DERECHO DE SUFRAGIO: LA DEBATIDA CUESTIÓN DE SU OBLIGATORIEDAD*

Francisco Zúñiga Urbina
Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad de Chile-UDP.
zdc@zdcabogados.cl

RESUMEN: El presente trabajo expone acerca de la reforma constitucional al derecho de sufragio de reciente aprobación en el Congreso Nacional, y la doble naturaleza del sufragio: derecho político y función, de lo cual deriva su obligatoriedad, como mecanismo asegurador de la participación política en nuestra democracia.

ABSTRACT: This article presents expose about the constitutional reform to the right of suffrage of recent approbation in the Congress, and the double nature of the suffrage: politic right and function, of him which derive at obligatory, as mechanism assured of the political participation in chilean democracy.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene su origen en un Informe a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados recaído en proyecto de reforma constitucional que modifica artículos 15 y 18 de la Constitución Política de la República (CPR), que consagra el sufragio como derecho ciudadano e inscripción automática.

* La ponencia tiene su origen en un Informe presentado a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados el 20 de febrero de 2009, y el proyecto de reforma constitucional informado fue aprobado con el quórum preceptivo en la sala de la corporación el 21 del mismo mes.

Hemos abordado el tema desde la doctrina de los derechos fundamentales en su engarce a la forma política de Estado republicano democrática y conforme al método jurídico circunscribiéndolo a la cuestión de la obligatoriedad/ voluntariedad del derecho de sufragio, por lo que nos apartamos de un análisis politológico o de sociología electoral en cuanto a premisas y método, análisis que también tiene mucho que decir sobre esta capital cuestión, al igual que la teoría política o filosofía política al plantear como problema el fundamento de la obligación política.

El derecho de sufragio (activo y pasivo) como derecho político, permite a sus titulares participar en la “formación de la voluntad estatal” (Kelsen), importando un interés privado para su titular al ejercer el derecho y un interés público al contribuir a realizar el derecho objetivo, al indirecta o directamente hacer posible la producción de normas merced la participación del pueblo.¹ Nos recuerda el jurista vienés lo elemental al conectar los derechos políticos con el basal principio democrático: “La democracia es la idea de una forma de Estado o de sociedad en la que la voluntad colectiva, o más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo”.² El principio democrático permite concebir al pueblo como unidad jurídica, no orgánica o mística, en la que tienen un rol los partidos políticos, en que los derechos políticos, hacen de los ciudadanos-miembros sujetos del poder y objeto del poder.

De esta manera, el abordaje monográfico del derecho de sufragio engarza con la tradicional teoría del Estado, debatida entre concepciones naturalistas o funcionalizadas en torno a este derecho político, como lo refleja el balance crítico con la doctrina alemana y francesa contemporánea (en especial con Duguit) realizado por Carré de Malberg, quien nos propone: “Así pues, cuando se formula el problema del derecho electoral en el terreno de la teoría general del Estado, hay que reconocer que: 1º Los ciudadanos, como tales, no pueden tener parte en el ejercicio de la soberanía sino en virtud de la Constitución. Así, cuando el elector acude a votar, no lo hace como miembro del cuerpo nacional que por tal motivo tiene un derecho preexistente a la ley del Estado, sino que vota en virtud de una vocación que desciende de la Constitución, y por consiguiente en virtud de un título otorgado y derivado. Y en este sentido, el derecho de sufragio no es un derecho individual, ni tampoco cívico, sino una función constitucional. 2º Por los mismos motivos, el derecho de elección no es, para el ciudadano, el ejercicio de un poder propio, sino el ejercicio del poder de la colectividad. Y también en esto aparece como una función estatal. El ciudadano, al votar, no actúa por su cuenta particular, como persona distinta del Estado o anterior al Estado, sino que ejerce una actividad estatal en nombre y por cuenta del Estado. Así es como, en la democracia directa, el cuerpo de ciudadanos ejerce su potestad estatutaria como órgano supremo del Estado, no consti-

¹ Consultar de Hans Kelsen (1979) : *Teoría General del Estado* (traducción L. Legaz L., México DF., Editora Nacional), pp. 199-202.

² Consultar a Hans Kelsen (1977): *Esencia y Valor de la Democracia* (trad. R. Luengo T. y L. Legaz L., nota de I. de Otto, Barcelona, Edit. Labor), p. 30.

tuyendo más que una sola y misma persona con este último (...). Igualmente, en la democracia llamada representativa –suponiendo que el régimen electoral se conciba como un medio de hacer depender la voluntad de los elegidos de la del cuerpo electoral– no debe considerarse por ello a éste como dotado con respecto al Estado de una personalidad o soberanía especiales, sino como formando un órgano estatutario de la persona Estado, por la cual tiene el encargo de querer de una manera inicial. 3º Finalmente, del hecho de que el elector no tiene poder propio, sino únicamente una competencia constitucional, resulta que sólo puede ejercer esta competencia dentro de los límites bajo las condiciones que la misma Constitución ha determinado”.³

Asimismo es menester considerar que en la raíz de la cuestión debatida: obligatoriedad-voluntariedad del sufragio, está el concepto de democracia mismo. Alejados de concepciones excesivamente prescriptivas o valóricas de la democracia, que la entienden como una “filosofía de vida” o la definen por sus valores y principios de identidad como la “noble” tradición republicana, podemos sostener que desde una concepción procedimental o más descriptiva de la democracia, tenemos dos aproximaciones a partir de las cuales también se puede responder acerca de la cuestión de la obligatoriedad del sufragio: una aproximación (concepción liberal) entiende que la democracia es un método para que el pueblo elija entre elites en competencia por el voto popular análogo al mercado, en que el derecho de sufragio es ejercido libremente (sin coacción o presión) por el ciudadano-consumidor, y otra aproximación (concepción deliberativa) entiende la democracia como un método para adoptar decisiones correctas, fruto de la deliberación pública, diálogo y plural intercambio de ideas, en la que el sufragio es un derecho que permite hacer efectiva la participación en estas decisiones.

Con frecuencia el (neo) liberalismo rampante, que en ocasiones seduce bajo la etiqueta bienpensante angloamericana, se inclina por la primera aproximación acerca de la democracia revistiéndola de un análisis formal-economicista, cuando no plagado de fórmulas de dudosa utilidad científico analítica o más vulgarmente recurriendo a “encuestas”, “sondeos” o “estudios de opinión”, y en que la respuesta está en el mercado en que partidos, candidatos y programas son la oferta (bienes) que periódicamente el ciudadano-consumidor adquiere libremente. En esta concepción liberal la política, en el sentido de formación de la voluntad política de los ciudadanos, tiene la “...función de agavillar e imponer los intereses sociales privados frente a un aparato estatal que se especializa en el empleo administrativo del poder político para conseguir fines colectivos” (Habermas); y los derechos políticos dan a los ciudadanos la posibilidad de hacer valer sus intereses privados de modo que puedan agregarse a otros intereses privados, hasta formar la voluntad capaz de una efectiva influencia.⁴

³ Consultar Raymond CARRÉ DE MALBERG (1948): *Teoría General del Estado* (traducción de J. Lión Depetre, México DF, FCE), pp. 1114-1115.

⁴ Consultar el trabajo de Jürgen HABERMAS (2005): *Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa*, Trad. M. Jiménez R., en revista Polis (Vol. 4, N° 10, U. Bolivariana, 2005), pp. 113-122.

La participación de la comunidad política en lo que le es común es un objetivo de la democracia, siguiendo en esta parte a la vieja tradición republicana, participación amplia, sin exclusiones o discriminaciones, de modo que todos sean parte de la deliberación en el espacio de lo público y del diálogo, de suerte que la autonomía personal-colectiva nos libere de la dominación desnuda, y nos haga partícipes de la autoridad o poder político estatal, confiriendo un fundamento secular a la obligación política. Ello es así porque nuestra libertad no sólo es negativa, consistente en el despliegue de nuestra subjetividad a favor de una más plena personalidad, sino también libertad positiva, consistente en la autonomía para adoptar decisiones que nos obligan a todos. En palabras de Habermas: “El derecho de voto interpretado como libertad positiva se convierte en la tradición republicana en paradigma de los derechos en general, no sólo porque ese derecho es condición sine qua non de la autodeterminación política, sino porque en él queda claro cómo la inclusión en una comunidad de iguales depende de que los individuos estén capacitados para hacer aportaciones autónomas y para posesionarse como consideren oportuno”. En la “difícil” democracia contemporánea, que reduce los ámbitos de la política y de lo público, resulta gravitante para el Estado democrático, contribuir a generar condiciones de “juicio político” en la ciudadanía, el que no sólo exige un “procedimiento de decisión”, sino una educación en visión hermenéutica, en gusto y entendimiento; que haga del ciudadano un sujeto activo y juzgante.⁵

La tradición republicana en este aspecto es valiosa, ya que nos permite reunir la libertad negativa-positiva, y por cierto la igualdad formal-material, ligando libertad e igualdad con la democracia misma, a través de los derechos fundamentales, en la que éstos como dispositivos contramayoritarios protegen a las personas en los planos individual, social y político de las mayorías, generándose un “coto vedado” asegurador de la no injerencia, de la autonomía y de un mínimo de bienestar. Esta poderosa ligazón entre libertad positiva e igualdad es el soporte de la democracia de los antiguos y de los modernos, a partir de mito expuesto por Protágoras, en el diálogo homónimo, de la distribución a todos los hombres del arte del juicio político (politiké techné), que conlleva la igualdad política (isotimia).

Por ello conforme a la Constitución, en su definición republicano democrática, se le impone a los ciudadanos electores la “pesada carga” de concurrir a ejercer su derecho de sufragio cada cuatrienio, en elecciones políticas y elecciones administrativas.

En el fondo la aproximación propuesta en este trabajo busca en los planos teórico-práctico dar cuenta de la naturaleza compleja de derecho de sufragio, de la necesidad de abordar su estructura normativa y de contenido en una dimensión subjetiva que permite encuadrar este derecho fundamental como un derecho subjetivo público de participación, y en una dimensión objetiva que permite identificar en la obligatoriedad una base o principio constitucional configurador del sufragio univer-

⁵ HABERMAS, J. (2005): ob. cit., p. 116. También el libro de Ronald Beiner (1987): *El juicio político* (traducción J.J. Utrilla, México DF, FCE), pp. 268-273.

sal, y que engarza con el orden republicano democrático, dado que a través del cuerpo electoral se efectiviza la soberanía popular; convergiendo así de algún modo sincréticamente la concepción liberal y la concepción republicana de democracia.

II. UNA “LECCIÓN DE LOS CLÁSICOS”: EL DEBATE ACERCA DEL DERECHO DE SUFRAGIO

Un pretexto para fijar los términos del derecho de sufragio y su compleja naturaleza, dado su inserción en la teoría del Estado, nos obliga a indagar en un breve excursus en la “lección de los clásicos”, dado que esta vexata quaestio ocupó detenidamente a lo mejor del derecho público europeo continental de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, en conexión con la doctrina francesa de la nación-persona y la doctrina alemana de la nación-órgano, que le dan unidad al Estado y a su voluntad política y hoy nos parece una antigualla.

En la doctrina alemana es obligada la cita al maestro Paul Laband máximo exponente del la escuela del derecho público germano de la era guillermina,⁶ quien en el contexto del derecho público imperial (artículo XX, sección 1ª de la Constitución y ley electoral de 1869) analiza la formación del Reichstag, cámara baja popular, sosteniendo que el derecho de sufragio no es un derecho subjetivo basado en el interés del individuo, es sólo un reflejo del derecho de la Constitución, y las garantías del ejercicio del derecho de sufragio tienden a asegurar la organización constitucional del Imperio y de sus órganos supremos, entre los cuales está la mencionada cámara. En esta perspectiva de máxima funcionalización el Estado no es titular de derechos subjetivos, sino de potestades y competencias, por lo que el sufragio es una función de potestad pública, es decir, un fragmento de la potestad del Estado, cuyo único titular es el Estado mismo.

En la doctrina francesa es obligada la cita a Duguit, desde un acendrado positivismo, niega los derechos naturales individuales, entre los que se cuentan para algunos el derecho de sufragio, dado que en la construcción social, es la sociabilidad del hombre la constructora de las instituciones, y en consecuencia, afirma la doble naturaleza del sufragio: derecho-función. Nos dice el maestro de Burdeos tanto en su monumental *Tratado de Derecho Constitucional* como en el Manual que el concepto francés de electorado, acomoda con la teoría de la nación-persona: “....el elector es, a la vez, titular de un derecho y sujeto investido de una función; el electorado es, a un tiempo mismo, un derecho y una función. El derecho consiste en el reconocimiento de la cualidad de ciudadano, derecho que entraña la facultad de votar si la cualidad de ciudadano se halla acompañada de otras cualidades exigidas por la ley positiva para ejercer el derecho de voto. La función consiste en el poder conferido a un individuo, investido de la cualidad de ciudadano, para ejercer deter-

⁶ Consultar a Paul LABAND (1900-2004): *Le Droit Public de L'Empire Allemand* (prefacio de M.F. Larnaude y traducción de C. Gandilhon, Paris, Edita V. Giard & E. Brière L-E, 7 vol.), tomo I, pp. 463-510.

minada función pública llamada sufragio. La consecuencia principal que se deduce de ser el electorado una función, es que el elector se encuentra obligado a votar, de la misma manera que todo funcionario está obligado a desempeñar la función de que se halla investido”.⁷

Esta aproximación dualista al derecho de sufragio sostenida por Duguit es dominante en la doctrina francesa de época, la que admite en general el carácter obligatorio del sufragio (Esmein) o bien admite en la naturaleza del sufragio una triple identidad: derecho, función y deber cívico (Hauriou).⁸

Para Carré de Malberg, crítico de Laband y de Duguit, la naturaleza del derecho de sufragio es compleja, no es al mismo tiempo derecho y función, sino que la Constitución sitúa al elector ante dos situaciones: antes de la votación tiene un derecho personal de naturaleza política, un derecho subjetivo, y al votar, desempeña una función, transformándose el derecho del ciudadano elector en función del Estado.

Nuevamente a la hora del balance crítico es sugestivo el maestro de Estrasburgo al sostener coherentemente la naturaleza compleja del derecho de sufragio, en conexión con el orden republicano y las funciones que el sufragio posee. Señala Carré de Malberg: “En suma, el individuo órgano actúa, pues, con una doble condición: Como individuo tiene el poder de emitir, sobre los asuntos del Estado, su propia voluntad, que se halla destinada a constituir el contenido de las decisiones estatales; a este respecto tiene el derecho subjetivo de cooperar a la formación de la voluntad pública dentro del Estado. Además, como órgano tiene el poder de hablar en nombre del Estado, en el sentido de que las decisiones que enuncia, según la Constitución, valen directamente como decisiones del Estado y toman de la potestad estatal su fuerza especial. Y ahora ya no puede tratarse de un derecho subjetivo del individuo, sino únicamente de una competencia del órgano y de un poder anejo a la función.

Por delicada que pueda parecer esa distinción, en esta materia hay que separar lo que constituye el hecho personal o el derecho subjetivo del individuo y lo que, por el contrario, depende de la competencia del órgano. El individuo que, fundándose en la Constitución, pretende realizar determinados actos por cuenta del Estado, invoca así su poder personal, su derecho subjetivo, del mismo modo que la actividad que se

⁷ Consultar de Leon DUGUIT (1928): *Traité de Droit Constitutionnel* (2ª y 3ª edición, Paris, Edit. De Brocard Suc., 5 vol., 1928, reedición actual de Cujas), Tomo II, 585-589. Del mismo autor (1926): *Manual de Derecho Constitucional* (traducción, prólogo y apéndice de José G. Acuña, Madrid, Librería de F. Beltrán, 2ª edición española), pp. 134-135. Además para conocer la concepción “solidarista” de la libertad, que entraña derechos y deberes, es de utilidad el libro de DUGUIT (1943): *SOBERANÍA Y LIBERTAD* (trad. J. Acuña, Buenos Aires, Edit. Tor), pp. 89-90.

⁸ También consultar obras clásicas de A. ESMÉIN (1903): *Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé* (Paris, LSRG des Lois et Des Arrêts, 3ª edición), pp. 209-216, y de Maurice HAURIOU (1929): *Précis de Droit Constitutionnel* (Paris, L.R. Sirey, 2ª edición), pp. 565-567, y del mismo autor (1927) *Principios de Derecho Público y Constitucional* (traducción, estudio, notas y adiciones de C. Ruiz del Castillo, Madrid, 2ª edición, Instituto Editorial Reus), pp. 507-510.

prepara a ejercer presenta un carácter individual. Pero a medida que esta actividad se desarrolla, y en cuanto se trata de los efectos que va a producir, las cosas cambian de aspecto. Considerada posteriormente y en cuanto a sus efectos, aparece dicha actividad como emanando, no ya de tal o cual individuo, sino del Estado mismo. El autor del acto no lo cumplió como persona distinta sino como órgano.

El poder que con anterioridad al acto invocaba como un derecho subjetivo ya no puede considerarse sino como una función. En una palabra, una vez realizado el acto, la personalidad del individuo órgano desaparece y se muestra plenamente la del Estado”.⁹

En el cuadro brevemente reseñado la “lección de los clásicos”, lejos de ser un debate epocalmente irrelevante dado que sus coordenadas son la del Imperio alemán y la de la III República francesa respectivamente, y aunque nos parezca hoy una antigualla, nos permite colegir que el debate acerca de la naturaleza del sufragio y su obligatoriedad arranca modernamente desde las revoluciones político burguesas de fines del siglo XVIII, que en su seno están presentes discusiones político-ideológicas acerca de la amplitud del sufragio (sufragio restringido-sufragio universal), y que en la base de la naturaleza compleja del derecho de sufragio, reivindicada por Duguit y Carré de Malberg, está el intento de hacer una teoría del Estado desde el principio democrático, lejos de las abstracciones cuasi metafísicas y formalistas de la escuela germana y de los naturalismos de diversa estirpe.

III. EL DERECHO DE SUFRAGIO EN LA TEORÍA DEMOCRÁTICA

Hoy está superada la tradicional y decimonónica disputa teórica del sufragio como función, sufragio como deber y sufragio como derecho, la primera funcionaliza el derecho de sufragio transformando el “poder electoral” en un “poder” del Estado y admitiendo históricamente restricciones al mismo, la segunda liga el sufragio a la virtud cívica y da soporte ético a la obligación política y la tercera favorece la extensión del derecho de sufragio suprimiendo las barreras discriminatorias.¹⁰

La disputa teórica que tiene su origen en las revoluciones políticas y burguesas de los siglos XVIII y XIX que proclaman los derechos del hombre-burgués y del hombre-ciudadano.¹¹ En la actualidad los conceptos de nacionalidad y ciudadanía,

⁹ CARRÉ DE MALBERG, R. (1948), ob. cit., pp. 1142-1143.

¹⁰ Consultar de Adolfo POSADA (2003): *Tratado de Derecho Político* (reedición de obra clásica en su edición de 1935, Granada, Edit. Comares), pp. 389-394 y *El Sufragio según las teorías filosóficas y las principales legislaciones* (Barcelona, S. M. Soler edit., s/f. También Nicolás PÉREZ SERRANO (1989): *Tratado de Derecho Político* (Madrid, Edit. Civitas, reimpresión de 1ª edición), pp. 339-342. Además sobre el mismo tópico Germán J. BIDART CAMPOS (1969): *Derecho Político* (Buenos Aires, Edit. Aguilar, 3ª edic.), pp. 480-482.

¹¹ Consultar a Michel TROPER (1997): “Le notion de citoyen sous la Revolution Francaise”, en colectivo: *Etudes en l'honneur de Georges Duspais* (Paris, LGDJ - Montchrestien). Consultar acerca de las ideas

concebidos como tradicionales status del individuo en el Estado, han mutado muy notablemente haciéndose cargo de fenómenos como la inmigración, desplazamiento, integración y globalización, instalándose la idea de conferir igualdad de derechos a los individuos que habitan en el marco del Estado o unidades supranacionales en razón de sus vínculos efectivos con el quehacer de las comunidades estatales o supraestatales a las que pertenecen.¹² Así, los extranjeros en el Estado o unidades supranacionales poseen derechos políticos crecientemente en razón de su pertenencia a dichas comunidades, más allá del origen nacional.¹³

En consecuencia se asiste a un abordaje teórico del derecho de sufragio desde la doctrina de los derechos fundamentales, ligando el sufragio activo-sufragio pasivo en su dimensión subjetiva a la facultad de participar en la formación de la voluntad política del Estado y su dimensión objetiva al orden político democrático republicano.

Esta doctrina de los derechos fundamentales reconoce en el derecho de sufragio, una doble o compleja naturaleza (derecho-función), y como dominante una aproximación “institucional” o abierta, que supere los riesgos que por una parte reduce el derecho de sufragio a un derecho negativo o civil en que la participación en la cosa pública es disponible por el titular, y los riesgos de funcionalización y utilitarismo que subyace al sufragio-deber o sufragio función.

Un sector dominante de la doctrina define el derecho de sufragio como un derecho-deber o función, doble naturaleza asociada a la participación política del ciudadano en la comunidad política y a la virtud cívica que es el soporte espiritual en el sentido de Montesquieu del orden republicano democrático. Desde esta perspectiva la ciudadanía o cuerpo electoral es un cuasi órgano del Estado (poder electoral) en que reside la soberanía, y por ende, la fuente de legitimidad del poder político.

De esta manera, la aproximación a los derechos políticos desde una doctrina de los derechos fundamentales, admite como válida la distinción liberal entre libertad negativa y libertad positiva (I. Berlin), libertad de los modernos y libertad de los antiguos (B. Constant), y la imbricación de estas libertades con el valor y principio de igualdad, que aquilata históricamente en el sufragio universal.¹⁴

maduradas en la Revolución francesa de Rousseau, Condorcet y de los revolucionarios Thouret y Barnave, en que ya se presenta esta dualidad derecho-función; Segundo V. LINARES QUINTANA (1988): *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado* (Buenos Aires, Edit. Plus Ultra, 2º edic. 1977-1988, 9 vol), tomo 8, pp. 71-76.

¹² Consultar a Benito ALAEZ CORRAL (2006): *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?* (Madrid, Edit. CEPC). También María FRAILE ORTIZ (2003): *El significado de la ciudadanía europea* (Madrid, Edit. CEPC).

¹³ Consultar a Olivier BEAUD (1992): “Le droit de vote des étrangers: l’apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage”, en *Revue Française de Droit Administratif* (Vol. 8, 1992).

¹⁴ Consultar a Isaiah BERLIN (1974): “Dos conceptos de libertad” en *Libertad y necesidad en la historia*, (Madrid, Edit. Revista de Occidente). Benjamín Constant en su célebre conferencia en el Ateneo de París en 1819 titulada “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos” nos señala sobre los dos significados polares de libertad: “La independencia individual es la primera necesidad de

En efecto la democracia política moderna implantada en un orden capitalista está marcada por la desigualdad, excepto en un plano la igualdad de derechos políticos en el contexto de una ampliada ciudadanía merced el sufragio universal importante conquista del movimiento social democrático de los siglos XIX y XX. Así en la construcción del Estado desde el principio democrático cumple un rol toral el sufragio universal, que deviene junto a la amplia participación política en la piedra angular de la democracia constitucional, haciendo efectiva la soberanía del pueblo y la igualdad política de los miembros de una comunidad nacional o plurinacional (Böckenförde).¹⁵

En este contexto, tradicionalmente desde la teoría del Estado se afirmó por A. Posada: “El sufragio político puede definirse como la facultad del ciudadano para intervenir de una manera *expresa, intermitente y momentánea* en la obra del Estado. Teniendo en cuenta que el sufragio exige en quien lo ejerce una determinación de la voluntad –el voto–, y por otra parte que entraña el desempeño de un cargo político, el sufragio puede estimarse como una *función del Estado* y al elector o votante como un verdadero funcionario; y no hay duda que así es: *el elector es un funcionario por derecho propio*, en razón de que lo es, no por designación especial, sino en virtud de reunir las condiciones que el desempeño de sus funciones exige. No es, pues, el sufragio un derecho de la personalidad, a la manera del derecho a la vida, a la propia dignidad, a la integridad corporal, etc., sino una función política, a la cual tendrá derecho el ciudadano en quien concurren las circunstancias que el sufragio pide; es, en suma, el sufragio, como derecho, *un derecho político*.”¹⁶

En una aproximación contemporánea desde la doctrina de los derechos fundamentales, se distingue entre derecho, sufragio y voto en razón de las dimensiones público-privada en que opera la colegialidad y representación y se distingue entre sufragio activo y sufragio pasivo.¹⁷ Además, modernamente el derecho de sufragio no está circunscrito a elecciones periódicas (políticas o administrativas) propias de la

los modernos, por lo tanto no hay que exigir nunca su sacrificio para establecer la libertad política” (p. 274). Añade Constant: “La libertad individual, repito, es la verdadera libertad moderna. La libertad política es su garantía”. Finalmente agrega este liberal “doctrinario”, una reflexión que sorprendería a los contemporáneos (neo) liberales: “El peligro de la libertad antigua consistía en que los hombres, atentos únicamente a asegurarse la participación en el poder social, despreciarían los derechos y placeres individuales. El peligro de la libertad moderna consiste en que, absorbidos por el disfrute de nuestra independencia privada y por la búsqueda de nuestros intereses particulares, renunciemos con demasiada facilidad a nuestro derecho de participación en el poder político” (...) “La libertad política engrandece el espíritu, al someter los más sagrados intereses a examen y estudio de todos los ciudadanos sin excepción, ennoblece sus pensamientos y establece entre todos una especie de igualdad intelectual que constituye la gloria y el poder de un pueblo” (pp. 282, 283 y 284). CONSULTAR DE CONSTANT (1989): *Escritos políticos* (Estudio, traducción y notas de M.L. Sánchez Mejía, Madrid, Edit. CEC), pp. 257-285. También consultar para comparar la democracia de los antiguos y de los modernos a Michelangelo BOVERO (1987): *Sobre los Fundamentos de la Democracia* (Revista Dianoia, México).

¹⁵ Consultar de Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (trad. Rafael Agapito Serrano, Madrid, Edit. Trotta), pp. 83-92.

¹⁶ Adolfo POSADA: *Ciencia Política* (Barcelona, S.M. Soler Editores, s/f), p. 153.

¹⁷ Consultar a Carlos S. FAYT (1988): *Derecho Político* (Buenos Aires, Edic. Depalma, 7ª edic., 2 vol.), tomo I, pp. 156-157.

democracia indirecta o representativa; sino también a referéndum, plebiscito, iniciativa popular de ley y recall, entre otros mecanismos de participación política propias de la democracia semidirecta o directa.

De esta suerte, el derecho a sufragio emerge como un derecho subjetivo público (*status activae civitatis* en los términos de Jellinek), sea sufragio activo o sufragio pasivo, y también como un principio nuclear de la democracia y del Estado republicano-democrático.

Esta naturaleza compleja o mixta del derecho de sufragio que admite Carré de Malberg al identificar en su contenido una facultad y una carga u obligación, se consolida en los albores del siglo XX. Con agudeza un jurista de la escuela del derecho público germano de la era guillermina y de moderado talante liberal como Jellinek nos indica que el poder político del Estado necesita nacer del pueblo, esto es, el sujeto titular del poder “ha de ser miembro de la comunidad popular”, comunidad de derechos y deberes, y base de la legitimidad del poder, y a modo ejemplar nos recuerda que las concepciones individualistas del derecho electoral están “perplejas” ante un derecho de sufragio que importe la obligatoriedad del ciudadano en cuanto parte del cuerpo electoral, como ocurre en Bélgica.¹⁸

Subyace al derecho de sufragio una mixtura inevitable entre la libertad de los modernos (expresada preferentemente en la libertad negativa y los derechos de negación) y la libertad de los modernos que concibe a los individuos como parte de una comunidad o república (una “cosa” o res que pertenece al “pueblo” o *populus*), en la que el pueblo es una “sociedad que se sirve de un derecho común” (Cicerón); idea que pasa a la modernidad con el humanismo primero y el republicanismo más tarde a partir del gran Maquiavelo. Para el ideal republicano clásico y moderno la libertad está ligada al autogobierno de la comunidad y la virtud cívica, ya que la libertad no es sólo no injerencia del Estado en la esfera de subjetividad, sino también ausencia de dominación.¹⁹

Por ello, se asiste en la doctrina de los derechos fundamentales contemporánea de raíz germana-europeo continental a un “entendimiento institucional de los derechos políticos”, que permite establecer en la estructura y contenido de las normas iusfundamentales de derechos, derecho subjetivo público y derecho objetivo, que en este último caso adquieren diversas formas: principios, valores, mandatos de habilitación, mandatos de prohibición, entre otros, que su proyección garantística asumen la conformación de institutos, que en la medida en que poseen un valor y

¹⁸ Consultar Georg JELLINEK (1970): *Teoría General del Estado* (traducción y prólogo de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Edit. Albatros), pp. 306-320.

¹⁹ Sobre la tradición republicana de raíz humanista-pagana y reformada luterana consultar dos textos propedéuticos de George SABINE (1990): *Historia de la Teoría Política* (trad. V. Herrero, Buenos Aires, FCE, 1945, 1ª reimp. Argentina), pp. 367-381, y a Quentin SKINNER (1993): *Los Fundamentos del Pensamiento Político Moderno* (trad. J.J. Utrilla, México DF, FCE, 1ª edic., 1985, 2 vol., 2ª edic. 1993), Vol. I, pp. 164-215.

eficacia normativa iusfundamental operan como “criterios orientativos válidos para la totalidad del ordenamiento jurídico” (Stern; Böckenförde), prefigurando parcialmente el desarrollo legislativo de los derechos, y fijando límites a tal desarrollo.²⁰

En la mencionada aproximación “institucional” o dualista a los derechos fundamentales y sus normas iusfundamentales fuente, se abren abanicos de temas, de prolongado debate, acerca de la interpretación de estas normas y el tipo de vinculación que instalan con los poderes públicos, y los límites constitucionales de los poderes democráticos de desarrollo de las normas iusfundamentales. Nada más lejos de esta aproximación que la desviación teórico metodológica del “fetichismo constitucional” que, usando el pretexto de la “fuerza normativa” de la Constitución encuentra en ésta una densidad y estructura normativas, que irradian sus contenidos a todo el ordenamiento jurídico, convirtiendo a la Constitución de subsistema abierto en un sistema total y demiurgo del ordenamiento jurídico, todo merced a la judicialización en vías ordinarias y extraordinarias de su imperio.²¹

En cuanto al tema que nos interesa en esta ocasión el derecho de sufragio y su obligatoriedad, estamos precisamente ante normas constitucionales (artículos 13 y 15) que consagran dos derechos subjetivos de participación (sufragio activo y pasivo) y ante un plexo de componentes garantísticos de derecho objetivo como son las bases o principios del sufragio (personal, igualitario, secreto y obligatorio), debiendo hacerse una lectura sistemática y unitaria de estos derechos políticos en cuanto derechos fundamentales inscritos en una forma política de Estado: la república democrática. En palabras del publicista español Manuel Aragón Reyes: “El derecho de sufragio, como los demás derechos fundamentales, puede ser entendido en sentido subjetivo y en sentido objetivo. Desde el primero, aparece como una facultad del titular del derecho de libertad; el derecho a votar (o a presentarse como candidato) y por lo mismo también la libertad de no votar (o de no presentarse como candida-

²⁰ La dualidad derecho subjetivo-derecho objetivo la establece Klaus STERN (1988) al señalar: “Junto al carácter jurídico subjetivo, es posible extraer también de los preceptos en que se contienen derechos fundamentales contenidos de derecho objetivo y principios de carácter valorativo”, en “El Sistema de los Derechos Fundamentales en la República Federal de Alemania” (trad. J. Nicolás M.), en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Nº 1, septiembre-diciembre de 1988), pp. 261-277. También Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE (1993): *Escritos de Derechos Fundamentales* (prólogo de F. Bastida F. y traducción J.I. Requejo P. e I. Villaverde, Baden Baden, Nomos Verlag). En España un libro de la “escuela de Oviedo” y de consulta elemental que recoge un trabajo de Miguel Ángel PRESNO LINERA (2004) en cap. II “La estructura de las normas de derechos fundamentales” es el coordinado por Francisco J. BASTIDA FREJEDO (2004): *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978* (Madrid, Edit. Tecnos), pp. 45-56, y más lejanamente la conocida definición de derechos humanos de un iusfilósofo de filiación iusnaturalista Antonio Enrique PÉREZ LUÑO (1986): *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid, Edit. Tecnos, 2ª edic.), p. 48. Consultar en nuestro país a Eduardo ALDUNATE L. (2008): *Derechos Fundamentales* (Edit. Legal Publishing, Santiago).

²¹ Consultar sobre el estado de la cuestión en Chile el trabajo de Eduardo ALDUNATE (2003): “Los efectos de irradiación de los derechos fundamentales”, en obra colectiva titulada *La Constitucionalización del derecho Chileno* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile-Universidad Austral), pp. 13-38. También una perspectiva crítica de Francisco ZUÑIGA U. (2006): *Control de constitucionalidad y sentencia* (Santiago, Edita Tribunal Constitucional).

to) son la expresión de ese sentido subjetivo del derecho de sufragio. Desde la consideración objetiva, el derecho de sufragio es, como ya se señaló, un principio básico de la democracia o, en términos jurídicos, del ordenamiento democrático. Visto como principio, el sufragio tiene, entonces, una dimensión institucional indiscutible: sin el derecho de sufragio no hay democracia. Una y otra dimensión pueden, y deben, encontrarse en equilibrio, aunque a veces no ocurre así y la acentuación de la dimensión objetiva o institucional pueden incluso hacerla prevalecer sobre la dimensión subjetiva del derecho mudándolo de naturaleza, esto es, transformándolo de derecho en obligación”.²²

IV. OBLIGATORIEDAD DEL SUFRAGIO EN NUESTRO PAÍS

El artículo 13 de la Constitución consagra el derecho de sufragio activo y pasivo, que tienen una estrecha conexión con la igualdad ante los cargos públicos del artículo 19 N° 17; y el artículo 15 enuncia los principios o “bases” constitucionales del sufragio (personal, igualitario, secreto, y para los ciudadanos obligatorio, base que es derogada por la reforma constitucional comentada), que permiten conformar el “sufragio universal”. Antes de desarrollar la obligatoriedad como base del sufragio, enunciaremos muy brevemente los demás principios.

El sufragio es personal, lo que significa que no puede delegarse, es un derecho que ejerce el titular a través de un “acto personalísimo”, excluyendo el voto por correspondencia o procurador; y que históricamente se hizo posible a través de la cédula electoral y el mecanismo de recepción de los votos en mesas, recepcionando este principio el artículo 63 de la Ley N° 14.852. El sufragio es igualitario, lo que excluye el sufragio restringido (sufragio censitario y capacitario) y el sufragio desigual o ponderado (sufragio plural, sufragio corporativo, sufragio familiar, entre otras), y admite como únicas limitaciones legítimas aquellas que conciernen a ciertos requisitos para el ejercicio del derecho (limitación etárea, limitación de status y limitación de idoneidad o dignidad cívica). El sufragio es secreto, lo que significa asegurar la independencia del elector en la decisión y emisión del sufragio, evitando el cohecho, las manipulaciones y presiones indebidas; base que se remonta a la Constitución de 1925 y a la Ley Electoral de 20 de agosto de 1890. El sufragio es obligatorio para los ciudadanos base o principio que es derogado por la reforma constitucional que comentamos; cuestión a la que luego nos referiremos en mayor detalle.

Con todo, de las bases o principios constitucionales del sufragio, que se enuncian la más problemática es la del principio de sufragio igual, ya que existen “desigualdades de hecho en la representación” (Duverger), como son las desigualdades deriva-

²² Consultar trabajo de Manuel ARAGÓN (1998) titulado *Derecho de sufragio: principio y función* (pp. 89-103) en obra colectiva dirigida por D. NOHLEN-D. ZOVATTO: *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina* (México D.F., FCE), p. 97.

das de la división electoral del territorio (distritos y circunscripciones) de la cual la técnica del “gerrymander” es la más conocida, y también las “desigualdades resultantes del sistema electoral” (Duverger); cuyo resultado pueden ser profundas distorsiones en la representación política y con ello en la participación política de la ciudadanía; lo que ocurre con nuestro modelo empírico en elecciones parlamentarias, mal denominado “binominal mayoritario” y de cuya ilegitimidad constitucional el Tribunal Constitucional no se hizo cargo en el control de constitucionalidad obligatorio y preventivo de las leyes del sistema electoral público, materia a la cual por el carácter monográfico de este trabajo no alcanzamos a referirnos y que hemos abordado en otro lugar.²³

Una sinopsis de la cuestión de la obligatoriedad del sufragio en nuestro país, y la recepción dada a esta cuestión en la fase de génesis de la Constitución autoritaria y neoliberal por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, es recogida por Silva Bascuñán en su *Tratado de Derecho Constitucional*: “La discusión tocante a la índole facultativa o imperativa del sufragio no había sido definida con anterioridad por el constituyente, pero el legislador chileno había llegado a convertirlo en un deber cada vez más estricto, sancionando con multa y con prisión conmutable en multa para el elector que no sufragaba, y estableciendo además para el no inscrito la inhabilidad para ejercer, ante autoridades y servicios públicos, “los derechos que les confieren las leyes y que miren al solo interés del infractor” (Ley N° 12.889, de 1958). La Ley N° 14.851, de 1962, precisó que la persona que no cumpliera con la obligación de inscribirse sería penada con prisión conmutable en multa e incluyó nuevas medidas para forzar a la inscripción (arts. 65 a 68).

En la Comisión Ortúzar se dieron con gran vigor las razones que justifican la obligatoriedad del sufragio y a favor de ésta se adhirió el señor Guzmán, quien se había manifestado vacilante al respecto (sesión 73ª, pp. 27 a 34).

Si la obligatoriedad se consagra en relación a los ciudadanos, el carácter facultativo queda reservado para los extranjeros. Esta precisión constitucional armoniza con el criterio que había dominado ya en la legislación; prevaleció espontáneamente en el debate, acogiendo el sentir del señor Ovalle (sesión 73ª, p. 15)”.

El mismo Silva Bascuñán apunta críticamente a las características del mecanismo imperante hoy de inscripción voluntaria y sufragio obligatorio, en que la obligatoriedad es puesta en duda por sanciones débiles e inefectivas: “La cuestión sobre la imperatividad del ejercicio del derecho que parecía así tan clara en nuestra tradición ciudadana, se ha vuelto en la actualidad desconcertante, por cuanto, por una parte, la Ley N° 18.556 no contiene una norma expresa que obligue a los ciudadanos a

²³ Consultar de Maurice DUVERGER (1988), su obra *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Barcelona, Edit. Ariel, 6ª edición refundida y dirigida por J. Solé Tura, 4ª reimp.), pp. 95-107. También de Francisco ZÚÑIGA U. (2005): *Sistemas Electorales: El sistema electoral empírico en Chile*, Colección Ideas, Fundación Chile 21, Santiago, consultar en www.chile21.cl.

inscribirse en los registros electorales, ni castiga al que no se inscribe, y por otra, la Ley N° 18.700 dispone que “todo ciudadano está obligado a sufragar, y el que no lo hiciera sufrirá la pena que fija el artículo 139, con las excepciones que prevé el mismo artículo”.

“En resumen, según pensamos, la Constitución no impone la obligatoriedad del voto, pero la ley, aunque no obliga a inscribirse, sanciona a la persona inscrita que no vote. El legislador está facultado, a nuestro juicio, para establecer el deber ciudadano de votar. Hay buenas razones para exigirlo y disponer medidas apropiadas para hacer efectivo su cumplimiento.”²⁴

La sinopsis de la obligatoriedad del sufragio es incompleta si no se tiene en cuenta la lenta marcha del sufragio universal en nuestro país, de la mano del perfeccionamiento del orden republicano democrático, desde el sufragio censitario y capacitario, con inscripción y boleta de calificación, en un contexto oligárquico de elecciones indirectas a Presidente de la República y cámara alta (en este último caso hasta la reforma constitucional de 1874 que reemplazó el artículo 24 de la Constitución de 1833), pasando por la reforma electoral de fines del siglo XIX que permitió ampliar el derecho de sufragio (artículo 16 de la Ley de Elecciones de 1874, artículo 8° nuevo de la Constitución de 1833 reformado en 1888) y revestirlo de secreto (Ley Electoral de 20 de agosto de 1890); hasta la progresiva reforma de la legislación electoral (dado el silencio de la Constitución de 1925): primero el sufragio de extranjeros en elecciones administrativas en 1934, segundo el sufragio femenino en elecciones administrativas en 1934 (Ley N° 5.357) y en elecciones políticas en 1949 (Ley N° 9.292) y finalmente analfabetos con la gran reforma de 1970 (art. 7° de la Constitución de 1925).

En suma, históricamente, la obligatoriedad del sufragio es una decisión reciente del legislador (Ley N° 12.922 de 1958, pasando a la Ley N° 14.853 de Inscripciones Electorales de 1962), pero representa el penúltimo acto de la difícil instalación del sufragio universal en nuestro país, y por ende, representa un progreso histórico en la perspectiva de la construcción del Estado como una república democrática, a la que acceden las clases medias y populares a través de partidos estables (G. Urzúa, R. Cruz Coke).²⁵ La anotada obligatoriedad del sufragio del artículo 62 de la Ley N° 14.852, se traduce en sanciones a los nacionales que no se inscribieran en los registros electorales estando obligados a hacerlo, habiéndose establecido penas de prisión conmutables por multas, junto con exigirse la inscripción para ciertos trámites o actuaciones administrativas, notariales o para obtener créditos. Sin embargo,

²⁴ Alejandro Silva BASCUÑÁN (1997): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., tomo IV), pp. 269-270. También consultar Mario VERDUGO M. Y OTROS (1994): *Derecho Constitucional* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile), tomo I, pp. 155-157.

²⁵ Consultar de Germán URZÚA VALENZUELA (1992): *Historia Política de Chile y su Evolución Electoral (Desde 1810 a 1992)* (Santiago, Edit. Jurídica de Chile). También Ricardo CRUZ-COKE (1981): *Geografía Electoral de Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

tales sanciones son relativamente débiles, ya que las sanciones establecidas en la Ley N° 9.334, son de mínima cuantía o entidad: multa de \$ 100 y publicación del nombre en un diario como censura por incumplir un deber electoral, pudiendo además el juez que conoce del caso, excusar de sanciones a los ciudadanos electores que no hayan sufragado por enfermedad, ausencia del país, por encontrarse domiciliado en distinta circunscripción electoral de aquella que le corresponde sufragar o por otro impedimento grave, debidamente comprobado, lo que se apreciará en conciencia por el juzgador.

Observamos en Chile una evolución del sufragio, desde el sufragio censitario y capacitario hasta el sufragio universal, lenta y difícil, de la mano de luchas sociales y democráticas, aunque ese componente democrático tiene una débil raíz en el siglo XIX. Precisamente en este orden de ideas un político y jurista de avanzada del siglo XIX como Lastarria aboga por una reforma política “radical” depositando en el “poder electoral” todas las funciones públicas a todos los ciudadanos mayores de 21 años que sepan leer y escribir, convirtiendo el sufragio en una función de un verdadero poder político confiado por la Constitución a los ciudadanos.²⁶ Por ello la supresión de la obligatoriedad del sufragio como una base constitucional de derecho objetivo, es para el sufragio universal y la participación de la ciudadanía un retroceso histórico político; y no sólo una contradicción con el orden republicano democrático.

En la misma perspectiva histórica las conquistas mesocráticas, sufragistas y populares de la república democrática del siglo XX (1925-1973) construida o fruto de diversos clivajes o líneas de conflicto: confesionalidad-aconfesionalidad (cuestión religiosa), crecimiento-pobreza (cuestión social), ciudad-campo (cuestión agraria), entre otros, con todas sus imperfecciones, son un piso o escalón del cual no podemos bajar, sino sacrificando la democracia misma.

V. SUFRAGIO OBLIGATORIO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

El politólogo germano Dieter Nohlen (1981) en su conocida obra *Sistemas Electorales del Mundo* nos recuerda el origen e importancia del “voto obligatorio”: “El voto obligatorio también pertenece al complejo del derecho electoral en sentido estricto. Su justificación teórico-jurídica reside en la tesis de que la realización del derecho político de participar en la designación de la representación popular es sinónimo de deber cívico (vid. Braunias, 1932/11, pp. 34 y ss.). Con todo, esta concepción no tiene por qué plasmarse en una determinación jurídica del voto obligatorio. De hecho, otros motivos han contribuido para que se introduzca la obligatoriedad del voto en algunas democracias occidentales. Al introducir el voto obliga-

²⁶ Consultar a José Victorino LASTARRIA (1910) en sus *Obras Completas*, el tomo V sobre “Proyectos de lei i Discursos parlamentarios” (Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Santiago), T. V, pp. 456-457.

torio en Bélgica, en 1893, se trataba, no solamente de terminar con el abastecimiento electoral (que, a consecuencia de la pérdida de tiempo se suponía el ir a votar a la capital de un *arrondissement*, alcanzaba entre el 25 y el 30%) sino, también, contrarrestar el riesgo de la manipulación del derecho de sufragio. El voto obligatorio pasaba por ser una garantía de la participación electoral y la emisión del voto sin influencias extrañas (vid. Barthelemy, 1912, pp. 475 y ss.). De modo parecido se argumentaba en los países vecinos, Holanda y Luxemburgo, una vez que se hubo implantado el voto obligatorio en 1917 y 1919; era necesario evitar que, a consecuencia de la ignorancia sobre los derechos políticos recientemente adquiridos, o de la manipulación, muchos electores nuevos se abstuvieran. Lo nuevo fue la estrecha relación que se estableció entre el voto obligatorio y la elección proporcional que se implantó por aquellos años. Si se produjera una elevada abstención electoral, el Parlamento no podría ser la representación de todos los intereses y opiniones posibles del pueblo, de forma que, en función de los objetivos de la elección proporcional, era lógico que se considerara al voto obligatorio como un correlato natural de la proporcionalidad (vid. Gargas, 1929, p. 214). En Holanda, sin embargo, únicamente se impuso una resistencia fuerte, especialmente por razones religiosas; incluso surgió un partido para luchar contra el voto obligatorio. Finalmente, el deber de comparecencia en el colegio electoral quedó abolido en 1971”.

En cuanto al régimen de sanciones el examen comparado de Nohlen demuestra y su efecto en la participación electoral es anotada del siguiente modo: “Las sanciones por violación de la obligatoriedad del voto (abstención electoral) eran diferentes según los países.

El efecto más importante del voto obligatorio reside en la elevación de la participación electoral que, en Bélgica aumentó el 48% en 1892 al 94,6% en 1894; en Australia, del 59% en 1922 a más del 91% en 1925. Por supuesto, en correlación con el aumento de participación electoral aumentaba también la cifra de votos nulos: en Bélgica, del 0,8% en 1892 al 3,9% en 1900. Desde la implantación del voto obligatorio, la cifra de votos nulos de entre todos los emitidos se sitúa en Luxemburgo en torno al 4,6%; en Italia ha oscilado entre el 7,7% (1946) y el 2,6% (1976)”.²⁷

De esta manera, la obligatoriedad del sufragio engarza históricamente con la consolidación de la democracia política, y con la predominancia epocal de las doctrinas que explican la naturaleza del sufragio como una función pública o un deber, y enderezada a reducir el abstencionismo electoral y con ello los riesgos de deslegitimación del sistema político. Por ello países como Bélgica en 1893 o España en 1907 fueron pioneros en establecer la obligatoriedad del sufragio, y hoy su justificación en el derecho comparado va de la mano de la idea de participación política y mejora del sistema democrático (Biscaretti di Ruffia).²⁸

²⁷ (Madrid, Edit. CEC), pp. 75-76-77.

²⁸ Consultar a Paolo BISCARETTI DI RUFFIA (1973): *Derecho Constitucional* (traducción, prólogo y notas P. Lucas Verdú, Madrid, Edit. Tecnos), pp. 190-192.

En cuanto al régimen de sanciones de orden económico (multas), de orden político (privación temporal del derecho de sufragio), de orden administrativo (para funcionarios) y de orden moral-social (publicación de ciudadanos no votantes), ésta es disímil en los países que han establecido el sufragio obligatorio, y también lo es su eficiencia. En general se trata de sanciones moderadas o simbólicas, y no penales. Ello, admite por ende relativizar una simplificación causal: sufragio obligatorio-sanción y consecuentemente mayor participación político-electoral, ya que el estudio de esta materia es más complejo, y concierne también a la madurez de las democracias y arraigo de cultura cívica, así como a la capacidad de los partidos políticos de movilizar al electorado, lo que se produce en sociedades con “clivajes” relevantes, y que encarnan en dilemas políticos, frente a los cuales la ciudadanía está presente.

En nuestra América Latina la discusión acerca del derecho de sufragio y la calidad de la política democrática conecta con la activa política internacional de salvaguarda del sistema democrático y las relaciones políticas internacionales dadas en el marco de OEA; lo que encuentra recepción en una novísima categoría: el “derecho humano a la democracia”, que no es sino la apoteosis verbosa con eco en la doctrina y jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos de una aproximación a la democracia y la gobernabilidad en nuestros países aquejada de innumerables problemas de desigualdad.

Con todo expresamente sobre el derecho de sufragio y su obligatoriedad no conocemos doctrina jurisprudencial específica.²⁹ El “derecho a la democracia” cristaliza entre dos aguas en las relaciones internacionales del continente, el principio de “no intervención” y la cláusula democrática, y tiene apoyatura en la Carta Democrática Interamericana, enunciándose como elementos esenciales los siguientes: 1. el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, 2. el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho, 3. la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; 4. el régimen plural de partidos y asociaciones políticas y 5. la separación e independencia de los poderes públicos (artículo 3º). A estos se suman otros componentes fundamentales enunciados por la Carta: 1. la transparencia de las actividades gubernamentales; 2. la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, 3. el respeto de los derechos sociales; 4. el respeto de la libertad de expresión y de prensa; 5. la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y 6. el respeto al Estado de Derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (artículo 4º).

La recepción constitucional de estos “elementos esenciales” y “elementos fundamentales” del “derecho a la democracia”, corresponde a una abigarrada composición de normas iusfundamentales de conducta y organización, que guardan rela-

²⁹ Consultar la obra del distinguido profesor venezolano Asdrúbal AGUIAR (2008): *Derecho a la Democracia* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Observatorio Iberoamericano de la Democracia), en especial pp. 77-186.

ción con las formas política y jurídico-política del Estado y su régimen político, y también con el catálogo de derechos fundamentales en general y derechos políticos en particular. Por todo ello más allá de la significación político e internacional del concepto “derecho a la democracia”, no es una noción a partir de la cual podamos extraer conclusiones acerca del derecho de sufragio y sus bases o principios, en especial su obligatoriedad.

Con todo guarda interés la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Yatama en la medida que enuncia algunos estándares en relación al sufragio universal, sus condiciones o requisitos y principios que le identifican: “198. Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho a voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán. 206. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue”.³⁰

VI. CONCLUSIONES

A pesar de lo expuesto, estamos concientes de los riesgos que puede importar para los derechos fundamentales en general y para los derechos políticos en particular, una concepción cargadamente “utilitarista” o “funcionalizada” en el entendimiento específico del derecho de sufragio, que conlleve una excesiva limitación de éste o su vaciamiento formalista. Por otra parte, el debate constitucional tiene como telón de fondo qué tipo de democracia queremos para nuestro país, y a tal cuestión capital subyacen inevitablemente, sea explícita o implícitamente, opciones ideoló-

³⁰ (Caso Yatama vs. Nicaragua, Serie C, N° 127, Sentencia de 23 de junio de 2005).

gicas en sentido fuerte o débil del término. En este sentido el debate sobre voluntariedad/obligatoriedad del sufragio es un tema abierto.

Sobre los riesgos de la “funcionalización” y del excesivo “utilitarismo” en la concepción del derecho de sufragio destaca Manuel Aragón Reyes: “El peligro que puede encerrar la excesiva “funcionalización” de un derecho se observa muy bien, justamente, en el derecho que estamos examinando cuando se considera el sufragio como obligación. La base jurídica justificativa de esa obligatoriedad está en la teoría que configura al cuerpo electoral como órgano del Estado, cuya consecuencia es, sin duda alguna, la negación de la soberanía popular, en cuanto que introduce al propio pueblo en el seno de la persona jurídica estatal, pasando de ser el titular del poder a un mero órgano que ejerce, mediante el sufragio, una función pública y que, por ello, sólo actúa con las competencias, el modo y la forma que el poder (el Estado) le tiene atribuidos. En tal supuesto no hay distinción, pues, entre sociedad y Estado, entre pueblo y poder público. Son, en fin, muy bien conocidas las implicaciones (no queridas quizá en la mayoría de los casos, pero inevitables) entre esta concepción iuspositivista y las teorías políticas de la democracia “no liberal” (“popular”, “orgánica”, etc.).

También podrían basarse en un “exceso” de utilitarismo otras medidas restrictivas del derecho individual, como la reducción de la libertad de presentación de candidaturas mediante el establecimiento de su monopolio a favor de los partidos (lo que ocurre en la mayoría de los países latinoamericanos) o la fijación de un número en exceso elevado de firmas necesarias para la presentación de candidaturas independientes; o la ampliación de las causas de exclusión del derecho de sufragio o de los supuestos de inelegibilidades tomando en consideración circunstancias personales o sociales que no podrían servir como razones para negar la titularidad o el ejercicio de otros derechos, pero sí del derecho de sufragio basándose en el argumento de que podría suministrar su “funcionalidad”, esto es, el fin tan alto al que este derecho sirve”.³¹

En cuanto a la democracia que queremos, la decisión iusfundamental del artículo 4º de la Constitución en orden a que Chile se constituye como una república democrática, debe ser leída como la recepción de una tradición republicana democrática, que se asiente en la apertura de espacios públicos de deliberación, el diálogo y en el predominio de la política democrática, el viejo ideal de autogobierno del pueblo, más que en el predominio de las élites, los guardianes de la democracia o del mercado en su expresión política el mercado electoral y el elitismo democrático. En la democracia política del orden económico-social tardo capitalista, es en el plano político en donde es posible la igualdad, y para ello el sufragio universal y la mayor participación ciudadana resultan indispensable para que predomine la política democrática y no el poder económico. Por lo demás sin esa igualdad, que permite ausencia de dominación heterónoma y alienada, no resulta posible la libertad de todos los individuos, al existir un nexo necesario entre la libertad y el espacio de lo

³¹ Manuel ARAGÓN REYES (1998): *Derecho de Sufragio: Principio y función*, ob. cit., p. 99.

público en la deliberación es posible, y con ello una ética del respeto o diálogo, fundante de los derechos mismos.³²

Ahora bien, en nuestro país el sistema imperante antes de la reforma constitucional en ciernes es de inscripción voluntaria en los registros electorales, en que la inscripción es considerada por la jurisprudencia constitucional una manera de acreditar los requisitos de los artículos 13 y 14 de la Constitución (STC Rol N° 38, de 1986); configurándose así el padrón o censo electoral. Tal inscripción es una condición de ejercicio del derecho de sufragio, no elemento de su titularidad, por lo que inscrito el ciudadano elector, el sufragio deviene en obligatorio, y ello tiene una razón profunda el sufragio en su doble naturaleza de derecho subjetivo y función pública, dado el interés público existente en la conformación del cuerpo electoral que le dé soporte a la soberanía, es indisponible.

Con todo, efectivamente se hace necesario conjurar los riesgos de funcionalización y de utilitarismo, que muten un derecho en puro deber. Tal riesgo no existe en nuestro país antes de la reforma constitucional con la inscripción voluntaria, ya que el elemento voluntariedad está presente en la inscripción y además por la circunstancia que para extranjeros, que reúnan los requisitos de idoneidad, el sufragio es voluntario. En el plano teórico estos riesgos, son relativizados eficientemente, a través de una aproximación institucional del derecho sufragio, que dé cuenta de su doble naturaleza subjetiva-objetiva: derecho-deber o función; cumpliendo funciones específicas en la república democrática, a saber: producir representación, producir participación popular, producir gobiernos legítimos y limitar temporalmente el servicio en el poder político. En efecto, esto significa que el derecho de sufragio es su dimensión subjetiva es una facultad por regla del ciudadano que cumple con los requisitos mínimos de idoneidad en orden a participar en la formación de la voluntad política del Estado a través del sufragio en votaciones populares (elecciones y plebiscitos); y en su dimensión objetiva el derecho de sufragio transforma a su titular –por regla un ciudadano y por excepción extranjeros en los términos del artículo 14 de la Constitución– en depositario de una función pública integrando el cuerpo electoral o pueblo, cuasi órgano del Estado titular de la soberanía (nacional o popular) en los términos del inciso 1° del artículo 5° de la Carta, y en tal medida el miembro del cuerpo electoral es obligado a participar ejerciendo el derecho de sufragio y así cumplir las funciones esenciales de éste en el sistema democrático. En esa dimensión objetiva o de derecho objetivo tienen pleno acoplamiento las bases o principios del sufragio: sufragio personal, sufragio igualitario, sufragio secreto y sufragio obligatorio.

Por todo ello, consideramos ajustado a la decisión iusfundamental del artículo 4° de la Constitución relativa a la forma política del Estado (república democrática) y al principio de la soberanía popular del artículo 5° de la misma Carta conservar la obligatoriedad del sufragio como una base o principio basal del derecho político de sufragio, pudiendo perfeccionarse la legislación electoral en tres sentidos: primero,

³² Consultar a Hanna ARENDT (1997): *¿Qué es la política?* (Buenos aires, Edit. Paidós).

introduciendo reformas a la legislación electoral que promuevan y simplifiquen la inscripción electoral, segundo establecer la inscripción automática para los ciudadanos que cumplan los requisitos de idoneidad mínimos del estatus secundario de ciudadanía (quedando fuera de la inscripción automática sólo los extranjeros, que para ejercer el derecho de sufragio deben cumplir con lo prevenido en el artículo 14 Constitución Política de la República y artículo 37 de la Ley N° 18.556) y tercero, perfeccionar el sistema de sanciones frente a infracciones a la obligatoriedad, incorporando a la sanción base (multas), sanciones alternativas como son las cargas comunitarias o sociales.

Por otra parte en nuestra América Latina en la que predomina el sufragio obligatorio para los ciudadanos, tal obligatoriedad es parte del intento de “ingeniería constitucional” de reforzar la legitimidad de sus sistemas democráticos. No es casual que las democracias noveles de nuestro continente opten por el sufragio obligatorio precisamente para superar la alienación política y la débil cultura cívica propia de regímenes autoritarios, caudillistas y populistas, que han dominado la escena durante buena parte de los siglos XIX y XX.

En este mismo orden de ideas, el sufragio voluntario es un retroceso histórico político que plantea la amenaza del abstencionismo electoral creciente y deslegitimación del sistema democrático, la elitización u oligarquización de la participación en la democracia política y socavamiento de las bases mismas del orden republicano democrático, entre otros peligros. En suma, las patologías del mecanismo imperante hoy de inscripción voluntaria y sufragio obligatorio, tales como el envejecimiento del padrón electoral, prácticamente nulo crecimiento de éste, el desinterés de los ciudadanos por la política, el desprestigio de los partidos y la clase política, la mala calidad de la política, la oligarquización y parlamentarización de los partidos políticos, entre otros factores encuentra en la implantación del sufragio voluntario un mal remedio. La competencia electoral, el reencantamiento de la ciudadanía con los partidos, como ciudadanos-consumidores en el mercado de la política, favorecidos por la inscripción automática y sufragio voluntario es un mal remedio que arranca de un errado diagnóstico: los síntomas de la patología que está en la base del desinterés en la participación y el descrédito de la actividad política tienen estrecha relación con las desigualdades y distorsiones de representación y de competencia que provoca un sistema electoral como el imperante.³³

Además, es menester subrayar que un cuerpo electoral disminuido por el abstencionismo, facilitado por el sufragio voluntario, junto con debilitar la legitimidad democrática del sistema, es presa de minorías que adquieren mayor peso en la conformación de la voluntad política del Estado.

³³ Consultar el interesante Informe del PNUD, Nueva York de 2004: “La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos”.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, Asdrúbal (2008). *Derecho a la Democracia* (Editorial Jurídica Venezolana-Observatorio Iberoamericano de la Democracia, Caracas).
- ALAEZ CORRAL, Benito (2006). *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?* (Edit. CEPC, Madrid).
- ALDUNATE L., Eduardo (2008). *Derechos Fundamentales* (Edit. Legal Publishing, Santiago).
- ALDUNATE L., Eduardo (2003). “Los efectos de irradiación de los derechos fundamentales”, en VV.AA. *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Editorial Jurídica de Chile-Universidad Austral, Santiago, pp. 13-38.
- ARAGÓN REYES, Manuel (1998). “Derecho de sufragio: principio y función” (pp. 89-103) en obra colectiva de D. Nohlen – D. Zovatto: *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina* (FCE, México), pp. 97 y 99.
- ARENDT, Hanna (1997). *¿Qué es la política?* (Edit. Paidós, Buenos Aires).
- BEAUD, Olivier (1992). “Le droit de vote des étrangers: l’apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage”, en *Revue Française de Droit Administratif*, Vol. 8.
- BERLIN, Isaiah(1974). “Dos conceptos de libertad” en *Libertad y necesidad en la historia* (Edit. Revista de Occidente, Madrid).
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo (1973). *Derecho Constitucional* (traducción, prólogo y notas P. Lucas Verdú, Edit. Tecnos, Madrid), pp. 190-192.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1969). *Derecho Político* (Edit. Aguilar, 3ª edic., Buenos Aires), pp. 480-482.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (trad. Rafael Agapito Serrano, Edit. Trotta, Madrid), pp. 83-92.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1993). *Escritos de Derechos Fundamentales* (prólogo de F. Bastida F. y traducción J.L. Requejo P. e I. Villaverde, Nomos Verlag, Baden Baden).
- BOVERO, Michelangelo (1987). “Sobre los Fundamentos de la Democracia”, Dianoia, México.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond (1948). *Teoría General del Estado* (traducción J. Lión Depetre, FCE, México DF), pp. 1114-1115, pp. 1142-1143.
- CONSTANT, Benjamín (1989). *Escritos políticos* (Estudio, traducción y notas de M.L. Sánchez Mejía, Edit. CEC, Madrid), pp. 257-285.
- CRUZ-COKE, Ricardo (1981). *Geografía Electoral de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- DUGUIT, Leon (1928). *Traité de Droit Constitutionnel* (2ª y 3ª edición, Edit. De Brocard Suc., 5 vol., Paris, reedición actual de Cujas), Tomo II, 585-589.
- DUGUIT, Leon (1926). *Manual de Derecho Constitucional* (traducción, prólogo y apéndice de José G. Acuña, Librería de F. Beltrán, 2ª edición española, Madrid), pp. 134-135.
- DUGUIT, Leon (1943). *Soberanía y Libertad* (trad. J. Acuña, Edit. Tor, Buenos Aires), pp. 89-90.
- DUVERGER, Maurice (1980). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Edit. Ariel, 6ª edición refundida y dirigida por J. Solé Tura, Barcelona, 4ª reimp. 1988), pp. 95-107.
- ESMEIN, A. (1903). *Elements de Droit Constitutionnel Francais et Comparé* (LSRG des Lois et Des Arrêts, 3ª edición, Paris), pp. 209-216.

- FAYT, Carlos S. (1988). *Derecho Político* (Edic. Depalma, 7ª edic, 2 vol., Buenos Aires, 1988), tomo I, pp. 156-157.
- FRAILE ORTIZ, María (2003). *El significado de la ciudadanía europea* (Edit. CEPC, Madrid).
- HABERMAS, Jürgen (2005). *Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa* (trad. M. Jiménez R.), en revista Polis, Vol. 4, N° 10, U. Bolivariana, pp. 113-122 y p. 116.
- HAURIOU, Maurice (1929) (1927). *Précis de Droit Constitutionnel* (L.R. Sirey, 2ª edición, Paris), pp 565-567.
- HAURIOU, Maurice (1927). *Principios de Derecho Público y Constitucional* (traducción, estudio, notas y adiciones de C. Ruiz del Castillo, 2ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid), pp. 507-510.
- JELLINEK, Georg (1970). *Teoría General del Estado* (traducción y prólogo de Fernando de los Ríos). Edit. Albatros, Buenos Aires, pp. 306-320.
- KELSEN, Hans (1979). *Teoría General del Estado* (traducción L. Legaz L., Editora Nacional, México DF.), pp.199-202.
- KELSEN, Hans (1977). *Esencia y Valor de la Democracia* (trad. R. Luengo T. y L. Legaz L., nota de I. de Otto, Edit. Labor, Barcelona), p. 30.
- LABAND, Paul (1900-1904). *Le Droit Public de L'Empire Allemand* (prefacio de M.F. Larnaude y traducción de C. Gandilhon, Edita V. Giard & E. Brière L-E, Paris, 7 vol.), tomo I, pp. 463-510.
- LASTARRIA, José Victorino (1910). *Obras Completas*, tomo V, "Proyectos de lei i Discursos parlamentarios" (Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Santiago), pp. 456-457.
- LINARES QUINTANA, Segundo (1988). *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado* (Edit. Plus Ultra, 2ª edic., 9 vol., Buenos Aires), tomo 8, pp. 71-76.
- NOHLEN, Dieter (1981). *Sistemas Electorales del Mundo* (trad. R.G. Cotarelo, Edit. CEC, Madrid), pp. 75-76-77.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1986). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Edit. Tecnos, 2ª edic., Madrid), p. 48.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás (1989). *Tratado de Derecho Político* (Edit. Civitas, Madrid, reimpresión de 1ª edición), pp. 339-342.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2004). "La estructura de las normas de derechos fundamentales" en libro coordinado por Francisco J. Bastida Freijedo: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978* (Edit. Tecnos, Madrid), pp. 45-56.
- POSADA, Adolfo (2003). *Tratado de Derecho Político* (reedición de obra clásica en su edición de 1935, Edit. Comares, Granada), pp. 389-394.
- POSADA, Adolfo. *El Sufragio según las teorías filosóficas y las principales legislaciones* (S. M. Soler Editores, Barcelona, s/f.).
- POSADA, Adolfo. *Ciencia Política* (S.M. Soler Editores, Barcelona, s/f), p. 153.
- SABINE, George (1990). *Historia de la Teoría Política* (trad. V. Herrero, FCE, 1945, 1ª reimp. Argentina, Buenos Aires, 1990), pp. 367-381.
- SKINNER, Quentin (1993). *Los Fundamentos del Pensamiento Político Moderno* (trad. J.J. Utrilla, FCE, 1ª edic., 1985, 2 vol., 2ª edic., México DF), Vol. I pp. 164-215.

- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997). *Tratado de Derecho Constitucional* (tomo IV, 2ª ed., Edit. Jurídica de Chile, Santiago), pp. 269-270.
- STERN, Klaus (1988). “El Sistema de los Derechos Fundamentales en la República Federal de Alemania” (trad. J. Nicolás M.), en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 1, septiembre-diciembre, pp. 261-277.
- TROPER, Michel (1997). “Le notion de citoyen sous la Revolution Francaise”. En colectivo *Etudes en l’honneur de Georges Duspais* (LGDJ, Montchrestien).
- URZÚA VALENZUELA, Germán (1992). *Historia Política de Chile y su Evolución Electoral (Desde 1810 a 1992)*, (Edit. Jurídica de Chile, Santiago).
- VERDUGO M., Mario (1994). *Derecho Constitucional* (Edit. Jurídica de Chile, Santiago), tomo I, pp. 155-157.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2005). *Sistemas Electorales: El sistema electoral empírico en Chile*, Colección Ideas, Fundación Chile 21, Santiago, consultar en www.chile21.cl.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2006). *Control de constitucionalidad y sentencia* (Edita Tribunal Constitucional, Santiago).