Revista de Derecho Vol. XXVI - Nº 2 - Diciembre 2013 Páginas 277-284

Candidatura de Luciano Cruz-Coke Carvallo (Tribunal Calificador de Elecciones)

Comentario de Pablo Marshall Barberán

I. Extracto

Santiago, doce de septiembre de dos mil trece.

VISTOS: A fojas 4 el Partido Socialista de Chile, interpone reclamación de impugnación contra la Resolución O-Nº 10.701 dictada por el Consejo Directivo del Servicio Electoral, de 26 de agosto de 2013, publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto pasado, por la que se acepta la declaración de candidatura independiente en el Pacto "Alianza", en la segunda circunscripción senatorial, de don Luciano Cruz-Coke Carvallo, solicitando que, en definitiva, se rechace la declaración de dicha postulación, por afectarle la inhabilidad del articulo 57 Nº 1 de la Constitución Política.

La referida reclamación de impugnación, para fundamentar la acción, hace, en forma previa, consideraciones de hecho que dicen relación con el desempeño del señor Cruz-Coke como titular del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes relacionadas, especialmente, con sus actuaciones tanto en Chile como en el extranjero; actos formales que elaboró; y, sus declaraciones en los medios de prensa.

El hace un análisis de la inhabilidad contenida en la norma constitucional y la situación del señor Cruz-Coke en su calidad de jefe de servicio con rango ministerial durante el lapso a que se refiere el inciso segundo del artículo 57 de la Constitución Política.

[…]

y TENIENDO PRESENTE:

1º) Que para resolver la impugnación de candidatura de estos antecedentes, que ha sido fundamentada en la causal de inhabilidad del artículo 57 Nº 1 de la Constitución Política de la República respecto de los Ministros de Estado que hubieren ejercido el cargo dentro del año anterior al acto eleccionario, es útil señalar que el candidato impugnado señor Cruz-Coke, de acuerdo con lo que previene el articulo 5 º Nº 1 de la Ley Nº 19.891 que crea "El Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes", cumplió la función de "Ministro Presidente" de dicho Consejo desde el 11 de marzo de 2010 al 6 de junio del año en curso, en circunstancias que las elecciones parlamentarias tendrán lugar el 17 de noviembre próximo.

Del segundo precepto citado, informes en derecho, dictámenes e historia de la ley ya relacionados, como de la opinión de las partes de esta reclamación, de modo inequívoco se deriva que el impugnado no ejerció la función de Ministro de Estado en el tiempo ya referido.

A resultas de lo anterior, la cuestión controvertida se reduce a determinar el alcance y efectos de las expresiones "rango de Ministro de Estado", que el mismo artículo 5º de la citada Ley Nº 19.891 atribuye al Jefe Superior de dicho servicio, puesto que este carácter pertenece al referido cargo público. En este sentido, ya se había pronunciado el dictamen de la Contraloría General de la República Nº 26.261, de 20 de mayo de 2009;

[…] 4º) Que, de los antecedentes que se acaban de relacionar, puede sostenerse que la motivación que tuvo en consideración la Comisión Constituyente al establecer el precepto de que se trata, dice relación con el deber del propio Estado de asegurar que desde sí mismo no se alteren las reglas básicas que guían el acto electoral, pues le corresponde velar porque se generen condiciones igualitarias entre los candidatos cuando éstos se presenten a la ciudadanía.

En razón de lo anterior, no obstante que todo ciudadano goza del derecho a optar a cargos de elección popular, no ha podido menos que establecerse un impedimento temporal para aquellos ciudadanos que hubieren ejercido la función de Ministro de Estado;

5º) Que, la inhabilidad en la especie sería consecuencia de no haber renunciado el candidato al cargo antes del año que antecede a la elección, y, también, de serle aplicable la inhabilidad por la circunstancia de tratarse de un cargo "con rango de de Estado".

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "rango" es "clase o categoría de una persona con respecto a su situación profesional o social". En su concreta y real situación profesional –que incluye la representatividad e interlocución igualitaria, en el orden interno con los Ministros de Estado y, externamente, con quienes, en las materias propias del Consejo, ocupan cargos de ese carácter con otros países (en este sentido el Dictamen Nº 26.261 de 20 de mayo de 2009 de la Contraloría General de la República)– el señor Cruz-Coke ha tenido la clase o categoría de Ministro de Estado, homologación que produce claras e insoslayables consecuencias constitucionales y legales.

Así las cosas, encontrándose establecido en la norma legal que el Presidente del Consejo tendrá rango de Ministro de Estado para conferirle mejores condiciones para el ejercicio de la función, en particular en su relación con los Ministros de Estado, debe concluirse que esta función pública-política de Jefe de Servicio ha sido dotada de una calidad que la excede y, al mismo tiempo, se la igualó a la función de Ministro de Estado, en cuyo ejercicio realizó actos político-administrativos propios y exclusivos de aquella, como ocurrió con la firma de proyectos de leyes, tales como los denominados "Regula la Exhibición y Ejecución Artística en los Bienes Nacionales de Uso Público" y "Modifica la ley sobre donaciones con fines culturales, contenida en el artículo 8º de la Ley Nº18.985", publicada el 5 de junio de 2013.

En este orden de ideas, también debe señalarse que al asumir sus funciones prestó juramento en calidad de Ministro de Estado;

6º) Que, lo que se acaba de concluir, obviamente, no significa que el Presidente del Consejo sea Ministro de Estado sino, únicamente que se trata de un Jefe de Servicio

que tiene "rango de Ministro de Estado". De tal condición deriva que le es aplicable la causal de inhabilidad prevista para los Ministros de Estado.

En efecto, encontrándose ya destacada la finalidad de la norma cuya aplicación se solicita y establecidos los hechos relativos al tiempo de permanencia en la función y la fecha de la elección parlamentaria de la que resulta el plazo máximo para la renuncia de rigor, aún cuando el texto de la norma del artículo 57 Nº 1º de la Constitución Política de la República no previno de modo expreso esta situación, teniendo también en consideración que es regla de interpretación constitucional actualmente aceptada recurrir al "contenido teleológico de la Constitución" (en este sentido TC Rol 325- 2001), ha de concluirse que al señor Cruz-Coke le afecta la inhabilidad solicitada, puesto que con este entendimiento de la norma, ante la misma situación fáctica que se tuvo en cuenta para incorporarla al texto constitucional, también se hace aplicación de la garantía de igualdad ante la ley, cuyo aseguramiento importa el objetivo esencial de la misma y el motivo de reclamo de los impugnantes.

Por otra parte, el artículo 95 de la Constitución Política de la República establece que este Tribunal aprecia los hechos como jurado y sentencia conforme a derecho. Esta previsión normativa significa que, en lo sustantivo, el conflicto ha de ser resuelto aplicando el Derecho, entendido éste como un conjunto sistémico, esto es observando todas sus fuentes formales, lo que obliga a considerar las normas constitucionales, como se ha hecho.

Finalmente, es útil señalar que para arribar a lo resuelto se ha prescindido de toda consideración relativa a la buena o mala fe con que habría actuado el candidato impugnado.

Con lo relacionado y citas legales se acogen interpuestas en contra de la Resolución del Consejo Directivo del Servicio Electoral O-Nº 10.701, publicada en el Diario Oficial de 28 de agosto de 2013, intentadas por el Partido Socialista de Chile y por el candidato independiente, de la Segunda Circunscripción Senatorial, don Daniel Guevara Cortés, en la parte que aceptó la declaración de candidatura independiente a Senador, de don Luciano Cruz-Coke Carvallo, por la Segunda Circunscripción Senatorial, en el Pacto "Alianza" para las elecciones 2013, y, en consecuencia, se rechaza la declaración de candidatura referida, no pudiendo ser incluida en el Registro Especial de Candidatos para las próximas elecciones parlamentarias.

II. Comentario[1]

Introducción

El problema jurídico que este caso planteó al Tribunal Calificador de Elecciones es en términos prácticos bastante simple. Por un lado, el artículo 57 número 1 de la Constitución Política establece que los Ministros de Estado no podrán ser candidatos

[1] El autor agradece los comentarios generosamente ofrecidos por Guillermo Jiménez,

a diputado o senador. El inciso 2º del artículo 57 establece que dicha inhabilidad será aplicable a quienes hubieren tenido "las calidades o cargos antes mencionados dentro del año inmediatamente anterior a la elección". Por otro lado, con el afán de no verse afectados por esta inhabilidad, el día 12 de noviembre de 2012 se produjo la salida de todos los ministros e intendentes que tenían interés en ser candidatos en las elecciones de noviembre de 2013. Desde ese día, y hasta el 6 de junio de 2013, Luciano Cruz-Coke siguió en el ejercicio de su cargo al frente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. La CNCA no es un ministerio sino un servicio público descentralizado, sin embargo, Cruz-Coke como Presidente de su Directorio ostenta el "rango de Ministro de Estado" (art. 5 Ley Nº 19891).

La pregunta que el TRICEL responde en la sentencia Rol 110-2013 es si la inhabilidad que afecta a los Ministros de Estado establecida en el artículo 57 de la Constitución afecta también a los jefes de Servicio "con rango de Ministro".

Sentencia

La sentencia sostuvo, por cuatro votos contra uno, que esta inhabilidad sí afecta a Cruz-Coke, despejando así otra de las aristas de la problemática figura del Jefe de Servicio con rango de Ministro de Estado, que en la actualidad también afecta al Director del Servicio Nacional de la Mujer. Esta figura ha demandado de parte de la jurisprudencia y la práctica constitucional chilena, la determinación de aquellos aspectos del estatuto de los Ministros de Estado que le son aplicables. No puede concluirse respecto de esta saga otra cosa que cierta negligencia de parte del legislador al regular nebulosamente esta institución[2].

Para resolver el asunto el Tribunal razonó de la siguiente manera. En primer lugar, sostuvo que la regla constitucional no da una solución a la cuestión planteada, ya que se refiere en todo momento a los Ministros de Estado y no a aquellos que ostentan el rango de Ministro de Estado. En segundo lugar, dio por establecida que la finalidad de esta inhabilidad es la de crear "condiciones igualitarias entre los candidatos cuando estos se presenten a la ciudadanía" (c. 4). Para estos efectos descansó totalmente en el estudio de las actas de la Comisión Ortúzar. En tercer lugar, sostuvo que si bien formalmente el Jefe de Servicio con rango de Ministro de Estado no es Ministro de Estado, él se encuentra "ante la misma situación fáctica que se tuvo en cuenta para incorporarla [la inhabilidad] al texto constitucional" (c. 6). Esta situación fáctica consistió, de acuerdo con la sentencia, en (1) "la representatividad e interlocución igualitaria" en que Cruz-Coke se encontraba, en el nivel interno con los otros Ministros de Estado, y a nivel internacional con ministros de cultura extranjeros; (2) el ejercicio de funciones políticas como la firma de proyectos de leyes; y (3) "que al asumir sus funciones prestó juramento en calidad de Ministro de Estado" (c. 5). En cuarto lugar y final, demostrada que la situación fáctica

[2] Una interesante sinopsis en Cordero, Eduardo, "El 'rango' de Ministro de Estado de los Jefes de Servicio", en *El Mercurio Legal* (miércoles, 7 de agosto de 2013).

es la misma, y a falta de texto expreso que regule este caso, el TRICEL sostuvo que la interpretación debe ser teleológica y la inhabilidad que afecta a los Ministros de Estado aplicarse también a los jefes de servicio con rango de Ministro de Estado.

La interpretación extensiva llevada a cabo es correcta. El TRICEL determina primero cuál es el fundamento o propósito tras la instauración de la norma. Luego, fija el supuesto de hecho de aplicación de la norma. A continuación, justifica que el supuesto de hecho al que la norma pretende ser extendida muestra una equivalencia relevante con el supuesto cubierto explícitamente por la norma. Y concluye afirmando que el fundamento de la norma debe extenderse al nuevo supuesto de hecho.

Hay dos críticas posibles a este razonamiento. Un argumento de la defensa y que fue seguido por el voto disidente consiste en que las inhabilidades son de derecho estricto y en derecho público no procede la interpretación extensiva. Siguiendo este razonamiento, del hecho que la Constitución no mencione el caso de los funcionarios con "rango de Ministro" no se sigue necesariamente que deba investigarse teleológicamente si debe aplicárseles la inhabilidad del artículo 57. Que el propósito de la inhabilidad sea la de cautelar la igualdad de los candidatos, no puede por sí misma aclarar por qué respecto de algunos funcionarios debemos desatender el tenor literal de la Constitución y consultar su espíritu. Si fuera así, uno debería preguntarse cuáles otras posiciones dentro de la administración no son señaladas en dicho artículo y eventualmente podrían ser sometidas al propósito que la inhabilidad perseguía.

Hay otro argumento importante que puede fundar una crítica a la sentencia. Si bien hay elementos similares, como los ya mencionados, también hay sustanciales diferencias entre el jefe de servicio con rango de Ministro y los Ministros de Estado. El primero no puede, a diferencia de los segundos, firmar decretos supremos ni ser sujeto a los instrumentos de control y fiscalización de la Cámara de Diputados. Además no tiene un ministerio a su cargo ni recibe la misma remuneración de un Ministro. Ambos cargos son distintos y la inhabilidad está contemplada expresamente solo para los Ministros de Estado.

La sentencia presenta una respuesta sólida a estas dos líneas de razonamiento. En relación con la primera, la inhabilidad del artículo 57 no se aplica a los jefes de servicio con rango de Ministro de Estado por encontrarse ellos en un supuesto de hecho en que las razones de la norma resulten relevantes, como sería en el caso de otros funcionarios con alta visibilidad pública, sino porque se encuentra en el mismo supuesto de hecho al que se aplican las razones que fundan la norma del artículo 57. En otras palabras, no es un nuevo supuesto de hecho el que resulta cubierto por la norma, sino que el mismo supuesto de hecho.

En relación con la segunda, el rol que juega el fundamento o propósito de la norma permite al Tribunal seleccionar los elementos del estatuto de los Ministros que hacen aplicable la norma y descartar aquellos que son irrelevantes para ello. En este sentido parece obvio que para cautelar la igualdad entre los candidatos resulta irrelevante si el funcionario recibía una determinada remuneración o si tenía potestades normativas administrativas, pero sí resulta relevante que fuera tratado públicamente como un ministro y que participara en el ejercicio público de la potestad legislativa del Ejecutivo.

Acerca de la inhabilidad

Si la sentencia merece una crítica esta debe ser dirigida a su referencia a las actas de la CENC. El fundamento de la regla en cuestión, asunto que debe ser atendido si se quiere aplicar debidamente a un caso como el que ocupó al TRICEL, no puede descansar en esta incompleta historia de la regla. El estudio del fundamento de la norma que viene implicado por la interpretación teleológica debe prestar atención a una variedad mucho más rica de elementos. Un buen camino para acercarse a lo que es la razonable interpretación de las normas constitucionales es el derecho comparado, que muchas veces contempla normas idénticas o parecidas como respuestas al mismo tipo de problemas.

En derecho comparado la institución de la inhabilidad es contemplada de diversas formas. Básicamente hay tres variables que deben considerarse. Lo primero que debe distinguirse es si la inhabilidad afecta a los candidatos (como pasa en Chile) o solo afecta a aquellos que han resultado elegidos, en cuyo caso se puede hablar de incompatibilidad (ej. Reino Unido). La incompatibilidad, que afecta solo a los parlamentarios elegidos, tiene una naturaleza y función diferente a la inhabilidad para ser candidato. La primera pretende mantener la independencia de las funciones ejecutivas y legislativas haciendo imposible el ejercicio de ambas funciones al mismo tiempo. La segunda en cambio parece pretender garantizar que aquellos que ostentan un cargo de alta visibilidad pública no les sea dada una injusta ventaja en la elección, creando una desigualdad entre los candidatos. Puede decirse que lo que estas reglas pretenderían hacer es eliminar las barreras de entrada de candidatos sin visibilidad pública.

Las otras dos variables son modalidades en que la inhabilidad se aplica a los candidatos. Primero, debe distinguirse si la inhabilidad afecta a los candidatos desde la fecha de su declaración como candidatos (ej. Francia) o los afecta con anticipación al momento de la declaración de su candidatura (como en el caso chileno, peruano o colombiano). En este último caso, los funcionarios que quieran postularse como candidatos deberán renunciar a sus cargos con la anticipación requerida por la norma. Segundo, puede distinguirse si la inhabilidad afecta a dichas personas que desempeñaron cargos específicos dentro del Gobierno que por su importancia o función tienen un carácter sensible (como en el caso chileno, francés o costarricense) o a todos los que trabajaban en la rama ejecutiva (ej. Colombia)[3].

Como puede observarse, la inhabilidad de los funcionarios públicos para ser candidatos no resulta del todo extraña en el derecho comparado. Esta puede ser regulada de diversas maneras, no siendo la regulación chilena ni la más estricta ni la más blanda respecto de la limitación del derecho a presentarse como candidato. Sin embargo, cuando se observa la variedad de formas en que la cuestión es regulada en el derecho comparado

[3] Véase, Section 1 UK House of Commons Disqualification Act 1975; artículo 179 de la Constitución Colombiana; artículo 109 de la Constitución de Costa Rica, Artículo 91 de la Constitución Peruana. Respecto de la legislación francesa véase, *The National Assembly in the French Institutions*, Service des Affaires Internationales et de Defense, 2001, p. 96.

surge la pregunta sobre si todas esas regulaciones son compatibles con la idea de garantizar cierta igualdad entre los candidatos de cara a la elección.

En países como Australia, Canadá y el Reino Unido la práctica política hace que el ejercicio de un cargo administrativo sea incompatible con el de candidato a un cargo de elección popular. Quien desee ser candidato debe pedir un permiso especial para ese efecto y quedará liberado de sus tareas dentro de la administración. En estos países, sin embargo, esta práctica no se aplica a los más altos cargos del gobierno, ya que por ser regímenes políticos parlamentarios, todos aquellos cargos son ocupados por parlamentarios en ejercicio que no están afectos a inhabilidad alguna para postular. En estos casos no hay ninguna preocupación por garantizar la igualdad entre las candidaturas electorales de dichos miembros del Parlamento en ejercicio que ocupan cargos en el ejecutivo, dichos miembros que no lo hacen y de quienes son contendores externos al Parlamento o el gobierno.

Esta característica de los sistemas parlamentarios permite llamar la atención respecto de esta situación en sistemas presidenciales como el chileno en que la calidad de parlamentario es incompatible con cualquier cargo dentro del poder ejecutivo. Mientras las autoridades ejecutivas deben renunciar a su cargo, los parlamentarios que buscan la reelección se mantienen en su cargo. Los primeros perderán la visibilidad electoral que los parlamentarios conservarán[4]. Ambos, sin embargo, parten con ventaja si se comparan con un candidato que no ha ejercido ningún cargo público en el periodo anterior a la elección. El caso de los regímenes presidenciales no parece ser diferente al arriba mencionado caso de los regímenes parlamentarios.

Si se atiende bien a la descripción que se acaba de hacer, puede verse que la inhabilidad no consigue su objetivo de lograr cierta igualdad entre los candidatos. ¿Cómo podría serlo si todos aquellos parlamentarios que van a la reelección continúan en funciones y además mantienen sus dietas parlamentarias durante el periodo de campaña? De cara a esa conclusión dos actitudes pueden ser asumidas. Por un lado, se podría abogar por la eliminación de una regla que resulta ineficaz. Por otro lado, podría pensarse que la igualdad entre candidatos, beneficiando a los demás candidatos del abuso de un eventual ministro-candidato, no es necesariamente el motivo de la inhabilidad que se analiza.

Una alternativa para guiar la interpretación de la inhabilidad podría ser que el motivo que se persigue es cuidar que la función pública que el ministro desempeña no se vea en conflicto con sus intereses en resultar elegido parlamentario. En este sentido, la inhabilidad no habría sido pensada como respuesta a la mayor visibilidad que un ministro podría conseguir respecto de, por ejemplo, un parlamentario en ejercicio. Por ejemplo, no resulta claro que un intendente, también afecto a la misma inhabilidad, tenga más visibilidad pública que un parlamentario. Lo que tienen en común los ministros y los intendentes es que ejercen un gran poder y administran gran cantidad de recursos en representación de y en colaboración con el Presidente de la República; recursos que

[4] Nota aparte requiere la limitación económica que implica que los candidatos provenientes del ejecutivo carezcan, al menos formalmente, de ingresos personales durante su campaña, lo que con seguridad usualmente disuada su postulación.

podrían ser usados injustamente para beneficiar su campaña electoral. Sin embargo, injustamente no quiere decir aquí afectando la igualdad electoral entre candidatos, cuestión que hemos visto no logra ser alcanzada con la regla de la inhabilidad del artículo 57, sino utilizando recursos públicos con fines que no son de interés general sino para el interés particular de resultar elegido.

Si acordáramos que no es la igualdad de los candidatos lo que se intenta proteger con esta inhabilidad sino la integridad de la función pública, bien podemos preguntarnos si la salida de los funcionarios que postularan al Congreso impedirá o disminuirá la posibilidad de que dicha función sea igualmente defraudada. La respuesta al parecer sería lamentablemente negativa. Debido a que no solo las altas posiciones del gobierno en forma personal sino la política del gobierno en su totalidad es la que históricamente ha tendido a embarcarse en una actitud de campaña electoral, no pareciera que la inhabilidad por sí sola podría limitar o atenuar dicha práctica, que es mucho más difícil de fiscalizar que la intervención electoral ilegal. Al final de este recorrido parecemos encontrarnos con las mismas dudas con que empezamos al inicio del análisis de esta institución. Decididamente esta es una materia que requiere un detallado estudio y una extensión mayor a la de este comentario.

Este breve análisis del fundamento o propósito de la inhabilidad inspirado en las diferentes posibilidades regulatorias que encontramos en el derecho comparado es el tipo de consideraciones, entre otras, que deben ser tomadas en cuenta por nuestra jurisprudencia constitucional cuando interpreta la Constitución. La mera referencia a las actas de la CENC es totalmente insuficiente. No quiere decirse con esto que la sentencia del TRICEL ha sido errada, por el contrario, quieren apuntar que su reflexión sobre el fundamento y propósito de la norma no ha estado a la altura del razonamiento jurídico con que solucionó el caso.