Boletín N° 11 .009-06

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores De Urresti, Bianchi y Quinteros, para modificar los artículos 60 y 76 de la ley N° 18.695, orgánica constitucional de municipalidades, en lo relativo a la oportunidad en que se puede renunciar a los cargos de alcalde y concejal.

Antecedentes

La conceptualización de democracia ha evolucionado y ha sido el objeto de diferentes cambios históricos que nos permiten entender que ella no es, en sí misma, un concepto inalterable, sino que, una construcción histórica y, desde el advenimiento de la democracia como forma de gobierno, en un sistema cuyo fundamento es la participación activa de la ciudadanía. El concepto de democracia que hoy impera como una suerte de consenso entre los cientistas sociales -y en casi todos los estados democráticos- es el que considera como fundamental la prerrogativa de votar y ser votado y, en consecuencia, la obligación de ejercer los cargos conferidos.

Es por lo anterior que en los Estados democráticos se ha erigido aquello que comúnmente se conoce como representación popular. Esta representación sólo es posible de alcanzar mediante un proceso electoral en el que los ciudadanos eligen, en elecciones libres e informadas, a ciudadanos que son postulados por partidos políticos, o se postulan de manera independiente, para ejercer ciertas funciones en el poder público.

En la democracia directa las resoluciones gubernamentales son tomadas por los propios ciudadanos, en cambio en la democracia representativa los representantes son escogidos mediante elecciones libres. Esta última es, por antonomasia, la participación ciudadana en el gobierno de una forma no directa, así es como por medio de representantes o por cesión de derechos se participa en el gobierno de manera libre al designar a quien será su representado.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución N° 217, de fecha 10 de diciembre de 1948, en su artículo 25, señala: “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.”

Así, el hecho que, como señala la Declaración Universal de los Derechos del Hombre antes citada, “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”, implica que, si el representante libremente escogido no cumple con el mandato soberano infringe este derecho reconocido internacionalmente.

Además, toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. Por tanto, no puede existir libertad de acceso a las funciones públicas ahí donde, por ejemplo, si una renuncia al cargo implica una alteración en la voluntad original del electorado que se pronuncia en democracia.

Otro fundamento jurídico que podemos señalar se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Asamblea General de la Naciones Unidas, fechada el 16 de diciembre de 1966[1]. Así, su artículo 25, dispone que, todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; y
- Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

Por tanto, es dable concluir, por una parte, que no puede existir participación en la "dirección de los asuntos públicos" ahí donde la representación democrática es alterada y, por otra parte, es deber de los ciudadanos electos para un cargo de elección popular el ejercerlo. Esto es manifestación de la responsabilidad del ciudadano con el Estado, al hacerse participe de la "libre expresión de la voluntad de los electores"[2]. A esto debe agregarse, la aceptación de la democracia representativa como ciudadano que, potencialmente y de manera voluntaria, desea ejercer un cargo de elección popular. Sobre este punto es esencial la comprensión del derecho, a elegir libremente su representante, con el deber, cumplir como sujeto de ese deber de tener representantes libremente elegidos.

Ahora bien, de acuerdo al numeral 2 del artículo 57 de la Constitución Política de la República, los consejeros regionales, los concejales y los dirigentes de organizaciones sociales que quieran postularse a un cargo de elección popular deberán renunciar 12 meses antes de la elección popular a la cual desean postular. Lo mismo ocurre en los casos de ministros, intendentes, gobernadores y secretarios ministeriales que quieran postular a un cargo de elección popular.

A lo anterior, es necesario agregar que, resulta preocupante para la democracia representativa que los ciudadanos participen como candidatos a puestos de elección popular con el único fin de alcanzar el cargo y, una vez obtenido, y a la luz de sus resultados electorales renunciar a ellos. Estas prácticas actúan como una suerte de encuesta de intención electoral.

Los candidatos electos que renuncian a sus cargos de elección popular, antes de asumir estos, llevan a cabo una suerte de "doble campaña electoral" la cual puede tener, incluso, una periodicidad tal que puede ser llevada a cabo en años continuos. Esto se relaciona con el punto anterior y, por sobre todo, tiene consecuencias

perversas en materia electoral debido a que se infringen las condiciones de igualdad que deben ser garantizadas en democracia.

De hecho, precisamente, las últimas iniciativas legislativas, y que hoy son leyes de la República, han buscado igualar las condiciones para los candidatos a distintos cargos de elección popular. Así, encontramos la ley N°20.840, que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional; la ley N°20.900, para el fortalecimiento de la Democracia; y, la ley N°20.915, que fortalece el carácter público y democrático de los Partidos Políticos y facilita su modernización.

Ahora bien, en materia local, y particularmente en materia municipal, la ley N°18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, en su artículo 60 fija las causales de cesación del cargo de alcalde y en su artículo 76 las de concejales.

Una norma casi idéntica para ambas regulaciones la encontramos respecto de la renuncia como causal de cesación del cargo de alcalde (artículo 60 letra d) y del cargo de concejal (artículo 76 letra b). En esta hipótesis la diferencia radica en que para que un alcalde renuncie, se requiere su aprobación por los 2/3 del concejo en ejercicio (salvo que renuncie para postular a un nuevo cargo).

Esta figura de la renuncia, se encuentra consagrada en la ley N°18.695, desde su texto original (antiguos artículos 51, letra f y 74 letra a), sufriendo modificaciones, principalmente, respecto de la fijación de un quorum de aprobación para la renuncia del alcalde y la omisión de necesidad de acuerdo del concejo comunal en caso de renuncia motivada por la candidatura a otro cargo de elección popular.

Sin embargo, desde la promulgación y publicación de la ley orgánica constitucional de Municipalidades nunca se había planteado la hipótesis de autoridades comunales electas y que sin asumir (en términos del artículo 83) renuncien al cargo para el que fueron elegidos.

Lo anterior, no sólo resulta de dudosa legalidad, debido a que nuestro ordenamiento jurídico no fija un momento específico para presentar la renuncia, sino que también escapa a la lógica jurídica la posibilidad de renunciar a un cargo por el cual nunca se asumieron funciones. Esto es posible concluirlo, por una parte, debido a que de acuerdo al artículo 83 de la ley N°18.695, es el 6 de diciembre el día en que asumen funciones los nuevos concejales y alcaldes, por lo tanto, hasta antes son autoridades electas, pero no en ejercicio; y por los artículos 60 letra d) y 76 letra b) del mismo cuerpo legal.

En este sentido, es dable concluir vía interpretación que, un concejal o alcalde electo que renuncie antes de asumir en sus funciones con miras a otra candidatura, por ejemplo a parlamentario, no sólo infringe la forma en que se ha aplicado la normativa anterior desde sus orígenes, sino que entra en abierta colisión con el espíritu de la legislación pertinente y, especialmente, en contra de los últimos esfuerzos legislativos en el marco de la Agenda de Probidad y Transparencia.

Así, esta hipótesis implica que un candidato a alcalde o concejal electo renuncia al cargo que aún no asume y prepara su camino para comenzar otra candidatura. Por lo tanto, dicha autoridad electa y renunciada desarrolló una campaña electoral, la que incluyó propaganda, utilización de recursos y gastos de campaña los que, serán devueltos de acuerdo a la ley sobre gasto electoral.

En resumen, una persona, con miras a obtener un cargo de elección popular especifico, puede utilizar una campaña previa para obtener posicionamiento político y ciudadano e incluso, efecto aún más perverso, puede utilizarla a modo de estudio o encuesta electoral, lo que claramente distorsiona todo nuestro sistema.

Lo anterior, es posible enmarcarlo en dos figuras que la doctrina jurídica identifica como fraude de ley y abuso del derecho.

Así, respecto del fraude a la ley, la doctrina nacional ha señalado que se entiende que estamos frente a ella cuando por actos reales (no simulados) y voluntarios, aunque a veces sin que exista necesariamente intención fraudulenta a juicio de la mayoría, se crea de hecho una situación aparentemente lícita y conforme a la ley, tomada ésta en su literalidad; pero que tiene como efecto violar el espíritu de la ley, pudiendo infringir a este respecto el contexto o bien normas determinadas[3]. Otros como, el profesor Vial del Río, señalan que el fraude a la ley está constituido por "aquellos procedimientos en sí lícitos o en maniobras jurídicas a veces ingeniosas, que tienen la apariencia de legalidad y que, sin embargo, permiten realizar lo que la ley prohíbe o no hacer lo que la ley ordena[4].

Para cierto sector de la doctrina, tanto el fraude a la ley como la teoría del abuso del derecho, se hallan vinculadas en una relación de género a especie, distinguiéndose, la primera, por el hecho que la ilicitud no se manifiesta prima facie, a diferencia de lo que ocurre con las situaciones de abuso. Por otra parte, si el abuso del derecho es concebido con el criterio finalista o social, las relaciones se hacen más estrechas, porque abusa del derecho subjetivo quien lo desvía del fin para el cual ha sido otorgado y actúa con fraude aquel que busca eludir una norma obligatoria utilizando para ello un camino concebido por el Derecho Positivo, aunque con un fin diverso[5].

En razón de lo anterior, el proyecto de ley que se propone modifica los artículos 60 y 76 del D.F.L N°1, de 26 de julio de 2006, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, estableciendo la oportunidad desde la que se puede renunciar al cargo de alcalde o concejal.

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO: Modificase el D.F.L N° 1, de 26 de julio de 2006, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, en los siguientes términos:

1. Sustitúyase el literal d) del artículo 60 por el siguiente:

Renuncia por motivos justificados, aceptada por los dos tercios de los miembros en ejercicio del concejo. Si ésta fuere motivada por la postulación a otro cargo de elección popular no requerirá de acuerdo alguno. Con todo, en ningún caso la renuncia se podrá presentar antes de que asuma el cargo de alcalde de acuerdo al artículo 83.

2. Sustitúyase el literal b) del artículo 76, por el siguiente:

Renuncia por motivos justificados, aceptada por el concejo. Si ésta fuere motivada por la postulación a otro cargo de elección popular no requerirá de acuerdo alguno. Con todo, en ningún caso la renuncia se podrá presentar antes de que asuma el cargo de concejal de acuerdo al artículo 83.

1 Con entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.
2 Es entendible que puede dejar de hacerlo por causa que lo justifique, como está expresamente señalado en la ley.
3 Alcalde Rodríguez, Enrique. Teoría del fraude a la ley. II Curso de Actualización Jurídica: "Teorías Del Derecho Civil Moderno. Ediciones de la Universidad del Desarrollo". Santiago, 2005.
4 Ídem.
5 Martínez Cohen, Rafael. El error, la simulación, el fraude a la ley y el abuso de un derecho en el derecho tributario chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.29 Valparaíso jul. 2007.