la ley orgánica constitucional de municipalidades. Durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos. La misma ley determinará el número de concejales y la forma de elegir al Alcalde."

Es decir, una nítida disposición constitucional prescribe que los concejales que integran el Concejo que debe existir en cada Municipalidad, deben ser elegidos por sufragio universal, o sea, en votación popular, en que participen todos los ciudadanos con derecho a sufragio.

La elección por sufragio universal implica votaciones populares, es decir, la voluntad de los ciudadanos se expresa en comicios en que participan todas aquellas personas que reúnen los requisitos legales para poder hacerlo.

El mandato constitucional sobre la materia es expreso en cuanto a que la elección de éstos sea por sufragio universal en conformidad a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

El encargo a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades es para que establezca dentro del concepto de sufragio universal las demás normas inherentes para implementar la elección de concejales. No lo autorizó para que innovara en materia de elecciones, solamente que establezca las disposiciones que sean necesarias para que los concejales estén en condición de ser elegidos por el voto popular.

Lo anterior se aprecia claramente cuando el mismo constituyente en el artículo 114 de la Carta Fundamental encomendó a la ley orgánica constitucional legislar en materia de cesación de los cargos de los concejales. Solamente le autorizó en este caso establecer las causales que dan lugar a tales cesaciones, pero no le instruyó dictara normas referentes a los reemplazos de los mismos, pues ya había establecido en el artículo 108 de la Constitución que ellos se deberían hacer mediante sufragio universal.

La Ley Orgánica de Municipalidades no puede obviar el encargo de la Constitución y debe solamente limitarse a cumplirlo estableciendo la normativa que a través del sufragio universal permita la elección de los concejales. Cualquier desviación del legislador sobre esta materia acarrea ineludiblemente la inconstitucionalidad de la o las normas que así lo establezcan.

Que los concejales necesitan ser elegidos por sufragio universal no sólo lo establece la

Constitución en el artículo 108, sino también el mismo proyecto de ley en que está inserto el artículo 65 objetado, el que en su artículo 59, inciso primero, prescribe que este sufragio debe ser directo cuando señala textualmente:

"Artículo 59. Los concejos estarán integrados por concejales elegidos por votación directa mediante un sistema de representación proporcional, en conformidad con esta ley. Durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos."

Ahora bien, el artículo 65 del proyecto de ley impugnado dispone textualmente:

"Artículo 65. Si falleciere o cesare en su cargo algún concejal durante el desempeño de su mandato, la vacante se proveerá con el ciudadano que, habiendo integrado la lista electoral del concejal que provoque la vacancia, habría resultado elegido si a esa lista hubiere correspondido otro cargo. Si el concejal que cesare hubiere sido elegido dentro de un subpacto, la prioridad para reemplazarlo corresponderá al candidato que hubiere resultado elegido si a ese subpacto le hubiere correspondido otro cargo.

"En caso de no ser aplicable la regla anterior, la vacante será proveída por el concejo, por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, de entre los incluidos en una terna propuesta por el partido político al que hubiere pertenecido, al momento de ser elegido, quien hubiere motivado la vacante.

"Los concejales elegidos como independientes no serán reemplazados, a menos que hubieren postulado integrando listas. En este último caso, se aplicará lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo.

"El nuevo concejal permanecerá en funciones el término que le faltaba al que originó la vacante, pudiendo ser reelegido.

"En ningún caso procederán elecciones complementarias."

La disposición legal anteriormente transcrita, contraría abiertamente la Carta Fundamental, pues establece que si un concejal fallece o cesa en su cargo, su vacante no es proveída por medio del sufragio universal como lo prescribe la Constitución, sino se recurre a las reglas que el artículo señala, disponiendo en primer término que la vacante se proveerá con el ciudadano que hubiera integrado la lista electoral del concejal que provoque la vacancia, y que habría resultado elegido si a esa lista le hubiere correspondido otro cargo. Situación similar ocurre en el caso de la existencia de un subpacto dentro de la lista, en que se aplica una regla análoga.

Pero donde más fehacientemente se constata la omisión del legislador para cumplir el mandato de la Constitución de aplicar el sufra-

gio universal directo para la elección de los concejales, es en el inciso segundo del precedentemente transcrito artículo 65, en que ya no son los integrantes de lista o de pacto los que se designan en reemplazo del concejal que fallece o cesa en el cargo, sino es el *partido político* a que éste pertenecía el que presenta una terna de candidatos que somete a la consideración del Concejo para que elija uno dentro de ellos. Abiertamente se infringe la Carta Fundamental en el supuesto descrito, pues no existe ni se contempla en manera alguna en el artículo referido el sufragio universal para elegir concejales.

La vigencia y aplicación de los incisos tercero y cuarto del artículo 47 de la Constitución sobre reemplazo de parlamentarios, a una situación diferente como es el reemplazo de los concejales, es contraria a claras normas y principios del derecho público chileno en especial a los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental e implicaría aplicar por extensión o analogía disposiciones a situaciones no contempladas expresamente.

Por último, sirve también de fundamento para rechazar la constitucionalidad de la norma impugnada el tener en consideración que el constituyente de 1989 le dio tal importancia al reemplazo en caso de vacancia de los cargos de senadores y diputados elegidos en forma directa, que en la propia Carta Fundamental estableció las normas pertinentes para proceder a él.

Si tan importante es para el constituyente el reemplazo de los candidatos elegidos en sufragio universal, es lógico concluir que en el caso de reemplazo de los concejales, si el constituyente de 1991 no se remitió, o no previó expresamente en la propia Constitución las normas que tiene prescritas para los parlamentarios, fue porque no lo quiso hacer y porque es su intención que la vacancia de concejales se haga por votación popular y directa.

Redactó la sentencia el Ministro señor Aburto. Las disidencias y la prevención el Ministro señor Jiménez. Devuélvase el proyecto a la H. Cámara de Diputados, rubricado en cada una de sus hojas por el Secretario del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

Rol N° 145.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Marcos Aburto Ochoa, y los Ministros señores Manuel Jiménez Bulnes, Hernán Cereceda Bravo, señora Luz Bulnes Aldunate, Ricardo García Rodríguez, Eugenio Velasco Letelier y Osvaldo Faúndez Vallejos. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

COMENTARIO

1. *Antecedentes*

Con la sentencia de 16 de marzo ha terminado la intervención del Tribunal Constitucional en el control del proyecto de ley modificatorio de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que, finalmente, ha sido promulgado como Ley N° 19.130, publicada ésta en el Diario Oficial de 19 de marzo.

Anteriormente el Tribunal, durante la tramitación del proyecto y a requerimiento de doce senadores, hubo de pronunciarse sobre siete aspectos del mismo que fueron objetados de inconstitucionales en ejercicio de la atribución que el N° 2 del inciso primero y el inciso cuarto del artículo 82 de la Carta Fundamental confieren a las minorías parlamentarias para plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Dicho requerimiento fue fallado en sentencia de 12 de febrero de 1992, que sólo acogió dos de las siete inconstitucionalidades planteadas (que se publica en esta misma revista, y que he comentado más arriba).

Ahora, el Tribunal ha ejercitado la atribución que le otorga el N° 1 del artículo 82 de la Constitución para examinar la totalidad de un proyecto de ley orgánica constitucional antes de su promulgación y ha concluido que únicamente tres de los preceptos del proyecto son inconstitucionales. Además, ha formulado dos prevenciones para admitir la constitucionalidad de los artículos 66 y 75, y declarado que las normas sobre concesiones municipales son propias de ley común.

La sentencia merece un comentario por lo que dice y, también, por lo que silencia, porque me resulta sorprendente que otras disposiciones del proyecto de muy dudosa constitucionalidad y acerca de las cuales se habían presentado escritos al Tribunal Constitucional, hayan sido aceptadas por éste como conformes a la Constitución sin fundamentar su declaración.

2. *Normas inconstitucionales*

De las tres declaraciones de inconstitucionalidad, una —la relativa a la participación de las municipalidades en corporaciones de derecho público— era previsible atendida la jurisprudencia anterior del Tribunal; otra, la que se refiere a la alteración por el concejo de la composición del consejo económico y social, no me parece congruente con la aceptación por la mayoría del Tribunal de la disposición que permite al mismo concejo reemplazar a los concejales que han cesado en su cargo, y la tercera, que declaró inconstitucional el derecho de los alcaldes suspendidos en el ejercicio de su cargo por postular como candidatos en una

elección de concejales a conservar el goce de sus remuneraciones, contiene una interesante aplicación de la garantía de igualdad ante la ley, que es digna de ser resaltada.

a) *Participación de las municipalidades en corporaciones de derecho público.*

Como recordó el Tribunal Constitucional en la sentencia de 29 de febrero de 1988, pronunciada con ocasión del examen de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, se rechazó por inconstitucional la creación por parte de las municipalidades de corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro. Para hacer posible la existencia de estas personas jurídicas, la Ley N° 19.097, al reformar la Constitución Política en materias de gobierno regional y administración comunal, contempló expresamente en el inciso cuarto del artículo 107 la facultad de las municipalidades para constituir las, siempre que se destinaran a la promoción y difusión del arte y la cultura, y añadió que "La participación municipal en ellas se regirá por la ley orgánica constitucional respectiva".

No había duda, entonces, que la ley orgánica constitucional de municipalidades, después de las modificaciones introducidas en noviembre de 1991 a la Constitución, sólo podía regular la participación de las municipalidades en corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro. Tratándose de corporaciones de derecho público, su participación en ellas estaba excluida desde el momento que no se contemplaba expresamente. Es una conclusión, por lo demás, que se deriva de una de las bases de la institucionalidad, el artículo 7° de la Constitución, que establece en su inciso primero que los órganos del Estado actúan válidamente dentro de su competencia, y en su inciso segundo que ninguna magistratura puede atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido por la Constitución o las leyes.

b) *Alteración por el concejo de la composición del consejo económico y social*

El argumento decisivo del Tribunal Constitucional para rechazar la facultad que la ley le otorgaba al concejo de cada municipalidad de alterar, en ciertos casos, la representación que la misma ley asignaba en el consejo económico y social comunal a las juntas de vecinos, organizaciones comunitarias y organizaciones representativas de las actividades productivas, fue que la Constitución, al decir en el inciso primero del artículo 107 que "La ley orgánica establecerá un consejo económico y social comunal de carácter consultivo", determinó que

esa ley era la que debía ocuparse de la estructura y composición de dichos consejos sin que le fuera posible delegar sus facultades en un órgano del municipio.

Sin embargo la mayoría del Tribunal (Presidente Sr. Aburto y Ministros Cereceda, Velasco y Faúndez) admitió que, en algunos casos —cuando no fueran aplicables las reglas para proveer a las vacantes de concejales que contempla el artículo 65—, el concejo pudiera llenarlas a propuesta en terna del partido político correspondiente. Y ello, a pesar de lo dispuesto en el artículo 108 de la Constitución, en el sentido que los concejales son elegidos por sufragio universal. Si el Tribunal rechazó por inconstitucional el incumplimiento por parte del legislador del encargo que la Carta Fundamental le hizo para establecer el consejo económico y social, también debió, entonces, haber rechazado el incumplimiento del encargo hecho en aquella para que la elección de los concejales fuera siempre por sufragio universal.

c) *Derecho de los alcaldes candidatos a concejales al goce de sus remuneraciones*

El fundamento que tuvo en cuenta el Tribunal Constitucional para declarar contraria a la Constitución la norma de la ley orgánica de municipalidades que daba derecho a los alcaldes candidatos a concejales, suspendidos por ello en el ejercicio de su cargo por el solo ministerio de la ley, a conservar el derecho a percibir sus remuneraciones, fue la infracción a la garantía de la igualdad ante la ley y a la prohibición de existencia de grupos y personas privilegiadas.

Celebro que se haya recurrido al N° 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental para llegar a dicha conclusión, pues es una elocuente demostración de las posibilidades que ofrece ese precepto constitucional para controlar las diferencias de trato no razonables, esto es, carentes de fundamento, inidóneas, en que incurran tanto el legislador como las autoridades administrativas y que no siempre son declaradas contrarias a derecho.

3. *Prevenciones*

La sentencia contiene asimismo dos prevenciones. Es una práctica que tiene cierto arraigo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que, al interpretar los preceptos dudosos de la ley en un sentido determinado, permite armonizarlos con la Constitución y evita su declaración de inconstitucionalidad. Conviene no olvidar, entonces, que el significado y alcance de estos preceptos han quedado fijados y que no es lícito al intérprete y a los órganos que apliquen la ley darles otra interpretación.

4. *Silencios*

No quiero terminar este breve comentario sin llamar la atención sobre lo que echo de menos en la sentencia del Tribunal Constitucional. Es la falta de pronunciamiento que se observa en torno a dos puntos que fueron objetados en el escrito de téngase presente firmado por los senadores Arturo Alessandri y William Thayer: la situación de los candidatos independientes frente a los candidatos miembros de partidos políticos y la circunstancia que la ley haya considerado al alcalde miembro del concejo.

En oportunidades anteriores, el Tribunal se había hecho cargo de las objeciones presentadas y, aunque no las acogiera, fundamentaba su rechazo. Tal ocurrió, por ejemplo, en la ley orgánica constitucional de partidos políticos en que cinco abogados adujeron que vulneraba el derecho de asociación política. En esta ocasión, sin embargo, nada dijo. No acierto a entender esta actitud, sobre todo porque las objeciones expuestas al proyecto de ley orgánica constitucional sobre municipalidades las considero de mucho peso en los dos puntos que he señalado y que quiero comentar brevemente.

El primero se refiere a la situación de los candidatos independientes frente a los candidatos miembros de partidos políticos. En el N° 266 del "Informe Constitucional", en que analicé la sentencia de 12 de febrero del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucionales determinados artículos del proyecto por restringir el derecho a subpactar de los candidatos independientes que integran una lista o pacto e infringir, de este modo, la igualdad en que deben estar con los candidatos miembros de partidos políticos, señalé que más clara que la situación de desigualdad de los independientes afines me parecía la desigualdad en que quedaban los candidatos plenamente independientes, a los cuales ni siquiera se les permitía formar una lista entre independientes.

No acierto a explicarme por qué ahora no se ha considerado vulnerada la igualdad ante la ley que garantiza el N° 2 del artículo 19 y la plena igualdad entre independientes y miembros de partidos políticos del artículo 18 de la Constitución, si subsistía en el proyecto de ley una situación de mayor desigualdad que la corregida poco tiempo antes.

El segundo punto es aún más grave ya que, de haber sido aceptado, afectaba la organización adoptada para las municipalidades en su integridad. El alcalde, según la ley, es concejal y forma parte, por consiguiente, del concejo. Pero la Constitución habría considerado al alcalde y al concejo como órganos separados; el primero, como máxima autoridad de la municipalidad, y el segundo, como órgano encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local

y con funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras. La confusión de autoridades, inspirada sin dudas en el sistema municipal anterior a 1973, no resultaría congruente con la actual configuración constitucional de las municipalidades.

Una objeción tan delicada aconsejaba, sin duda, un pronunciamiento fundado del Tribunal Constitucional. Al no existir éste queda abierta, en caso de conflicto, la vía del recurso de inaplicabilidad ante la Corte Suprema.

Raúl Bertelsen Repetto