

REFLEXIONES EN TORNO AL SUFRAGIO

HUGO CALDERA DELGADO

Profesor de Derecho Administrativo

Desmitificar ciertos dogmas, como lo es el de la representación o mandato político, constituye una tarea que debe enfrentarse no sólo a obstáculos racionales sino que también doctrinarios y afectivos. En efecto, conceptos como Estado de Derecho y democracia liberal aparecen tan estrechamente vinculados que la idea de uno de ellos automáticamente evoca la del otro. Estamos tan condicionados a relacionarlos entre sí al punto que cualquiera de ellos nos parece que es el antecedente o la causa del otro. El fenómeno señalado se viene produciendo en forma progresiva desde hace más de un siglo y encuentra su causa primera desde que la soberanía cambió de titular, radicándose en la Nación o en el pueblo. La soberanía o autodeterminación desde su radicación en la divinidad fue trasladada a la Nación y su ejercicio (el de las potestades que comprende) al pueblo. Luego del desplazamiento indicado el ejercicio de la soberanía, primariamente radicado en el pueblo en su conjunto, desde el punto de vista abstracto, debió concretarse en el individuo desde el punto de vista real. De esta manera, la soberanía radicada en la Nación, recae teóricamente en uno de los elementos constitutivos de ésta, es decir, en el pueblo; pero en cuanto a su ejercicio, esto es, a su exteriorización o puesta en movimiento, tuvo que circunscribirse a una unidad menor: el individuo. El último escalón en el que recae la soberanía es el individuo; no obstante, éste participa de su ejercicio sólo de un modo indirecto, más propiamente intentaremos demostrar que, en realidad, participa de un modo más bien ficticio.

También intentaremos dilucidar si el ejercicio de la soberanía que ha sido delegada a través del denominado mandato político en las autoridades públicas surgidas del sufragio universal e igualitario difiere o no de la que detentan otras autoridades, cuya investidura, como la de los jueces, no emana de aquél (esto es, del sufragio universal).

El Poder Judicial cuando ejercita sus funciones constitucionales y

legales actúa en representación de la Nación o del pueblo? y ¿en nombre de quién actúa la Contraloría General de la República cuando emite dictámenes, toma razón de los decretos supremos o de las resoluciones de los jefes de servicio, o cuando examina y juzga las cuentas de los funcionarios o de los particulares que tienen a su cargo bienes públicos?

Resulta evidente que es ilógico tratar de explicar la naturaleza, los efectos y, en general, el sentido y alcance del ejercicio de las competencias asignadas a las instituciones de derecho público y, con mayor razón, en las del derecho político a través de los mecanismos filosóficos, doctrinarios y positivos propios de la regulación que en el derecho civil tienen instituciones que sólo coinciden con las del derecho público en la denominación común de unas y de otras. Es lo que sucedería si intentáramos analizar el mandato político o la representación de que se supone investidos a los gobernantes a la luz de las disposiciones del Código Civil que regulan el mandato en el Título xxix, del Libro iv, artículos 2.116 al 2.173, ambos inclusive.

Es obvio que entre el ciudadano elector y el candidato elegido no existe contrato alguno. El sufragio es un derecho-deber, su incumplimiento o la abstención está penada en la ley electoral¹. Además,

¹Disposiciones de la Ley Nº 14.852 "Fija el texto definitivo de la Ley General de Elecciones". (D. O. Nº 25.245, de 18. 5. 1962).

Art. 156. "El elector que no cumpla con la obligación de sufragar será penado con prisión en sus grados medio a máximo, conmutable en cincuenta centésimos de escudo de multa a beneficio municipal por cada día de prisión. El juez procederá a petición de cualquier ciudadano o de oficio".

"No incurrirá en esta sanción el individuo que haya dejado de cumplir su obligación por enfermedad, por ausencia del país, por encontrarse domiciliado en distinta circunscripción electoral de aquella en que le corresponde sufragar o por otro impedimento grave, debidamente comprobado ante el juez competente, quien apreciará en conciencia la prueba".

Art. 158. "Toda condena que se imponga en virtud de esta ley llevará anexa la pérdida de la calidad de ciudadano con derecho a sufragio, por un período diez veces superior al tiempo que debiera durar la pena".

Vid. DL Nº 3.465 D. O. de 12. 8. 1980 "Convoca al Plebiscito dispuesto en artículo final del DL Nº 3.464 de 1980 y señala a las cuales se sujetará".

Art. 31. El chileno con derecho a participar en este Plebiscito que no cumpla con su obligación de votar, será penado con prisión en sus grados medio a máximo, conmutable en cien pesos de multa a beneficio municipal, por cada día de prisión.

y en directa relación con el derecho-deber del ius suffragii tenemos que entre los requisitos exigidos por el Estatuto Administrativo para el ingreso a la función pública está el de encontrarse inscrito en los registros electorales².

La elección de un candidato no es otra cosa que un acto de nominación o de nombramiento en un cargo público a través del procedimiento que, para esas designaciones o nombramientos, ha establecido la Constitución Política y la ley electoral. Dicho acto de nombramiento tiene carácter unilateral y reglamentario. El nombramiento tiene carácter unilateral porque es el efecto del cumplimiento de una carga pública por el ciudadano elector, quien, al cumplir con el derecho-deber de votar, está desempeñando una de las más importantes y trascendentes funciones públicas, al participar, directamente, en la provisión de los cargos públicos de mayor significación republicana.

Sea que la decisión del parlamentario electo expresa o tácitamente recaiga sobre el cargo, empleo, función o comisión incompatible con el cargo de diputado o senador la Constitución no prevé responsabilidad alguna en contra de aquél, lo que viene a confirmar la ausencia de todo vínculo directo entre sus electores y el elegido, en el sentido de constreñir a este último a cumplir con la obligación consis-

No incurrirá en esta sanción aquel que se haya excusado de su falta de concurrencia y ésta hubiere sido acogida en los términos señalados en el artículo anterior.

²DFL N° 338 de 1960. "Estatuto Administrativo", Título 1 "Ingreso al Empleo Público", Párrafo 2º. "Requisitos de Ingreso".

Art. 12. "Para ingresar a un empleo público se requiere poseer la idoneidad cívica necesaria, esto es, acreditar que se ha cumplido con las leyes de inscripción electoral y de reclutamiento, cuando fuere procedente".

"El que hubiere ingresado a un empleo público sin haber cumplido con dichos requisitos al tiempo de ingreso, por no haber sido procedente su exigencia en esa fecha, deberá acreditarlo en su oportunidad, declarándosele vacante el empleo si no lo hiciera en el plazo de seis meses, contado desde que tales obligaciones fueren exigibles".

La característica de carga pública del derecho-deber de sufragar está fundamentado en las normas citadas y, relacionada con ellas, por lo dispuesto en el Art. 36 del DL N° 3.465, que expresa:

Art. 36. El vocal que no concurriere a integrar la mesa para la cual ha sido designado o nominado, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado mínimo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 30.

tente en asumir sus funciones públicas, antecedente que elimina toda posibilidad de estimar que la designación tenga como antecedente un acuerdo o convención preexistente³⁻⁴⁻⁵.

Si la designación en un cargo de Diputado Senador, el conjunto de sus atribuciones o competencia, el objeto de su actividad y el fin de la misma no tienen como causa un mandato recibido del electorado ¿cuál es, entonces, su naturaleza y origen?

³Constitución Política de 1925, Capítulo iv. Congreso Nacional.

Art. 29. "Los cargos de Diputados y Senadores son incompatibles entre sí y con los de Representantes y Municipales. Son incompatibles también con todo empleo público retribuido con fondos fiscales o municipales y con toda función o comisión de la misma naturaleza, a excepción de los empleos, funciones o comisiones de la enseñanza superior, secundaria y especial, con asiento en la ciudad en que tenga sus sesiones el Congreso".

"El electo debe optar entre el cargo de Diputado o Senador y el otro cargo, empleo, función o comisión que desempeñe, dentro de quince días si se hallare en el territorio de la República, y dentro de ciento, si estuviere ausente. Estos plazos se contarán desde la aprobación de la elección. A falta de opción declarada dentro del plazo, el electo cesará en su cargo de Diputado o Senador".

⁴Anteproyecto de la Nueva Constitución, elaborado por la Comisión Ortúzar. Capítulo v Congreso Nacional, Normas Comunes para los Diputados y Senadores.

Art. 61. "Los cargos de Diputados y Senadores son incompatibles entre sí y con todo empleo o comisión retribuidos con fondos del Fisco, de las Municipalidades, *de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de las empresas del Estado o en las que el Fisco tenga intervención por aporte de capital*, y con toda otra función o comisión de la misma naturaleza. Se exceptúan los empleos docentes y las funciones o comisiones de igual carácter de la enseñanza media y especial".

"Los Diputados y Senadores no podrán ser designados directores o consejeros, ni siquiera en el carácter de ad honores, en las entidades fiscales autónomas, semifiscales.

⁵El inciso final del artículo 55 de la Nueva Constitución Política (DL 3.464 de 1980) innova respecto de la facultad que se reconocía a los parlamentarios que hubieren resultado electos de escoger entre continuar en él o en los cargos incompatibles que estuvieren desempeñando y el cargo de Diputado o Senador, como asimismo se descartó la solución dada por la Constitución al interpretar el silencio del parlamentario electo, relativo a su pronunciamiento entre el cargo o los cargos incompatibles. El inciso mencionado expresa:

"Por el solo hecho de resultar electo, el Diputado o Senador cesará en el otro cargo, empleo, función o comisión incompatible que desempeñe, a contar de su proclamación por el Tribunal Calificador. En el caso de los

Para que el Estado y cada uno de sus órganos puedan ejercer las funciones que el ordenamiento jurídico público y la voluntad nacional les han encomendado requieren, necesaria y fatalmente, del auxilio o concurso de las personas naturales. Estas personas naturales, sea que reciban, según los casos, la denominación de gobernantes, autoridades, agentes públicos o funcionarios, son los órganos a través de los cuales pueden exteriorizarse y dinamizarse las competencias atribuidas por la Constitución a cada órgano-poder (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). El órgano poder para la exteriorización de su competencia, para la expresión de su voluntad orgánica y para la obtención de sus fines precisa, como hemos dicho, de la colaboración instrumental del órgano-individuo, esto, de la persona natural, que, según la función, recibirá la denominación de parlamentario, de Presidente de la República, de Ministro de Corte, de juez o de funcionario. El órgano-poder está especificado por la Constitución Política, en este sentido sobre su identidad no existe incertidumbre alguna. Sin embargo, y como es lógico que así sea, no puede acontecer lo mismo con el órgano-individuo, el cual es determinable aunque indeterminado. Este último sólo viene a determinarse, esto es a individualizarse, por medio del acto de nombramiento que, en el caso de las designaciones efectuadas por elección popular, se llama elección. En el cumplimiento de los fines del órgano público, en nuestro ejemplo, del órgano-poder llamado Congreso Nacional, se realiza por medio de un elemento del órgano-poder: el parlamentario quien, directamente, y sin intermediación ni representación al-

ex Presidentes de la República, el solo hecho de incorporarse al Senado significará la cesación inmediata en los cargos, empleos, funciones o comisiones incompatibles que estuvieran desempeñando. En los casos de los Senadores a que se refieren las letras b) a f) del inciso tercero del artículo 45, éstos deberán optar entre dicho cargo y el otro cargo, empleo, función o comisión incompatible, dentro de los quince días siguientes a su designación y, a falta de esta opción, perderán la calidad de Senador”.

La regla especial relativa al silencio, de efectos negativos, que la Nueva Constitución establece respecto de los Senadores nominados o designados es perfectamente lógica y congruente con la regla general vigente en relación con los Diputados y Senadores electos y con los ex Presidentes de la República, en atención a que estos últimos por su postulación o por su asunción de funciones (en el caso de los Senadores por derecho propio) han manifestado tácitamente su voluntad de asumir definitivamente las funciones de parlamentarios.

guna, exterioriza la voluntad orgánica de aquél, esto es, del Estado legislador. En este sentido, las actuaciones del órgano-individuo no son sino las del órgano-poder, a condición de que actúe dentro de la competencia y del procedimiento que la Constitución asignó a aquél⁶. Lo expresado tiene como consecuencia la inexistencia de dos voluntades coincidentes o coordinadas, de la voluntad orgánica y de la voluntad sicológica del órgano-individuo. En la actuación del Parlamento (como asimismo acontece con las actuaciones de los tribunales de justicia) sólo existe una sola y única voluntad, la voluntad orgánica del órgano-poder, es decir, la voluntad del Estado expresada en la Constitución Política o en la ley. Los efectos de dichas actuaciones, esto es los derechos y las obligaciones que de ellas emanan, se imponen obligatoriamente a los habitantes del país, sean éstos chilenos o extranjeros, como dice el art. 14 del Código Civil.

La voluntad que exterioriza el órgano-individuo no es la voluntad del mandatario que ejecuta la voluntad de su mandante (como erróneamente pudiera considerarse al electorado) ni los efectos de las actuaciones del representante (hemos dicho que la representación también está excluida), son los que expresan en el art. 1.448 del Código Civil, sino la voluntad del Estado. Entre el órgano-individuo y el elector no existe ni mandato ni representación, en realidad, no existe relación jurídica alguna. Si no existe relación jurídica alguna ¿cómo es que lo actuado por el órgano-individuo es oponible al elector (en realidad lo es a todos los habitantes), es decir, es obligatorio para éste? En la pregunta que hemos formulado existe un argumento falso. El consiste en sostener que las actuaciones del órgano-individuo se reflejan obligatoriamente en el elector y en los habitantes. Las actuaciones del órgano-individuo no son sino las del órgano-poder; en consecuencia los efectos de las actuaciones vinculan directamente al órgano-poder con los habitantes, esto es, con el pueblo. La relación del órgano-poder, en realidad, se produce entre el Poder, es decir, entre el Estado y el pueblo. La relación del órgano-individuo con el órgano-poder es un fenómeno político que sólo tiene interés jurídico al interior de la organización.

La actuación de los parlamentarios (lo dicho acerca de éstos tam-

⁶En relación con esta materia ver nuestro "Teoría del órgano, Estado de Derecho y responsabilidad del Estado", en esta Revista, 25-26 (1979) pp. 157-176.

bién es válido respecto del Presidente de la República y, en general, de todos los que desempeñan cargos de elección popular) se radica en la Nación y, consiguientemente, en el Estado y en sus habitantes. Pero el problema que nos ocupa, esto es, el de la naturaleza de la función cuyo ejercicio supone el haber sido designado por medio del sufragio popular e igualitario no difiere cualitativamente de los efectos que para la Nación y para el Estado se producen respecto del ejercicio y decisiones que derivan de la actividad orgánica de las demás magistraturas, en las cuales los individuos que las sirven han tenido una forma de nominación o de designación distinta del sufragio popular.

Entonces ¿tiene algún sentido la creencia de que sólo los parlamentarios detentan atribuciones que configuran la soberanía nacional? La respuesta, luego del análisis que hemos efectuado, no puede ser sino negativa.

Sin negar la fuerza del argumento que invoca a la voluntad nacional expresada a través del sufragio popular como causa legitimadora de una investidura en la función pública (en cuanto a las competencias que a dicha función corresponde y a que su desarrollo regular expresa la exteriorización de los atributos de la soberanía nacional) no encontramos diferencias de fondo con otras modalidades de provisión de las demás magistraturas, como la judicial, por ejemplo. En Inglaterra cuando se somete a proceso a un individuo los cargos se formulan en nombre de la Corona, y en los Estados Unidos se dice "el pueblo de los Estados Unidos de Norteamérica en contra de...". Ambos ejemplos vienen a expresar la idea que hemos expuesto y sostenido con nuestros argumentos. Tenemos que los órganos del Estado y sus elementos integrantes, los órganos-individuos, se encuentran en una relación jurídica directa e interna, situación que excluye la existencia, paralela, de otra vinculación jurídica con un órgano o persona distinta de aquél. La consideración anterior nos conduce a descartar la existencia de un vínculo jurídico entre los parlamentarios y los electores ya que, como quedó demostrado, de la elección, acto de nominación unilateral, no se producen consecuencias o efectos que vinculen o ligen jurídicamente a aquéllos con éstos. Al no existir relación jurídica alguna entre los parlamentarios y la masa de electores o ciudadanos no es posible considerar que los primeros sean los representantes de los ciudadanos

ni tampoco que éstos sean los mandantes de aquéllos. Por otra parte, hemos dejado establecido también que la provisión de un cargo público por medio del sufragio popular es una forma de designación o de nombramiento similar a las otras modalidades que prevé el ordenamiento jurídico. Lo dicho no puede desconocer que la designación a través del sufragio popular no constituya una o la forma de provisión de los cargos públicos que parece tener una fuente de legitimidad más aparente que las demás y que ella no conmueva en más alto grado a la masa ciudadana; es indiscutible que dicha forma de nominación tiene algo del "sacre" de que eran objeto los monarcas.

Como el Estado sin la colaboración de los órganos-individuos es incapaz de adoptar resoluciones resulta imprescindible recurrir a algún mecanismo o fórmula para designar al o a los primeros magistrados de la República. En este sentido la elección aparece como la forma indispensable. Ello porque a través del sufragio popular se expresa en forma directa la opinión pública; constituye un buen camino para sondear el sentido en que se mueve la voluntad soberana. Siendo necesaria y, en ciertos casos, imprescindible, la consulta de la opinión pública a través del sufragio y habida cuenta que dicha opinión así exteriorizada pareciera reflejar el sentido en que se inclina, en un momento determinado, la voluntad nacional, la consideración del sistema del sufragio popular, por la trascendencia que él tiene en la vida de los pueblos, merece algunas consideraciones y, como corolario de éstas, precisa de un replantamiento de su valoración y de la forma en que actualmente se le entiende.

Por otra parte, también es evidente, y demostrable histórica y científicamente, que nosotros estamos condicionados en nuestro modo de pensar y de aceptar la realidad social por las doctrinas que se han encarnado en las instituciones democrático-liberales que han regido al mundo occidental desde hace, aproximadamente, dos siglos. Consecuencia de dicho condicionamiento es, entre otras materias, la identificación que inconscientemente establecemos entre los conceptos de democracia y Estado de Derecho y entre ambos y el sufragio universal e igualitario. Donde los grandes problemas públicos no se resuelven por la vía del sufragio universal, individual e igualitario nos parece que, forzosamente, la idea de Estado de Derecho y su corolario, la libertad individual, tienen que estar necesaria y fatalmen-

te ausentes. Tal vez estemos condicionados, un tanto irreflexiva y sentimentalmente, a esperar del sufragio universal e igualitario más de lo que en realidad él puede dar⁷.

En esta materia no debemos perder de vista que lo que se encuentra en juego es nada menos que el establecimiento y permanencia de un modelo de organización política que obedezca en plenitud al Estado de Derecho, lo que significa mantener incólumes los derechos individuales y consagrar efectivos y expeditos mecanismos de control jurídico no tan sólo administrativos sino que, fundamentalmente, jurisdiccionales⁸. Este esquema de orden, de seguridad y

⁷La influencia innegable que ejercen determinados esquemas de organización política, especialmente en las generaciones que han nacido, que se formaron y que han vivido gran parte de sus existencias dentro de los esquemas organizacionales inherentes a la democracia liberal, gravitan incluso en gobiernos militares, de corte nacionalista y autoritarios como el vigente en nuestro país a contar del 11 de septiembre de 1973. Donde el esquema democrático-liberal pervive y coexiste junto con los esfuerzos conscientes de las autoridades en el sentido de erradicar de nuestras prácticas políticas los vicios propios de la demagogia, la cual, como es sabido, encuentra fértil campo en las estratas sociales de menor nivel cultural. Al respecto reproducimos las siguientes disposiciones:

Art. 13, DL N° 3.464 de 1980.

“Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena afflictiva”.

“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”.

Art. 2, DL N° 3.465, de 1980.

“Votarán en el señalado Plebiscito todos los chilenos mayores de dieciocho años de edad, incluso los analfabetos y no videntes, y podrán votar los extranjeros mayores de esa edad que tengan residencia legal en Chile, la que se acreditará mediante la respectiva cédula de identidad de extranjería”.

⁸En relación con la protección jurisdiccional de los administrados y de los habitantes, en general, citamos las siguientes disposiciones de la Nueva Constitución:

N° 3, del Art. 19, incisos segundo, tercero y quinto, respectivamente:

“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos”.

de libertad no encontrará su consagración y pervivencia con sólo el elemental recurso de excluir a ciertas ideologías extranjerizantes o antinacionales de la participación política, porque la esperanza que

“La Ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”.

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento”.

Art. 20. “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, N°s 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

El inciso final del Art. 21 de la Nueva Constitución consagra una extensión del tradicional recurso de amparo, en los siguientes términos:

“El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

Art. 38, inciso final: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contenciosos administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Art. 80. “La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.

Art. 83. “Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede el mismo Tribunal,

en ello se ponga no tardaría mucho en verse trágicamente defraudada, en atención a que los adherentes conscientes y también los que lo hacen por ignorancia combinada con una alta dosis de demago-

conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido”.

“Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el Proyecto o Decreto con Fuerza de Ley de que se trate. En los casos de los números 5º y 12º del artículo 82, el Decreto Supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo”.

“Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”.

El inciso final del Art. 21 de la Nueva Constitución consagra una extensión del recurso de amparo clásico que sólo protege la libertad individual (es decir, la libertad física de la persona), protegiendo otros aspectos inherentes a la libertad y a la seguridad de las personas. Este nuevo recurso fue establecido, por primera vez en nuestro ordenamiento constitucional y en idénticos términos, en el inciso final del Art. 3º, Cap. II “De los recursos procesales”, en el Acta Constitucional Nº 3 “De los derechos y deberes constitucionales”. (DL Nº 1.552, 13. 9. 1976). En el inciso final del Art. 21, letra b) “Recurso procesales”, del Cap. III “De los derechos y deberes constitucionales”, del Anteproyecto de la Nueva Constitución, elaborado por la Comisión Ortúzar, se reprodujo, textualmente, el citado recurso que, como expresáramos, complementa y perfecciona al clásico recurso de amparo. En el texto del Informe del Consejo de Estado, el referido recurso aparece incorporado en el inciso final del Art. 21.

El inciso final del Art. 38 de la Nueva Constitución consagra la existencia de los tribunales de lo contencioso administrativo, cuya creación deja entregada a la ley. La citada norma programática hay que relacionarla con el inciso 1º del Art. 79, especialmente en su último acápite, que dice: “La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correctiva y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los Tribunales Electorales Regionales y los Tribunales Militares de tiempo de guerra. Los tribunales contencioso administrativos quedarán sujetos a esta Superintendencia conforme a la ley”. La solución adoptada, en definitiva, por el Art. 38 de la Constitución difiere de la fórmula contenida en el inciso 1º del Art. 79 del Anteproyecto Ortúzar, el cual otorgaba, derechamente y sin intervención de la ley, la plenitud jurisdiccional a los Tribunales Ordinarios (posición que creemos estaba vigente bajo el imperio de la Constitución de 1925; al respecto, nuestro Manual de Derecho Administrativo. Ed. Jurídica, 1979, 436 ss, al expresar: “La facultad de conocer de las causas civiles, de las criminales y de

gia y de engaño actuarían bajo la cobertura de otros partidos, en cuya masa aquéllos se mimetizarían.

La solución al problema señalado, sin desconocer, por cierto, el principio de legalidad administrativa ni el respeto más amplio a los

las contencioso administrativas, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

El informe del Consejo de Estado mantiene, en idénticos términos, la redacción del inciso citado. En efecto, en el inciso 1º del Art. 73 consagra la plenitud jurisdiccional de los Tribunales Ordinarios.

El Art. 80 de la Constitución, que contiene el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, reitera, textualmente, la redacción del Art. 86 del Anteproyecto Ortúzar, tal como acontece con el Art. 80 de la redacción del informe del Consejo de Estado. Estimamos que la solución de este problema estaba mejor resuelta en el Anteproyecto Ortúzar. Al respecto reproduciremos un párrafo de nuestro trabajo “La norma de clausura y la potestad reglamentaria en el anteproyecto de la Nueva Constitución” (RDF N° 27, Enero-Junio 1980, págs. 255-286), que dice: “A consecuencia de haber sido colocada la función legislativa, y su producto la ley, en una situación de preeminencia en relación con las demás funciones públicas superiores del Estado, desde el momento en que el Poder Ejecutivo administra y gobierna de acuerdo con la Constitución y las leyes y que el Poder Judicial debe cumplir su cometido (sea éste contencioso o de jurisdicción voluntaria) de acuerdo con la ley, no se sometió el control de constitucionalidad de la ley a órgano alguno, situación que dentro del esquema clásico habría estado en flagrante contradicción con la estructura jerárquica dada a los tres poderes en quienes se depositó el poder público. Por este motivo la Constitución de 1925, en su texto primitivo, consagró un control limitado sobre la constitucionalidad de la ley al facultar a la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad de la ley a casos específicos y aislados, manteniendo la plena vigencia de la ley que había sido declarada inaplicable a uno o más casos particulares. La reforma constitucional de 1970 (la Ley N° 17.284, 23. I. 1970, sobre Reforma Constitucional, agregó el Art. 78 b) a la Carta de 1925, disposición que fija las atribuciones del Tribunal Constitucional reglamentado en los Arts. 78 a), 78 b) y 78 c) de la citada Constitución), que creó el Tribunal Constitucional sólo dio competencia a este Tribunal para pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de un proyecto de ley, estando inhibido para entrar a conocer de la inconstitucionalidad de una ley promulgada y vigente. El Anteproyecto Ortúzar mantiene el sistema previsto en el Art. 86 inciso 2º de la Carta de 1925 y facultó al Tribunal Constitucional que contemplaba para declarar la inaplicabilidad general (la derogación) de una ley respecto de la cual por tres veces consecuti-

derechos individuales y a la dignidad del ser humano, basándose en el principio recogido a lo largo de todos nuestros textos constitucionales de que la soberanía radica en la nación, puede, perfectamente y sin echar mano a resquicios jurídicos, buscar una forma en la cual la voluntad nacional que emana del pueblo encuentre un vehículo de expresión que, a través del sufragio, haga muy difícil o, en todo caso, reduzca al máximo el pernicioso juego de la demagogia política y, consecuentemente, el contrabando ideológico de doctrinas políticas diluyentes y exterminadoras del ser nacional. Sin desconocer en ningún momento la igualdad ante la ley, de acuerdo a criterios objetivos se podría considerar la posibilidad de que en las grandes decisiones nacionales el voto popular tomara en cuenta la variable de la educación, de la formación profesional, de la experiencia proveniente de haber ejercido magistraturas públicas, todo ello reconociendo, como mínimo, en cada ciudadano el derecho a

vas la Corte hubiera decretado la inaplicabilidad particular y a condición de que aquél confirmara la inaplicabilidad del precepto tachado de inconstitucionalidad por la Corte”.

El sistema creado por la Constitución (DL N° 3.464, de 1980) para la declaración de la inaplicabilidad de las leyes por vicios de inconstitucionalidad, parece ser el que indicaremos a continuación. En efecto, coexistirían dos vías para la impugnación de una ley inconstitucional. La primera, estaría representada por el recurso clásico de inconstitucionalidad que contempla el Art. 80 de la Constitución, recurso cuyos efectos serían concretos, es decir, la inaplicabilidad declarada por la Corte sólo produciría efectos respecto de las materias de que aquella conozca o que le fueran sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, ello sin perjuicio de que la norma legal declarada inaplicable para un caso específico continúe vigente. Se subraya la facultad concedida a la Corte Suprema para “ordenar la suspensión del procedimiento”, mientras se tramita y falla el recurso. La segunda, estaría representada por la existencia de un recurso de inaplicabilidad de efectos generales que habría que deducir, directamente, ante el Tribunal Constitucional. Esta interpretación se fundamenta en el inciso final del Art. 83 de la Constitución, que dice: “Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”. Acerca del procedimiento y de las circunstancias en que sería procedente interponer este recurso de inaplicabilidad de efectos generales, es posible estimar que sería idéntico o similar al recurso de inaplicabilidad de efectos particulares de que conoce la Corte Suprema; en todo caso este problema será materia de un trabajo posterior.

emitir un voto⁹. Esto en el plano individual; pero ¿no juegan un rol importante en la vida nacional las agrupaciones o asociaciones intermedias entre el ciudadano y el individuo? Dichas organizaciones, sobre todo las de orden laboral, los colegios profesionales, las asociaciones empresariales ¿no expresan acaso intereses que constituyen la esencia de las aspiraciones de los individuos que las integran? Y si admitimos que dichas organizaciones intermedias tienen voluntad y que ésta es la decantación de lo que verdaderamente es más importante para la vida y aspiraciones individuales de sus asociados y, lógicamente, para la vida nacional ¿no sería lógico otorgarles la posibilidad de que dichas personas jurídicas expresaran también, a través del sufragio su voluntad política?

Se ha presentado a la doctrina de la soberanía popular, tesis defendida con ardor por los girondinos (durante el desarrollo de la Revolución francesa) como la más democrática, desde el momento que tendía a establecer el sufragio universal e igualitario. Como sabemos, en la Constituyente triunfó la tesis jacobina de la soberanía nacional, la cual permitía a la Constitución establecer con mayor ponderación el sistema de sufragio. A esta última doctrina se la consideró "reaccionaria", desde que negaba el sufragio universal. Sin embargo, es bueno recordar un antecedente olvidado o desconocido, tal vez intencionadamente, de que la tesis jacobina era más revolucionaria que la girondina, y que de haberse elegido ésta la revolución habría fracasado y se habría producido el restablecimiento del "constitucio-

⁹Estamos en desacuerdo acerca de la conveniencia de haber consagrado una disposición como la que está contenida en el Art. 13 de la Constitución, norma que otorga la condición de ciudadano con derecho a sufragio a todos los chilenos que hubieren cumplido dieciocho años de edad, aunque sean analfabetos, no tengan oficio o estén o no desarrollando alguna actividad útil a la sociedad. La solución establecida en el citado Art. 13 permite que se balanceen o contrapesen los votos de un sujeto que puede ser incluso un vago con el de una persona altamente calificada, con una honrosa trayectoria en alguna de las más relevantes funciones sociales, sean ellas universitarias, administrativas o empresariales. Lo señalado parece aún más contradictorio si se piensa que en el primero de los ejemplos el voto no estaría respaldado por una convicción apoyada en argumentos de peso, debidamente ponderados a la luz de la educación, de la experiencia y de la responsabilidad, mientras que en el segundo ejemplo, pese a que el voto cuenta con un sólido fundamento, su efecto real no se diferenciaría en nada del primero.

nalismo monárquico", esto es, una vuelta al antiguo régimen. Esto que aparece como contradictorio es, sin embargo, de una lógica irrefutable. Es sabido que tanto el clero (primer orden) como la nobleza (segundo orden) eran contrarios al orden que comenzó a estructurarse políticamente el 4 de agosto de 1789; además, dichos órdenes eran dueños de los dos tercios del suelo francés. La actividad económica era, esencial sino absolutamente, agraria, y ambos órdenes tenían en sus propiedades una clientela campesina e iletrada, sobre la cual demagógica y forzosamente podían hacer votar de acuerdo a los intereses de sus patrones. Si ello se producía, como era fatal que así aconteciera, la suerte de los cambios iniciados por la revolución francesa habrían fracasado rápidamente.

Si lo que se desea es establecer y mantener un verdadero Estado de Derecho, esquema que supone el reconocimiento de derechos individuales, de su efectiva y más amplia garantía por medio de controles jurídicos, especialmente de los jurisdiccionales, del establecimiento de la responsabilidad del Estado a causa del ejercicio irregular de las potestades públicas, al mismo tiempo de asegurar el orden público y la seguridad nacional, ¿no valdría la pena hacer un sincero esfuerzo por replantearnos lo relativo al sufragio universal e igualitario y dejar subsistente de él sólo lo que realmente merezca de ser retenido?

El imperio del derecho, la participación ciudadana, el desarrollo económico y social y la legítima aspiración de la chilenidad de ver a nuestra Nación elevada a un lugar preeminente dentro del contexto internacional, bien valen el esfuerzo de desvanecer un mito que, como el del sufragio universal e igualitario, parece haberse impuesto como un dogma que, a lo mejor, no resistiría la prueba consistente en un serio y documentado análisis crítico.