Publicación editada por la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

CUADERNOS DE ANALISIS JURIDICO

Director Responsable: Jorge Correa Sutil
Comité Editorial: Jorge Correa
Fernando Fueyo
Mario Garrido
Carlos Peña
Agustín Squella
Mario Verdugo

Diseño: Raquel Sánchez

Colaboraciones: Las colaboraciones y solicitudes de ejemplares pueden hacerse llegar al Director responsable a: Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. República 105. Santiago, Chile.

ISSN 0716 - 727 K

Cuadernos de análisis jurídico

13
serie seminarios
Enero de 1990

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1989. ESTUDIO CRITICO

INDICE

Presentación 7

Eficacia de la Elevación a Rango Constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos 9
CESAR PINOCHET ELORZA

Límites Jurídicos de la Democracia 19
ZARKO LUKSIC SANDOVAL

Comentarios a la Modificación Realizada al Artículo 23 de la Constitución Política de 1980 35
RODRIGO UGALDE PRIETO

Efectos de la Reforma del Art. 38, Inciso 2º, de la Constitución Política Sobre Regimen de lo Contencioso Administrativo 45
ARTURO AYLWIN AZOCAR

Subrogación y Reemplazo en la Presidencia y el Parlamento 51
ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN
MARIA PIA SILVA GALLINATO

Reformas a la Presidencia y el Congreso 63
JOSE LUIS CEA EGAÑA

Reformas al Poder de Seguridad 73
FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA

Modificación al Procedimiento de Reforma Constitucional 77
MARIO VERDUGO MARINKOVIC

PRESENTACION

Bajo el título "CONSTITUCION 1980, ESTUDIO CRITICO", en el mes de mayo de 1988, se publicó un Volumen que reunía trabajos en que Profesores y Ayudantes de la Coordinación de Derecho Público de la Carrera de Derecho de esta Universidad, analizaban diversos aspectos del Código fundamental.

La obra tuvo excelente difusión e incluso, algunos de los estudios en ella incluidos, sirvieron de base en foros académicos.

Con motivo de la Reforma Constitucional aprobada en el Plebiscito de 30 de julio de 1989, los docentes de la unidad académica precitada, volvieron a celebrar sucesivas mesas redondas para estudiar los alcances de la enmienda.

Fruto de estos coloquios son los trabajos que se publican en el presente número de Cuadernos Jurídicos, los cuales han sido agrupados siguiendo el orden que los temas tratados tienen en la Constitución.

Es así, como en primer lugar, se incluye la ponencia de CESAR PINOCHET ELORZA, acerca de la modificación introducida al artículo 5º de la Carta Fundamental y cuyos reales alcances, como expresa el autor, "permiten diversas soluciones que este trabajo solo ha podido esbozar".

Los fundamentos de la derogación del polémico artículo 8º y las limitaciones al pluralismo político establecidas en el numeral 15º del artículo 19 de la Constitución, son estudiados seguidamente, por ZARKO LUKSIC SANDOVAL.

A continuación RODRIGO UGALDE PRIETO, pormenoriza la problemática que surge de las reformas introducidas a la normativa constitucional que regula las incompatibilidades entre la actividad política y la gremial.

Después de la supresión de las palabras "contencioso administrativo" contenidas en el artículo 38 inciso segundo del Código Fundamental, ¿son los tribunales ordinarios competentes para resolver cualquier tipo de conflicto contencioso administrativo, que se someta a su consideración? Es ésta la interrogante que se plantea en su trabajo ARTURO AYLWIN AZOCAR.

Temática coincidente presentan los dos trabajos siguientes: "Subrogación y Reemplazo en la Presidencia y en el Congreso" por ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN y MARIA PIA SILVA GALLINATO; y "Reformas a la Presidencia y el Congreso" por JOSE LUIS CEA EGAÑA. A través de afinidades y discrepancias, configuran ambos, una visión integral de la problemática implícita.

El tema "El poder de Seguridad", enfocado esta vez desde la perspectiva de la reforma, es abordado por FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA.

Finalmente, nuestras notas acerca de "Modificaciones al Procedimiento de Reforma Constitucional", cierran el volumen.

Es probable que el lector experimente una cierta frustración al percatarse que en todos los trabajos reseñados, se formulan más interrogantes que respuestas definitivas. Ello es así, pero no afecta el mérito de las ponencias: en el trabajo intelectual honesto siempre prevalece la duda sobre la jactanciosa certeza.

MARIO VERDUGO MARINKOVIC
Director Departamento de Derecho Público

EFICACIA DE LA ELEVACION A RANGO CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHO HUMANOS.

César Pinochet Elorza

GENERALIDADES

La aprobación, por el Plebiscito de 30 de julio de 1989, de diversas reformas a la Constitución Política de la República de Chile vigente desde 1980, conllevó la aparición de diversas interrogantes sobre algunas disposiciones cuya inclusión en el texto constitucional provocó interpretaciones divergentes. Entre las disposiciones a que se alude, conviene retener el Artículo 5º de la Constitución, que será materia de nuestro análisis.

El mencionado artículo, antes de la reforma, disponía que "la soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio".

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

Es preciso destacar a este respecto que el Excmo. Señor Presidente de la República al explicar en 1980, el sentido y alcance de esta disposición, manifestó en discurso público que "POR PRIMERA VEZ EN NUESTRA HISTORIA UN TEXTO CONSTITUCIONAL RECONOCE, COMO LIMITE DE LA SOBERANIA, LOS DERECHOS ESENCIALES DE LA PERSONA HUMANA. LO QUE SIGNIFICA UN RECONOCIMIENTO EXPLICITO DE QUE ESTOS DERECHOS SON SUPERIORES Y ANTERIORES AL ESTADO Y QUE ESTE NO PUEDE VIOLARLOS, SINO REGULAR SU EJERCICIO".

Esta visión, enraizada en la doctrina tradicional del Derecho Natural le da a los derechos humanos la calidad de atributos o exigencias, que dimanan de la propia naturaleza humana, que son anteriores a la constitución de la sociedad civil y que, siendo previos y superiores al derecho estatal, deben ser reconocidos y garantizados por éste. Este es el sentido en que aparecen los derechos humanos en la DECLARACION DE VIRGINIA y en la DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, que al ocupar los términos "derechos innatos" o "derechos naturales" se identifican con esta postura que se ha denominado como "prehistoria" de los derechos humanos, asumida en la etapa de las solemnes declaraciones de reconocimiento, y mantenida posteriormente por las diversas teorías iusnaturalista.

Esta concepción ha sido rebatida por otras doctrinas que le asignan a estos derechos la calidad de "derechos públicos subjetivos" como creación exclusiva de la normatividad jurídica positiva, lo que los dota de una fuerza jurídica directa

y de una operatividad jurisdiccional inmediata, desvirtuando su caracter natural y su funcionalidad jurídica pre-positiva.

Otras concepciones, como considerarlos "libertades públicas", "derechos fundamentales" y finalmente "derechos humanos" nos señalan que estamos frente a una realidad dinámica, cuyos contornos precisos sólo pueden quedar definidos en cada momento por el conjunto de facultades que le son asignados y garantizados en los respectivos ordenamientos jurídicos positivos, en su constante adecuación para ser considerados "justos".

Cerrado el paréntesis acerca de las motivaciones que el Gobierno tuvo para proponer en su oportunidad, el Artículo 5º de la Constitución, en su texto original, devenimos en la REFORMA DE JULIO DE 1989, en que al inciso segundo de dicho precepto constitucional, se le agrega una oración, que deja el texto actual, redactado como se señala a continuación.:

"ARTICULO 5º. La soberanía reside esencialmente en al Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio".

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. ES DEBER DE LOS ORGANOS DEL ESTADO RESPETAR Y PROMOVER TALES DERECHOS, GARANTIZADOS POR ESTA CONSTITUCION, ASI COMO POR LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE Y QUE SE ENCUENTREN VIGENTES".

Esta norma, aparentemente simple y clara, fue percibida como una gran avance ya que implicaba la elevación de dichos derechos al rango constitucional, y en esa calidad fue recepcionada por la opinión pública y por la Cátedra.

No obstante lo anterior, en círculos académicos y en algunos fallos que no han dado aplicación a esta nueva norma, se han planteado opiniones contradictorias, que pueden implicar problemas de interpretación de proyecciones insospechadas, que en este breve estudio procuraremos esclarecer.

En efecto, la elevación de los Tratados Internacionales que versen sobre cualquier "derecho esencial que emane de la naturaleza humana" habría producido, por una parte, la abrogación tácita de toda legislación interna que se oponga a esas normas convencionales, y por otra, en el plano constitucional, podría igualmente crear un conflicto de normas de igual jerarquía en tanto las diposiciones de dichos tratados entren en conflicto con el articulado de la propia Constitución.

A lo anterior, es preciso agregar que, previamente a la determinación del conflicto con la propia constitución y con las normas del foro doméstico, es menester precisar a cuales tratados se refiere la norma in comento, sobre todo si consideramos que el tenor literal no es claro y que la reforma constitucional de 1989 no cuenta con "una historia fidedigna" que conste en Actas Públicas, razón por la cual debería recurrirse al atestado de quienes intervinieron directamente en las discusiones previas a su aprobación, o bien, apelar a los principios de hermeneútica que imperan en el Derecho Internacional Público.

La norma existe y es deber de los Tribunales, de la Cátedra y de los

juristas el determinar el "efecto útil" de la misma, para no frustrar su verdadero propósito que no es otro que el elevar a rango constitucional las Normas Internacionales ratificadas o que puedan ser ratificadas por Chile en materia de Derechos Humanos y que los "Organos del Estado —Ejecutivo - Legislativo y Judicial— deberán promoverlos, y lo que es más importante, "respetarlos" en la perspectiva de su nuevo status jurídico.

RECEPCION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL FORO DOMESTICO. ANALISIS DOCTRINARIO

La regulación jurídica de la interacción de Estados soberanos, de Organismos Internacionales , y eventualmente y en forma incipiente, del individuo, está entregado al Derecho Internacional Público que reconoce como fuente primaria, además de los principios generales del Derecho a dos vertientes básicas: el Derecho Convencional - Tratados - y el Derecho Consuetudinario -la Costumbre-

Sin entrar en la clásica discusión —monismo versus dualismo—, cabe señalar que la verdadera eficacia del Derecho Internacional Público radica en muy amplia medida en la adhesión que le preste los respectivos ordenamientos nacionales, incorporados en sus normativas y dándole efecto a todos aquellos tratados o acuerdos que necesitan, salvo las normas "self executing", de un necesario proceso mediatizador de tipo constitucional o legislativo, para su cumplimiento en los respectivos planos nacionales.

Siguiendo a PAUL DE VISSCHER(2), podemos afirmar que en relación al Derecho Internacional General de origen consuetudinario, existen cuatro grupos de cláusulas constitucionales, a saber:

1) El de las cláusulas que entrañan la adopción obligatoria, aunque no automática, de las Reglas del Derecho Internacional General, (Artículo 7º de la Constitución Española de 1931, según el cual "el Estado español acatará las normas universales del Derecho Internacional General, incorporándolas a su Derecho Positivo);

2) El que comporta la adopción automática en el orden interno de tales reglas, (Clásica norma consuetudinaria inglesa formulada en el aforismo "International Law is a part of de Law of de Land" y seguida igualmente por el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, y recogida por las Constituciones Italiana de 1948, de la República Democrática Alemana de 1968, de Grecia de 1975 y de Portugal de 1976, entre otras.);

3) El que supone tal adopción automática, proclamando además la superioridad del Derecho Internacional General sobre el Derecho interno e instau-

2 PAUL DE VISSCHER "Les tendences internationales des constitution modernes" en R. des C. vol. 80, 1952, p. 520, citado y comentado por JOSE PASTOR RIDRUEJO "Curso de Derecho Internacional Público", Edit. Tecnos, Madrid, 2a. ed. 1987.

rando un procedimiento para controlar la conformidad de éste con el primero, (Artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949); y

4) El integrado por aquellas disposiciones que enuncian de manera formal e individualizada ciertas reglas de Derecho Internacional General (El Artículo 29 de la Constitución de la Unión Soviética de 7 de octubre de 1977, dispone que "las relaciones de la Unión Soviética con otros Estados se basan en la observancia de los siguientes principios: igualdad soberana; renuncia mutua al uso o amenaza de la fuerza; inviolabilidad de las fronteras; integridad territorial de los Estados; solución pacífica de las controversias; no intervención en los asuntos internos; respecto a los derechos humanos y libertades fundamentales; la igualdad de derechos de los pueblos y su derecho a la autodeterminación; cooperación entre los Estados; y cumplimiento de buena fe de las obligaciones derivadas de los principios generalmente reconocidos y reglas de Derechos Internacional, y de los tratados concluidos por la Unión Soviética").

En base a los supuestos doctrinarios que se han dejado anotados, es preciso analizar la reforma del Artículo 5º de la Constitución Chilena, para determinar que tipo de recepción en el formo doméstico han tenido todos los tratados que versen o pudieren versar sobre derechos humanos, y si dicha recepción, en el evento de concluir que se han dado las condiciones para estimar que ello ha ocurrido, puede surtir sus plenos efectos en el plano constitucional y legal.

La respuesta a cada interrogante permitirán ampliar, disminuir o minimizar el alcance de la reforma aprobada.

ARTICULO 5º DE LA CONSTITUCION.
RESEÑA DE ALGUNOS PROBLEMA.

PRIMERO

Concordante con los antecedentes doctrinarios ya expuestos, es preciso concluir que la reforma al Artículo 5º, al indicar que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos que emanan de la naturaleza humana, garantizados por ESTA CONSTITUCION, ASI COMO POR LOS TRATADOS RATIFICADOS POR CHILE Y QUE SE ENCUENTREN VIGENTES, está excluyendo claramente la posibilidad de aplicar en el ámbito interno la vasta y compleja normativa de tipo consuetudinario que existe sobre Derechos Humanos, y circunscribe la amplitud de la norma, SOLO a aquellas materias reguladas por una Convención Internacional que cuente con la ratificación del Estado chileno.

Esta posición del Constituyente, además de no rescatar ninguna de las cuatro posibilidades a alude Paul de Visscher, y que constituyen la solución contemporánea que las Constituciones modernas le otorgan a la recepción en el plano interno de las normas internacionales de caracter general consuetudinario, parece indicar, asimismo, la renuencia del Estado chileno a reconocer la existencia de un "JUS COGENS" cuyo vigor en el plano normativo internacional emana de la circunstancia que la Comunidad le asigna un valor intrínseco superior, contra el cual no es posible celebrar convención en contrario, y que sólo puede ser abrogada por

el nacimiento de una norma de igual entidad.(3)

La consideración anterior reviste especial importancia ante el hecho que la doctrina es casi uniforme en considerar que todas las normas que regulan derechos de la persona humana constituyen "jus cogens" e incluso se afirma que su recepción en el plano interno es automática y no requiere de ningún acto mediatizador, de modo que la reforma, al enfatizar la frase "tratados internacionales ratificados por Chile" está circunscribiendo su esfera de obligatoriedad a un ámbito más reducido que aquel que en derecho le correspondería.

Cabría agregar a este respecto que el primitivo Artículo 5º, al indicar pura y simplemente que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", no obstante remitirse a un concepto iusnaturalista vago e impreciso en su formulación, permitía suponer que dicha "soberanía" estaba limitada por "todos los derechos esenciales que el derecho internacional convencional y CONSUETUDINARIO le reconoce al ser humano" y la reforma, bajo pretexto de elevar los Tratados Internacionales a rango constitucional, vino en realidad a limitar su alcance.

SEGUNDO:

Ateniéndonos al hecho que la reforma sólo se extiende a los "tratados vigentes", surge la interrogante acerca de la frase "Y QUE SE ENCUENTREN VIGENTES" cuya dicotomía es evidente.

En efecto, la "vigencia" de un Tratado puede referirse al vigor que este presente en el plano internacional o al que tenga en el ámbito nacional, interrogante que es preciso dilucidar al tenor de los preceptos constitucionales concatenados con la materia en estudio.

Si optamos por la opción de la Vigencia en el plano internacional estaríamos suponiendo que el constituyente, en este caso concreto de los derechos humanos, exigiría solamente que los tratados estuvieren ratificados por Chile, aunque no estuvieren promulgados ni publicados, como ocurrió con los Pactos de Derechos Humanos entre 1972 y 1989, y estaría privilegiando la importancia de su real vigencia en el plano internacional, desde que el mismo tratado lo indique o bien cuando se entere el número necesario de ratificaciones que el Tratado disponga como indispensables para entrar en vigencia. El 10 de febrero de 1972, Chile ratificó los Pactos y depositó en Secretaría de Naciones Unidades su documento de ratificación, no obstante que dichos Pactos recién entraron en vigencia en 1976, una vez completadas las ratificaciones necesarias para que ello ocurriera. Aquí existiría una ratificación a un Tratado aún no vigente.

No obstante lo anterior, no creemos que esta sea la intención del constituyente por cuanto ello estaría contrariando lo claramente dispuesto en los artículos 32 Nº 17 y 50 Nº 1 de la Constitución en cuanto disponen que un Tratado

3 Ver Arts. 53 y 64 de Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de Mayo de 1969; en vigor desde 27 de enero de 1980, y ratificada por Chile, el 9 abril 1981.

se someterá a los trámites de una Ley, entre los cuales se cuentan los trámites de la promulgación y publicación en el Diario Oficial, sin cuyo cumplimiento mal podrían ser exigibles a todos los Organos del Estado, a menos que se supusiere como posible la incorporación del tratado a la legislación interna sin mediatización previa de ninguna especie, opción que no ha sido aceptada por nuestros Tribunales Superiores y que no aparece como posible, salvo en alguna medida en el Nº 2 del mencionado Artículo 50.

Si optamos por la "vigencia" en el plano nacional, debemos concluir que el Constituyente pudo querer resaltar el hecho que el Tratado no sólo debía estar ratificado por el Estado Chileno sino que, ADEMAS, debía estar "vigente" en el ámbito del foro doméstico, no sólo por haber cumplido con los trámites mencionados en párrafos anteriores sino que también por no existir "denuncias" al tratado que lo hubieren desvinculado de su obligación de cumplimiento.

Esta opción, constituye una redundancia ya que habría bastado con indicar "tratados ratificados y promulgados válidamente como ley de la República" para expresar claramente dicha idea, pero consideramos que este debe haber sido el criterio del Constituyente si nos atenemos a la necesidad de precaver situaciones ocurridas en el caso inédito de los Pactos de Derechos Humanos que habiendo sido ratificados por Chile en 1972, y promulgados en 1976, no fueron publicados en el Diario Oficial sino hasta 13 AÑOS después, creando un período de incertidumbre y de doble standard entre la vigencia interna y la externa.

TERCERO.

El problema de la "vigencia" conlleva otro aspecto indispensable de aclarar, y que ha sido motivo de interpretaciones que no se compadecen con el tenor literal de la reforma del mencionado Artículo 5º de la Constitución. Nos referimos al hecho que no ha faltado quien haya afirmado que los Tratados a que se refiere la reforma deben estar ratificados y "VIGENTES AL MOMENTO DE SER ELLA APROBADA".

Esta posibilidad nos parece incompatible con el simple hecho que, para ser ello posible, la reforma tendría que haber estado en un Artículo Transitorio de la Constitución que dejara claramente establecido que la intención del Constituyente era incorporar al rango constitucional solamente a aquellos tratados vigentes a julio de 1989, PERO en tanto cuanto dicha reforma se limitó a agregar una oración final el Inciso Segundo del referido Artículo 5º, su texto pasó a incorporarse al articulado permanente, y en consecuencia, la "vigencia" de un Tratado debe entenderse referida al momento en que el exegeta del derecho o el Juez, deban pronunciarse sobre cuales normas internacionales se encuentren vigentes, al momento de la interpretación y en tanto dicho artículo tenga su actual redacción.

Esa interpretación, por lo demás, cuenta con la opción favorable de la mayoría de quienes nos dedicamos a estos temas.

CUARTO.

Adoptado el criterio que la reforma se refiere a "tratados internacionales ratificados por Chile" y que se encuentren vigentes en su orden interno, tanto a la fecha de la reforma o con posterioridad a ella, cabe preguntarse si esta interpretación será aceptada como válida si tomamos en consideración que el Tratado se aprueba en el Parlamento por mayoría simple, y su texto, por esta vía, cuando se trate de Derechos Humanos, pasaría a tener rango constitucional. Expresado de otra manera, ¿se permitirá reformar la Constitución por esta vía, en materia de derechos Humanos, por simple mayoría?

Nos parece que el tenor literal es claro, y no existiendo un elemento histórico que permita interpretar la norma de otra forma, solamente razones de orden político institucional podrían evitar que este fuera el predicamento que se adoptare frente al problema planteado.

No obstante, tal posibilidad aparece atenuada por el hecho que durante la aprobación del Tratado puede solicitarse el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, quien obviamente haría presente la contradicción entre la Constitución vigente y las normas del Tratado que se tratara de aprobar.

QUINTO.

Cualquier sea la opción que se elija, surje, no obstante, otro problema adicional con las posibles contradicciones entre el texto del o de los tratado elevados al rango constitucional, y el tenor de las leyes vigentes, e incluso, del tenor de alguna de las normas constitucionales, especialmente las señaladas en el Artículo 19º.

En el caso de contradicción con la legislación interna creemos que se produce una abrogación tácita que necesariamente debe ser considerada así, por los Tribunales de Chile, cuando les corresponda dirimir un conflicto entre ley y tratado sobre cualquier derecho humano. La aplicación del principio "lex posterior derogat priori" tiene aquí una aplicación meridianamente clara.

En esta situación se encontraría, por citar sólo algunas, las disposiciones de:

—D. F. L. Nº 707 de 7 de Octubre de 1982 que fija el Texto refundido de la Ley sobre Cuentas Bancarias y Cheques, que permite la excarcelación de sus infractores, PERO agregando el requisito de una causión en no inferior al valor del cheque, intereses y costas.

— Ley 14.908, Artículo 15, que permite apremiar al deudor de pensión alimenticia, con arresto hasta por 30 días.

— Ley 18.314 de 17 de Mayo de 1984, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, en cuanto modifica las normas generales sobre participación criminal y grados de desarrollo del delito, y declara improcedente la amnistía, el indulto y la libertad provisional. En relación a esta ley, hay recurso de inaplicabilidad pendiente ante la Excma. Corte Suprema, que aún no ha sido fallado a la fecha de este trabajo.

Por otra parte, en caso de contradicción de los tratados elevados a rango constitucional y las normas de la propia Constitución, nos permitiríamos formular un distingo.

En efecto, los Tratados ratificados por Chile, y vigentes a la fecha de la reforma, primarían sobre las normas del Artículo 19 de la Constitución por ser posteriores a este precepto, y por haber sido incorporado por el constituyente en el caracter de norma especial, e incluso, contenida en una norma que precede en el texto a las ya mencionadas del Artículo 19º.

Por el contrario, los Tratados que fueran ratificados y entraran en vigencia con posterioridad a la reforma, deberían adecuar su contenido a las disposiciones de nuestra Carta Fundamental, lo que se vería tutelado por el accionar eventual del Tribunal Constitucional, requerido para estos efectos, o por la Excelentísima Corte Suprema, cuando conociera de un asunto por la vía del recurso de inaplicabilidad.

Párrafo aparte merece la especial situación de aquellos Tratados ratificados "con reserva" como las Convenciones contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, tanto universal como americana, ya que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Tratados, es posible retirar en cualquier momento, por simple voluntad del Poder Ejecutivo.(4)

Ahora bien, en el caso de esas Convenciones, hubo "reserva" por Parte del Estado Chileno en cuanto modifican "el principio de la obediencia reflexiva consagrado en la legislación interna chilena, en el sentido de que el Gobierno de Chile aplicará lo dispuesto en dicha norma internacional al personal sujeto al Código de Justicia Militar, respecto de los subalternos, siempre que la orden, notoriamente tendiente a la perpetración de los actos indicados en el artículo 1º no sea insistida por el superior ante la representación del subalterno".

El Artículo 2º Nº 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Tortura establece que "no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura" y la Convención Americana, en su Artículo 4º prescribe que "El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente".

A nuestro juicio, si el Ejecutivo retirara la "reserva" a estas Convenciones, pasarían a tener rango constitucional los artículos reservados, y consecuencialmente, debería entenderse modificado el Código de Justicia Militar, a ese respecto.

4 Ver en tal sentido el Artículo 22º de la Convención de Viena ya citada.

PALABRAS FINALES

NO CABE DUDA que la modificación del Artículo 5º de la Constitución pretendió elevar los Tratados sobre Derechos Humanos al rango constitucional, pero el tenor de la reforma definitivamente aprobada provoca múltiples interrogantes y permite diversas soluciones que este trabajo sólo ha pretendido esbozar.

Queda abierta a la inquietud del estudioso y a la interpretación de los Tribunales competentes el determinar el verdadero sentido y alcance que ella pueda tener.

En ese aspecto, podría ser de utilidad conocer la opinión especializada de un organismo judicial de real jerarquía como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en virtud de lo estipulado en el Pacto de San José, está revestida de la competencia necesaria para evacuar dictámenes que le soliciten los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) respecto de la compatibilidad de la legislación interna del Estado consultante y el instrumento jurídico multilateral mencionado.

Podría esperarse también que a la brevedad se interpusieran los correspondientes recursos de inaplicabilidad ante la Excma. Corte Suprema, en contra de toda disposición cuya inconstitucionalidad resulte evidente al tenor de lo formulado en la parte expositiva de este trabajo.

Por lo anterior, sólo cabe formular la aspiración que toda interpretación que se formule a futuro, no se realice con la intención de minimizar o subestimar lo aprobado mayoritariamente por el pueblo de Chile, sino que por el contrario, se busque con rigurosidad jurídica una interpretación que respete la idea primigenia que toda norma internacional sobre derechos inherentes a la persona humana y que haya ingresado a nuestra normativa interna, prime sobre nuestro ordenamiento jurídico, por estar revestida de un rango superior, que las hace equiparables a la Carta Fundamental.

No debe perderse de vista el hecho que hay un punto negro en el horizonte que marca la nueva frontera de los derechos humanos: el de su efectividad. La propia historia del reconocimiento de los derechos del hombre ha demostrado hasta la evidencia que el gran problema de estos derechos ha radicado siempre más en conseguir una plena y real efectividad en el ámbito de las relaciones sociales que en lograr su solemne proclamación en Declaraciones o en Constituciones.

La reforma en estudio ha obtenido el primero de los pasos señalados; es de esperar que su posterior interpretación no frustre su verdadero propósito.

Atendido el hecho que Chile siempre ha planteado el respeto irrestricto a los tratados cabe esperar que, habiendo ratificado la Convención de Viene, de 1969, que claramente prescribe que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" y "que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado", TODO TRATADO INTERNACIONAL que verse sobre Derechos Humanos y que se encuentre vigente, deberá tener un rango constitucional que signifique, cualquiera sea la postura ideológica de quien la aplique o la interprete, todas las

consecuencias jurídicas que de ello se derive.

Lo contrario haría suponer que tanto la promulgación de los Pactos gemelos, sobre Derechos Humanos, y las Convenciones sobre Tortura, y su especial mención en el texto constitucional, sólo habría ocurrido por simples consideraciones de publicidad internacional del Estado Chileno, o buscando efectos colaterales totalmente diversos al estricto cumplimiento de las obligaciones tanto nacionales como internacionales de las materias contenidas en los tratados cuya incorporación al Artículo 5º de nuestra Carta Fundamental ha sido materia de este estudio.

La magnitud del problema, la importancia de lo debatido y los alcances de una correcta o incorrecta interpretación, justifican la iniciación o continuación de un amplio debate académico sobre las materias que en este trabajo se han esbozado en la esperanza de abrir una inquietud que sea provechosa para la ampliación progresiva del campo de acción del derecho tutelar de la persona humana.

LIMITES JURIDICOS DE LA DEMOCRACIA. Derogación del art. 8 e incorporación de los incisos 6 y sigs. del art. 19. núm. 15 de la Constitución de 1980.

Zarko Luksic Sandoval

1. Antecedentes Generales

Este breve estudio tiene por objeto analizar dos preceptos constitucionales, el derogado artículo 8 y los nuevos incisos 6 y sig. del art. 19.15, ambos de la mayor significación, en el marco de una futura democracia chilena, y que se incluyen en la reciente Reforma Constitucional(1). La relevancia de la derogación de uno e incorporación del otro estriba, en que ambos, de manera distinta, consagran uno de los temas más controvertidos y apasionantes de la Teoría jurídica y política moderna, me refiero a los: **Límites jurídicos de la Democracia.**

El derogado art. 8 de la Constitución de 1980 señalaba: "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.

Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores.

Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que incurran o hayan incurrido en las contravenciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal. Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimientos de educación ni ejercer en ellos funciones de enseñanza, ni explotar un medio de comunicación social o ser directores o administradores del mismo, ni desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo.

Si las personas referidas anteriormente estuvieren a la fecha de la declaración del Tribunal, en posesión de un empleo o cargo público, sea o no de elección popular, lo perderán además, de pleno derecho.

---

1. La Reforma Constitucional se aprobó por plebiscito celebrado el 30 de julio de 1989.

BIBLIOTECA

Las personas sancionadas en virtud de este precepto, no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso cuarto. La duración de las inhabilidades contempladas en este artículo se elevará en caso de reincidencia".(2)

Al precepto recién enunciado, debe agregarse lo contemplado en la ley 18.662 de 29 de octubre de 1987 que establecía normas sobre los "efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en las materias que indica:. Esta norma complementaria no sólo se aboca a establecer los efectos mencionados sino que añade, otras figuras susceptibles de ser sancionadas. No nos detendremos en esta ley, ya que una vez derogada la norma principal, se entiende que la complementaria estaría tácitamente derogada.(3)

Posteriormente, como ya hemos relatado más arriba, la disposición octava de la Constitución fue una de las que se incluyó en la Reforma Constitucional que se plesbicitó en julio de 1989, resolviendo así su derogación. Sin embargo la idea de establecer límites jurídicos a la democracia se mantiene, de manera diversa, en los incorporados incisos 6 y sig. del núm 15, art. 19 que se encuentra en el capítulo III de los Derechos y Deberes Constitucionales. En efecto, estos señalan:

"La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos y otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad a que se refiere el inciso precedente no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política, ni optar a cargos públicos de elección popular ni desempeñar los cargos que se mencionen en los números 1) a 6) del artículo 54, por el término de cinco años, contados desde la resolución del Tribunal. Si a esta fecha las personas referidas estuvieren en posesión de las funciones o cargos indicados, los perderán de pleno derecho. Las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso anterior, la duración de las inhabilidades contempladas en dicho inciso se elevará al doble en caso de reincidencia".

2. Sobre el art. 8 hay diversos trabajos, véase entre ellos, Cumplido. F., Guzmán, J., Dietze, G: "Pluralismo y proscripción de partidos antidemocrático". Revista Estudios Públicos Nº 13, 1984; Ribera, T.: "Alcances y finalidad del artículo octavo de la Constitución Política de 1980" Revista Estudios Públicos, agosto,1984.
3. Véase ponencia de J.L. Cea, presentada en: Seminario organizado por la Escuela de Periodismo de la Universidad Católica de Chile, 1988. Cuadernos de Información Nº 4.

2. Significado y Alcance de la norma establecida en los incisos 6 y sigs, núm. 15, del art. 19 de la Constitución.

Teniendo presente la nueva disposición 19. núm. 15 inc. 6 y sigs. de la Constitución de 1980, intentaremos su análisis, interpretando su contenido esencial y observando en que materias innovaría al derogado art. 8.

a) El pluralismo político y sus límites en la Constitución de 1980.

Para la correcta comprensión de este tema, es pertinente revisar las actas del debate de la Comisión redactora, que resolvió incorporar el art. 8 en la Constitución de 1980. En efecto, el sr. Guzmán es quien propone la inclusión de este precepto en la Carta Fundamental y además, su establecimiento en el Capítulo I: "Considera que es absolutamente estéril señalar una serie de bases fundamentales de la institucionalidad en los términos en que se ha hecho en el Capítulo I si eso no se traducirá en ninguna disposición jurídica sancionadora para quienes difundan doctrina contrarias a esos principios".(4)

Más adelante, en esta misma sesión, el sr. Guzmán al justificar este precepto se explaya expresando que: "hay dos tipos de limitaciones al pluralismo en una democracia, y uno de ellos es el de los que se podría denominar limitaciones de procedimiento o de métodos, es decir, el de las derivadas de aquel tipo de concepción que cree en la democracia **es lícito sostener cualquier doctrina o principio y difundirlo, salvo aquellos que consista en introducir métodos distintos de los previstos en la Constitución para modificar las normas vigente;** o que se trata de aquella concepción que supone que lo único que una democracia puede prohibir es el ejercicio de la violencia o de métodos antidemocráticos..." y prosigue, "pero hay... un segundo tipo de limitaciones del pluralismo dentro de una democracia, que se podría denominar de fondo o de conceptos, y es de suponer que **hay ciertas doctrinas que por su contenido, no son admisible en la vida cívica y cierta difusión no debe tolerarse como legítima por el ordenamiento jurídico.**

Concluye el sr. Guzmán, **"que este segundo concepto, es desde luego, el que cree que la Comisión debe aprobar y la Constitución debe consignar.."**(5).

De acuerdo al miembro de la Comisión redactora ya citado; los valores que tiende a proteger esta disposición octava no son sólo **"la democracia y el Estado de Derecho"** sino además aquellos valores y principios que **"tiene un origen moral... y otros que tiene por origen la esencia del alma nacional, llamada tradición en el sentido más profundo del término"**. A este primer grupo

4. Acta de la sesión 243, de la Comisión redactora de la Constitución de 1980, presidida por E. Ortúzar, vease en: R. Larraín C. y L. Núñez: Protección de la Democracia. Editorial Jurídica de Chile, 1984, pág. 78.
5. R. Larraín C. y L. Núñez, ob, cit. pág. 84.

debe incluirse también **"la familia como núcleo de la sociedad y un concepto d bien común que excluya el fomento sistemático de una doctrina que concib la sociedad como un campo de lucha permanente de clases antagónicas.."**(6

Distinta es por el contrario, la voluntad del constituyente que deroga art. 8 e introduce los incisos 6 y sigs. del núm. 15 del art. 19. En efecto, la norma qu se incorpora garantiza expresamente **"el pluralismo político"**, un derecho funda mental hoy en día contemplan todas las Constituciones democráticas, "L **Constitución política garantiza el pluralismo político.".** Inmediatament después, la norma dispone sobre los **límites a dicho pluralismo político, "So inconstitucionales los partidos...". (inciso 6, núm. 15, art. 19 C.P.)**

El contenido esencial de la nueva norma, en mi parecer, esta dado p el mandato constitucional de garantizar el pluralismo político y excepcionalmen limitarlo, en defensa y salvaguardia del orden constitucional y del Estado d Derecho; en este sentido, la disposición es nítida, **"...cuyos objetivos, actos conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático constitucional..."**

Corrobora la interpretación anterior, el lugar donde se sitúa la nuev norma, en efecto, la incorporación del inciso 6 y sigs. del núm. 15 del art. 19 en capítulo III, "De los derechos y Deberes Constitucionales", confirman que el tip sancionable es diverso al que contemplaba el derogado art. 8 ya que este últim precepto sancionaba los actos de personas o grupos que propugnan doctrinas qu atentan contra valores morales "inamovibles y universales", como son la familia, concepto bien común (al decir del sr. Guzmán) que excluya el fomento de u doctrina fundada en la lucha de clases o propugnen la violencia.., todos principi que se contemplan en el capítulo I de la Constitución.

b) Eliminación del Efecto retroactivo.

Del contenido del art. 8, se observa, que las sanciones establecid eran por conductas de personas que **"incurran o hayan incurrido en las contr venciones..."** de tal manera, la disposición permitía la aplicación de efecto retroa tivo, al momento de sancionar a los sujetos que han cometido actos tipificados la norma. Sin embargo el Tribunal Constitucional chileno en sentencia núm. 49 21 diciembre de 1987, conocido como "el caso Almeyda", resolvió de mane distinta al utilizar acertadamente, en el examen de este precepto, un criterio interpretación orgánica o sistemática. En efecto fundándose en los arts. 1, 4, 5, y núm. 3 de la Constitución señaló que:

"la voluntad de la Carta Fundamental es sólo sancionar aquell conductas que se hayan cometido con posterioridad al 11 de marzo de 1981 (fec en que se promulga), no dando a dicho precepto un efecto retroactivo porque es es la interpretación que mejor se aviene con los principios contenidos en las norm constitucionales citadas".

6. R. Larraín..., ob. cit. ibid. pág. 84.

Los redactores de la reforma constitucional deber haber tenido presente esta fundamental sentencia, al momento de elaborar el inaugurado inciso 6, núm 15, del art. 19, ya que no contempló la aplicación de efecto retroactivo a la hora de sancionar las conductas de los partidos políticos, movimientos u otras formas de organización.

c) Diferencias en los tipos sancionables.

Al estudiar el antiguo art. 8 en principio, se podría inferir que contemplaba dos figuras sujetas a ser sancionables, la primera "propagar doctrinas" (inciso 1), la segunda "que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos" (inciso 2). Sin embargo el Tribunal Constitucional se encargó de clarificar esta cuestión al señalar que: "el ilícito constitucional que tipifica el inciso segundo del art. 8 de la Constitución está configurado por una conducta de organización y movimientos o partidos políticos que consiste en tender a propagar doctrinas que atenten contra la familia...". (STC de 31 de enero 1985). Con esta sentencia, se asienta la doctrina jurisdiccional de que el tipo ilícito constitucional es uno sólo, lo que variaría serían los sujetos sancionables, esta idea la reiterará el máximo Tribunal en la STC 46 de 21 de diciembre.

En el art. 8 el verbo tipo sancionable es "propagar doctrinas", en el sentido: "que la propaganda (después se resolvió que era más apropiado utilizar el verbo propagar) de determinadas doctrinas que atentan, en forma especialmente grave en el mundo de hoy, en contra de estos principios básicos y consubstanciales de la chilenidad, sea considerada ilícita y contraria al ordenamiento institucional de la República"(7).

En cambio el nuevo inciso 6, incorpora diversos verbos rectores, es así, como se refiere a los partidos... cuyos objetivos, actos o conductas **no respeten** los principios básicos del régimen democrático..., **procuren** el establecimiento de un sistema totalitario..., **hagan uso** de la violencia..., **la propugnen o inciten a ella,** como método de acción política". De acuerdo a esta redacción queda meridianamente claro que lo sancionable no es **propagar doctrinas** sino que la referencia esta hecha a **no respetar.. procuren.. o hagan uso**, todos estos verbos significan hechos concretos que deben realizar los sujetos susceptibles de ser sancionados constitucionalmente.

Por lo tanto, es pertinente señalar que, no obstante, los dos preceptos constitucionales constituyen un límite jurídico a la democracia, son nítidamente distintas las figuras sancionables.

Quizás uno de los términos que podría traer una cierta discusión interpretativa es el de "objetivos", sin embargo el prof. Cumplido(8), miembro de la Comisión redactora de las reformas constitucionales, al ser consultado sobre esta

7. Sesión 366, de la Comisión redactora de la Constitución de 1980, vease, R. Larraín C...ob. cit. pag. 134.

8. El prof. Cumplido expresó esta opinión en sesión de 30 de agosto de 1989, del departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, septiembre 1989.

palabra señaló que; el término "objetivo", se refiere a los contenidos establecidos expresamente en el "proyecto político histórico concreto" de un determinado partido político, movimiento u otra forma de organización. Como consecuencia de esto, se exepcionan de esta regla consideraciones de caracter doctrinal, incluso ideológicas, en cambio se incluyen por ejemplo, los acuerdos en los Congresos partidarios y en los Programas. Lo que si hay claridad absoluta es que ninguna manera se sancionará la propagación de ideas y doctrinas.

d) Efectos y Sujetos de la sanción

El sentido de estos incisos 6 y sig., es muy similar a la que contempla la Ley Fundamental de Bonn (LFB) en el art. 21.2 que dice: "Los partidos cooperaran en la formación de la voluntad política del pueblo. Su creación será libre. Su organización interna deberá responder a los principios democráticos. Los partidos deberán dar cuenta públicamente de la procedencia de los recursos.

Los partidos que por sus fines o por su actitud de sus adherentes tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la inconstitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal. La reglamentación se hará por leyes federales".(9)

El inaugurado inciso 6; señala que los sujetos que incurren en algunas de estas figuras: **"cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional... procuren el establecimiento de un sistema totalitario... hagan uso de la violencia"** serán inconstitucionales. Ahora bien este artículo debe relacionarse con el art. 42 y 43 y 44 de la ley 18603, Ley Orgánica de Partidos Políticos de 23 de marzo de 1987, por consiguiente, la declaración de inconstitucionalidad implica la disolución del partido, movimiento u otra forma de organización, de allí que, todas las acciones de estos son nulas y están imposibilitados de gozar de los derechos que menciona la Constitución.

Al parecer el texto del nuevo inciso 6, no establecería un principio de proporcionalidad al momento de establecer sanción ya que sólo y únicamente dispone como sanción la disolución del partido; en este sentido el texto se alejaría del criterio aplicado por el Tribunal Constitucional alemán respecto a esta materia. En efecto, el máximo Tribunal germano incorpora un principio de proporcionalidad,

9. Otros artículos que en la Ley Fundamental de Bonn regulan la protección del orden democrático y constitucional son el Artículo 9, Nº2: "Las asociaciones, objetivos o actividades que entren en conflicto con las leyes criminales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o el concepto de entendimiento internacional se prohiben". El artículo 18 señala expresamente "cualquiera que abuse de la libertad de expresar opiniones, en particular de la libertad de prensa (Artículo 6, párrafo 1), libertad de enseñanza (Artículo 5, párrafo 3), libertad de asamblea (artículo 8) el secreto de la correspondencia, correo o telecomunicaciones (art. 10) el derecho de propiedad (art. 14) o el derecho de asilo (art. 16 párrafo 2) en orden de atacar el orden democrático libre, perderá estos derechos. La perdida de estos derechos y su extensión será pronunciada por el tribunal Constitucional.

esto implica que no quedaría justificada la disolución de una asociación por el sólo hecho de que: "aun siendo inofensiva, o incluso merecedora de fomento emprenda acciones hostiles a la Constitución, siempre que estas acciones puedan ser impedidas eficazmente por medios más suaves que la disolución de la asociación".(10)

En el evento que el intérprete supremo de la Constitución resuelva la no incorporación del principio de la proporcionalidad de la sanción, y sólo se mantenga como castigo la disolución, es preciso que la acción punible, los "objetivos, actos o conductas" se realicen de manera combativa y agresiva.

En este sentido: "El partido debe perseguir el perjuicio, la destrucción o la puesta en peligro, es decir planificar dichos pasos, ya sea en virtud de sus objetivos, ya sea por la conducta de sus miembros. No basta la desviación de algunos de sus miembros"(11). De igual manera, haciendo uso de una acertada interpretación restrictiva, se expresa el voto disidente de la Sentencia del Tribunal Constitucional chileno rol 49 de 21 de diciembre de 1987 al señalar que: **"El artículo 8º, es un precepto de excepción porque limita el ejercicio de determinados derechos individuales en casos muy calificados que el propio Constituyente ha descrito. Por ende, conforme a una norma elemental de hermeneutica jurídica, debe aplicarse restrictivamente".** (esta idea ya la había reiterado en el F.J. 8º de la STC de 19 de mayo de 1983 y en el F. J. 22º de la STC de 21 de enero de 1985).

Más adelante, la disposición "in comento" al expresar que : "Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas...", se está refiriendo a la sanción que recibirán las personas que han tenido **"participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad".**

Como conclusión podemos decir que el art. 19.15 inciso 6 y 7, contempla dos tipos de sancione, una al partido, movimiento u otra organización y, la otra, está dirigida a los sujetos que con sus dichos y hechos han motivado la inconstitucionalidad.

En cuanto a los sujetos de la sanción constitucional el art. 8 distingue dos tipos de sujetos: en primer lugar, se refiere a personas naturales, "acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten...; en segundo lugar, son también titulares personas jurídicas, como es el caso de: "Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a estos objetivos (los objetivos a que se refiere el inciso primero).

En cambio el inciso 6, exceptúa a las personas naturales y hace una mención expresa a los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos..". De esta manera lo que se está privando es el ejercicio del derecho de asociación política que se consagra en el primer párrafo del art. 19. núm 15. El

10. BVerwge 37, 344, (361 y ss.), Sacada de K. Stern. Derecho del Estado de la República Federal Alemana, Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 418.
11. Stern K. ob. cit. pág. 406.

precepto constitucional al sólo incorporar las personas jurídicas recién mencionadas se acerca a lo que dispone el art. 21.2 de la ley Fundamental de Bonn.

Como decíamos el sujeto de la sanción son sólo las asociaciones de naturaleza política "los partidos, movimientos u otras formas de organización política", así se colige del texto constitucional, inciso 60 núm. 15 del artículo 19 de la C. P., el cual garantiza el pluralismo político, y del inciso 3 de este mismo número que señala taxativamente: **"Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado"**. Esta misma idea se corrobora en el art. 82 núm. 7 de la C.P.). Por lo tanto el conocimiento y fallo de otras asociaciones, cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional o procuren el establecimiento de un sistema totalitario etc.. no le corresponde al Tribunal Constitucional, sino que a la Justicia Ordinaria.

El que sea el T. C. quien conozca de la inconstitucionalidad de los partidos, movimientos u otras formas de organización política, es un verdadero privilegio jurisdiccional(12) que se les otorga exclusivamente a estos organismos. De esta manera se entiende en la legislación alemana, donde las asociaciones en general están sometidas al límite de atentar "contra el orden constitucional" o "contra la idea de entendimiento de los pueblos", situaciones que son similares a las establecidas como límite de los partidos, pero la gran diferencia estriba en que las asociaciones generales pueden ser prohibidas simplemente por la autoridad administrativa con la posibilidad de interponer recurso ulterior a la jurisdicción ordinaria.

e) ¿A quién corresponde conocer y sancionar este tipo constitucional? Naturaleza del Tribunal Constitucional.

Es el Tribunal Constitucional quien detenta el monopolio de la decisión. Le corresponde a este alto Tribunal esta tarea en virtud de la fundamental misión que le encomienda la Constitución en orden de asegurar el Estado Constitucional de Derecho. Además a este Tribunal el Estado democrático de Derecho le otorga el rol de **"defensor" y/o "guardián"** de la Constitución, tal denominación deriva de la función de protección de los preceptos constitucionales ante el desborde que pudiere provenir de los demás órganos del Estado, sea este ejecutivo, legislativo y judicial o de otra potestad y organismo que tenga consagración constitucional o jerárquicamente se encuentre subordinada a la Constitución. En este último supuesto se encuentra los partidos políticos.

En efecto la C.P. de 1980 señala en el precepto in comento que **"Son inconstitucionales los partidos, movimientos y otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático... Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucional"**. Por consiguiente, el que sea T.C. quien conozca y falle de

12. De Otto I., Defensa de la Constitución y partidos políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 49.

esta inconstitucionalidad es un privilegio que se les otorga exclusivamente a los partidos, movimientos y otras formas de organización políticas.

El que sea, el Tribunal Constitucional quien conozca y falle de estas materias, nos lleva inmediatamente a la cuestión de, si esta órgano es de naturaleza puramente jurisdiccional o además es jurisdiccional-política. Sobre este tema se ha escrito mucho y no es objeto inmediato de este artículo, sin embargo, se puede avanzar señalando que los conflictos y las materias —especialmente la que estamos estudiando— de que le toca resolver al T. C. tendrán necesariamente substancia política, como es los común en todos los Tribunales de esta especie, supuesto que operan sobre una norma penetrada de esa substancia en su más noble expresión. Sin embargo es necesario precisar que, no obstante, el T. C. decide conflictos políticos **"lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos"**(13), este aserto nos permite afirmar la naturaleza jurisdiccional-política de los T. C.,. Es preciso, eso sí, señalar que la acción del T. C., al conocer de tales conflictos y materias de carácter político no sólo la realiza al margen de los criterios e intereses de los partidos políticos, sino que constituye un límite al posible uso inconstitucional del ejercicio de poderes del Estado por parte de los partidos.(14)

En lo que respecta a la experiencia comparada, concretamente la germana occidental, hay opiniones en la doctrina, que han sido emitidas en virtud de los dos casos que le ha tocado conocer y fallar al Tribunal Constitucional alemán. Uno de ellos fue la proscripción del Sozialistische Reichspartei (SRP) de corte neonazi, en 1952 y, el otro, la proscripción del Partido comunista alemán (KPD), sobre este último, el procedimiento ante el Tribunal Federal Constitucional duró cinco años y al final la proscripción se decidió, "con gran reparo de las magistrados basada en la identidad de la programática política del Partido Comunista de Alemania con aquella del PC soviético". A juicio del magistrado del Tribunal Constitucional J. Rottman, "La inoportunidad política de la prohibición del KPD estuvo de antemano sentada, puesto que un partido de esta naturaleza inmediatamente ingresa a la clandestinidad"(15). Estas consideraciones llevan a este un magistrado del alto tribunal a señalar: "Hoy en día predomina... la concepción de que la cuestión de si ha de prohibirse un partido político se halla, de acuerdo al derecho constitucional alemán, en la evaluación que hagan los organismos constitucionales que presentan la solicitud de prohibición, es decir, se plantea la posibilidad de resolver en atención a criterios de oportunidad política"(16). La significación de estas palabras, fuera de las consideraciones doctrinarias, son elocuentes en la definición, de la naturaleza jurídica-política del Tribunal constitucional que conoce

13. García de Enterría E., "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas"., Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. 1., Núm., enero-abril, 1981, pág. 82.
14. García Pelayo. M., El Estado de Partidos, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pág. 132.
15. Rottmann. J. "La Carta Fundamental de la República Federal de Alemania. Una Constitución como resultado de experiencias históricas". Corporación de Estudios Liberales, Santiago 1989, pág 21.
16. Rottman. J. ob. cit. pág. 22.

de estas infracciones.(17)

La función del Tribunal Constitucional en la materia que estamos estudiando, nos lleva irremediablemente a decir algunas palabras sobre su composición. Quizás el mayor punto de debilidad de nuestro máximo Tribunal es su carencia de representatividad democrática en su integración, en efecto, de acuerdo a la experiencia comparada y a la naturaleza y sentido del Tribunal Constitucional, este es integrado por miembros elegidos por órganos constitucionales, representativos de las clásicas funciones del Estado(18), en este sentido nuestro Tribunal, de acuerdo a su composición... está muy lejos de constituirse en el órgano que por excelencia en el intérprete de la Constitución, sumado a su tarea de calificado garante del orden democrático.

f) Las sanciones contempladas.

La naturaleza de las sanciones que establecía el art. 8 son categóricamente distintas de la que dispone los nuevos incisos 6 y sigs. del núm. 19 del art. 15. La norma constitucional derogada señalaba que: "Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que incurran o hayan incurrido (efecto retroactivo) en las contravenciones no podrán: (sanción de carácter política) optar a funciones o cargos públicos, sean o no se elección popular. Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimientos de educación.....".

En cambio el incorporado inciso 6, dispone las siguientes sanciones: "no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política, ni optar a cargos públicos de elección popular ni desempeñar los cargos que se mencionan en los números 1) y 6) del art. 54.

17. Sobre la naturaleza del tribunal Constitucional hay bastante acuerdo en los iuspublicistas, en su carácter jurídico-político, entre ellos: Lucas Verdu, P. Política y Justicia Constitucional. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional". Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981, pág. 1487 y sig.; De Otto I. "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la Interpretación Constitucional", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pág. 1939 y sigs.

18. El artículo 81 de la Constitución chilena de 1980 señala: "Habrá un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros, designados en la siguiente forma:
a) Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas;
b) Un abogado designado por el Presidente de la República;
c) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional;
d) Un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.
Una defensa a la representación de los órganos, que se establece en la composición del Tribunal Constitucional chileno, vease, Ribera T. "Función y Composición del Tribunal Constitucional de 1980", Revista de Estudios Públicos, Nº 27, 1987, pags. 77 y sigs.

A primera vista se advierte inmediatamente que las inhabilidades que provoca al infractor el art. 8 no sólo se limitaba al ejercicio de un cargo público de elección popular (cargos políticos) sino que, se agrega, la inhabilidad para ejercer la labor de rector o director de establecimientos de educación, por último la Constitución establecía otras sanciones que no estaban contempladas en el art. 8. como es **"la suspensión del derecho a sufragio"** que establecía el derogado número 3 del art. 16: en cambio, el nuevo precepto, indica que quienes incurren en alguna de las figuras jurídicas establecidas contraen inhabilidad para "optar a cargos de elección popular" ni desempeñar los cargos de Ministro de Estado: intendentes, gobernadores, alcaldes y los miembros de los consejos regionales y comunales; miembros del Consejo del Banco Central; magistrados de los tribunales superiores de justicia, los jueces de letras y los funcionarios que ejerzan el ministerios público; miembros del Tribunal Constitucional, del Tribunal Calificador de Elecciones y de los Tribunales Electorales regionales, ni el de; Contralor General de la República. (art. 54, 1 al 6).

En mi parecer la modificación se establece respecto de la sanción se ajusta de manera más nítida con la naturaleza jurídica del precepto y con la experiencia comparada, ya que la que establecían el art. 8 de la constitución confundía, en la sanción al infractor, la limitación de derechos políticos con algunos derechos fundamentales de carácter civil.

Otro cambio, es que el plazo de la sanción es diferente, el art. 8 establece una sanción de 10 años, en cambio el nuevo precepto la disminuye a la mitad, 5 años.

g) Importante también es consignar una opinión, respecto a los efectos que produce las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en virtud del derogado art. 8 de la Constitución.

En primer lugar es preciso señalar que no me referiré a los efectos jurídico-procesales —cosa juzgada— de las Sentencias emanadas del Tribunal Constitucional, en el sentido de optar por un grado mayor o menor de fijeza de definitividad, cuestión que nos coloca en la discusión doctrinaria de decidir, qué valores del Derecho material Constitucional son los prioritarios, si la protección a ultranza de la seguridad jurídica o la apertura a una constante posibilidad de revisión —y de interpretación constitucional— de cuestiones ya decididas, y ser, por tanto, protegidos por el juego de los efectos de las sentencias constitucionales.(19) Por el contrario , el punto de análisis es de, cual es la situación jurídica de las sentencias del T. C. y por tanto de los sujetos que en virtud de estas se ven privados de sus derechos, una vez que la norma constitucional que dio nacimiento y justificación a la correspondiente sentencia es derogada por reforma constitucional. En concreto me refiero a la STC 49 del 21 de diciembre de 1987 que dio acogida al requerimiento

19. Esta sentencia del Tribunal Constitucional germano esta sacada de K. Stern. ob. cit. pag. 406.

que declara que el Sr. C. Almeyda es responsable de haber infringido el inciso primero del art. 8 de la C. P., y que actualmente se encuentra derogado.

Para resolver este sustancial tema, y por falta de doctrina y jurisprudencia en nuestro país sobre el mismo, obligado es, estudiar cual ha sido el comportamiento de la jurisprudencia constitucional comparada, que le ha tocado conocer de situación similares, en este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional de Alemania Federal nos son de gran utilidad.

El alto Tribunal germano en una de las resoluciones que ha dictado, prohibiendo algunos partidos políticos señaló que, dictado, prohibiendo algunos partidos políticos señaló que, **"la privación de los derechos políticos y la prohibición a ejercerlos tiene eficacia en al ámbito de vigencia de la LFB"**. (Bver 6, 300 (306). (20) De la sentencia del Tribunal se puede afirmar, que los efectos de la prohibición de un partido político, recaídos en algunos de sus directivos y militantes, únicamente tiene valor en la medida que se encuentre en vigor el precepto que da funcionamiento a la sentencia sancionatoria.

En cuanto a la situación chilena, las personas que han sufrido sanciones por efecto de la aplicación del art. 8 por el Tribunal Constitucional carecen de eficacia una vez que se deroga el precepto que fundamenta dicha sanción. El argumento jurídico a tal conclusión deriva en que, desde el momento en que se deroga la disposición constitucional debería tener como efecto inmediato la derogación, algunos doctrinalistas hablan de abrogación, de dicha sentencia, como es sabido el efecto de este tipo de derogación es **"ipso jure"** por lo tanto se produce **"in actum"**.

Además de acuerdo a la aplicación de los principios generales del derecho, ante la existencia de una sentencia del T.C. que priva de derechos en virtud de una determinada norma que es derogada 9art. 8) y de otra norma que consagra su no sanción al mismo sujeto por similares hechos, se aplicaría contundentemente el principio de **"pro reo"**, trayendo como consecuencia la perdida de vigencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional.

No obstante la aplicación de los principios generales del derecho, lo fundamental esta en que estamos en presencia de una derogación y no de una nulidad de la sentencia del Tribunal Constitucional, ya que para que estemos en presencia de una nulidad se requiere de una norma invalida, y en este caso la norma constitucional que entonces fundamentó la sentencia del T. C. no es invalida sino que, como efecto de la derogación del art. 8 C. P. no tiene vigencia esta derogada. Por tanto, según mi entender y parecer el problema planteado se refiere a una cuestión de vigencia, mientras que la anulación sólo a un problema de validez.

De allí que en este caso los derechos políticos de que ha sido privado el sujeto, el sr. Almeyda, en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional son inmediatamente recuperados y el órgano, en este caso el Servicio Electoral se limitaría a constatar e incluso a concretar una derogación ya declarada, en este caso

20. K. Stern, ob. cit. pag. 402.

concreto, de manera tácita, como efecto de la derogación explícita del art. 8. realizada por el constituyente.

Por lo tanto la declaración emanada del Servicio electoral no tiene como efecto la recuperación de los derechos de que ha sido privado el Sr. Almeyda, ya que estos derechos **"in actum" han sido reestablecidos como efecto de la expresa derogación del art. 8 y de la tácita derogación de la sentencia del Tribunal Constitucional,** sino que tiene una función de publicidad de dejar constancia del hecho.

Por último, como hemos visto con anterioridad, el criterio utilizado por la jurisprudencia constitucional alemana es que, la privación de los derechos políticos y la prohibición a ejercerlos "tiene eficacia en el ámbito de vigencia de la LFB". De esta idea se desprende que la no vigencia de una norma hace imposible justificar la sanción que se le impone en razón de ella.

Todas estas razones jurídicas nos permiten, señalar sin temor a equivocarnos que, las personas que han sido sancionadas, en aplicación del art. B, por sentencia del Tribunal Constitucional, se les debe restituir "in actum" sus derechos.

4. ¿Es Legítimo y Eficaz el art. 19 núm. 15 de la C.P.?

Al estudiar una norma, encuadrable en el derecho político y/o constitucional, es prácticamente obligado, hacer un análisis sobre dos criterios fundamentales, el criterio de validez o legitimidad y el criterio de eficacia.

a) Criterio de validez.

La democracia como régimen social y político, es una apuesta a futuro especialmente en aquellas naciones que después de vivir una atormentada experiencia autocrática, reinician el camino a la democracia. Es legítimo que el pueblo organizado políticamente y representado en el nivel legislativo le exigan a sus mandatarios que dicten un mecanismo constitucional y/o legal destinado a regular eficaces garantías jurídicas que hagan imposible que corrientes políticas puedan destruir el orden democrático.

A este respecto la doctrina germana ha producido innumerables obras dirigidas a justificar la validez del art. 21.2 de la LFB, según un autor alemán este precepto, "no se halla en contradicción con un principio constitucional básico; es expresión de la voluntad político-institucional consiente de solucionar un problema límite del ordenamiento fundamental liberal democrático, plasmación de las experiencias del constituyente, que en una determinada situación histórica creyó no deber realizar en toda su pureza el principio de neutralidad del Estado frente a los partidos políticos, asumiendo, en este sentido, una democracia militante".(21)

21. Sobre el término de "defensor o guardián de la Constitución", que recibe el Tribunal Constitucional, vease entre otros, García de Enterría. E: "La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional", Ed. Civitas, Madrid, 1982; García Pelayo M. "El Status del Tribunal Constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

BIBLIOTECA

El estado ante la amenaza de los enemigos de la democracia, no puede permanecer neutral, sino que tiene el derecho y el deber de asumir a través de las instituciones la defensa de la Constitución es decir de la democracia que se contiene en ella. En este sentido es consecuente que quien conozca de las prohibiciones a los partidos políticos que en su actuar quebrantan el orden constitucional y democrático sea el Tribunal Constitucional, quien recibe el nombre de **"defensor o guardián de la Constitución".(22)**

Para concluir podemos señalar que la Constitución de 1980 al establecer el inciso 6 del art. 15. ha intentado conscientemente equilibrar la existencia y permanencia del principio del pluralismo político con la asunción de determinados principios básicos del ordenamiento del Estado democrático.

b) Criterio de eficacia.

Sobre este punto hay una mayor discusión en la doctrina alemana, interesante es la crítica de un jurista de la talla de Konrad Hesse, quien la formula teniendo presente los efectos que produce la norma en el sistema político y de partido en general. En este sentido señala que la interpretación del art. 21.2 debe hacerse en un sentido restrictivo y agrega que la seguridad exterior de la democracia liberal, hecha posible por la prohibición de partidos políticos, es conseguida "a costa de una reducción del sistema de partidos, que deja de poder acoger todas las corrientes políticas, privando a los partidos constitucionales de una confrontación con los situados fuera del sistema, produciendo con ello en estos partidos una disminución de la vida política una pérdida de impulsos, energías y dinámica".(23)

Distinta es la opinión de K. Stern quien sale al paso de la argumentación de Hesse señalando que la temida contracción de la vida política no se produce y agrega "más bien habría que preguntarse si no ha sido tratada de forma excesivamente laxa la cuestión del examen de una demanda. Los instrumentos de los arts. 21.2 y 9.2 de la LFB) se están convirtiendo cada vez más en una espada oxidada. Y concluye contundentemente "El argumento de que estas organizaciones deben ser combatidas políticamente es demasiado fácil. No debe convertirse en una coartada para no asumir la necesaria responsabilidad, antes de que sea demasiado tarde".(24)

También hay quienes, como el magistrado del Tribunal Constitucional Federal a.D, Prof. Dr. Joachim Rottman, que ya hemos tenido ocasión de citar, quien al analizar los dos casos en que le ha tocado intervenir al Tribunal Constitucional alemán señala lo siguiente. En el primero de ellas, en la prohibición del (SRP) (Socialistische Reichspartei) de corte neonazi, tuvo lugar porque, "guardaba ciertas similitudes con el partido nazi en cuanto a su organización", no obstante que no significará una real amenaza al orden constitucional. El segundo caso fue el del partido comunista alemán (KPD), quien aun cuando también era una colectividad pequeña, tenía alguna representación parlamentaria en los Estados miembros, respecto a esta segunda resolución el magistrado citado señala: "El Gobierno Federal alemán y el Tribunal Federal Constitucional fueron víctimas de una conclusión errada. Los organismos constitucionales facultados para intervenir pensaban estar jurídicamente obligados a un procedimiento de igual naturaleza contra el extremismo de derecha y aquel de izquierda"(25).

En cuanto a su eficacia fue para peor ,porque el KPD pasó a la clandestinidad, esto a llevado a tomar en consideración, cuando se plantea la cuestión de prohibir a un partido, no sólo los criterios jurídicos, sino también los de índole político, en el sentido más noble del término, **"..la evaluación que hagan los organismos constitucionales que presentan la solicitud de prohibición, es decir, se plantea la posibilidad de resolver en atención a criterios de oportunidad política."(26)**

No obstante lo interesante del debate que hemos hecho referencia, es preciso señalar, que el orden constitucional democrático obtiene su más permanente y segura defensa a través del correcto funcionamiento jurídico-institucional, sobre la base, de una sociedad, integrada por hombres y mujeres que creen en la democracia y que adquieren conciencia de ella.

Esta conciencia democrática, no es exclusividad de los partidos políticos y organizaciones sociales, muy por el contrario, debe expandirse a las demás instituciones del Estado. El peligro que acarrea el incumplimiento de lo anterior, puede traer consigo desagradables sorpresas, de las que nos advierte el jurista español I. de Otto: **"La principal amenaza del orden constitucional no proviene en la medida en que exista, de las organizaciones políticas enemigas del orden constitucional y del propio Estado, sino de la reacción de instituciones de éste, para los que actividad de los enemigos puede ser espoleta o simple pretexto".** Agrega este autor: **"Por eso el problema principal no podría ser en ningún caso el de la ilegalización del enemigo, sino el del control del aspirante a salvador".**

---

22. K. Hesse, Grundzuge No marg., también E. Stein, Staatrecht. 8a. edic. 1982, pags 146 y sigs. esta cita está sacada de K. Stern. ob. cit. pag. 403.
23. K. Stern., ob. cit. pag. 404.
24. Rottman J. ob. cit. pag. 21.

25. Rottman J. ob. cit. pag. 22
26. De Otto I. La defensa de la Constitución y Partidos Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pag. 55

A modo de Conclusión.

Más arriba he intentado demostrar la validez y conveniencia de mantener un precepto como, el analizado art. 15.19, inc. 6 y sig. Pero también tengo la convicción de que los mecanismos jurídicos, como es el precepto constitucional en análisis, son sólo un complemento que ofrece el ordenamiento jurídico, en la tarea de otorgar estabilidad a una nación pensar de manera contraria erróneo (ingenuo) y peligroso. Pretender creer evitar el quiebre institucional de un Estado de derecho, como es el experimentado en Chile en 1973, exclusivamente a través de la de los instrumentos jurídicos no pasa de ser una vana "ilusión de jurista".

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfgassungsgerichts. (Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts. (Sentencia del Tribunal Administrativo alemán)
C.P.	Constitución Política de la República de Chile, de 1980.
F.J.	Fundamentos Jurídicos de las sentencias del tribunal Constitucional chileno.
L.F.B.	Ley Fundamental de Bonn.
S.T.C.	Sentencia del Tribunal Constitucional chileno.
T.C.	Tribunal Constitucional chileno.

COMENTARIOS A LA MODIFICACION REALIZADA AL ARTICULO 23 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1980

Rodrigo Ugalde Prieto

El Nº 11 de la Ley 18.825, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de agosto de 1989, introduce al artículo 23º de la Constitución Política de 1980, la modificación que a continuación se transcribe:

"Artículo único.— Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República de Chile:

Nº 11.— En el artículo 23º, inciso primero, reemplázase la oración final, que dice: "El cargo de dirigente gremial sera incompatible con la militancia en un partido político", por la siguiente: "Son incompatibles los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos.".

Conforme a la modificación transcrita, el texto del aludido artículo 23º, queda como sigue:

"Los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados en conformidad a la ley. Son incompatibles los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos.".

"La ley establecerá las sanciones que corresponda aplicar a los dirigentes gremiales que intervengan en actividades político-partidistas y a los dirigentes de los partidos políticos que interfieran en el funcionamiento de las organizaciones gremiales y demás grupos intermedios que la propia ley señale.".

Para captar a cabalidad el sentido de la importante reforma al artículo 23º, es necesario recordar previamente la idea principal que orienta a la norma constitucional, esto es, la de separar el mundo social del mundo de lo político, o dicho de otro modo el "poder social" del "poder político", idea que hoy aparece mitigada por la reforma que se comenta.

Un autor, en opinión vertida con anterioridad a la reforma, señalaba: "En el artículo 23º de la Constitución encontramos nuevamente el ensayo de encerrar en compartimientos estancos el mundo de los partidos políticos y de las organizaciones gremiales, al impedirse que los dirigentes gremiales participen en partidos políticos.".(1)

Este afán se observa también en otros preceptos de la Constitución, así por ejemplo:

a) En el Nº 15º del artículo 19º, relativo al Derecho de Asociación, en cuanto señala que los partidos políticos "no podrán intervenir en actividades ajenas

1. Humberto Nogueira Alcalá. Manual del Ciudadano, pág. 121. Editorial Andante.

a las que les son propias...";

b) En el Nº 19º del artículo 19º, referente al Derecho de Sindicación. El inciso final de dicho número, modificado por el Nº 9º del artículo único de la ley 18.825, establece que: "La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. **Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas.**

La modificación realizada al número recién citado consistió, precisamente, en eliminar como sujetos de la prohibición de intervenir en actividades político partidistas a los dirigentes sindicales, supresión que tiene directa relación con la reforma motivo de este trabajo;

c) En e artículo 54º, referente a las inhabilidades parlamentarias. De acuerdo a dicho precepto no pueden ser candidatos a diputados ni a senadores, entre otros, "Las personas que desempeñen un cargo directivo de naturaleza gremial o vecinal." (Nº 7 del artículo 54º).

El inciso segundo del artículo 54º, cuyo texto se reemplazó por el que señala el Nº 31 del artículo único de la ley 18.825, estableciendo al respecto lo siguiente:

"Las inhabilidades establecidas en este artículo serán aplicables a quienes hubieren tenido las calidades o cargos antes mencionados dentro del año inmediatamente anterior a la elección; excepto respecto de las personas mencionadas en los números 7) y 8), las que no deberán reunir esas condiciones al momento de inscribir su candidatura. Si no fueren elegidos en una elección no podrán volver al mismo cargo ni ser designados para cargos análogos a los que desempeñaron hasta un año después del acto electoral".

Los diversos sectores que intervinieron en las reformas a la Constitución Política estaban contestes en el hecho de que el afán de separar el mundo de lo "social" del mundo de lo "político", resultaba excesivo, por lo que en diversos documentos se propuso sustanciales modificaciones a las normas regulatorias de la materia, en especial al artículo 23º.

Así, el partido Renovación Nacional propuso eliminar la incompatibilidad contemplada en el artículo 23º, y sustituir dicho artículo por el siguiente:

"Los grupos y organizaciones intermedias de la comunidad que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados en conformidad a la ley.

"Asimismo, serán sancionados de acuerdo a la ley los dirigentes de los indicados grupos y organizaciones, que hayan tenido una participación directa en la configuración de las infracciones indicadas en el inciso precedente."(2)

Como fundamento de su proposición Renovación Nacional señaló: "los dirigentes gremiales son, habitualmente, las personas que por sus condiciones intelectuales, morales y de liderazgo, se destacan dentro de la actividad que predican. Es frecuente que quienes reúnen las condiciones indicadas tengan preocupación por las materias de interés público e inquietudes de orden político."(3)

2. La Reforma Constitucional. Ediciones Chile América. Francisco Geisse-José A. Ramírez Arrayas, pág. 61.
3. Francisco Geisse-José A. Ramírez. Obra citada, pág. 43.

Por su parte, la Comisión Técnica de Reforma Constitucional, integrada por juristas de los partidos políticos de la Concertación de Partidos por la Democracia y por Juristas del partido Renovación Nacional, propuso el reemplazo del artículo 23º por el siguiente:

"Los grupos intermedios de la sociedad, los partidos políticos y sus respectivos dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados en conformidad a la ley.(4)

La primera proposición del gobierno, de 29 de abril de 1989, expresaba lo siguiente:

"En el artículo 23º, inciso primero, reemplázase la oración final, que dice: "El cargo de dirigente gremial será incompatible con la militancia en un partido político", por la siguiente: "El cargo directivo de un grupo intermedio es incompatible con el ejercicio de funciones directivas nacionales, regionales o distritales de un partido político."(5)

Finalmente, luego del proceso que siguió al rechazo de la primera posición de reforma, se llegó a la actual redacción del artículo 23º, cuyo texto se analiza en los siguientes puntos:

I.— SUJETOS DE LA REGULACION CONSTITUCIONAL Y CONDUCTAS SANCIONADAS.

Como se vió en el texto de la norma que se estudia, la primera parte de su inciso primero, que se estudia, que se refiere a este punto, no sufrió modificaciones en virtud de la reforma.

En consecuencia, tanto los **GRUPOS INTERMEDIOS** de la comunidad, como sus **DIRIGENTES,** que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce —ver artículo 1º, inciso tercero de la misma Constitución—, **INTERVINIENDO INDEBIDAMENTE** en **ACTIVIDADES AJENAS** a sus **FINES ESPECIFICOS,** serán sancionados en conformidad a la ley.

Se sancionará entonces, en conformidad a la ley, a:

1.— GRUPOS INTERMEDIOS DE LA COMUNIDAD.

El concepto de grupo intermedio, al cual la Constitución se refiere en el inciso tercero del artículo 1º, puede definirse como "grupo organizado para la consecución, en común, de un interés o grupo de intereses. En virtud de las asociaciones y de los grupos intermedios (entre la persona y el Estado) se organiza y estructura orgánicamente la sociedad."(6)

4. Francisco Geisse-José A. Ramírez. Obra citada, pág. 61.
5. Francisco Geisse-José A. Ramírez. Obra citada, pág. 61.
6. Estudio sobre el artículo primero de la Constitución de 1980. Jorge Luis Varela Del Solar. Revista Chilena de Derecho. Vol. 11 Nºs. 2-3, pág. 394.

Entre los principales grupos intermedios, podemos citar los siguientes:

a) Las Asociaciones Gremiales, que en la actualidad se encuentran regidas por el Decreto Ley 2.757, publicado en el Diario Oficial de 4 de julio de 1979;

b) Los Colegios Profesionales, que también se rigen, actualmente por el Decreto Ley .757, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Ley 3.621, publicado en el Diario Oficial de 7 de febrero de 1981;

c) Las Organizaciones Sindicales, regidas por el Código del Trabajo, Ley 18.620, publicada en el Diario Oficial de fecha 6 de julio de 1987; y

d) Las Juntas de Vecinos y demás Organismos Comunitarios, todos los cuales se encuentran regulados por la ley 16.880, publicada en el Diario Oficial de fecha 7 de agosto de 1968.

2.— A LOS DIRIGENTES DE LOS GRUPOS INTERMEDIOS.

El Diccionario de la Real Academia señala que Dirigente es el "Que dirige". (7)

Por otra parte , según el mismo Diccionario, Dirigir es "Gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión."(8)

En cada uno de los cuerpos legales relativos a los diversos grupos intermedios, se contemplan normas que establecen quienes son los dirigentes de estos cuerpos, sus derechos, atribuciones, obligaciones, inhabilidades, incompatibilidades, etc.

Así, por ejemplo el artículo 7º del Decreto ley 2.757 establece que las asociaciones gremiales serán administradas por un Directorio, sin perjuicio de lo que dispongan sus estatutos sobre otros órganos de administración.

Por su parte, el artículo 220 del Código del Trabajo nos indica que los sindicatos serán dirigidos por un directorio compuesto de tres personas, cuya composición depende del número de afiliados. Aclara que en aquellas empresas que tengan menos de 25 trabajadores, los sindicatos serán dirigidos sólo por uno de sus miembros.

Ahora bien, para que pueda aplicarse sanciones a los grupos intermedios y a sus dirigentes, la Constitución, en la norma que se comenta requiere del cumplimiento de dos requisitos copulativos, a saber:

a) Que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce; y

b) Dicho mal uso debe concretarse en una intervención indebida, en actividades ajenas a sus fines específicos.

Lo anterior resulta lógico si tenemos en cuenta que el propio texto constitucional, en su artículo 1º, inciso tercero, señala: "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos."

---

7. Diccionario de la Lengua Española. 19ª Edición 1970, pág. 482.
8. Diccionario de la Lengua Española. 19ª Edición 1970, pág. 483.

Se observa que la adecuada autonomía que el Estado garantiza a los grupos intermedios, por imperativo constitucional, sólo es para cumplir sus propios fines específicos.

Debe decirse, entonces, que la adecuada autonomía va indisolublemente ligada al hecho de que en su actuación concreta estos grupos cumplan sus propios fines específicos, esto es, aquellos referentes a sus respectivas funciones y no a otras diversas.

Los fines específicos de cada uno de los diversos grupos intermedios dicen, en general, relación con la satisfacción de sus propias necesidades, tales como la promoción, desarrollo y protección de la profesión, del oficio, del trabajo, rama de la producción o actividad de que se trata.

Habrá mal uso de la autonomía cuando los grupos intermedios o sus dirigentes intervengan indebidamente, esto es, contra derecho o justicia, en actividades ajenas a sus fines específicos.

Al respecto, puede decirse que siempre se excluye, por los textos legales regulatorios de estos grupos, la posibilidad de desarrollar actividades políticas.

II.— INCOMPATIBILIDAD DE LOS CAMPOS GREMIAL Y POLITICO.

Continuando con el afán que se observó al principio de este trabajo, con anterioridad a la reforma, la parte final del inciso primero del artículo 23º, prescribía: "El cargo de dirigente gremial será incompatible con la militancia en un partido político.".

Por su parte, el artículo 18º de la ley 18.603, sobre Partidos Políticos, prescribe que no pueden afiliarse a un partido político, entre otros, los dirigentes gremiales o sindicales.

Una primera y superficial lectura de la norma constitucional recién transcrita lleva a la conclusión que el dirigente gremial, cualesquiera fuere la importancia o nivel del cargo desempeñado, se encontraba impedido de militar en un partido político, lo que se confirmaba con la lectura del artículo 18º de la ley de Partidos Políticos.

Sin embargo, la jurisprudencia de los Tribunales Electorales Regionales, llamados a declarar las incompatibilidades derivadas de la aplicación del señalado artículo 23º, estableció al respecto interesantes doctrinas, que limitaron la aplicación de la incompatibilidad constitucional. Al efecto, citaremos dos fallos del Segundo Tribunal Electoral de la Región Metropolitana:

a) En sentencia pronunciada el 27 de octubre de 1987, referente a una presentación efectuada por una Asociación Gremial, en que se solicitaba un pronunciamiento acerca de si los miembros del Consejo Nacional de la referida Asociación se encuentran o no en la situación prevista en el artículo 23º de la Constitución y en el artículo 18º de la ley 18.603, es decir, la incompatibilidad entre el cargo de dirigente gremial con la militancia en un partido político, el referido Tribunal, luego de ordenar que se acompañaran los estatutos de la Asociación Gremial, estimó que la incompatibilidad anotada no se aplicaba a los miembros del

Consejo Nacional —compuesto de 180 miembros—, expresando al efecto que: "es razonable entender que la incompatibilidad que establece la Constitución Política de la República y la ley Nº 18.603, está referida a quienes tengan la calidad de ejecutores inmediatos, en el sentido de poder adoptar o contribuir a adoptar o participar en decisiones encaminadas a resolver directamente materias actuales que conciernen a la marcha de la entidad de que forman parte, y no a quienes tengan por misión la fijación de los lineamientos generales en la conducción del organismo a que están afiliados como es el caso de los miembros del referido Consejo Nacional."

b) En fallo dictado con fecha 30 de marzo de 1988, recaído en presentación efectuada por una Federación Gremial, que solicitaba un pronunciamiento acerca de sí los miembros del Consejo de la referida Federación Gremial se encuentran o no en la situación prevista en el inciso segundo del artículo 18 de la ley 18.603, el Tribunal luego de analizar los Estatutos del peticionario y, en especial, las atribuciones del Consejo, declara incompatibles la afiliación en un partido político con el hecho de ser miembro del Consejo de la referida Federación Gremial, conclusión a la que arriba estudiando las atribuciones de éste corresponden a las que el Decreto Ley 2.757 —sobre organizaciones gremiales— entrega al Directorio, por lo cual "es dable sostener que dicho Consejo es un auténtico órgano de administración, con amplias facultades, que van desde fijar las políticas generales de acción de la institución hasta las de administrar los bienes de la Cámara y disponer de ellos, permitiendo de esta forma a los miembros del referido Consejo poder adoptar o contribuir a adoptar o participar en decisiones encaminadas a resolver materias actuales que conciernen a la marcha de la entidad de que forman parte...".

Finalmente, esta sentencia contiene un Considerando en el cual se refiere a la naturaleza de la incompatibilidad que nos preocupa, el que por su importancia transcribimos a continuación:

"**DECIMO:** Que de las consideraciones precedentemente anotadas es razonable colegir que la incompatibilidad a que se refieren los preceptos transcritos no es subjetiva, no afecta a las personas según su actividad, sino que es la recíproca intolerancia entre dos situaciones jurídicas: una **el cargo** o la **calidad** de dirigente o director de una Asociación Gremial, y otra la pertenencia a un partido político.".

La modificación realizada a este precepto, artículo 23º de la Constitución, y que motiva este trabajo, incide precisamente en el punto que se estudia, limitando la incompatibilidad al expresar que ella sólo se presenta entre los **CARGOS DIRECTIVOS SUPERIORES DE LAS ORGANIZACIONES GREMIALES** y los **CARGOS DIRECTIVOS SUPERIORES, NACIONALES O REGIONALES, DE LOS PARTIDOS POLITICOS.**

Sin perjuicio de lo que se dirá a continuación respecto del sentido y alcance de los términos que se han destacado, debe decirse que la modificación realizada es de gran importancia, pues termina con la incompatibilidad entre la militancia en un partido político y el ejercicio de cargos directivos en las organizaciones gremiales.

Asimismo, deben señalarse que el artículo 18º de la ley 18.603,

Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, publicada en el Diario Oficial el 23 de marzo de 1987, en todo lo que dice relación con la prohibición que afecta a los dirigentes gremiales o sindicales de afiliarse a partido político alguno, se encuentra en oposición al actual texto del artículo 23º de la Carta Fundamental, por lo tanto, la derogación tácita de dicho precepto, en lo que dice relación con el punto que se comenta, aparece clara, ya que se dictó una norma posterior y de superior jerarquía, que pugna con su texto.

Resulta necesario, entonces, dilucidar el sentido y alcance de los términos **"CARGOS DIRECTIVOS SUPERIORES DE LAS ORGANIZACIONES GREMIALES"** y **"CARGOS DIRECTIVOS SUPERIORES, NACIONALES O REGIONALES DE LOS PARTIDOS POLITICOS"**, para lo cual, dada la inexistencia de actas oficiales sobre las reformas a la Carta Fundamental, será necesario recurrir al sentido natural y obvio de los términos utilizados por la Constitución, a las normas legales pertinentes y a la interpretación que a estas se ha dado por la jurisprudencia.

Por lo dicho, y sin perjuicio de lo que se comenta a continuación, que sólo constituye un primer aporte, será de mucha utilidad para dilucidar el alcance de los términos en cuestión, la doctrina que emane de los fallos que se dicten en el futuro por los Tribunales Electorales Regionales, los cuales conforme al Nº 3 del artículo 10º de la ley 18.593 (Diario Oficial de 9 de enero de 1987) tienen como atribución la de declarar las incompatibilidades que deriven de la aplicación del artículo 23º de la Constitución Política y las inhabilidades que, de acuerdo a esa norma constitucional, establezca la ley.

En los párrafos que siguen se intentará dar alguna luz sobre el problema.

1.— CARGOS DIRECTIVOS SUPERIORES DE LAS ORGANIZACIONES GREMIALES.

Como se observa, la Constitución exige, en la norma que se comenta, dos requisitos copulativos para que opere la incompatibilidad, a saber:

a) Que se trate de un cargo **DIRECTIVO**; y

b) Que el cargo Directivo sea **SUPERIOR**.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, "Directivo", en su primera acepción, significa: "Que tiene facultad o virtud de dirigir. Aplicado a personas."(9)

En su segunda acepción significa: "Mesa o junta de gobierno de una corporación, sociedad, etc. ..."(10)

Por su parte, el mismo Diccionario define "Superior", en su primera acepción, como: "Dícese de lo que esta más alto y en lugar preeminente respecto

9. Diccionario de la Lengua Española. 19ª Edición 1970, pág. 482.
10. Diccionario de la Lengua Española. 19ª Edición 1970, pág. 482.
11. Diccionario de la Lengua Española. 19ª Edición 1970, pág. 1229.

de otra cosa."(11)

Aplicando lo expresado por el Diccionario a las diversas organizaciones gremiales, puede decirse que la incompatibilidad que se comenta sólo se aplicaría a los miembros de aquellos órganos que tengan poder decisorio, o como lo expresa la primera sentencia que se ha citado "a quienes tengan la calidad de ejecutores inmediatos, en el sentido de poder adoptar o contribuir a adoptar o participar en decisiones encaminadas a resolver directamente materias actuales que conciernen a la marcha de la entidad de que forman parte.".

De acuerdo a lo indicado, los requisitos establecidos por la Constitución se cumplen respecto de los miembros del "Directorio" de las diversas organizaciones gremiales, que es el órgano encargado de la dirección o gobierno de la respectiva organización gremial, sea esta un sindicato, una asociación gremial, un colegio profesional, etc.

No se encontrarían incluidos en la incompatibilidad constitucional aquellas personas que desempeñen cargos que:

a) No sea "Directivos", esto es, que no tengan facultad de mandar o dirigir; y,

b) Que siendo el cargo "Directivo" no sea "Superior", esto es, que estén por debajo de otros directivos, o bien subordinados a directivos que respecto de los primeros tienen el carácter de "Superior".

Para determinar si la naturaleza del cargo de que se trata no es "Directivo" o reuniendo tal carácter no es "Superior", deberá recurrirse a los Estatutos de la respectiva organización gremial.

2.— CARGOS DIRECTIVOS SUPERIORES, NACIONALES Y REGIONALES, DE LOS PARTIDOS POLITICOS.

Como se ha visto, la incompatibilidad de los cargos directivos comentados en el párrafo anterior, se da con el ejercicio de **CARGOS DIRECTIVOS SUPERIORES, NACIONALES Y REGIONALES, DE LOS PARTIDOS POLITICOS.**

La ley 18.603, establece que la organización y el funcionamiento de los partidos políticos se regirán por sus propios estatutos, pero será necesario que éstos se conformen, en todo caso, a las normas del título IV de dicha ley.

El inciso primero del artículo 23º de la ley comentada, establece:

"Entre los órganos de los partidos políticos deberán establecerse a lo menos una Directiva Central, un Consejo General, Consejos Regionales y un Tribunal Supremo.".

La misma ley señala en sus siguientes artículos las atribuciones de los órganos señalados, de cuya lectura puede deducirse que la calidad de "Cargo Directivo Superior" que exige la Constitución, para que opere la incompatibilidad, se cumple respecto de los miembros de la Directiva Central y de los miembros del Tribunal Supremo, pues las atribuciones que a dichos órganos se confieren en los artículos 25 y 28, respectivamente, deja en evidencia su carácter directivo superior.

Respecto de los integrantes del Consejo General, existen varias razones, que ponderadas en conjunto, permiten sostener que sus miembros no se encuentran alcanzados por la incompatibilidad que se comenta, en especial: a) Sus principales atribuciones se refieran a la fijación de los lineamientos generales de la acción política de los partidos, como por ejemplo: impartir orientaciones al presidente del partido y tomar acuerdos sobre cualquier aspecto de la marcha del partido; proponer modificaciones a la declaración de principios o reformas a los estatutos, proponer a la persona del candidato a la Presidencia de la República, etc.; b) El hecho de que este organismo se reúna en forma esporádica. A saber, una vez al año, a lo menos, según lo dispone el artículo 26 de la ley 18.603; y c) Su composición, esto es, los Senadores y Diputados del partido y un número de consejeros elegidos por cada uno de los Consejos Regionales, de entre sus respectivos miembros.

En cuanto a los restantes órganos que, además de lo señalados por la Constitución, establezcan los partidos en sus Estatutos, habrá que estar a la orgánica que en dichos Estatutos se establezca, a las atribuciones que a estos órganos se les otorgue, y a la subordinación que en ellos se establezca entre los mismos.

Por otra parte, no debe olvidarse que la Constitución establece la incompatibilidad no sólo para los **CARGOS DIRECTIVOS SUPERIORES NACIONALES**, sino que también la extiende a los **CARGOS DIRECTIVOS SUPERIORES REGIONALES.**

En estas circunstancias, los miembros de las **DIRECTIVAS REGIONALES** de los partidos políticos, quedarían incluidos dentro de la señalada incompatibilidad, y no podrían ejercer cargos directivos superiores en organizaciones gremiales. No sucedería lo mismo con los cargos que se ejerzan en órganos tales como las Directivas distritales o comunales, Consejos Comunales, Distritales o Regionales y otros que no reúnan las exigencias copulativas de ser **DIRECTIVO** y **SUPERIORES.**

Lo dicho en el párrafo anterior respecto de los órganos que los partidos político establezcan al nivel de distrito, en cuanto los dirigentes de aquellos no quedan alcanzados por la incompatibilidad constitucional, se ve reforzado por el hecho de que la primera propuesta de reforma los contemplaba dentro de aquellos que quedaban alcanzados por la incompatibilidad, y no ocurrió así en el texto definitivo sometido a plebiscito y aprobado por la ciudadanía.

III.— SANCIONES APLICABLES A LOS DIRIGENTES GREMIALES QUE INTERVENGAN EN ACTIVIDADES POLITICO-PARTIDISTAS Y A DIRIGENTES DE PARTIDOS POLITICOS QUE INTERFIERAN EN EL FUNCIONAMIENTO DE ORGANIZACIONES GREMIALES Y DEMAS GRUPOS INTERMEDIOS.

El inciso segundo del precepto constitucional que se estudia, que no fue modificado, expresa:

"La ley establecerá las sanciones que corresponda aplicar a los dirigentes gremiales que intervengan en actividades político partidistas y a los dirigentes de los partidos políticos que interfieran en el funcionamiento de las organizaciones gremiales y demás grupos intermedios que la propia ley señale.".

En este inciso la Constitución le otorga a la ley la misión de establecer las sanciones que se aplicarán a:

a) Los dirigentes gremiales que intervengan en actividades político partidistas.

De este modo, las sanciones que establezca la ley se aplicarán a los dirigentes gremiales, que tomen parte en actividades político-partidistas, esto es, aquellas propias de los partidos políticos, que actualmente se contemplan en el

b) Los dirigentes de los partidos políticos que interfieran en el funcionamiento de las organizaciones gremiales y demás grupos intermedios que la propia ley señale.

En este caso, las sanciones legales se aplicarían a los dirigentes de partidos políticos, que se entrometan en la ejecución de las funciones propias de las organizaciones gremiales y demás grupos intermedios que la propia ley señale, como podrían ser las juntas de vecinos y organizaciones funcionales.

La ley 18.603, sobre Partidos Políticos, en su artículo 49º dispone al efecto:

"Los dirigentes de partidos políticos que incurrieren en la conducta prevista en el inciso segundo del artículo 23º de la Constitución Política, serán sancionados con multa en sus grados mínimo a medio e inhabilidad por el término de cinco años para ocupar cargos directivos en partidos políticos.".

Como conclusión final, cabe señalar que, atendida la modificación que se realizó al inciso primero de este artículo 23º, existe una aparente falta de adecuación entre ambos incisos del citado artículo.

Así, mientras en el primero se limita la incompatibilidad entre el mundo de lo gremial y el mundo de lo político, solamente a los CARGOS DIRECTIVOS SUPERIORES, en el inciso segundo no se efectúa ninguna distinción, en cuanto a señalar cuales dirigentes gremiales, que intervengan en actividades político-partidistas, y dirigentes de partidos políticos, que interfieran en el funcionamiento de las organizaciones gremiales y demás grupos intermedios, serán los sancionados por la ley, circunstancia que puede causar dudas e inconvenientes en la aplicación de este artículo, en especial teniendo en consideración las siguientes circunstancias:

a) Que los dirigentes gremiales puede, en virtud de la modificación del inciso primero del artículo 23º, como ya se expresó, militar en partidos políticos, ejercer cargos que no sean directivos en los partidos políticos, o cargos que reuniendo tal carácter no sean superiores; y

b) Que los militantes de partidos políticos que no sean directivos superiores de estos, pueden ahora ejercer cargos en las organizaciones gremiales.

Ahora bien, dada la apertura que la reforma da inciso primero del artículo 23º implica, en orden a terminar con los verdaderos compartimientos estancos que el anterior texto buscó crear entre lo "gremial"y lo "político", permitiendo la existencia de constantes vínculos entre ambos espacios de la vida nacional, con la sola limitación de la incompatibilidad que se ha comentado en el capítulo anterior, la interpretación lógica que debería darse al inciso segundo del mencionado artículo 23º, a fin de que este guarde armonía con el inciso primero de este mismo precepto, es que sólo podrían ser sancionados por la ley que se dicte, los directivos superiores de organizaciones gremiales que intervengan en actividades político-partidistas y los directivos superiores, nacionales o regionales, de los partidos políticos que interfieran en el funcionamiento de las organizaciones gremiales.

En todo caso, la ley que se dicte en cumplimiento del mandato constitucional establecido en el inciso segundo del artículo 23º, debería precisar el sentido de las disposiciones que se comentan, señalando a quienes se aplican las sanciones que su texto establezca.

EFECTOS DE LA REFORMA DEL ART. 38, INCISO 2º, DE LA CONSTITUCION POLITICA SOBRE REGIMEN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Arturo Aylwin Azócar

1º Régimen de Justicia Contencioso Administrativo durante la vigencia de la Constitución Política de 1925.

Los hombres de derecho, particularmente los especialistas en Derecho Administrativo siempre hemos sido coincidentes en la idea de que debe regir un mecanismo general de justicia en materia contenciosa administrativa. Aún más, hemos considerado incompatible con la vigencia del Estado de Derecho la no existencia de recursos ante tribunales competentes para impugnar los actos u omisiones arbitrarias de la Administración que sean la consecuencia de un indebido ejercicio de las potestades públicas.

En lo que no ha existido la misma coincidencia es en el sistema contencioso aplicable, pues mientras algunos han sostenido con vehemencia la necesidad de que operen tribunales administrativos independientes del Poder Judicial fundándose principalmente en razones de la especialidad de la materia y del respeto al principio de división de las funciones estatales, otros han propugnado la idea de la indivisibilidad de la función jurisdiccional sosteniendo que hay que radicar la competencia en los tribunales ordinarios. Y no han faltado quienes han patrocinado la implantación de un sistema mixto en forma de distribuir el conocimiento de los distintos tipos de conflictos contencioso administrativo entre tribunales especializados en esta materia y los tribunales ordinarios, sin perjuicio de que puedan existir también tribunales de composición mixta.

La Constitución Política de 1925 entregó la solución de los conflictos contencioso administrativos a tribunales especiales, cuya organización y atribuciones quedaron condicionadas al mandato de una ley, la que nunca fue dictada (art. 87).

Frente a este vacío los tribunales ordinarios de justicia se declararon reiteradamente incompetentes para conocer de las acciones de nulidad en contra de los actos de la Administración, sobre la base de sostener que ello correspondía sólo a los tribunales administrativos programados por la Constitución. Lo anterior fue sin perjuicio de que los mismos tribunales reconocieran su competencia para conocer demandas declarativas de derechos patrimoniales desconocidos por la Administración, aún cuando el desconocimiento de tales derechos hubiera tenido su origen en actos administrativos. Para dicho efecto los tribunales aplicaron en forma irrestricta el principio de la jerarquía de las normas prescindiendo o dejando sin aplicar en cada caso los decretos o resoluciones que fueran contrarios a la ley.

2º La Justicia Contenciosa Administrativa después de la puesta en vigencia de la Constitución de 1980, pero antes de la Reforma Constitucional.

Durante la vigencia de la Constitución de 1980, pero antes de la reforma constitucional de 1989, la situación no varió substancialmente.

En efecto, durante ese período la situación se desarrolló, en síntesis, de la siguiente manera:

a) Tanto la Comisión de la Nueva Constitución Política como el Consejo de Estado, propusieron dar competencia expresa a los tribunales ordinarios en materia contenciosa administrativa.

Hay que recordar que la norma correspondiente al artículo 73 de la Constitución Política estaba proyectada, en la parte que nos interesa, en los siguientes términos:

"La facultad de conocer de las causas civiles, de las criminales y de las contenciosas administrativas, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley (artículo de la Comisión de Estudio y 73 del Consejo de Estado). El art. 79 del proyecto no contemplaba la norma incorporada en el actual inciso 2º del artículo 38.

Fue en la instancia de la aprobación de la Junta de Gobierno que se agregó este último inciso, cuyo texto es preciso recordar:

"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 contencioso-administrativos que determine la ley**, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiese causado el daño".

Por otra parte, el texto constitucional junto con establecer la competencia de los tribunales ordinarios en el artículo 73, suprimió toda referencia a las causas contencioso administrativas, en tanto que el art. 79 dispuso expresamente que los tribunales previstos en el artículo 38 quedasen sometidos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema;

b) Lo anterior no impidió que el propio constituyente contemplara en ciertos casos recursos contencioso administrativos ante los tribunales ordinarios. Así ha ocurrido con el reclamo que se puede interponer ante la Corte Suprema con motivo de la pérdida o desconocimiento de la nacionalidad por hecho de la Administración (art. 12). Así ha ocurrido también tratándose de la impugnación de los actos administrativos de expropiación (art. 19, Nº 24, inciso 3). Y lo mismo se ha presentado tratándose del recurso de protección cuando la privación, perturbación o amenaza de los derechos y garantías especificados en el artículo 20 de la Constitución Política tienen sus causa en actos u omisiones arbitrarias o ilegales de la Administración del Estado cometidos en el ejercicio de sus potestades públicas, y

c) Por regla general, continuó plenamente vigente la jurisprudencia que desconoció la competencia de los tribunales ordinarios de justicia, ni aún supletoriamente, para actuar en este tipo de conflictos mientras no fuesen creados los tribunales administrativos.

Si bien es cierto que el art. 19, Nº 3, ha reconocido el derecho a la defensa jurídica y que por otra parte, el art. 73, inciso 2º dispuso textualmente que reclamada la intervención de los tribunales "en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión" ello no ha significado atribuir competencia a los tribunales ordinarios en materia contenciosa administrativa.

Esta tesis aparece reforzada por cuatro circunstancias que es del caso destacar:

1) El origen de las reglas de los artículos 38, inciso 2º y 73, inciso 2º, que permite demostrar, como ya se ha visto, que hubo el propósito inequívoco del Constituyente en el sentido de radicar este tipo de conflictos en tribunales de lo contencioso administrativo a determinarse por la ley, excluyéndolos del conocimiento de los tribunales ordinarios;

2) El hecho de que el mismo Constituyente haya dispuesto la competencia de los tribunales ordinarios en algunos tipos de conflictos, como ya se explicó antes, como es el caso del reclamo en contra de los actos expropiatorios;

3) La circunstancia de que el artículo 73, inciso 2º, al establecer el principio de la inexcusabilidad de los tribunales ordinarios, lo condiciona a que el requerimiento incida en materias que sean de su competencia, presupuesto que no se da en este caso por mandato expreso del artículo 38 que atribuye competencia a los tribunales administrativos. Ello adquiere particular relevancia frente a lo establecido en el artículo 6º de la Constitución Política en cuanto establece que "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes", y

4) El artículo 5º, en relación con el art. 1º, del Código Orgánico de Tribunales, otorga una amplia competencia a los tribunales ordinarios para conocer de todo tipo de conflictos civiles que ocurran en el orden temporal con las únicas excepciones que allí se enumeran. Pero, precisamente, el Nº 9 del referido precepto excluye de la competencia de tales tribunales cuando se trata "de asuntos judiciales que leyes especiales encomienden a otros tribunales". Es lo que ocurre, por ejemplo, con los tribunales que en materia de avalúos de bienes raíces contempla el Código Tributario o la situación que se presenta con los tribunales aduaneros. Y es lo que ha tenido lugar tratándose de los conflictos contencioso administrativos. En efecto, si el Código Orgánico de Tribunales ha marginado de la competencia de los tribunales ordinarios todo asunto que por mandato de una ley corresponda conocer a otro tribunal con tanto mayor razón, de acuerdo con el sistema jerarquizado de las normas, habrá de ocurrir lo mismo si es la propia Constitución la que ha establecido la regla especial de competencia. Por lo demás, dentro de un sistema de interpretación finalista de la regla del Nº 9 del artículo 5, ya citado, hay que entender que cuando ella se remite a leyes especiales se está comprendiendo todo tipo de normas que se apartan de la regla general y, por ende, están comprendidas

también las de rango constitucional. Lo contrario importaría aceptar que una norma simplemente legal estuviera vigente no obstante contradecir abiertamente el régimen especial contemplado en la Ley Suprema.

3º La justicia contenciosa administrativa después de la reforma constitucional de 1989.

Para los efectos de comprender la situación actual, es necesario hacer un poco de historia sobre el origen del cambio introducido a los arts. 38, inciso 2º, y 79 de la Constitución Política mediante la reforma constitucional aprobada por la ley Nº18.825.

Durante el proceso de estudio previo a la reforma de la Constitución Política, la Comisión Técnica Concertación-Renovación Nacional, estimó necesario otorgar competencia a los tribunales ordinarios de justicia para conocer de las reclamaciones en contra de los actos ilegales de la autoridad administrativa. El Poder Ejecutivo acogió esta proposición, pero el Mensaje respectivo no fue claro al respecto y, por el contrario, incorporó un elemento de confusión al señalar que la supresión de las palabras contencioso administrativas en al artículo 38 tenía por objeto "aclarar que el legislador **puede dar competencia** en materias contencioso administrativas a los tribunales ordinarios". ("La Reforma Constitucional". Francisco Geisse y Antonio Ramírez. Cesoc. año 1989. pág. 171).

En definitiva la reforma se tradujo sólo en suprimir las palabras "contencioso administrativo" del primitivo art. 38 y en suprimir también la frase final del párrafo 1º del artículo 79 de la Constitución Política.

De acuerdo con la supresión antedicha, el texto actual del inciso 2º del artículo 38 de la Constitución Política es el siguiente:

"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 que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

Como es fácil observar, el constituyente en momento alguno da competencia directa a los tribunales ordinarios de justicia para conocer las contiendas contencioso administrativas, sino que se remite al respecto a lo que determine la ley.

¿Y qué es lo que puede determinar la ley? Las alternativas son tres: a) Que la competencia quede radicada en los tribunales ordinarios: b) Que se otorgue competencia a tribunales especiales de lo contencioso administrativo, y c) Que rija una solución mixta de manera que exista competencia de los tribunales de lo contencioso administrativos tratándose de algunos conflictos, dejando los demás entregados al conocimiento de los tribunales ordinarios, sin perjuicio de que también puedan operar tribunales de competencia mixta. Es decir, el precepto, tal como se aprobó, no descarta la existencia de tribunales administrativos, pero tampoco los contempla como una imposición, diferencia notable respecto de lo que establecía la Constitución antes de la reforma. Cabe agregar que, en todo caso, los tribunales competentes, sean ordinarios o de lo contencioso administrativos, quedarán sometidos a la superintendencia de la Corte Suprema según la regla general del artículo 79 de la Constitución Política.

Ahora bien, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿Mientras no se dicte la ley que determine cuales serán los tribunales competentes habrá justicia contenciosa administrativa?

Conforme a una interpretación muy literal de la norma del artículo 38, inciso 2º, de la Constitución Política, podría sostenerse que la respuesta sólo cabe daría al legislador y que, por lo tanto, en tanto ello no ocurra no existe competencia de los tribunales ordinarios, salvo en los casos especiales en que el ordenamiento jurídico ya lo ha dispuesto así.

Es evidente que semejante interpretación frustraría los propósitos del constituyente y significaría un avance muy precario respecto del régimen que existía con anterioridad a la reforma.

Por nuestra parte, apoyamos enfáticamente la tesis que sostiene que, a contar desde la fecha de vigencia de la reforma de la Constitución, los tribunales ordinarios tienen plena competencia para conocer de cualquier tipo de conflictos contencioso administrativos, inclusive los originados por demandas de nulidad de los actos de la Administración. Obviamente esta competencia queda supeditada a lo que en definitiva disponga el legislador y no puede afectar la competencia específica que actualmente está asignada a esos mismos tribunales respecto de determinadas materias, por mandato expreso del Constituyente, ni la que corresponda a los tribunales administrativos de carácter especial actualmente existentes en virtud de normas legales específicas.

Esta conclusión se apoya fundamentalmente en los siguientes elementos:

a) El principio de inexcusabilidad del artículo 73, inciso 2, de la Constitución Política, es ahora plenamente aplicable tratándose de un conflicto contencioso administrativo, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma.

En efecto, ya no es posible sostener que la inexcusabilidad del artículo 73 de la Constitución Política no rige para los asuntos contencioso administrativos basados en que éstos no corresponden a los tribunales ordinarios, sino que a los tribunales previstos en el art. 38 de la misma Carta. Esto constituye la consecuencia lógica de la modificación introducida al artículo 38, pues ahora este precepto no atribuye ninguna competencia especial tratándose de los referidos conflictos, limitándose sólo a hacer una remisión a lo que "determine la ley".

b) Al margen de cualquier disquisición teórica, ocurre que la determinación prevista por el legislador en el artículo 38 está operando en la actualidad.

Desde luego, existen normas legales que establecen tribunales especiales de lo contencioso administrativo, como ocurre tratándose de reclamos de avalúos de inmuebles y, en otros casos, dichas normas dan competencia en este tipo de materias a los tribunales ordinarios, como es la situación que se presenta con el reclamo de ilegalidad en el ámbito municipal. Fuera de esas situaciones específicamente reguladas por el legislador, deben aplicarse las normas generales de los artículos 1º y 5º del Código Orgánico de Tribunales que dan competencia a

los tribunales ordinarios para intervenir en toda clase de conflictos civiles, con las únicas excepciones allí señaladas, entre las que no se encuentran los conflictos contencioso administrativos. La regla de excepción prevista en el Nº 9 del artículo 5º recién citado, en cuanto niega competencia a los tribunales ordinarios tratándose de "los demás asuntos judiciales del orden temporal que leyes especiales encomienden a otros tribunales" no rige al respecto porque ya no existe la norma del artículo 38 de la Constitución Política que atribuía competencia específica a los tribunales contencioso administrativos. El hecho que haya cambiado la regla del art. 38, precepto que, conforme a su nueva redacción, no da una competencia especial a los tribunales de lo contencioso administrativo, deja sin aplicar para el caso en análisis la norma de excepción del Nº 5 del artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales. Siendo así, ocurre que lo determinado por la ley, previsto por el artículo 38 de la Constitución Política, es lo prescrito precisamente en las normas de carácter general de los artículos 1º y 5º del Código Orgánico de Tribunales que atribuyen amplia competencia a los tribunales ordinarios.

En resumen, los tribunales ordinarios son actualmente competentes para resolver cualquier tipo de conflicto contencioso administrativo que se someta a su consideración, salvo tratándose de los casos de excepción establecidos específicamente por la ley. Naturalmente que el legislador, haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 38 de la Constitución Política, podría crear en el futuro tribunales administrativos o disponer una distribución de competencias entre los tribunales ordinarios y los contencioso administrativos que se establezcan.

De todos modos consideramos que es de toda conveniencia que la ley regule esta materia en forma global y sistemática, contemplando con exactitud los diferentes recursos contencioso administrativos que procedan. Asimismo será muy útil fijar procedimientos que sean adecuados a la naturaleza, efectos y objetivos de tales recursos. Aún más, dada la especialidad de la materia, somos de opinión que debiera implantarse un sistema contencioso administrativo de carácter mixto, principalmente en lo que atañe a la composición del tribunal de segunda instancia.

SUBROGACION Y REEMPLAZO EN LA PRESIDENCIA Y EN EL PARLAMENTO

Alejandro Silva Bascuñán
María Pía Silva Gallinato

1.- Las enmiendas propuestas con los números 12, 14, y 28 de las sometidas a la aprobación plebiscitaria del 30 de julio del año en curso, recaen en los artículos 28, 29 y 47 de la Constitución de 1980, que tratan, respectivamente, del reemplazo del presidente electo, de la subrogación y vacancia en ese cargo presidencial y en la de los parlamentarios.

No es fácil penetrar profundamente en la razón de los cambios mencionados por la carencia de suficientes antecedentes sobre el origen de esas reformas.

Debe anotarse que ninguno de los preceptos que vamos a considerar había adquirido aún vigencia, puesto que se comprenden entre aquellas normas permanentes de la Carta cuya aplicación quedó suspendida durante el período transitorio determinado en ella. (Artículo 21 Transitorio).

Puede observarse además que las modificaciones que nos proponemos estudiar no se cuentan entre aquellas normas de la Carta que habían provocado mayores críticas.

Debe reconocerse que las modificaciones relativas al reemplazo en la presidencia se originan en la iniciativa de Renovación Nacional, en tanto que las que se refieren a las vacancias parlamentarias parten de proposiciones de la Concertación.

El Comentario de estas materias respecto de la Constitución de 1925 puede encontrarse en el Tratado de Derecho Constitucional, tomo III, Nro. 243 a 255, pag. 214 a 248, en cuanto al Presidente de la República, y Nros. 48-52, pag. 56-60 en relación con el reemplazo de los parlamentarios.

En orden a la subrogación y reemplazo del Presidente de la República en el período transitorio, rigen, respectivamente, las normas 16 y 17 de ese carácter.

Una exposición y comentario general de las reformas aprobadas el 30 de julio de 1989 puede encontrarse en la obra de los señores Francisco Geisse y José Antonio Ramírez Arrayas: "La reforma Constitucional", CESOC, 1989.

La Comisión Ortúzar considera el impedimento y vacancia del Presidente en las sesiones 354, 355, 371 y 395 y las vacancias parlamentarias en la sesión 346.

I.- SUBROGACION Y REEMPLAZO DEL PRESIDENTE ELECTO.

2.- La modificación número 12 de la convocatoria a plebiscito consiste en agregar una oración al inciso 2 del Artículo 28.

Con este cambio el precepto se fija con la siguiente letra, en la que se subraya la parte agregada:

Art. 28: "Si el Presidente electo se hallare impedido para tomar

posesión del cargo, asumirá, mientras tanto, con el título de Vicepresidente de la República, el Presidente del Senado; a falta de éste, el Presidente de la Corte Suprema, y a falta de éste, el Presidente de la Cámara de Diputados".

"Con todo, si el impedimento del Presidente electo fuera absoluto o debiere durar indefinidamente, el Vicepresidente, en los diez días siguientes al acuerdo del Senado adoptado en conformidad al Art. 49 Nº 7, expedirá las órdenes convenientes para que se proceda, dentro del plazo de 60 días, a nueva elección en la forma prevista por la Constitución y la Ley de Elecciones. **El Presidente de la República así elegido asumirá sus funciones en la oportunidad que señale esa ley, y durará en el ejercicio de ellas hasta el día en que le habría correspondido cesar en el cargo al electo que no pudo asumir y cuyo impedimento hubiere motivado la nueva elección".**

3.- Conviene precisar, en primer término, saber qué se entiende por presidente electo.

En la actual Carta, como en la anterior, se entiende indudablemente como presidente electo quién, proclamado, ahora por el Tribunal Calificador de Elecciones, ha jurado o prometido desempeñar fielmente el cargo ante el Congreso Pleno, en la reunión de éste en la que toma conocimiento de tal resolución (Art. 27 inciso 3). Mantiene la calidad de electo hasta que asume las funciones para las cuales ha sido llamado.

Conviene recordar que la elección de presidente debe realizarse 90 días antes de aquel en que deba cesar en el cargo el que esté en funciones. (Art. 26 inciso 1)

La reunión del Congreso Pleno ha de realizarse, entre tanto, 90 días después de la primera o única elección (Art. 27 inciso 2do.), redacción que se explica por la posibilidad que introduce la nueva Carta de practicar una segunda consulta si en la primera ninguno de los candidatos ha obtenido más de la mitad de los sufragios emitidos.

La ley de elecciones, Nº 18.700 de 6 de mayo de 1988, dispone, en su Art. 20, cómo puede reemplazarse un candidato a la presidencia que fallece después de inscrito y antes del octavo día previo a la elección.

Puede presentarse que el fallecimiento se produzca desde el octavo día anterior a la elección y la fecha de ésta.

La ley de elecciones ha mantenido silencio ante esta hipótesis y es del caso plantearse el problema que surge y tratar de resolverlo.

Creemos que en la situación propuesta no puede realizarse la elección y habrá de formularse una nueva convocatoria.

Ha de pensarse, en efecto, que el proceso electoral sólo puede llevarse a cabo si la ciudadanía, al tiempo de depositar su voto, se encuentra en condiciones de manifestar su preferencia entre los ciudadanos que han competido en la consulta, respecto de quiénes han podido reflexionar y conocer su posición en la vida pública y sus programas.

Nuestra interpretación se afirma formulando la hipótesis, perfectamente posible, de que se hayan presentado sólo dos candidatos. Resulta

entonces inexistente una opción.

El fallecimiento dentro de los ocho últimos días precedentes a la elección, que genere, según nuestra opinión, la necesidad de un nuevo llamado, puede acarrear, consecuentemente, que el proceso deba terminarlo quien haya ocupado la Vicepresidencia de la República desde la fecha en que termine el mandato del presidente que decretó la primera convocatoria.

4.- La norma que rige la subrogación del presidente electo es análoga a la que contenía la Constitución de 1925, con la diferencia de que el presidente de la Corte Suprema era llamado después de los presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados, en tanto que ahora el presidente de la Corte Suprema es llamado antes del presidente de la Cámara. (Art. 69 inciso 1)

5.- El inciso 2 del Art. 28 se pone en el caso de un impedimento del presidente electo que "fuere absoluto o debiere durar indefinidamente".

La Constitución de 1925 preveía, además, la eventualidad de que el impedimento durare "por más tiempo del señalado al ejercicio de la presidencia".

La supresión de dicha hipótesis es razonable por cuanto presentándose un impedimento de duración indefinida cabe entenderlo comprendido en el que pudiere durar más tiempo que el señalado para el ejercicio de la presidencia. Hay que dar paso a la subrogación a la mayor brevedad y no subordinada a las alternativas de un obstáculo que pudiera temerse de larga o indefinida duración.

6.- En la Constitución de 1925 el impedimento del presidente electo debía reconocerlo el Congreso, en tanto que en la nueva Constitución la declaración debe hacerla el Senado (Art. 49 Nº 7). Este cambio institucional no parece lógico, puesto que son las dos cámaras las que representan más fielmente la voluntad soberana y no cabe excluir aquella que cabalmente deriva íntegramente del electorado.

7.- Dentro de los diez días siguientes a la declaración del Senado, el vicepresidente debe expedir las órdenes convenientes para que dentro del plazo de 90 días se proceda a nueva elección (Art. 28 inciso 2).

Pues bien, el agregado que al inciso 2 del Art. 29 se ha hecho, al aprobarse la enmienda 12, tiene dos objetos: entregar a la ley la determinación de la oportunidad en que debe asumir sus funciones el elegido en sustitución del presidente electo impedido y precisar que el favorecido en la consulta posterior "durará en el ejercicio de ellas (de sus funciones) hasta el día en que le habría correspondido cesar en el cargo al electo que no pudo asumir y cuyo impedimento hubiere motivado la nueva elección".

II. SUBROGACION DEL PRESIDENTE EN EJERCICIO.

8.- La enmienda número 12 reemplaza por cuatro incisos el inciso segundo del Artículo 29 de la Carta.

Como el Art. 29 considera en su inciso primero el impedimento temporal del presidente y en el inciso segundo la vacancia de éste, dada la relación estrecha, tanto temática como preceptiva, de ambos mandatos, resulta necesario

considerar una y otra situación.

9.- El inciso primero del Art. 29, que no ha sufrido modificación a través de la consulta plesbicitaria, plantea las diversas hipótesis en que se aplica:

"Si por el impedimento temporal, sea por enfermedad, ausencia del territorio u otro grave motivo, el Presidente de la República no pudiere ejercer su cargo...".

El Art. 66 de la Constitución de 1925 disponía, entre tanto, que el proceso se aplicaba "cuando el Presidente de la República mandare personalmente las fuerzas armadas, o cuando por enfermedad, ausencia del territorio de la república y otro grave motivo, no pudiere ejercitar su cargo..."

10.- Si se compara el nuevo texto con el anterior se observa la omisión en el de 1980 de la referencia al mando personal de las fuerzas armadas.

Cabe recordar a este respecto que, según la Carta de 1925 (Art. 72 Nº 14), entre las atribuciones especiales del Presidente de la República se contaba la de "mandar personalmente las fuerzas de mar y de tierra con el acuerdo del Senado. En este caso, el Presidente de la República podrá residir en cualquier lugar ocupado por armas chilenas".

La Constitución de 1980, en el Art. 32 Nº 20, contempla como atribuciones especiales del Jefe del Estado "asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las fuerzas armadas".

En resumen, según la nueva Constitución, no se genera impedimento temporal para el Presidente si pasa a mandar las fuerzas armadas, de lo que cabe concluir que en este caso desempeña conjuntamente ambas funciones.

11.- La ausencia del territorio es una situación contemplada en la anterior Constitución y en la nueva.

El Art. 67 de la Carta de 1925 establecía, después de haber sido reformada por la ley 17.284 de enero de 1970, por haber rechazado el Congreso la autorización solicitada por el presidente Frei para visitar los Estados Unidos, lo siguiente:

"El Presidente no puede salir del territorio de la República por más de quince días en los últimos noventa días de su mandato, sin acuerdo del Congreso.

"En todo caso, el Presidente de la República comunicará con la debida anticipación al Congreso su decisión de ausentarse del territorio y los motivos que la justifican".

La Constitución de 1980, entre tanto, considera como atribución del Senado "otorgar su acuerdo para que el Presidente de la República pueda ausentarse del país por más de treinta días o en los últimos noventa días de su período". (Art. 49 N´6).

12.- Los cambios preceptivos referidos a los casos de impedimento del presidente en la Constitución de 1980, comparada con al anterior recaen en los siguientes aspectos:

a) La autorización de la ausencia debe otorgarse por el Senado y no por el Congreso. Esta modificación parece inspirada en el propósito tanto de quitarle su carácter político como de facilitar el permiso al intervenir una sola cámara. No puede, sin embargo, olvidarse que es la Cámara de Diputados, por su función

fiscalizadora y por su facultad de acusar en el juicio político, la corporación más interesada en mantener al Jefe del Estado dentro del país.

b) La nueva Ley Fundamental permite al Presidente de la República alejarse del país en cualquier momento y sin permiso por hasta treinta días. Ello facilita el mejor cumplimiento de sus tareas en un época en que los contactos internacionales son tan necesarios, continuos y estrechos. Corresponderá a la discrecionalidad del Jefe del Estado cumplir o no el deber que le imponía la reforma de 1970 de comunicar a las cámaras su decisión de ausentarse del país y los motivos que la justifican.

La Constitución de 1980, entre tanto, considera como atribución del Senado "otorgar su acuerdo para que el Presidente de la República pueda ausentarse del país por más de treinta días o en los últimos noventa días de su período". (Art. 49 Nº 6)

c) El propósito del constituyente de posibilitar los movimientos del Jefe del Estado se confirman con la ampliación del lapso en que se autoriza la ausencia, puesto que se amplía a treinta días en lugar de los quince que autorizaba la reforma de 1970.

13.- Ni en la Carta anterior ni en la presente se contiene una enunciación taxativa de las situaciones en que se produce el impedimento temporal, el cual puede, en efecto, generarse no sólo en los casos analizados sino en los de enfermedad o de cualquier "otro grave" motivo como dice el texto. Sería, en verdad, difícil prever todas las posibilidades que pueden ocurrir y originar el impedimento.

El presidente en ejercicio se adelantará, normalmente, a reconocer él mismo el hecho generador del impedimento que dé paso a la subrogación.

En los casos en que el Jefe del Estado no se halle en condiciones de admitir la circunstancia que explique la subrogación se creará una situación difícil. Lo probable es que se configure un motivo de inhabilidad que debe ser resuelto por el Senado, (Art. 49 Nº 7) como veremos más adelante.

14.- Producido el impedimento del presidente en ejercicio lo "subrogará, con el título de Vicepresidente de la República, el ministro titular a quién corresponda de acuerdo con el orden de precedencia legal. A falta de éste la subrogación corresponderá al ministro titular que siga en ese orden de precedencia y, a falta de todos ellos, le subrogará sucesivamente el presidente del Senado, el presidente de la Corte Suprema y el presidente de la Cámara de Diputados". (Art.. 29)

La norma recién transcrita es semejante a la del inciso primero del Art. 66 de la Constitución de 1925, pero se observan dos diferencias: se exige ahora la calidad de titular en el orden de precedencia al ministro que subrogue y se llama, a falta de los ministros, antes al presidente de la Corte Suprema que al de la Cámara de Diputados.

Conforme al inciso segundo del Art. 33 de la actual Carta "la ley determinará al número y organización de los ministerios, como también el orden de precedencia de los ministros titulares", regla que sin duda, tiene por objetivo precisar el destinatario de la subrogación. El desempeño accidental en calidad de interino, suplente o subrogante de la cartera ministerial que tiene la preferencia en el orden

de precedencia legal, no es llamado a la subrogación. Esta favorece sólo al titular en dicho orden. Este requisito fue agregado en el informe del Consejo de Estado. La preocupación por señalar sin dudas la persona que debe subrogar es, tal vez, eco de los problemas que surgieron en esta materia durante las constituciones precedentes.

15.- Los incisos incorporados por la aprobación plebiscitaria recaen en la vacancia del cargo de Presidente de la República.

Las situaciones que provocan la vacancia no se mencionan en la actual Constitución.

La Constitución de 1925 se refería, entre tanto, a que la vacancia se producía "en los casos de muerte, declaración de haber lugar a su renuncia, u otra clase de imposibilidad absoluta o que no pudiere cesar ante de cumplirse el tiempo que falta del período presidencial". (Art. 66)

¿Cuáles son los casos de vacancia que resultan de la aplicación de las normas de la actual Constitución?.

a) Muerte

Es razonable no mencionar explícitamente una causa tan indiscutible de vacancia que en el hecho ha ocurrido varias veces en nuestra historia política.

b) Renuncia

En esta materia la preceptiva es diversa a la de la Carta anterior, conforme a la cual era atribución exclusiva del Congreso "declarar, cuando el Presidente de la República hace dimisión de su cargo, si los motivos en que la funda le imposibilitan o no para su ejercicio y, en consecuencia, admitirla o desecharla". (Art. 43 Nº 3).

Mientras tanto, según el Nº 7 del Art. 49, es hoy atribución del Senado "...declarar asimismo, cuando el Presidente de la República haga dimisión de su cargo, si los motivos que la originan son o no fundados y, en consecuencia, admitirla o desecharla".

El Senado "deberá oír previamente al Tribunal Constitucional", sigue disponiendo el texto respecto de esta causal como de la inhabilidad a que nos referiremos más adelante. La Carta contempla consecuentemente entre las atribuciones del Tribunal Constitucional, "informar al Senado en los casos a que se refiere el Art. 49 Nº 7 de esta Constitución". (Art. 82 Nº 9)

Por otra parte, el inciso 12 del Art. 82 establece que "en el caso del número 9, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de la Cámara de Diputados o de la cuarta parte de sus miembros en ejercicio".

Nos parece una incongruencia que, en relación con una atribución propia del Senado, el constituyente establezca que el Tribunal Constitucional deba conocer la materia —la renuncia del presidente— a requerimiento de la Cámara o de una porción de sus miembros.

Los Arts 73 y 38 de la ley 17.997, Orgánica del Tribunal Constitucional, refiriéndose a esta atribución en forma expresa disponen que la petición correspondiente señalará "... los motivos que originan la dimisión" (Art.. 73 inciso 3) y que el dictamen debe evacuarse "dentro del plazo improrrogable de quince días contados desde que reciba la petición de informe" (inciso final del Art. 73).

Creemos que debe afirmarse la plena libertad de decisión del Senado, el cual no debería sentirse en la necesidad de sujetarse al criterio del Tribunal Constitucional, quién no está llamado a prestar su acuerdo sino simplemente a dar su opinión.

La lógica normativa debería haber establecido, a nuestro juicio, que presentada la renuncia del Presidente al Senado, éste haya de requerir el informe del Tribunal Constitucional antes de pronunciarse sobre ella. Parece decididamente erróneo que sea la Cámara de Diputados o la cuarta parte de sus miembros en ejercicio quiénes deban requerir el dictamen.

c) Inhabilidad

La vacancia que se cause por la inhabilidad del Presidente debe ser también declarada por el Senado "cuando un impedimento físico o mental lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones". (Art. 49 Nº 7)

Tal como en el caso de la renuncia, debe el Senado oír previamente al Tribunal Constitucional e igualmente este organismo sólo puede conocer de la materia a requerimiento de la Cámara de Diputados o de la cuarta parte de sus miembros en ejercicio. (Art. 82 Nº 9 e inciso 12)

El cambio sustancial, como en el de la renuncia, en relación a la Constitución de 1925, se refiere a que ahora es facultad exclusiva del Senado la que era del Congreso.

Resulta, a nuestra juicio, ilógico excluir, como en el de la renuncia, a la Cámara de Diputados en la declaración de la inhabilidad por cuanto no tiene ella menos responsabilidad que el Senado en el ejercicio de la soberanía, le corresponde la facultad fiscalizadora y es elegida totalmente por el electorado, en tanto que el Senado está integrado, en parte, por personeros que no derivan su título en la elección.

Es, por otro lado, una modificación importante la precisión que la inhabilidad ha de referirse a un impedimento "físico o mental". La Carta anterior indicaba solo que la naturaleza del impedimento debería ser la de privarle al presidente en ejercicio de sus funciones a fin de determinar si debía procederse por ello a nueva elección. (Art. 43 Nº 3)

d) Juicio Político

Si la Cámara de Diputados acusa al Presidente de la República mientras esté en ejercicio de sus funciones y el Senado lo declara culpable, queda destituido de su cargo. (Art. 49 Nº 1)

16.- De acuerdo con la Constitución de 1925 en todos los casos de vacancia correspondía la convocatoria a nueva elección de Presidente de la

República. El informe del Consejo de Estado, rectificando la Comisión Ortúzar, mantenía la necesidad del llamado a nueva elección en todos los caso de vacancia. El texto sometido a plebiscito en 1980, siguiendo en este punto el proyecto Ortúzar, confiaba al Senado la elección del reemplazante que duraría hasta la nueva elección general.

En el plebiscito de 30 de julio de 1989 se ha sustituido el inciso 2 del Art. 29, que establecía lo expuesto, por los siguientes incisos:

"En caso de vacancia del cargo de Presidente de la República, se producirá la subrogación como en las situaciones del inciso anterior, y se procederá a elegir sucesor en conformidad a las reglas de los incisos siguientes.

"Si la vacancia se produjere faltando menos de dos años para la próxima elección general de parlamentarios, el Presidente será elegido por el Congreso Pleno por la mayoría absoluta de los senadores y diputados en ejercicio y durará en el cargo hasta noventa días después de esa elección general. Conjuntamente, se efectuará una nueva elección presidencial por el período señalado en el inciso segundo del artículo 25. La elección por el Congreso será hecha dentro de los diez días siguientes a la fecha de la vacancia y el elegido asumirá su cargo dentro de los treinta días siguientes.

"Si la vacancia se produjere faltando dos años o más para la próxima elección general de parlamentarios, el Vicepresidente, dentro de los diez primeros días de su mandato, convocará a los ciudadanos a elección presidencial para el nonagésimo día después de la convocatoria. El Presidente que resulte elegido asumirá su cargo el décimo día después de su proclamación y durará en él hasta noventa días después de la segunda elección general de parlamentarios que se verifique durante su mandato, la que se hará en conjunto con la nueva elección presidencial.

"El Presidente elegido conforme a alguno de los incisos precedentes no podrá postular como candidato a la elección presidencial siguiente".

17.- El inciso 2 del nuevo texto del Art. 29 establece que la vacancia da paso de inmediato a la subrogación y que procede elegir reemplazante en conformidad a las reglas que siguen, en las que se distingue si la vacancia se produjere faltando menos de dos años o dos años o más para la próxima elección general de parlamentarios.

18.- Analicemos la norma constitucional ya transcrita en relación a la vacancia que se produzca faltando menos de dos años para la elección general parlamentaria.

La elección deberá hacerse por el Congreso Pleno sujetándose a las siguientes bases:

Convocatoria

Deberá hacerla el Vicepresidente para que el Congreso se reúna a designar el reemplazante dentro de los diez días siguientes a la fecha de la vacancia. Entendemos que el Congreso Pleno resulta convocado directamente en virtud de la misma Constitución. Es de advertir, sin embargo, que la Carta no señala la fecha

precisa, por lo cual la sesión deberá tener lugar, a más tardar, el décimo día siguiente a la vacancia.

Quórum del Congreso Pleno

La designación del Congreso Pleno debe hacerse por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

La Constitución no resuelve la situación que se produciría si el día de la reunión del Congreso Pleno no se congregare la mayoría constitucional ni tampoco si no se logra una designación con tal quórum.

Se observa, asimismo, vacío en cuanto a si la norma exige que la mayoría sea en conjunto de los diputados y senadores en ejercicio o separadamente esa proporción haya de reunirse respecto de una y otra corporación.

Las demás normas relativas al Congreso Pleno que figuran en el texto constitucional no contribuyen, por desgracia, a esclarecer todas estas dudas.

El inciso 3 del Art. 27 entrega al Congreso Pleno la proclamación del Presidente de la República y dispone que él la hará "reunido en sesión pública noventa días después de la primera o única elección y con los miembros que asistan". Está clara, aquí la oportunidad de la solemnidad y la eficacia del objeto de la convocatoria, ya que resulta inverosímil que no asista ninguno de los parlamentarios.

Por otra parte, tratándose de la reforma constitucional, se confía al Congreso Pleno la función de tomar conocimiento del proyecto aprobado por las cámaras, y se establece que ello deberá hacerse en sesión que tenga lugar sesenta días después de su aprobación, agregándose que "si en el día señalado no se reuniere la mayoría del total de los miembros del Congreso, la sesión se verificará al siguiente con los diputados y senadores que asistan". (Art. 117 inciso 2º)

Como puede verse, también en esta situación no hay duda alguna en cuanto al quórum exigido ni al resultado de la convocatoria.

Tememos, por lo dicho, que los vacíos representados pueden generar crisis graves en nuestro futuro institucional.

Asunción del nuevo Presidente

La oportunidad está señalada claramente: "El elegido asumirá su cargo dentro de los treinta días siguientes a la elección por el Congreso".

Duración del Presidente designado por el Congreso Pleno:

"Durará en el cargo hasta noventa días después de esa elección general (la próxima de parlamentarios)"

Elección y duración del nuevo Presidente

Se efectuará conjuntamente con la próxima elección parlamentaria y

BIBLIOTECA

la persona que se elija junto con los parlamentarios durará por el período señalado en el inciso segundo del Art. 25, o sea, por ocho años.

Prohibición para el Presidente elegido por el Congreso Pleno

Se le impide postular a la primera magistratura en la elección general parlamentaria que ha de realizarse para escoger a su reemplazante.

19.- El estudio de la norma referida a la vacancia que ocurre faltando dos años o más para la próxima elección general parlamentaria, lleva a precisar los siguientes aspectos:

a) El vicepresidente está obligado a convocar el cuerpo electoral a elección extraordinaria de Presidente de la República.

b) La convocatoria debe hacerse dentro de los diez primeros días de la vacancia.

c) La elección debe realizarse el nonagésimo día después de la convocatoria, o sea, a más tardar cien días contados desde la vacancia.

d) La asunción del mando del nuevo presidente debe hacerse el décimo día después de su proclamación por el Congreso Pleno.

e) La duración de las funciones del nuevo presidente no es la del período normal de ocho años contemplados en el Art. 25, sino que se prolonga hasta noventa días después de la segunda elección de parlamentarios, en la cual se hará, conjuntamente, la nueva elección presidencial.

En esa segunda elección parlamentaria, en que se va a elegir conjuntamente a su sucesor, no puede presentarse a postular quién fue elegido presidente después de la vacancia de su predecesor.

III.- VACANCIAS PARLAMENTARIAS

20.- La Constitución de 1925 reiteró el contenido de la reforma que en 1888 se hizo a la Constitución de 1833. Desde aquella fecha se puso término al sistema de los parlamentarios suplentes y se impuso el llamado a elección complementaria o extraordinaria en todos los casos en que la vacancia se produjera con más de un año de anticipación al término del período legislativo o cuando se provocara por el nombramiento de ministro de estado de un diputado o senador.

El texto sometido a plebiscito en 1980 entregaba el reemplazo de los parlamentarios a su designación por la Cámara o el Senado por la mayoría de sus miembros en ejercicio. La de los senadores con título no emanado de la elección debe efectuarse del modo señalado especialmente para ello.

El plebiscito de 30 de julio de 1989 sustituyó el inciso 3 del Art. 47 por el siguiente:

"Las vacantes de diputados, y de las de senadores elegidos por votación directa, que se produzcan en cualquier tiempo, se proveerán con el ciudadano que, habiendo integrado la lista electoral del parlamentario que cesó en el cargo, habría resultado elegido si a esa lista hubiere correspondido otro cargo. En caso de no ser aplicable la regla anterior y faltar más de dos años para el término del período del que hubiere cesado en el cargo, la vacante será proveída por la

Cámara que corresponda, por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, de entre los incluidos en una terna propuesta por el partido a que perteneciere quien hubiere motivado la vacante.

"El nuevo diputado o senador durará en sus funciones el término que le faltaba al que originó la vacante. Los parlamentarios elegidos como independientes que mantuvieren tal calidad a la fecha de producirse la vacante, no serán reemplazados, a menos que hubieren postulado integrando listas en conjunto con un partido político. En este último caso, se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior".

21.- Antes de analizar el texto conviene recordar que fue la Concertación de Partidos por la Democracia la que contemplaba la provisión de la vacancia con el ciudadano que, habiendo integrado la lista electoral del parlamentario que cesó en el cargo, le seguía en el número de sufragios obtenidos y si no existía otro integrante y faltaba más de un año para el término del período, la vacante sería proveída mediante elección complementaria.

La comisión técnica Concertación - Renovación Nacional proponía que el reemplazo se hiciera por quién habría resultado elegido si a la lista hubiera correspondido otro cargo y extendía a dos años la anticipación que generaría la elección complementaria.

El primer proyecto del gobierno aceptó la idea central de esa comisión técnica, pero no la posibilidad de elecciones complementarias. Entregaba la designación del reemplazante, cuando no operaba el sistema del llamado automático, a la mayoría en ejercicio de una u otra cámara sobre la base de la proposición que hiciera el partido político a que hubiere pertenecido quién perdió el cargo.

22.- Pueden distinguirse en el nuevo texto los siguientes puntos:

a) La norma se aplica a diputados y senadores elegidos por votación directa y cualquiera que sea el tiempo en que se produzcan las vacantes.

b) El principio básico es el llamado al "ciudadano que, habiendo integrado la lista electoral del parlamentario que cesó en el cargo, habría resultado elegido si a esa lista hubiera correspondido otro cargo".

c) En caso de no poderse aplicar la regla anterior y "faltar más de dos años para el término del período del que hubiere cesado en el cargo, la vacante será proveída por la cámara que corresponda, por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio dentro de los incluidos en una terna propuesta por el partido a que perteneciere quién hubiere motivado la vacante".

d) "El nuevo diputado o senador durará en sus funciones el término que faltaba al que originó la vacante".

e) Si no procede ni el principio general ni la regla dictada para el caso de no ser aplicable tal principio, no se llena el cargo porque "en ningún caso procederán elecciones complementarias".

f) "Para los parlamentarios elegidos como independientes que mantuvieran tal calidad a la fecha de producirse la vacancia", se dispone que "no serán reemplazados, a menos que hubieren postulado integrando listas en conjunto con un partido político".

En este último caso, "se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior", es

decir, el mecanismo establecido para la regla general y la especial ya recordada.

IV. CONCLUSIONES

Las tres reformas que hemos examinado, de las 54 aprobadas en el plebiscito del 30 de Julio recién pasado, concretan el propósito sustancial que todas ellas han perseguido. Buscan todas avanzar, en efecto, hacia una dirección política efectivamente democrática. Tiende a afirmarse tal carácter en la medida en que se recurre a la fuentes de la soberanía expresada en las decisiones del cuerpo electoral y de las cámaras emanadas de él, al tiempo que se apoya en el pluralismo cívico, reflejado auténticamente también a través de los partidos políticos.

Dentro de tales fundamentales inspiraciones, se muestran consecuentes estas reformas al llamar al Congreso Pleno y no sólo al Senado, —por lo demás, no proviene íntegramente del electorado—, a la elección del Presidente de la República en el caso de vacar el cargo y sin perjuicio de recurrir cuanto antes al sufragio popular para la determinación del sucesor. Tal forma de elección se aplicará, por lo demás, tan solo si la vacancia ocurre con menos de dos años de la próxima elección parlamentaria.

Se llama, entre tanto, de inmediato a la elección popular del sucesor si la vacancia ha acaecido con dos años o más años de anterioridad.

No obstante los progresos anotados se mantienen las incongruencias y defectos que hemos representado.

El mecanismo dispuesto para llenar las vacancias parlamentarias da decidida influencia a los partidos políticos y manifiesta voluntad de colocarlos en la postura que les corresponde en la gestación y funcionamiento del régimen político, desconocida en estos últimos años y no afirmada debidamente en el texto sometido a plebiscito en 1980, y que en este aspecto, por lo demás, ha sido ratificada por otras de las 54 reformas introducidas junto a las que ahora hemos aquí analizado.

REFORMAS A LA PRESIDENCIA Y EL CONGRESO

José Luis Cea Egaña

I. INTRODUCCION

La mayoría de las 54 modificaciones introducidas por la ley Nº 18.825(1) a la Constitución de 1980 versan, precisamente, sobre la Presidencia de la República y el Congreso Nacional, incluyendo entre aquellas las concernientes a la formación de la ley y a la reforma de la Carta Fundamental.

Apreciadas globalmente, las enmiendas aludidas son positivas porque sitúan en un plano de mayor equilibrio a las dos instituciones nombradas, purgando al Código Político de parte importante de los rasgos autoritarios con que, su texto original, había configurado al Jefe del Estado, restableciendo también un criterio más coherente del trazado orgánico con el principio de separación de los poderes en el marco de frenos y contrapesos recíprocos. Consecuentemente, las modificaciones aproximan el sistema a uno plenamente democrático, aunque subsisten normas que impiden otorgarle este último carácter al que comenzará a regir el 11 de marzo de 1990.

El consenso que hizo posible cambiar el texto del Código Político y que ha de iluminar tanto la interpretación cuanto la aplicación del mismo, cabe esperar que se manifieste pronto en nuevas disposiciones que culminen en la formalización de una estructura orgánica por entero democrática, consonante con la tradición republicana de Chile y depurada de los vicios que la experiencia ha demostrado. Tal estructura tiene que fundarse en el pluralismo, la participación y la representación fiel de los grupos, ideas e intereses sociales; ella debe ser respetuosa y protectora de la dignidad de la persona y de los derechos humanos; en fin, esa estructura ha de ser eficiente en la regulación y solución de los conflictos, en la consecución de acuerdos y en la ejecución de la tarea de gobierno, o sea, la concreción tangible del bien común que es, en definitiva, el de todos y cada uno de quienes conviven de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico.

Siguiendo el método aplicado en la monografía de la que la síntesis que sigue no es más que una actualización,(2) consideraré sucesivamente las reformas concernientes a la Presidencia, al Congreso, a la función legislativa y a la potestad constituyente.

---

1. Publicada en el Diario Oficial el 17 de agosto de 1989.
2. "Visión de la Presidencia y el Congreso en la Constitución de 1980" en Arturo Aylwin et al.: **Constitución de 1980. Estudio crítico** (Santiago, Ed. Ediar-Conosur, 1988) pp. 33 ff.

II. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

1. Reemplazo del Presidente electo y del Presidente en ejercicio

El Presidente elegido en reemplazo del Presidente electo que no pudo asumir sus funciones, tomará posesión del cargo en la oportunidad que señale la Ley de Elecciones y durará en él hasta el día en que le habría correspondido cesar al que no pudo asumir y cuyo impedimento motivó la nueva elección.(3)

Distinta es la situación que ocurre tratándose del reemplazo del Primer Mandatario en ejercicio de sus funciones.

Efectivamente, en caso de vacancia de dicha autoridad, operará la subrogación prevista en el artículo 29 inciso 1º de la Constitución y, a la vez, se procederá a elegir sucesor en conformidad a las reglas siguientes:

Primera, si la vacancia se produjere faltando menos de dos años para la próxima elección general de parlamentarios, el Presidente será elegido por el Congreso Pleno mediante el voto de la mayoría absoluta de los senadores y diputados en ejercicio y durará en el cargo hasta noventa días después de esa elección general. La elección por ambas ramas del Congreso será hecha dentro de los diez días siguientes a la fecha de vacancia y el elegido asumirá su cargo dentro de los treinta días siguientes,(4) sin que sea claro el texto en cuanto a si este último plazo se cuenta también a partir de la fecha de vacancia o, por el contrario, si él corre a partir del día de la decisión del Parlamento. Conjuntamente con la elección general de parlamentarios, se efectuará una nueva elección presidencial por el período ordinario, es decir, de ocho años.(5)

Segunda, si la vacancia se produjere faltando dos años o más para la próxima elección general de parlamentarios, el Vicepresidente de la República, dentro de los diez primeros días de su mandato, convocará a elección presidencial para el nonagésimo día posterior a la convocatoria. El Jefe del Estado que resulte elegido asumirá su cargo el décimo día siguiente al de su proclamación y permanecerá en él hasta noventa días después de la segunda elección general de parlamentarios que se verifique durante su mandato. Dicha elección se hará en conjunto con la nueva elección presidencial.(6)

---

3. Constitución de 1980, artículo 28 inciso 2º.
   Cabe puntualizar que aún no ha sido dictado el precepto legal que señale la oportunidad a que se refiere la norma constitucional citada.
4. Id. artículo 29 inciso 3º.
5. Id. Una evidencia que entramos en otro período de transición se halla en el inciso final de la vigesimanovena disposición transitoria, cuyo texto a continuación transcribo: "El Presidente, que resulte elegido por aplicación del inciso anterior durará en el ejercicio de sus funciones por el término de cuatro años y no podrá ser reelegido para el período inmediatamente siguiente".
   Compárese el precepto reproducido con lo previsto en el inciso 1º de la decimotercera disposición transitoria, conjugado con el inciso 1º de la decimocuarta disposición transitoria y con el inciso 1º de la vigesimaoctava disposición de igual índole.
6. Id., inciso final.

El Presidente elegido conforme a cualquiera de las dos reglas enunciadas no podrá postular como candidato a la elección presidencial siguiente.(7)

2. Atribuciones

Fue suprimida la facultad especial del Primer Mandatario para disolver la Cámara de Diputados y que él podía ejercer por una sola vez en su período, sin que le fuera permitido ponerla en práctica en el último de los cuatro años de funcionamiento de ella.(8)

La reforma, además, redujo a los siguientes los poderes de crisis del Presidente durante el estado de sitio: trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional; arrestarlas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni en otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes; suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión; y restringir el ejercicio de las libertades de locomoción, de información y de opinión.(9)

Asimismo, la reforma redujo las facultades extraordinarias del Jefe del Estado durante el estado de emergencia, limitándolas sólo a restringir el ejercicio de la libertad de locomoción y del derecho de reunión.(10)

Igualmente, la reforma abolió el exilio y suprimió la mantención de los efectos de las medidas adoptadas en los estados de excepción más allá de la vigencia de ellos.(11)

Paralelamente, ha sido restablecida —aunque con lenguaje equívoco que suscitará dificultades— la plena jurisdicción de los Tribunales Superiores en punto a tutelar los derechos humanos cuyo ejercicio sea afectable a través de los poderes de crisis. Al respecto, la Carta Fundamental declara que dichos Tribunales no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio de las facultades excepcionales que ella le confiere. Agrega la Ley Suprema que la interposición y tramitación de los recursos de amparo y de protección que conozcan los Tribunales Superiores no suspenderán los efectos de las medidas decretadas,

---

7. Id., inciso final.
   Es de importancia observar que la Constitución y la legislación complementaria nada disponen acerca del fallecimiento, renuncia o impedimento absoluto de un candidato a la Presidencia de la República acaecidos dentro de los cinco días anteriores a la elección, como tampoco desde que ésta se efectúa y hasta la proclamación oficial del Primer Mandatario electo.
8. Id., artículos 31, 32 Nºs 5 y 43 inciso 2º.
9. Id., artículo 41, Nº 2 inciso 1º.
10. Id., artículo 41 Nº 4.
11. Id., artículo 41 Nº 7 inciso 1º.
    Estimo que la abolición del exilio es total, por lo cual no puede él ser incorporado por la ley, sobre la base de la interpretación auténtica del artículo 41 Nº 1, ni siquiera a propósito del estado de asamblea. Desgraciadamente, se ha informado que en la reforma de la ley orgánica constitucional de los estados de excepción para adecuarla a las enmiendas constitucionales comentadas, se reintroduce el exilio, tal vez con el lenguaje eufemístico con que lo contemplaba el artículo 41 Nºs. 1 y 7 del texto derogado del Código Político.

sin perjuicio de lo que ellos resuelvan en definitiva respecto de tales recursos.(12)

3. Control y responsabilidad

Se ha mantenido la atribución del Senado en cuanto a aprobar, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la declaración del Tribunal Constitucional, emitida ahora al tenor del artículo 19 Nº 15 incisos sexto y siguientes de la Carta Fundamental, sobre la responsabilidad del Presidente de la República o del Jefe de Estado electo cuando tuvieren participación en los hechos que motiven la aplicación del precepto mencionado.(13)

Por otra parte, el Senado, sus comisiones y demás órganos, incluidos los Comités Parlamentarios si los hubiere, no podrán fiscalizar los actos del gobierno ni de las entidades que de él dependan, como tampoco adoptar acuerdos que impliquen fiscalización.(14) Consiguientemente, la reforma permite, como es lógico en la democracia representativa, que los senadores, individualmente, no así la Cámara Alta en cuanto institución, fiscalicen los actos políticos, ejecutivos y administrativos del Presidente de la República, sus Ministros de Estado y los organismos integrantes de la Administración Pública dependiente de aquél, pudiendo al efecto destinar sesiones o partes de sesiones a emitir opiniones sobre los actos del gobierno, aunque prohibiéndose a los senadores adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se transmitan al Primer Mandatario y que obliguen a la respuesta consiguiente, porque tales acuerdos y observaciones son de la incumbencia exclusiva de la Cámara de Diputados.(15)

Finalmente, el Consejo de Seguridad Nacional, integrado ahora por el Contralor General de la República, podrá por la mayoría absoluta de sus ocho miembros con derecho a voto, hacer presente al Jefe del Estado su opinión frente a algún hecho, acto o materia que, a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional. Esta facultad de hacer presente, es decir, de manifestar su opinión y no de representar, o sea, objetar, reprochar o emitir juicios críticos en los rubros consignados y que el texto anterior a la reforma posibilitaba ejercitar al Consejo, podrá también llevarse a efecto con relación al Congreso Nacional y al Tribunal Constitucional.(16)

---

12. Id., artículo 41 Nº 3.
13. Id., artículo 49 Nº 8 en relación con el artículo 82 Nº 7.
    Indispensable es puntualizar que la reforma derogó el artículo 8º y el artículo 82 Nº 8. Lamentablemente, sin embargo, se escapó la supresión de la referencia que, a dicho artículo, contiene el artículo 49 Nº 8, quedando así esta como norma sin sentido ni aplicación, razón por la cual la entendemos tácitamente derogada. A mayor abundamiento y hasta el 10 de marzo de 1990 inclusive, se mantiene la posibilidad de implantar el estado de excepción contemplado en la vigesimacuarta disposición transitoria, cuya letra c) se remite también al artículo 8º, el cual entendemos derogado asimismo para los efectos de tal régimen de excepción.
14. Id., artículo 49 inciso final.
15. Id., artículo 48, Nº 1.
16. Id., artículo 95 incisos 1º y 3º en relación con el artículo 96 letra b).

III. CONGRESO NACIONAL

4. Generación

Ha sido rebajado de tres a dos años el requisito de residencia que, para ser elegido diputado o senador, deben los candidatos tener en la región, o en el distrito o circunscripción de ella y a cuya representación en el Congreso postulen.(17)

En seguida, cabe destacar que fue alterada la composición del Senado.

En efecto, dicha rama del Parlamento se compondrá de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales, en consideración a las trece regiones en que se divide el territorio del país. Cada región constituirá una circunscripción, excepto seis de ellas que serán divididas, cada una, en dos circunscripciones por la ley orgánica constitucional respectiva. A cada circunscripción corresponderá elegir dos senadores, de manera que el total de escaños a llenar por sufragio popular llegará a 38 integrantes de la Cámara Alta.(18)

En cuanto a los senadores designados, las divergencias entre el gobierno y la oposición en el tópico fueron resueltas mediante una transacción, al tenor de la cual subsisten tales curules, serán los nueve cargos respectivos proveídos dentro de los quince días siguientes a los comicios parlamentarios del 14 de diciembre próximo, pero las vacantes que ocurran no serán llenadas, de manera que la duración de esos senadores está limitada al período máximo de ocho años de su primera y única designación.(19)

---

17. Id., artículos 44 y 46.
18. Id., artículo 45 inciso 1º.
    En virtud de la trigésima disposición transitoria, agregada por la reforma, han sido divididas en dos circunscripciones senatoriales las seis regiones siguientes: Valparaíso, Metropolitana, del Maule, del Bío-Bío, de la Araucanía y de los Lagos. Util es añadir que los artículos 180 y 181 de la ley Nº 18.700, introducidos por la ley Nº 18.828, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 1989, cumplen los preceptos constitucionales permanentes y transitorios respectivos, fijando las circunscripciones senatoriales y su composición.
19. Id., artículo 45 inciso 5º en armonía con la vigesimonovena disposición transitoria, inciso 2º.
    La constitucionalidad de la facultad para designar estos senadores es discutible, en el sentido que puede argumentarse la improcedencia del ejercicio de dicha atribución hasta las elecciones parlamentarias generales de diciembre de 1993, a la luz de las disposiciones transitorias vigesimaprimera letra b) y vigesimanovena inciso 1º.
    El autor, sin embargo, disiente de esa interpretación y entiende que la facultad mencionada puede ser ejercitada para la designación de senadores de la Cámara Alta que se instalará el 11 de marzo de 1990, porque la historia fidedigna de la norma pertinente, su texto y el contexto así como el sentido de la transacción incorporada a la reforma de 1989, prueban que aquella debe entrar en vigencia a partir de los próximos comicios. Por lo demás, la argumentación exegética en contrario, apoyada en las dos disposiciones transitorias citadas, puede retrucarse aseverando que, de ser acogido tal entendimiento de la Carta Fundamental, el artículo 45 en su totalidad tampoco tendría vigencia sino a partir del 11 de marzo próximo, afectando con ello la elección popular de los miembros del Senado, tesis que obviamente debe ser desestimada por absurda.
    Debe quedar claro que el autor es contrario, por razones de legitimidad democrática, a los senadores designados, al menos en los términos con que los contempla la Carta Fundamental, prueba de lo cual es que voto por su derogación, en la Comisión Concertación-Renovación que elaboró el proyecto base que culminó en las reformas constitucionales de 1989. Empero, desde el ángulo de la hermenéutica constitucional objetiva, como debe ser, reitera las razones que hacen procedente las designaciones aludidas mientras el Código Político no sea modificado.

Por lo que guarda conexión con las vacantes de diputados y de los senadores elegidos en votación directa, ellas se proveerán con el ciudadano que, habiendo integrado la lista electoral del parlamentario que cesó en el cargo, habría resultado elegido si a esa lista hubiere correspondido otro cargo. En caso de no ser aplicable la regla anterior y faltar más de dos años para el término del período del que hubiere cesado en el cargo, la vacante será proveída por la Cámara que corresponda, por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, de entre los incluidos en una terna propuesta por el partido a que perteneciere quien hubiere motivado la vacante.

Los parlamentarios elegidos como independientes y que mantuvieren tal calidad a la fecha de producirse la vacante, no serán reemplazados, a menos que hubieren postulado integrando listas en conjunto con un partido político. En este último caso, se aplicará lo ya expuesto en el párrafo anterior. Consiguientemente, de presentarse la situación descrita, la rama del Parlamento en que ella tenga lugar quedará reducida en el número de sus miembros.

El nuevo diputado o senador durará en sus funciones el término que le faltaba al que originó la vacante. Aclara el nuevo texto fundamental que, en ningún caso, procederán elecciones complementarias de miembros del Congreso.(20)

5. Estatuto de los parlamentarios

Las reformas suprimen algunas de las amenazas más graves que pesaban sobre el libre desempeño de las funciones de representación popular en el Congreso, a la par que reducen otras exigencias que impedían postular a quienes no las satisfacían.

Así, las inhabilidades para ser candidatos a senadores o a diputados serán aplicables a quienes hubieren tenido las calidades o cargos que menciona la Constitución, sólo dentro del año inmediatamente anterior a la elección y no, como decía el texto modificado, dentro de los dos años respectivos.(21) Empero, se exceptúan de la regla precedente tanto las personas que desempeñan un cargo directivo de naturaleza gremial o vecinal cuanto las personas naturales y los gerentes o administradores de personas jurídicas que celebren o caucionen contratos con el Estado, hipótesis ambas en que la Constitución prohíbe reunir esas condiciones al momento de inscripción de la candidatura. Todas las personas incluidas en la regla general y sus excepciones, si no fueren elegidas en el comicio popular en que postularon al Parlamento, no podrán volver al mismo cargo ni ser designados para cargos análogos a los que desempeñaron hasta un año después del acto electoral.(22)

20. Id., artículo 47 incisos 3º, 4º y 5º.
21. Id., artículo 54 inciso 2º.
22 Id.

En semejante orden de ideas, añado que es causal de cesación en el cargo parlamentario haber tenido participación, el diputado o senador, en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad a que se refiere el artículo 19 Nº 15 inciso 6º.

Ese precepto, sustitutivo del artículo 8º aunque con hondas diferencias respecto de tan controvertida disposición, garantiza el pluralismo político, pero declara inconstitucionales a los partidos, movimientos u otras organizaciones cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático-constitucional; procuren el establecimiento de un sistema totalitario; o hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad proveniente de cualquiera de las tres causales aludidas, las cuales son amplias si bien más precisas y conciliables con la democracia constitucional que las contempladas en el artículo 8º derogado.

Pues bien y como lo observé, sin merma de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que hubieren tenido participación en los hechos enunciados, no podrán intervenir en la formación de otros partidos, movimientos u organizaciones políticas, ni optar a cargos públicos de elección popular ni desempeñar los cargos que se mencionan en los números 1) a 6) del artículo 54 de la Carta Fundamental, por el término de cinco años, contado desde la resolución del Tribunal nombrado. Si a esa fecha las personas referidas estuvieren en posesión de las funciones o cargos indicados, incluyendo en éstos los de diputado o senador, los perderán de pleno derecho.

Las personas sancionadas en virtud del precepto glosado no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado y, si fueren reincidentes, la inhabilidad se elevará a diez años.(23)

En fin, la enmienda del Código Político suprimió la causal de cesación en el cargo parlamentario de quien, ejerciendo la función de Presidente de la respectiva corporación o comisión, haya admitido a votación una moción o indicación que sea declarada manifiestamente contraria a la Constitución por el Tribunal Constitucional. Idénticamente abolida resultó la causal de cesación en punto al autor o autores de la moción o indicación referidas.(24)

IV. FUNCION LEGISLATIVA

La jerarquía de las normas legales en cuanto al quórum requerido en su proceso genético, ha quedado fijada en los términos siguientes:(25)

23. Id. artículo 57 inciso 5º en conexión con el artículo 19 Nº 15 inciso séptimo y con el artículo 82 Nºs. 7 y 11.
24. Id., artículo 57 inciso 6º ahora derogado.
25. Id., artículo 63.

Primera, las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán para su aprobación, modificación o derogación de las tres quintas partes (60%) de los diputados y senadores en ejercicio; segunda, las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para los tres efectos citados, de las cuatro séptimas partes (57%) de los diputados y senadores en ejercicio; tercera, las normas legales de quórum calificado precisarán de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara para los tres fines nombrados; y cuarta, las demás normas legales, esto es, el principio de aplicación común en el rubro, exigirán las mayoría de los miembros presentes de cada rama del Congreso, o las mayorías que sean aplicables conforme los artículos 65 y siguientes de la Constitución.

Si recordamos que la Cámara de Diputados se compondrá de 120 miembros y el Senado de 47 integrantes (38 elegidos y 9 designados), el quórum exigido para cada una de las cuatro jerarquías de normas legales señaladas, será en concreto el siguiente:

Normas interpretativas . . .	72 diputados y 28 senadores
Normas orgánico-constitucionales . .	68 diputados y 27 senadores
Normas de quórum calificado	61 diputados y 24 senadores
Normas comunes	mayoría de los presentes y cumpliendo el artículo 53 inciso 1º de la Constitución

La reforma contempla diversas alteraciones al proceso formativo de la ley, las cuales tienen alcance técnico pero, además, ostensible sentido político.

De tales alteraciones destaco, por de pronto, aquella con sujeción a la cual si la Cámara de Origen rechaza, en general en el primer trámite, un proyecto iniciado mediante mensaje, el Presidente de la República podrá solicitar que aquél pase a la Cámara Revisora en segunda trámite y, si ésta lo aprueba en general por los dos tercios de sus miembros presentes, el proyecto volverá a la Cámara de Origen, donde sólo se considerará rechazado si así lo deciden dos tercios de sus miembros presentes.(26)

Análogamente relevante es el cambio a lo que ocurre en el tercer trámite nomogenético de la ley, pues si la Cámara de Origen rechaza, por los dos tercios de sus miembros presentes, las adiciones o modificaciones introducidas en segundo trámite por la Cámara Revisora, o por la Comisión Mixta formada para resolver el desacuerdo entre las dos ramas del Congreso, no habrá ley en esa parte del proyecto o en la totalidad del mismo. Sin embargo, si en la Cámara de Origen hubiere mayoría para el rechazo, pero ella fuere menor a los dos tercios mencionados, el proyecto pasará en cuarto trámite a la Cámara Revisora, donde se entenderá aprobado con el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes.(27)

26. Id., artículo 65.
27. Id., artículo 68 inciso 2º.

Por otra parte, favorece el desempeño de la función colegisladora de los parlamentarios la eliminación de la causal de cesación en que habrían incurrido el Presidente de la respectiva corporación o comisión y el autor o autores de indicaciones o correcciones que no tuvieran relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto en trámite.(28)

En seguida, puntualizo que el nuevo texto fundamental incorpora a las materias propias de legislación orgánica constitucional los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros. Estos se efectuarán por decreto supremo, en conformidad a las normas básicas que, en tales asuntos, contemplará la ley orgánica constitucional respectiva. El mismo cuerpo normativo determinará, además, las normas básicas concernientes a la carrera profesional, incorporación a las plantas de las instituciones uniformadas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas y Carabineros.(29)

Es también nueva la competencia del legislador orgánico constitucional en lo pertinente a señalar las materias de administración local, propias de las municipalidades, que el alcalde podrá someter a plebiscito de las personas —ciudadanos y extranjeros— inscritas en los registros electorales, con domicilio en las respectivas comunas o agrupación de comunas, así como las oportunidades, forma de la convocatoria y sus efectos.(30)

Por último, no podemos olvidar que la reforma elevó a rango de quórum calificado la legislación que, a iniciativa exclusiva del Primer Mandatario, modifique los límites de las regiones; la creación, alteración y supresión de las provincias y comunas; y la fijación de las capitales de las regiones y provincias.(31)

V. FUNCION CONSTITUYENTE

La reforma de la Constitución ha quedado sujeta a un procedimiento semirígido o relativamente flexible, purgándola del método prácticamente pétreo del cual adolecía con relación a sus preceptos más controvertidos y definitorios del régimen autoritario.

En resumen, cabe ahora distinguir en el Código Político dos grupos de capítulos, en cuanto a la tramitación de las enmiendas correspondientes.

Así, los capítulos I, III, VIII, X, XI y XIV, es decir, los reputados más importantes, podrán ser modificados si concurren para ello, en cada Cámara, las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. Por el contrario, los ocho capítulos restantes, abarcando de tal modo los concernientes al Gobierno, al Congreso Nacional, al Poder Judicial y a la ciudadanía, entre otros, para ser reformados requerirán solamente el voto conforme de las tres quintas partes de los parlamentarios en ejercicio en cada rama del Congreso(32). Será con sujeción a lo

28. Id., artículo 66 inciso 1º.
29. Id., artículo 94.
30. Id., artículo 107 inciso 3º.
31. Id., artículo 99 inciso 2º.
32. Id., artículo 116 inciso 2º.

escrito que podrán ser reformadas las disposiciones transitorias pervivientes después del 10 de marzo de 1990.

Al propósito de flexibilización indicado obedece, igualmente, la derogación del artículo 118 y, con ello, del veto absoluto del Presidente de la República y la exigencia de consenso de mayorías muy calificadas en dos períodos legislativos o parlamentos sucesivos.

Idéntico objetivo explica, al concluir, la rebaja del quórum de tres cuartas a dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, para que el Congreso insista en un proyecto de reforma constitucional vetado totalmente por el Jefe del Estado. En tal hipótesis, el Presidente deberá promulgar el proyecto insistido por el Parlamento o convocar a la ciudadanía, mediante referendo, para que ésta dirima la divergencia.(33)

33. Id., artículo 117 inciso 4º.

REFORMAS AL PODER DE SEGURIDAD

Francisco Cumplido Cereceda

Como le hemos escrito en anteriores oportunidades la Constitución Política de 1980 creó un poder de seguridad, constituido por el Consejo de Seguridad Nacional y las Fuerzas Armadas y de Orden. (Constitución '80 Estudio Crítico. Págs. 75 a 80. EDIAR).

Este poder de seguridad, en mi opinión, la Constitución de 1980 lo estableció como el poder más importante para definir el régimen político de "democracia protegida o autoritaria", a tenor de su principal atribución de representar a cualquier autoridad su opinión frente a algún acto, hecho o materia, que a su juicio atentara gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pudiera comprometer la seguridad nacional. El Consejo de Seguridad Nacional a través del cual debe ejercerse esta atribución estaba integrado mayoritariamente por representantes de las Fuerzas Armadas y de Orden, los que, además, gozan de inamovilidad temporal.

Con la reforma constitucional, aprobada en el plebisicito de 30 de julio de 1989 se ha pretendido, en esta materia, dejar en una situación de equilibrio a los poderes políticos y jurídicos, por una parte, con el poder de seguridad, por la otra. Al mismo tiempo, con la reforma constitucional se precisa el sentido de la atribución del Consejo de Seguridad Nacional de representar su opinión a otras autoridades constitucionales. Por último, junto con elevar a rango de ley orgánica constitucional las bases fundamentales del estatuto orgánico de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, se flexibilizó el procedimiento de reforma constitucional de los capítulos referentes al Consejo de Seguridad Nacional y a las Fuerzas Armadas y de Orden.

Cambios en la integración y funcionamiento del Consejo de Seguridad Nacional.

La Constitución Política de 1980 integraba el Consejo de Seguridad Nacional, en sus disposiciones permanentes, con el Presidente de la República, el Presidente del Senado, el Presidente de la Corte Suprema, los tres Comandantes en Jefes de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros. Es decir, cuatro militares, dos políticos y un jurista. Predominaban, entonces, los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden en la conformación del Poder de Seguridad Nacional.

La reforma constitucional, que comentamos, agrega entre los miembros al Contralor General de la República, es decir, un jurista. Así las cosas, el Consejo queda integrado por dos representantes de los poderes políticos: el Presidente de la República y el Presidente del Senado, dos representantes de los poderes jurídicos: el Presidente de la Corte Suprema y el Contralor General de la República, y cuatro representantes del poder militar. Una situación de equilibrio.

Naturalmente éste no era el planteamiento original de reforma propuesto, tanto por la Concertación de Partidos por la Democracia, como por el partido Renovación Nacional. En efecto, la proposición de los conglomerados políticos mencionados contempla que se integrara, además, con el Presidente de la Cámara de Diputados, lo que daba mayoría en el Consejo a los representantes de los poderes políticos y jurídicos. El gobierno de las Fuerzas Armadas no acepto esta proposición.

En cambio, se acordó modificar el quorum para adoptar acuerdos en el Consejo de Seguridad Nacional, elevándolo de mayoría de los presentes en la respectiva sesión, a mayoría de los miembros del Consejo de Seguridad Nacional, es decir, el voto conforme de, a lo menos, cinco de sus integrantes. De esta manera, si eventualmente actuaran en bloque los diversos representantes, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros, necesitarían para adoptar un acuerdo del voto de uno de los representantes de los poderes políticos o jurídicos y vice-versa.

Modificación en la facultad clave del Consejo de Seguridad Nacional.

Una de las atribuciones del Consejo de Seguridad Nacional que más dio origen a un controvertido debate fue la facultad de representar su opinión, respecto de actos o hechos de cualquier otra autoridad. El ex Contralor General de la República, Profesor Enrique Silva Cimma, en declaración pública, interpretó tal atribución de representar como un verdadero veto, similar a la facultad de representar los decretos supremos que tiene el Contralor General de la República.

No obstante que los Constitucionalistas, designados por el Ministro del Interior para intervenir en el proceso de acuerdo sobre reformas constitucionales, estuvieron conteste en que no era el alcance de la referida facultad ser un veto, se prefirió aclarar expresamente tal atribución, limitándola al mismo tiempo en su extensión y significación.

De esta suerte, la reforma constitucional reemplaza la palabra representar, por simplemente "dar opinión", limita, al mismo tiempo, las autoridades a las cuales se puede dar opiniones por el Consejo de Seguridad, al Presidente de la República, al Congreso Nacional y al Tribunal Constitucional. Tanto los Constitucionalistas de la Concertación de Partidos por la Democracia, como de Renovación Nacional, hicimos presente a los representantes del Gobierno de las Fuerzas Armadas, de la inconveniencia de que el Tribunal Constitucional pudiere ser objeto de "opiniones" de un órgano ajeno a él, atendido su carácter de poder jurisdiccional. Se dieron argumentos relacionados con la interpretación de tratados vinculados a la defensa nacional y límites. En el mundo de las cosas "secretas" hay que actuar con suma prudencia, por lo que no insistimos. En todo caso, quedó claro que las opiniones del Consejo de Seguridad Nacional, además de ser meras opiniones, las dará dentro de la respectiva competencia del órgano al cual se hace llegar la opinión, es decir, al Presidente de la República, al Congreso Nacional, y al Tribunal Constitucional dentro de las atribuciones que la Constitución les confiere.

La precisión de la facultad del Consejo de Seguridad Nacional de "dar opinión" y sus límites, tiene mucha importancia para la vida democrática futura.

Desde luego, se trata de una opinión que no obliga al respectivo Poder del Estado, para el cual la opinión del Consejo de Seguridad es un antecedente más, aunque importante. Del mismo modo, se precisa la atribución de las Fuerzas Armadas y de Orden de "garantizar el orden institucional de la República".

En efecto, sobre la base de las normas anteriores, se podía sostener la tesis de que si la autoridad 'representada" no acataba el acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, las Fuerzas Armadas y de Orden podían intervenir, dando en la práctica un golpe constitucional, en virtud de su atribución de garantizar el orden institucional de la República. Después de la reforma, haciendo una interpretación armónica y contextual de la Constitución de 1980, se llega a la siguiente conclusión: frente a un acto, hecho o materia que corresponda resolver al Presidente de la República, al Congreso Nacional y al Tribunal Constitucional, el Consejo de Seguridad Nacional puede hacer llegar su opinión. La autoridad puede aceptar o no esa opinión. ¿Cuándo puedan actuar las Fuerzas Armadas y de Orden en uso de su atribución de garantizar el orden institucional de la República. Cuando la autoridad requerida no actúe dentro de a institucionalidad constitucional, determinada tal circunstancia por la autoridad que la propia Constitución establece. Por ejemplo, cuando el Presidente de la República, frente a la aprobación de una acusación constitucional en contra suya no acata la decisión de destitución aprobada por el Senado, o cuando no se da cumplimiento a una sentencia del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema, etc. Desde luego quedan excluidos de esta posibilidad los acuerdos relacionados con actos que puedan comprometer la seguridad nacional. Sobre esta materia prevalece, incuestionablemente, la decisión del Presidente de la República o del Congreso Nacional. Las facultades de las Fuerzas Armadas y Carabineros se refieren sólo y exclusivamente al orden institucional de la República, es decir, a la institucionalidad constitucional, que define qué autoridades establece, cuáles son sus atribuciones, cuáles sus derechos y cuáles sus responsabilidades. No forma parte del orden constitucional, las apreciaciones de mérito o conveniencia de las políticas, aún sobre tan importante materia como la seguridad. Para llegar a la conclusión anteriormente expuesta, debemos tener presente que, por disposición de la propia Constitución de 1980, las Fuerzas Armadas y Carabineros no pueden deliberar como institución. No puede haber al interior de las Fuerzas Armadas y Carabineros órganos deliberantes sobre materias de gobierno o administración de la República. Por consiguiente, son los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el Director de Carabineros los que, en el Consejo de Seguridad Nacional, pueden formular proposición para que un acto sea objeto de "opinión" por estimar que afecta gravemente a las bases de las institucionalidad o a la seguridad nacional. Igual derecho asiste a los demás miembros del Consejo de Seguridad Nacional. Adoptado el acuerdo se siguen las consecuencias descritas anteriormente sobre el alcance de tal acuerdo.

Ley orgánica constitucional sobre las Fuerzas Armadas y Carabineros.

En la Constitución de 1980, las leyes referentes a la organización, previsión y presupuestos de las Fuerzas Armadas tenían el carácter de leyes

ordinarias, es decir, su aprobación, modificación o derogación exigía la voluntad de la simple mayoría de los presentes en la respectiva sesión en que se votaran, tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados.

El gobierno de las Fuerzas Armadas propuso una enmienda constitucional, en virtud de la cual se elevará a rango constitucional las bases orgánicas de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, su previsión y sus bases presupuestarias. El asesor jurídico de la Presidencia de la República, explicó que el objeto de tal reforma no tenía más alcance que dar más estabilidad a las bases fundamentales, actuales, de la organización de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, contenidas en los D.F.L. vigentes. No existía propósito de modificar la legislación indicada. En cuanto a la previsión justificó el deseo de las Fuerzas Armadas de mantenerse en el sistema de reparto. Por último, sobre las bases presupuestarias el Asesor explicó que se deseaba introducir una norma similar a la que tiene actualmente el Tribunal Constitucional, es decir, la garantía de que el presupuesto de funcionamiento se mantuviera en moneda de valor constante, es decir, en moneda reajustada. Así, el beneficio sólo comprende al presupuesto de funcionamiento de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, que en un 80%, aproximadamente corresponde a remuneraciones y previsión. Los otros tipos de presupuesto siguen de acuerdo con la legislación vigente antes de la reforma. En esa inteligencia fue concordada esta reforma por la Concertación de Partidos por la Democracia y por el Partido Renovación Nacional.

Flexibilización de los procedimientos de reforma constitucional sobre Consejo de Seguridad Nacional y Fuerzas Armadas y de Orden.

Para modificar los capítulos sobre Consejo de Seguridad Nacional y sobre Fuerzas Armadas y de Orden, la Constitución Política de 1980 exigía que el proyecto de reforma fuera aprobado por el Presidente de la República, por los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio. Sin embargo, había que esperar una nueva elección ordinaria del Congreso Nacional, para que, una vez instalado el nuevo Congreso Nacional, se volviera a votar el proyecto de reforma constitucional, el que, para ser aprobado, requería nuevamente la voluntad conforme de los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio. Si el Presidente de la República que estuviere en el mando en ese momento no estuviere de acuerdo con el proyecto de reforma constitucional, podía convocar a plebiscito para que la ciudadanía resolviera en definitiva.

Este rígido procedimiento se sustituye por el único procedimiento que contempla la reforma, exigiéndose sólo los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio. Por tanto, tales capítulos pueden ser modificados de inmediato por el nuevo gobierno, reuniéndose el quorum indicado por haberse suprimido "el segundo Congreso" aprobatorio.

En resumen, hay materias relacionadas con las Fuerzas Armadas y Carabineros que para su modificación requieren simple mayoría, otras los cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio (ley orgánica constitucional, el quorum se bajó con la reforma de tres quintos a cuatro séptimos), y las normas constitucionales dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio. En mi opinión, las reformas descritas constituyen un avance en el proceso de democratización del régimen político chileno y de la Constitución de 1980.

MODIFICACIONES AL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Mario Verdugo Marinkovic

I.- ANTECEDENTES

En el mes de noviembre de 1988, con ocasión del acto de presentación del libro "LA CONSTITUCION 1980 ESTUDIO CRITICO", obra preparada por los docentes del Departamento de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, se efectuó en el recinto de esa casa de estudio una Mesa Redonda acerca del tema: **"Problemas que plantea el Proceso de Reforma en la Constitución 1980"**, con la participación de profesores de todas las facultades y Escuelas de Derecho de Santiago.(1)

Sirvió de base al debate, la relación que el profesor Francisco Cumplido Cereceda, hizo de nuestro trabajo incluido en el volumen precitado, con el título "Notas al Proceso de Reforma en la Constitución 1980".(2)

Las conclusiones de la Mesa Redonda en referencia podrían sintetizarse en los siguientes puntos: 1º La estabilidad del orden constitucional representa un valor necesario y positivo para toda sociedad; 2º La estabilidad constitucional no implica en forma alguna inmutabilidad. Las sociedades son dinámicas y el ordenamiento fundamental debe ser sensible a esa necesidad de cambios; 3º consecuente con ello, la rigidez constitucional no debe ser extrema: debe permitir las enmiendas, cumplidos ciertos requisitos formales; 4º El sistema de reforma contemplado en la Constitución 1980 resultaba extremadamente rígido y puede en el futuro ser fuente de perturbaciones institucionales; y 5º a fin de evitar esas contingencias, era aconsejable reformar la Constitución utilizando el procedimiento que consulta el articulado transitorio. Ello implicaba su realización antes del 11 de Marzo de 1990.(3)

Tomando como referencia estas consideraciones, resulta perfectamente explicable que la Reforma Constitucional ratificada por la ciudadanía en el plebiscito de 30 de julio pasado, haya contado con el más amplio apoyo de los círculos académicos del país: en gran medida expresaba la posición de la Cátedra de Derecho Constitucional, por lo menos en cuanto a la oportunidad de hacerla.

---

1 Participaron los siguientes profesores de Derecho Constitucional: Germán Urzúa V. (U. de Chile); José Luis Cea (U. Católica); Emilio Pfeffer U. (U. Gabriela Mistral); Sergio Diez U. (U. Diego Portales); Humberto Nogueira A. (U. Central) y Domingo Hernández E. (U. Las Condes).

2 En volumen "La Constitución 1980, Estudio Crítico", Ed. Ediar Cono-Sur, Stgo., 1988, pág. 87 y sigtes.

3 La versión de esta mesa redonda se encuentra transcrita en Separata de la revista del Club de abogados de Chile Nº 26 mes de diciembre de 1988.

II.- LAS ALTERNATIVAS PROPUESTAS

Como bien se sabe, la reforma constitucional aprobada en el plebiscito de 30 de julio, fue el producto de un compromiso alcanzado entre el Gobierno, Renovación Nacional y la Concertación por la Democracia.

En lo que atañe a las modificaciones que deberían introducirse en el Capítulo XIV, existía consenso en que la enmienda debería propender a la flexibilización del proceso de reforma consultado en el texto primitivo. Las discrepancias se presentaron en lo tocante a la amplitud de la misma ¿conservar un sistema de rigidez constitucional o desplazarse al tipo de constitución semi-rígida o semi-flexible?

El espectro de las variantes postuladas por los sectores involucrados, resulta ilustrativo:

ARTICULO 116

A) Concertación de Partidos por la Democracia:

Sustituir el inciso segundo por el siguiente: "El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de la mayoría de los Diputados y Senadores en ejercicio".

B) Segundo Informe de la comisión técnica (Concertación y Renovación Nacional): 1.- Mantener como norma general para las reformas constitucionales, que estas deben ser aprobadas con el voto conforme de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio; y 2.- disponer como norma de excepción que las reformas que recaigan en los capítulos I, III y XIV requieren para su aprobación una mayoría de los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio.

c) Proyecto de reforma Constitucional sometido y aprobado en el plebiscito:

En el artículo 116 inciso segundo, agrégase la siguiente oración: "Si la reforma recayere sobre los Capítulos I, III, VII, X, XI o XIV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio".

Como se puede apreciar, mientras la Concertación propuso un procedimiento único de reforma que bien podría calificarse de semi-flexible, el segundo informe de la Comisión Técnica mantenía un sistema general con un quórum de tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio, pero lo elevaba a los dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio cuando las reformas recayeran en los Capítulos I, sobre Bases de la Institucionalidad, III sobre Derechos y Deberes Constitucionales; y XIV sobre Reforma de la Constitución.

La reforma sometida a plebiscito acogió esta fórmula, pero agregó al procedimiento especial los capítulos VII sobre Tribunal Constitucional; o sobre Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública y XI sobre Consejo de Seguridad Nacional.

ARTICULO 117

A) Concertación de Partidos por la Democracia.

En lo fundamental, tomando como fuente la disposición contenida en el artículo 108 de la Constitución de 1925, excluía la posibilidad de que el Presidente de la República pudiese rechazar totalmente el proyecto aprobado por el Congreso Pleno. Por otra parte, rebajaba a la mayoría de los miembros en ejercicio el quórum de las Cámaras para insistir.

B) Comisión Técnica de Reforma Constitucional (Concertación/ Renovación Nacional)

Se sustituye el artículo 117 por el siguiente:

"El proyecto que sea aprobado por el Senado y la Cámara de Diputados pasará al Presidente de la República".

"El Presidente de la República podrá rechazar el proyecto en su totalidad, proponer modificaciones, adiciones o supresiones; o promulgarlo".

c) Proyecto de reforma sometido y aprobado en el plebiscito:

En lo substancial la enmienda se reduce a lo siguiente:

1.- En el inciso 4 del artículo 117, tratándose del veto total del Presidente de la República, se rebaja la mayoría calificada a las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, para que éstas puedan insistir en su proyecto.

2.- En el inciso 5º del art. 117, tratándose del veto parcial del Presidente de la República, se eleva la mayoría necesaria para aprobar esas observaciones a las tres quintas o dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según corresponde de acuerdo al art. 116.

ARTICULO 118

A) Concertación de Partidos Políticos por la Democracia:

Se propone derogarlo

B) Renovación Nacional:

"Artículo 118.- El proyecto de reforma constitucional que recaiga sobre los Capítulos I, III, XI ó XIV de esta Constitución que fuere aprobada en conformidad al inciso segundo del artículo 116, se mantendrá en suspenso hasta la próxima renovación conjunta de las Cámaras y en la primera sesión ordinaria que ésta celebren deliberarán y votarán sobre el texto del indicado proyecto, sin que pueda ser objeto de modificación alguna. Si la reforma fuere aprobada por los tres quintos de los miembros en ejercicio de cada rama del nuevo Congreso, se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 117".

c) Primer proyecto gubernamental de reforma Constitucional

"Reemplazar el Artículo 118 por el siguiente:

Los proyectos de reforma constitucional que recaigan sobre los capítulos I, III, VII, X, XI y XIV requerirán la voluntad del Presidente de la República y, tramitadas y aprobadas por las Cámaras de acuerdo con los artículo 116 y 117,

excepto sus incisos primero, segundo y tercero, no podrán ser sometidos a plebiscito en el trámite dispuesto en esa disposición ni si promulgarán; y se guardarán hasta la próxima renovación conjunta de las cámaras. En la primera sesión que éstas celebren, deliberarán y votarán las que se hubiere aprobado, sin que pueda ser objeto de modificación alguna. Si la reforma fuere ratificada por los tres quintos de los miembros en ejercicio de cada rama del nuevo Congreso, se devolverá al Presidente de la República para su promulgación. Con todo, si este último estuviere en desacuerdo, podrá consultar a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito".

D) Proyecto de reforma Constitucional sometido y aprobado en el plebiscito:

Derógase el artículo 118(4)

III.- APRECIACIONES SOBRE LA REFORMA

Una reforma producto de una verdadera transacción o compromiso entre actores políticos poco proclives a mantener un diálogo prolongado, debe evaluarse con prudencia y dentro de la perspectiva que la generó.

No puede olvidarse, desde luego, que todo compromiso supone necesariamente de las partes que lo forjan, una suerte de desprendimiento, una cierta renuncia a sus expectativas particulares.

En el tema que nos ocupa, las proposiciones formuladas tanto por el gobierno como por las colectividades políticas que participaron en la negociación, dejan de manifiesto una pugna evidente entre quiénes deseaban conservar un alto grado de rigidez constitucional y los que procuraban estimular una mayor flexibilidad del proceso de reforma.

Obviamente, no se logró un justo medio, pero es evidente que ninguna de las dos posiciones quedó totalmente defraudada. La Constitución 1980, objetivamente, sigue siendo extremadamente rígida, pero algo se morigeró el sistema, principalmente con la derogación del artículo 118. En efecto, se eliminó, sin duda, la disposición que representaba el mayor escollo para las enmiendas constitucionales relevantes y que consagraba una institución tan anacrónica como el veto absoluto del Presidente de la República —incluso respecto de una reforma aprobada por los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara.

Desde un punto de vista doctrinario, debemos reiterar los conceptos vertidos en nuestro trabajo ya citado.

No se discute en efecto, que el ordenamiento contenido en una Constitución no puede quedar a merced de simples mayorías parlamentarias en detrimento del sistema. De otro lado, los inevitables cambios que se originan en el seno de la sociedad, no deben estrellarse con el insalvable obstáculo de un procedimiento de reforma que condene a la inercia constitucional.

4 Antecedentes pormenorizados de las proposiciones de reforma presentadas por las colectividades políticas en "La reforma Constitucional", por Francisco Geisse y J.A. Ramírez A., Cesoc. Stgo. 1989.

Con mucha razón se ha escrito sobre el particular:

"que si una Constitución demasiado flexible (con un procedimiento de reforma fácil de superar), puede dejar sometida la Constitución al aventurismo político de un partido con éxito electoral coyuntural, una Constitución demasiado rígida conduce siempre a esta dramática alternativa: o a que la constitución no se reforma en aquellos puntos en que resulte obligada su revisión, en cuyo caso queda convertida en letra muerta sin ninguna relevancia política, o a que la Constitución se reforma y se adapte a las necesidades reales por procedimiento subrepticios, en cuyo supuesto se desvirtúa toda la temática de la reforma(5).

Sobre la base de estos principios, que la doctrina acepta en nuestros días universalmente, cada país debe incluir en su ordenamiento el sistema de reforma que mejor se adecúe a sus características político-jurídica (constitución sumaria o desarrollada; régimen de partidos; sistema presidencial o parlamentario, antecedentes históricos, etc.)

Pensamos que le tema de la modificación del procedimiento de reforma constitucional continuará en un futuro próximo siendo materia de discusión: la Reforma del 30 de julio pasado representó un primer paso sobre el tema.

5 Pedro de Vega García, citado por Manuel Contreras, "La Reforma de la Constitución en volumen "Estudios sobre la Constitución Española de 1978" Ed. Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, pág. 406.