

SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD EN LAS LEYES QUE CONTIENEN UNA CALIFI- CACION GENERICA DE CARGOS DE "EXCLUSIVA CONFIANZA"

MANUEL DANIEL ARGANDOÑA
Profesor de Derecho Administrativo

S U M A R I O

I. Empleos de la exclusiva confianza del Presidente de la República. II. El principio de la igualdad ante la ley (art. 19, N° 2, de la Constitución Política). III. Concepto de "diferencias arbitrarias": 1. Racionalidad de la discriminación. 2. Constitucionalidad de la discriminación. IV. La declaración de cargos "políticos" como factor de discriminación. 1. Su racionalidad. 2. Su constitucionalidad. V. Conclusiones.

I. EMPLEOS DE LA EXCLUSIVA CONFIANZA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

En diversos textos legales se declara, de un modo genérico, que "todos" los empleos o "todo" el personal de determinados servicios o entidades estatales serán de la exclusiva confianza del Presidente de la República o del Jefe Superior del respectivo servicio¹. La significación jurídica que estos preceptos entrañan es la de separar como un todo, globalmente, a los funcionarios de tales servicios o entidades, de la aplicación del principio general de la estabilidad en el empleo que rige estatutariamente, y con fundamento constitucional, para los funcionarios públicos. Como se verá más adelante, sólo por excepción y específicamente respecto de cargos de alto nivel, la Constitución Política declara que son "de la confianza exclusiva del Presidente de la República" y autoriza la libre remoción de sus titulares. En un lenguaje técnico administrativo, dichos empleos pueden calificarse de "políticos", en el sentido de que no son de carrera y el permanecer en ellos queda librado a la decisión subjetiva del jerarca. Puede la ley, del mismo modo,

formular idéntica declaración respecto de determinados empleos o funcionarios².

Ahora bien, puede cuestionarse que una ley constituya en cargos "políticos", y por eso removibles a voluntad de la autoridad administrativa o de gobierno, a todos los que pertenecen a una institución u organismo, porque tal mandato legislativo no aparecería conciliable con la garantía de la igualdad ante la ley, reconocida por el artículo 19, N° 2, de la Constitución Política. Sobre este cuestionamiento versarán precisamente las reflexiones que siguen.

II. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY (ART. 19 N° 2 DE LA CONSTITUCION POLITICA)

El N° 2 del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas "la igualdad ante la ley", y agrega en su inciso 2° que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". La Constitución de 1925 consagraba también la misma garantía, pero no figuraba allí el inciso 2° recién transcrito, que tiene, sin duda, especial significación, pues, aun cuando pueda admitirse que la idea se hallaba implícita en la declaración de igualdad ante la ley, la inspiración del nuevo precepto revela que se quiso establecer expresamente allí el contenido integral del principio de la isonomía³.

"La igualdad 'ante' la ley no poseía significación especial alguna. El sentido relevante del principio isonómico está en la obligación de la igualdad 'en' la propia ley"⁴. Este es el sentido que precisamente fue fijado por el constituyente al declarar que ni la ley ni autoridad alguna podrían establecer diferencias arbitrarias.

III. CONCEPTO DE "DIFERENCIAS ARBITRARIAS"

El texto constitucional es claro: no pueden establecerse diferencias arbitrarias; pero se comprende bien que esta "igualdad en la ley" no es absoluta y habrá siempre discriminaciones que legítimamente el legislador deba señalar en la regulación de las materias que son de su dominio.

¿Hasta qué grado de discriminación o diferenciación podrá alcanzar la ley en su función de normar las situaciones sometidas a su imperio, sin faltar

al principio de la isonomía o igualdad, constitucionalmente reconocido como garantía de las personas? En la dilucidación de este problema conviene valerse, en lo sustancial, del planteo que al respecto formula Bandeira de Mello⁵, y luego relacionar los criterios de solución al caso legal que motiva estas reflexiones.

1. Racionalidad de la discriminación

Es indudable que el legislador toma en cuenta diversos factores o criterios para regular discriminatoriamente los casos o situaciones que debe normar. Así, por ejemplo, puede el sexo ser uno de los aspectos que la ley considere para favorecer a la mujer, como en el beneficio jubilatorio; puede también ser la edad, si se trata de cautelar los derechos de los menores; o, asimismo, la nacionalidad, como cuando para acceder a las funciones públicas se excluye a los extranjeros o se prefiere a los nacionales.

En los ejemplos anotados aparece manifiestamente la racionalidad en la consideración del factor diferencial. En cambio, si odiosamente se excluye a las mujeres de la posibilidad de seguir la carrera de abogado; si caprichosamente se prohíbe a los mayores de 50 años asistir a los espectáculos deportivos; si por xenofobias se impide a los extranjeros adquirir bienes raíces, y todo por ley, sería evidente el atentado al principio de isonomía o igualdad que obliga no sólo a las autoridades que aplican las normas legales sino al legislador. Habrá irracionalidad en la ley que atiende, para establecer regímenes diferentes, no a elementos que conduzcan lógicamente a la consagración legal de la norma discriminatoria, sino a factores desvinculados, desde el punto de vista lógico, del tratamiento jurídico diverso.

Así, en los ejemplos antes propuestos, el sexo es un factor que no presenta relación lógica alguna con la regulación de la carrera de abogado; el ser mayor de 50 años de edad es un elemento lógicamente extraño a la prohibición de acceder a espectáculos deportivos, y la calidad de extranjero, en una lógica normatividad sobre la materia, no puede ser impedimento legal genérico para adquirir bienes raíces.

Las diferencias arbitrarias son las que carecen de racionalidad, y ésta es obvio que no concurre cuando el factor o elemento discriminatorio a que acude el legislador se encuentra separado lógicamente del régimen jurídico impuesto.

Sobre el sentido de lo racional y lo arbitrario, en relación con el precepto del artículo 19, N° 2, de la Constitución Política, son ilustrativos los debates de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, antecedente histórico del establecimiento de ese precepto constitucional.

El Presidente de la Comisión, señor Ortúzar, expresó: "...se va a considerar o contemplar en la Constitución un concepto que, en cierta medida, va a delimitar y fijar las atribuciones del legislador en el sentido de hasta dónde es o no legítimo efectuar discriminaciones. Este concepto es "arbitrario"... el hecho de que la Constitución señale ya un concepto o un camino que permita definir cuándo el legislador va a actuar legítimamente o cuándo va a actuar ilegítimamente es una gran ventaja".

El señor Silva Bascuñán aclaró: "no se puede dar soberanía al legislador para establecer, incluso, una irracionalidad preceptiva; se está prohibiendo tratar en forma diferente situaciones idénticas o tratar en la misma forma situaciones diferentes".

Y el señor Evans agregó que distinción arbitraria sería aquella que "no esté asentada en una razón de justicia o de protección del bien común", o "sea una distinción porque sí, porque una conveniencia política del momento o un arreglo de pasillos la impuso y determinó cierto requisito para ejercer tal derecho respecto de tales y cuales personas"; "para que se sepa que cuando existe una ley que no ha sido inspirada en los valores que conforman el bien común, sino que es una arbitrariedad..., asilando a los perjudicados con esta distinción de la garantía constitucional, pueda (la Corte Suprema) declarar inaplicable el precepto legal"⁶.

De allí pues, que las diferencias "sociológicas" que tradicionalmente se señalan como típicas de discriminación arbitraria (sexo, raza, religión, ideología, etc.) no son las únicas que pueden originar un vicio contra la isonomía, ni tampoco ellas, siempre y en cualquier caso, son constitutivas de dicha irregularidad. Todo el quid del asunto está, en primer término, en la racionalidad con que el legislador escoja el factor diferencial para ordenar un tratamiento jurídico, de modo que guarde con éste una correlación lógica.

2. Constitucionalidad de la discriminación

Pero, además, para que las diferencias que

establezca la ley no sean arbitrarias, es preciso, que, como lo explica bien Bandeira de Mello, "in concreto, el vínculo de correlación referido sea pertinente en función de los intereses constitucionalmente protegidos, esto es, resulta la diferenciación del tratamiento jurídico fundada en una razón valiosa -a la luz del texto constitucional- para el bien público"7.

Por que, en efecto, hipotéticamente, es posible que las diferencias que pretenda imponer la ley en un tratamiento jurídico obedezcan a un criterio lógico de correlación, pero resulte la discriminación incompatible con los valores que inspiran y orientan a la Constitución Política. En tal evento, se hallarían aquellas diferencias en pugna, también y por eso mismo, con el precepto del N° 2 del artículo 19 de la Carta, consagratorio de la igualdad ante (y en) la ley. Y es que el bien público, que debe ser cumplido por la ley para que no sea arbitraria, no puede ser otro o contrario al que resguarde los valores insertos en el ordenamiento constitucional.

IV. LA DECLARACION DE CARGOS "POLITICOS" COMO FACTOR DE DISCRIMINACION

Corresponde cotejar, de acuerdo con las consideraciones que se acaban de formular, el contenido del precepto de la igualdad ante la ley con la declaración del legislador en el sentido de que, genéricamente, todos los empleos o funcionarios de un servicio público (por ejemplo los municipales, en el caso del artículo 22 del D.L. 3.551, de 1981) son "políticos" o, lo que es lo mismo, de la exclusiva confianza del Presidente de la República o del jefe del servicio respectivo. Así, se podrá determinar si una tal declaración vulnera o no aquel principio y si en el primer evento es, como consecuencia, impugnabile con arreglo a las vías constitucionales.

1. Su racionalidad

El que un funcionario o, más exactamente, un empleo público sea de la confianza del Presidente de la República significa que, por disponerlo así la Constitución o la ley, en forma expresa, la remoción queda librada a la voluntad del jerarca máximo de la Administración, directamente o por medio del Jefe Superior del Servicio, y para decretarla o resolverla sólo hay que manifestar al titular del empleo la pérdida

de confianza, obligándolo así a renunciar dentro de 48 horas, a riesgo de que, si no lo hace, se le declare vacante el cargo⁸.

Como principio general, los empleos son de carrera; la excepción está constituida por los denominados cargos "políticos" o, en nuestro ordenamiento, de la exclusiva confianza del Presidente de la República. Es cierto que la aceptación de la renuncia no voluntaria como consecuencia de perder esa confianza es una causa legal de expiración de funciones; pero no es menos verdad que la tipificación de tales empleos por la Constitución o la ley, en razón de su naturaleza, no puede omitirse, puesto que de este modo se les separa del servicio civil de carrera y se les exceptúa del principio general⁹.

Cabe suponer que el legislador, así como precisamente lo hace la Constitución, se ha de basar en motivaciones lógicas y racionales para establecer estos empleos excepcionales. Así lo postulan los estudios científicos de la Administración Pública, que conceden la máxima importancia a la seguridad en su empleo que ha de consagrarse para el funcionario honorable y eficiente, no sólo en consideración a su dignidad como persona, sino porque aun desde el punto de vista meramente utilitario es el único medio de obtener mayor "rendimiento"¹⁰. Más adelante volveremos sobre este punto al tocar el aspecto constitucional de las declaraciones legales genéricas en este sentido.

Pero, así caracterizados los empleos o los funcionarios de la exclusiva confianza, habría que verificar -con prescindencia por ahora de su conformidad con los principios constitucionales- si estaría revestida de racionalidad y por tanto de legitimidad frente al principio de la isonomía una norma legal que otorgara aquella calificación a todos los empleos o a todo el personal de un servicio u organismo público. Para ello sería necesario comprobar si hay una correlación lógica entre las diferencias que ofrezca el servicio u organismo implicado, en comparación con los demás, y el régimen de inestabilidad o remoción libre que la ley le aplica.

Porque es evidente que pueden advertirse diferencias entre los múltiples servicios de la Administración. El Servicio de Impuestos Internos, por ejemplo, merecería considerarse especialmente por encargarse de fiscalizar el cumplimiento de los tributos; lo propio cabría decir de la Superintendencia de Seguridad

Social, que fiscaliza a las entidades previsionales, y de la Dirección del Trabajo, que cautela el cumplimiento de la legislación laboral. ¡Y qué decir de la Contraloría General de la República, que es constitucionalmente autónoma y extiende su control sobre toda la Administración del Estado! Pero estas características o diferencias, aunque notables, ¿se relacionan lógicamente con el tratamiento legal de personal de la exclusiva confianza que da el D.L. 3.551/81 a todos los funcionarios de esos organismos, desde los de más alto rango hasta los más subalternos servidores, pasando por los técnicos, profesionales y administrativos? Si se aceptasen sus diferencias en los fines como fundamento implícito para un tratamiento legal de excepción respecto de su personal, tendría que admitirse, acaso, más adelante, una declaración semejante para los servicios de Hacienda, por la importancia que tienen las finanzas públicas, o para los del Ministerio de RR. EE., que tanta prestancia se les reconoce, o para los de Salud, o para los de Educación... y así sucesivamente. De este modo se revertiría la regla general, que vendría a ser la del "status" de empleos políticos, removibles a voluntad del jerarca, pasando a ser la excepción los empleos de carrera.

Y es que -como ya se ha dicho- es un principio básico en un sistema de servicio civil de carrera que los empleos políticos deben estar claramente definidos y descritos por la ley y corresponder a puestos que se conectan muy directamente, en razón de su nivel y naturaleza, con las políticas de quien constituya la máxima jerarquía administrativa. No es posible que ello ocurra con todo el personal, considerado globalmente, de una entidad pública, a menos que se trate de servicios de calificada asesoría, generalmente de reducida volumen.

El caso de las municipalidades es especialmente ilustrativo. El D.L. 1289, de 1976, siguiendo una sana tendencia hacia la uniformidad del régimen estatutario, les hizo precisamente aplicable, en cuanto a su personal, el Estatuto Administrativo que rige en general para los funcionarios públicos (DFL 338, de 1960), pues estimó que no había razón valedera para que, en esta materia, los municipios se apartaran, no obstante sus peculiaridades, del sistema estatutario de general aplicación. Sin embargo, el DL 3551, de 1981, en su artículo 22, separó a todo el personal de estas instituciones del régimen de carrera funcionaria y convirtió a todos los empleos en "políticos", al hacer depender la permanencia de sus titulares

en ellos de la exclusiva confianza del Alcalde, así sean técnicas, profesionales, administrativos o de servicios menores.

Hay sin duda diferencias entre un municipio y los demás servicios públicos, para esas diferencias no presentan una relación lógica con el tratamiento especial de inestabilidad de su personal y de su separación del sistema de carrera.

Es cierto que no todas las situaciones son iguales; pero, así como en el caso de las municipalidades, ocurre, en general, que cuando la ley califica "de la exclusiva confianza" a todos los empleados de un organismo administrativo, no se advierte vinculación lógica alguna entre el factor diferencial considerado por el legislador y el tratamiento jurídico que establece lo que conduce a que la discriminación carezca de racionalidad y sea arbitraria.

2. Su constitucionalidad

Semejante criterio legislativo se opone también al ordenamiento constitucional, cuyos principios se orientan básicamente, en relación con la Administración del Estado, hacia el establecimiento del sistema de carrera funcionaria, que sus normas consagran positivamente.

En efecto, para la administración y gobierno del Estado que corresponden al Presidente de la República (art. 24 CP), el artículo 32 de la Carta, en cuanto atañe a los empleos y funcionarios, entrega al Jefe del Estado las siguientes atribuciones, entre otras: nombrar y remover a los ministros, subsecretarios, intendentes, gobernadores y alcaldes de su designación (Nº 9), y a los embajadores y ministros diplomáticos y a los representantes ante los organismos internacionales (Nº 10), a todos los cuales los declara de su exclusiva confianza; y también nombrar y remover a los funcionarios que la ley denomine como de su exclusiva confianza. La remoción de los demás es reglada por la ley (Nº 12).

Fluye de aquí que, así como la Constitución especifica singularmente los empleos que ella hace de la exclusiva confianza del Presidente de la República, así también la ley que de esta calificación tendrá que seguir el mismo criterio, porque es obvio -y el texto lo demuestra- que la regla general es la

de la estabilidad en el empleo y la excepción es la libre remoción; como excepción, ésta debe estar acortada debidamente, ilustrando a este respecto los que la propia Constitución indica como empleos de esta especie.

Por otra parte, el artículo 38 de la Constitución consagra positivamente el reconocimiento del sistema de carrera funcionaria, uno de cuyos principios básicos es el de la estabilidad en el empleo, de modo que el funcionario tenga seguridad de que no será removido mientras observe buen comportamiento y sea idóneo, principio que se recoge en el derecho a la función por el Estatuto Administrativo, que exige causa legal, previamente establecida, para la explicación de funciones.

Si es cierto que dicho artículo 38 remite a una Ley Orgánica Básica de la Administración Pública, en donde se señalarán los principios del sistema de carrera, no lo es menos que, entretanto, es la propia Constitución la que consagra fundamentalmente aquellos principios, de modo que han cobrado vigencia desde que entró a regir esta Carta, sin perjuicio de que, ajustándose a ellos, la Ley Orgánica les dé mayor desarrollo.

Porque se sostiene que la carrera funcionaria no está reconocida en nuestro ordenamiento y entonces no sólo del personal de un servicio sino de todos los empleos de la Administración del Estado podría una ley decir que son de la exclusiva confianza, pero ello pugnaría abiertamente con lo previsto en la Constitución Política, en especial en el artículo 32, números 9, 10 y 12, ya citados: o se admite que el sistema de carrera está expresa y positivamente consagrado en el artículo 38, inciso 1°, de la misma Carta, y entonces todo precepto, aun legal, que lo desnaturalizara sería inconciliable con este texto constitucional y por cierto con el anteriormente recordado.

Ahora bien, los preceptos legales que califican genéricamente a los empleos o al personal de determinados servicios o entidades públicos, sin especificación alguna, como de la exclusiva confianza del jerarca administrativo, desnaturalizan el sistema de carrera funcionaria y se apartan así de los valores que a este respecto inspiran y son reconocidos por la Constitución. Por incurrir en esta irregularidad, la discriminación que contienen resulta ser arbitraria, además de serlo desde el punto de vista lógico y racional. Atentan, por eso, contra el principio de la igualdad

en la ley asegurado en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política.

Siendo así, el eventual acto administrativo que aceptare la renuncia no voluntaria o declarare vacante el cargo, fundado en un precepto legal de esta especie, podría ser impugnado jurisdiccionalmente, sea por la vía del reclamo a que se refiere el inciso 2° del mismo artículo 38 de la Constitución, sea por el recurso de protección, ya que se trataría de un acto arbitrario o ilegal por aplicar una ley inconstitucional, y aparecería violado el derecho a la igualdad ante (y en) la ley (art. 19, N° 2, CP) y el derecho a la función¹¹. Es obvio que habría que impetrar, dentro de la gestión judicial, el recurso de inaplicabilidad establecido en el artículo 80 de la Constitución Política, porque declarada inaplicable la ley carecería de base jurídica el acto que la estuviere poniendo en ejecución.

V. CONCLUSIONES

Como conclusiones de lo expuesto en las líneas que preceden, podrían establecerse las siguientes:

1) Para que las diferencias que establezca la ley no sean arbitrarias, de acuerdo con lo dispuesto en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política, han de tener un fundamento racional y para ello ha de haber correlación lógica entre el factor diferencial y el tratamiento jurídico discriminatorio.

2) Del mismo modo, las diferencias no pueden pugnar con los valores que consagra la Constitución Política.

3) Que un empleo sea declarado de la exclusiva confianza del Presidente de la República o del Jefe Superior del respectivo servicio significa que es un cargo "político" y removible a voluntad del jerarca.

4) El factor que diferencia a esta especie de empleos de los demás radica en su tipificación, que los vincula directamente con la política de quien ejerce la jerarquía administrativa máxima o superior.

5) En la declaración legal genérica en el sentido de que todos los empleos a todo el personal de un servicio público son de la exclusiva confianza no aparece -por la falta de especificación- la correla-

ción lógica entre el tratamiento especial y el factor diferenciador que la ley considera para establecerlo.

6) Una declaración en ese sentido se contrapone, también, con el sistema constitucional y especialmente con los preceptos del artículo 32, N°s. 9, 10 y 12, y del artículo 38 de la Constitución Política.

7) En consecuencia, las diferencias que un precepto legal establezca de ese modo para el personal de un servicio público, en relación con el resto de los funcionarios, son, a la luz del N° 2 del artículo 19 de la Constitución, arbitrarias.

8) El acto administrativo que pusiere en aplicación una norma legal con ese contenido sería impugnabile, sobre la base de la declaración de inaplicabilidad del precepto de ley (art. 80 CP), por las vías que el ordenamiento contempla. El recurso de protección se fundamentaría en la violación del derecho a la igualdad ante la ley (art. 19, N° 2, CP) y del derecho a la función (art. 19, N° 24, CP).

NOTAS

1 Entre otros, el DL 3.551, de 1981, que se refiere a la Dirección del Trabajo, a la Superintendencia de Seguridad Social, al S.I.I., a la Contraloría General de la República y a las Municipalidades.

2 Véanse art. 32 N° 9, 10 y 12 de la Constitución, y art. 16 DFL 338, de 1960.

3 Véanse Actas de Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en especial, intervención del Sr. Jorge Ovalle y de los Sres. Alejandro Silva Bascuñán y Enrique Evans, en G. Fiamma Olivares, *La igualdad. Antecedentes en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, en esta Revista, N° 28 (1980) 159, 168 y 170.

- 4 Cita de Kelsen en C. Bandeira de Mello, *El contenido jurídico del principio de igualdad*, en Anuario de Derecho Administrativo (Santiago de Chile) vol. II (1977/78) 8.
- 5 Bandeira, *ob. cit.* 24 ss.
- 6 Fiamma Olivares *cit.* 171 ss.
- 7 Bandeira *cit.* 26.
- 8 Véanse arts. 233 letra a) , y 235 letra e) del DFL 338/1960.
- 9 Véase nota 2 precedente.
- 10 Manual de Administración Pública (Naciones Unidas) 1962, pág. 43, N° 77.
- 11 Véase nuestro *El derecho a la función y su protección jurídica*, en Gaceta Jurídica 65 (1985) 2-17.