

Sentencia Rol N° 2777-15 del Tribunal Constitucional, sobre requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de reforma electoral (Boletín N° 9326-07)

Doctrina:

- El concepto de “sufragio igualitario” consagrado en el artículo 15° de la Constitución Política de la República, no importa un mandato al legislador de darle una igualdad de peso a cada elector al momento de transformar los votos en escaños, sino que simplemente reafirma la conquista del sufragio universal y la igualdad política. En consecuencia, la igualdad que exige la citada disposición constitucional sobre el ejercicio del derecho a voto no es ni una igualdad formal (como la del artículo 19 N° 2) ni una igualdad material (propia del constitucionalismo social y de las acciones afirmativas), sino de una igualdad política que se expresa en la idéntica posibilidad para todos los ciudadanos de participar en la vida política de la Nación.

- La amplia libertad por parte del legislador para la configuración y la determinación de los elementos del sistema electoral, así como en lo relativo a sus objetivos, sin desconocer que dicha libertad reconoce matices, puesto que debe vincularse a criterios constitucionales sustanciales que enmarcan decisiones legislativas no arbitrarias.

- Ahora bien, en cuanto la procedencia constitucional en el establecimiento de elementos diferenciadores en el proyecto de ley requerido, el Tribunal razona a partir del derecho internacional de los derechos humanos, consagrado en virtud del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, extendiendo debidamente sus consecuencias en relación con el derecho interno, concluyendo que las finalidades perseguidas por la legislación recurrida, y por lo tanto, las diferencias que plantea entre candidatos y candidatas, no se apartan de la justicia ni de la razón, ni persiguen fines arbitrarios, caprichosos, o carecen de justificación objetiva o razonable; más aún cuando se presenta evidencia objetiva sobre la ausencia relativa de mujeres en el Parlamento, ante lo cual, la cuota a favor de la inclusión de candidatas en las elecciones parlamentarias se encuadran en el marco constitucional chileno. Todo lo anterior, se ve refrendado con el desarrollo a partir del texto fundamental de

* *Profesor Titular de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.*

un principio de discriminación compensatorio o inversa, o como bien lo reconoce el Tribunal Constitucional, las denominadas “acciones afirmativas”.

• Finalmente, el Tribunal Constitucional se hace cargo sobre los efectos de sus precedentes en aquellos casos en que debe conocer y fallar el mismo asunto, en el ejercicio de su competencia de control de constitucionalidad preventivo de la ley, tanto facultativo como obligatorio. En estos casos, el Tribunal concluye que la decisión tomada sobre ciertas materias en sede preventivo facultativa, le son vinculantes cuando le corresponde fallar sobre los mismos preceptos en virtud del control preventivo obligatorio, de igual forma como sucede en aquellos casos en que le corresponde al Tribunal conocer de la inaplicabilidad de un precepto, tiene efectos vinculantes lo resuelto en el control preventivo facultativo y obligatorio.

Normativa invocada:

- Artículos 1°, 5°, 15°, 19 N° 2 y N° 22° de la Constitución Política de la República.
- Artículos 3°, 25° C, 32°, 37°, 45 bis, 47° F N° 2 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Ley N° 18.700, Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios

I. Introducción

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha dictado, en fallo dividido, sentencia definitiva en sus autos rol N° 2777-15, recaído sobre el requerimiento de inconstitucionalidad respecto del proyecto de ley que sustituye el sistema electoral binominal por un sistema electoral de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representación del Congreso Nacional (Boletín N° 9326-07). La sentencia en cuestión es de interés no sólo por la gran trascendencia del proyecto de ley que ha dejado firme en su discusión, sino además por varios aspectos sobre los cuales el Tribunal ha tenido ocasión de reflexionar y pronunciarse.

Al respecto, nos interesa hacer algunos comentarios sobre lo que señala sobre el principio de igualdad del voto, sobre las acciones afirmativas –a propósito de la cuota de género que dispone el proyecto analizado– y, además, sobre la invocación que realizó el Tribunal en su razonamiento a normas del derecho internacional de los derechos humanos.

A continuación, se hará una exposición sintética del contenido del requerimiento y, luego, del razonamiento realizado por el Tribunal. Sin perjuicio de lo dicho hasta ese punto, a continuación se harán nuestros comentarios.

II. El requerimiento

Con fecha 24 de enero de 2015, doce senadores de oposición dedujeron un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del proyecto de ley que sustituye el sistema electoral binominal por un sistema electoral de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representación del Congreso Nacional (Boletín N° 9326-07). El requerimiento denunciaba la inconstitucionalidad de algunos aspectos particulares del proyecto, mas no del cambio del sistema electoral en sí, y dio inicio a los autos rol N° 2777-15 del Tribunal Constitucional.

En primer lugar, requirieron la inconstitucionalidad de las cantidades de diputados a ser electos asignados a los nuevos distritos electorales, formados a partir de los actualmente existentes, cantidades de vigencia transitoria para las elecciones de 2017 y 2021; así como la facultad del Consejo Directivo del Servicio Electoral de actualizar cada diez años las cantidades de diputados a partir del año 2024, en base a las estadísticas oficiales de población existentes a la época, sólo en cuanto no podrá asignar a cada distrito menos de 3 ni más de 8 diputados¹.

El requerimiento sobre estas partes del proyecto se funda en una supuesta vulneración del principio de igualdad del voto, por cuanto los parlamentarios requirentes observan que el nuevo artículo 179 de la Ley N° 18.700 infringiría el artículo 15 de la Constitución que consagra el sufragio igualitario en las votaciones populares. De acuerdo a los senadores requirentes, el proyecto no respetó el principio de igualdad del voto, pues se observarían significativas diferencias en el número de electores por diputado entre distritos, diferencias que serían arbitrarias. Acusan, de la misma forma, la infracción al principio de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 CPR) y el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1° CPR). Por la misma razón sería inconstitucional, según los requirentes, el nuevo artículo 25 transitorio de la Ley N° 18.700, pues esta norma hace operativa la asignación transitoria impugnada, difiriendo la facultad de reasignación de escaños del SERVEL hasta el año 2024.

De acuerdo a los requirentes, de acogerse el requerimiento, podría operar desde ya el artículo 179 bis nuevo de la Ley N° 18.700, quedando facultado el SERVEL para asignar los escaños de acuerdo a la efectiva población de los distritos. Ahora bien, respecto de este artículo, solicitan que se declare inconstitucional su letra b), que es la que dispone que ningún distrito podrá elegir menos de 3 ni más de 8 diputados.

En segundo lugar, los requirentes objetan la constitucionalidad del sistema de cuotas de género establecido en el proyecto de ley. Las disposiciones cuestionadas incorporan una “cuota de género”, en orden, por un lado, a que en las declaraciones de candidaturas para diputados y senadores de los partidos políticos ni los candidatos hombres ni las candidatas mujeres puedan superar el 60% del total, y por el otro, a que el partido que opte por realizar elecciones primarias para los períodos 2017,

¹ En este capítulo se requirió la inconstitucionalidad de los números 8), 9) y 14), en las partes indicadas, del artículo 1° del proyecto, del proyecto, disposiciones que sustituyen el artículo 179 e incorporan un nuevo artículo 179 bis a la Ley N° 18.700, Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios.

2021, 2025 y 2029 sólo podrá someter a dicho procedimiento hasta el 40% del total de candidaturas a parlamentarios que pueda declarar para la elección definitiva².

Los requirentes no cuestionan *per se* el mecanismo de cuotas de género, sino la forma en que se manifestó en el proyecto, ya que entienden que infringe el artículo 19 N° 15, inciso quinto de la Carta que, en el marco de la libertad de asociación, estableció un sistema de elecciones primarias. Señalan que el proyecto impide parcialmente someterse a primarias, pese a que la Constitución las definió como voluntarias, libres y vinculantes.

En tercer lugar, objetaron la constitucionalidad de la disposición del proyecto que rebajó de un 0,5% a un 0,25% del electorado que hubiese votado en la última elección de diputados, el número de ciudadanos que se requiere para constituir un partido político en una región. Tal modificación no se aplicó a las candidaturas independientes, que seguirán necesitando de un 0,5% de las firmas del electorado que hubiese votado en la última elección de diputados en su respectivo distrito. Así, según los requirentes, se configuraría una ventaja para la presentación de candidaturas a diputado o senador cuando el territorio electoral de éstos coincida con el de una región, por la vía de conformar un nuevo partido político³.

En cuarto y último lugar, los requirentes objetan la constitucionalidad formal de las disposiciones que aumentan el número de diputados a 155 y el de senadores a 50, por no indicarse con precisión las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto en lo referido a las asignaciones parlamentarias⁴.

En la oportunidad procesal correspondiente la Presidenta de la República realizó sus observaciones, solicitando el rechazo del requerimiento. Además, el Tribunal convocó a una audiencia pública en que escuchó las consideraciones de varios actores de la sociedad civil interesados en la controversia. Finalmente, tras proceder a la vista de la causa, dictó sentencia con fecha 30 de marzo de 2015, rechazando íntegramente el requerimiento.

III. La sentencia

La sentencia contó con los votos a favor de los ministros Carmona (Presidente), Fernández, García, Hernández, Pozo y la ministra Marisol Peña Torres; ésta última ministra con una razonada prevención. En contra votaron los ministros Aróstica, Brahm y Letelier. Por su parte, el ministro Juan José Romero concurrió a rechazar el requerimiento en lo concerniente a las cuotas de género y las primarias, así como en lo relativo al financiamiento del gasto adicional del Congreso Nacional; pero concurrió también a acoger el requerimiento en lo relativo a la igualdad entre candidatos de partidos políticos e independientes y parcialmente en lo relativo a la igualdad del voto.

² En este capítulo se requirió la inconstitucionalidad de artículo 1º, número 1), letra b) y del artículo 4º, número 3) del proyecto de ley, disposiciones que modifican el artículo 3º bis de la Ley N° 18.700 (añadiendo un nuevo inciso quinto) e incorporando un nuevo artículo tercero transitorio a la Ley N° 20.640, sobre sistema de elecciones primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, Parlamentarios y Alcaldes.

³ Los requirentes así objetan la letra a) del número 2) del artículo 3º del proyecto, que modifica el inciso primero del artículo 6º de la Ley N° 18.603, Orgánica Constitucional de Partidos Políticos.

⁴ En concreto, objetan los numerales 8) y 10) del artículo 1º del proyecto, que sustituyen los artículos 179 y 180 de la Ley N° 18.700.

A efectos de exponer y luego analizar el contenido de la sentencia del Tribunal que resolvió el requerimiento, rechazándolo íntegramente, utilizaremos los mismos tres capítulos usados por el Tribunal para ordenar su exposición.

1. La igualdad del voto

El Tribunal parte reconociendo los elementos que componen todo sistema electoral:

“Que la construcción de un sistema electoral propiamente tal requiere la adopción de un conjunto de decisiones acerca de la modalidad jurídica del voto, del factor territorial que demarca distritos y circunscripciones senatoriales, el factor de conversión de votos a escaños (o sistema electoral estricto), la actualización demográfica y los objetivos del sistema en su conjunto, orientados a producir resultados en una gradiente que va desde la máxima gobernabilidad con mínima representación a la máxima representatividad con mínimos de eficacia gubernativa”⁵ (c.1º).

Luego, y citándose a sí mismo (STC 67, c. 10º, fallo de 1989), señala respecto a tales elementos que “el legislador tiene amplia libertad de configuración o margen de discrecionalidad para la determinación de los distritos y del sistema electoral en general”, aun sobre “factores de carácter geográfico, territorial, poblacional, socioeconómicos, estratégicos, etc.” (c. 2º). Con todo, y citando las prevenciones de su sentencia 2.466 (control preventivo de la Ley sobre elección democrática de los consejeros regionales), reconoce que “tal libertad tiene matices puesto que debe vincularse a criterios constitucionales sustanciales que enmarcan decisiones legislativas no arbitrarias” (c. 3º).

Luego, partiendo un “estudio de los elementos integrantes del sistema electoral” para ver “cómo se produce el condicionamiento constitucional de la libertad del legislador para definir el mismo” (c. 6º), deja en claro que “en lo relativo a los objetivos de un sistema electoral, esto es, a las finalidades buscadas por el legislador en la regulación del sistema político, la Constitución no contiene ninguna referencia”. Agrega:

“No es posible deducir, directa o indirectamente, de alguna norma un criterio que apunte a dotar al sistema político democrático de mayor representatividad o, por el contrario, que sacrifique grados de inclusión política por adoptar un criterio fuerte de gobernabilidad” (c. 7º).

Ello contrasta, como destaca la sentencia, con la situación bajo la vigencia de la Constitución de 1925 que disponía en su artículo 25 que: “En las elecciones de Diputados y Senadores se empleará un procedimiento que dé por resultado en la práctica una efectiva proporcionalidad en la representación de las opiniones y de los partidos políticos” (artículo 25 de la Constitución de 1925)” (c.7º, el subrayado es de la sentencia).

Por su parte, respecto al “factor territorial de los distritos y circunscripciones senatoriales sí predetermina algunas normas constitucionales que orientan la decisión del legislador orgánico constitucional” (el subrayado es del original). Así, señala que las circunscripciones senatoriales deben considerar “a las regiones del país, cada una de las cuales constituirá, a lo menos, una circunscripción” (art. 49 CPR). Luego, hecha esa salvedad, “es resorte exclusivo del legislador orgánico determinar los distritos

⁵ El tribunal hace referencia en este párrafo a Nohlen (1995) y a Vallés y Bosch (1997).

y las circunscripciones senatoriales” (c. 8º)⁶. Asimismo, también “el constituyente le ha entregado total libertad al legislador orgánico” sobre el “sistema electoral en un sentido estricto”, “puesto que la ‘forma de su elección [de diputados y senadores] es de resorte exclusivo de éste” (c. 9º, el subrayado es del original).

Siguiendo con su análisis, el Tribunal señala que “en lo relativo a la modalidad del voto, la Constitución dispone, en su artículo 15, que “en las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario” delegando en el legislador orgánico constitucional la “organización y funcionamiento” del sistema electoral público, con la obligación de garantizar “la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos” (c. 10º). Finalmente, expone que “en cuanto a la actualización del sistema electoral para incluir criterios demográficos que lo adecuen a los cambios poblacionales al interior de las circunscripciones o distritos, no existe ninguna norma constitucional de la cual pueda deducirse la obligación de representación conforme a unos u otros factores” (c. 11º).

Ahora bien, respecto de la supuesta desproporción intolerable entre los distritos electorales, el Tribunal concluye, en primer lugar, que “el juicio de igualdad formal no arroja una desproporción no justificada en algún objetivo constitucional”. Señaló el Tribunal que “las normas constitucionales que directamente regulan el sistema electoral (artículos 47 y 49 de la Constitución) no contienen un mandato específico de realización o promoción de la igualdad o proporcionalidad en la construcción del sistema electoral”. Luego, la “impugnación de autos se fundamenta en normas incidentales a la construcción del sistema electoral, relativas a la modalidad del voto, y que se reducen al principio del ‘voto igualitario’ y su aplicación en el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente en cuanto a que ‘ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias’” (c.14º). Al respecto, en su considerando 15º, la sentencia agrega que “cabe preguntarse si el criterio de igualdad aplicado a reglas electorales es uno de aquellos que exige un tipo especial de examen constitucional” y agrega:

“Como se sabe, nuestra Constitución no contiene un listado taxativo de factores que preeterminen un ejercicio especialmente cauteloso a la hora de hacer diferencias o distinciones en decisiones públicas o en leyes propiamente tales o en reglas de trato. Por tanto, esos criterios hay que encontrarlos, en conjunción con los deberes estatales de respeto y promoción reconocidos en el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución”.

Hecha esa invocación del derecho internacional de los derechos humanos, la sentencia reproduce el contenido de los artículos 2º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (obligación de los Estados de respetar los derechos del Pacto sin discriminación alguna y garantía de la igualdad

⁶ La sentencia agrega un detalle al decir: “Adicionalmente, una norma que implica indirectamente al factor territorial es el artículo 113, inciso final, de la Constitución, que dispone que ‘los senadores y diputados que representen a las circunscripciones y distritos de la región podrán, cuando lo estimen conveniente, asistir a las sesiones del consejo regional y tomar parte de sus debates, sin derecho a voto’. Con ello, se deduce que los distritos deben ser configurados territorialmente al interior de una misma región”.

ante la ley)⁷, invocando además las “normas similares” de los artículos 1° y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸. Y concluye que:

“En síntesis, desde la Constitución y desde el estándar propio de los tratados internacionales de los derechos humanos no existe obligación específica que cautele en contra de regulaciones electorales que manifiesten distorsiones territoriales como las alegadas en el requerimiento, salvo que ellas estuvieren construidas como una modalidad de discriminación de determinadas ‘opiniones políticas o de cualquier índole’. Sin embargo, esa es una cuestión no reclamada en autos por los requirentes y respecto de la cual se planteó el desafío –por parte de la defensa del proyecto de ley- de que este sistema estaba construido sin sesgos de esa naturaleza, cuestión no refutada en el presente proceso constitucional. Por tanto, el estándar de la legislación electoral debe sortear un escrutinio simple de igualdad, apuntando a las razones que legitiman las diferencias y siendo obligación del requirente probar las diferencias arbitrarias”.

La sentencia luego, a propósito de lo expresado en el requerimiento en orden a que “el sistema electoral está construido con una desviación estándar ascendiente a 26% por sobre la media, constituyendo una distorsión fuerte de valor alto”, el sentenciador se pregunta: “¿Es plausible construir el término de comparación del juicio de igualdad sólo en el valor sustancialmente igual del voto de los electores con derecho a sufragio?”. Más clave aun: “¿Es el estándar que la Constitución exige para la construcción y diseño del sistema electoral?” (c. 16°). El Tribunal al respecto responde que “los propios requirentes se dan cuenta de que no es posible construir un término de comparación en materia electoral reducido a un solo criterio: el de igualdad sustancial del voto”. Esto, pues “asumen que una de las principales conclusiones de las distorsiones resultantes radica en que hay territorios, como los extremos norte y sur, así como los centros poblados (especialmente Santiago), que pueden ser sobrerrepresentados o subrepresentados, respectivamente”. Y agrega “que el sistema electoral es un complejo mecanismo que equilibra objetivos, principios, derechos, reglas y prácticas que han de satisfacer la condición de que Chile es una república democrática (artículo 4° de la Constitución) y donde periódicamente la soberanía popular se expresa mediante votaciones populares (artículo 5° de la Constitución). Por lo tanto, ha de construirse sobre el territorio” (c. 17°).

Luego, en el notable considerando 18°, el Tribunal recuerda que los 28 distritos configurados por el nuevo sistema electoral “tienen limitaciones estructurales que se gobiernan desde una perspectiva diferente a la proyección del voto igualitario”. Así, en primer lugar considera que “se trata de una

⁷ El artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que es deber de los Estados respetar “los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Por su parte, el artículo 26 del mismo instrumento reconoce a todas las personas que “son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición social”.

⁸ El artículo 1° de la Convención Americana establece la obligación de respetar los derechos, en los siguientes términos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Por su parte, el artículo 24 establece la garantía de la igualdad ante la ley, en los siguientes términos: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

delimitación que se realiza sobre la base de los 60 distritos existentes, que se fusionan, pero sin alterar su actual configuración territorial” y además respetando la regla del artículo 113 constitucional, que los limita a una misma región. Además, el Tribunal destaca que “no es una construcción *ad hoc* para el sistema electoral sino que utiliza las divisiones político administrativas existentes a partir de las comunas del país”. Demostrando una destreza en la materia, la sentencia añade:

“Todos estos criterios territoriales no pueden ser calificados como ‘gerrymandering’, esto es como una delimitación política de los distritos, efectuada ad hoc con el objeto de valorar resultados político-electorales conocidos, privilegiando zonas que favorecen y debilitando áreas desfavorables. En el caso chileno, parece concurrir lo que la doctrina ha denominado ‘gerrymandering natural’. Esto es, aquel diseño electoral que no resulta de una redistribución deliberadamente orientada, sino que es fruto de efectos combinados de ciudades fuertemente concentradas y, a la vez, de lugares aislados de escasa población”.

Luego, se arriesga al razonar que una actuación distinta del legislador podría haberle hecho incurrir en una infracción de la Carta:

“Esta construcción teórica permite explicar que el sistema electoral chileno tiene deficiencias aritméticas naturales para la proyección de la igualdad sustancial del voto porque hay una decisión política adoptada con anterioridad: todos los distritos electorales tendrán un mínimo de 3 diputados, lo que genera que en zonas de baja densidad poblacional se produzca una natural sobrerrepresentación. En tal sentido, podría adoptarse el criterio de ‘proyección sustantiva del voto igualitario’ para la construcción de esos distritos, generando una representación proporcional de 1 ó 2 diputados por cada uno de los distritos 1, 2, 27 y 28. Sin embargo, con ello el efecto constitucional que se busca (mayor igualdad) deviene en una severa infracción constitucional, puesto que es deber del Estado ‘promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional’ (artículo 1º, inciso quinto, de la Constitución)”.

Ello hace concluir que “no toda proyección proporcional de la igualdad del voto es constitucional”: “La aplicación aritmética del principio importa un sacrificio de representación política para las zonas extremas que resultaría inconstitucional”. Agrega que el “principio de proyección proporcional de la igualdad” debe ser matizado por cuanto desde que el ejercicio del derecho a voto se hizo voluntario “se distingue entre electores potenciales y votantes reales”, sirviendo los reales “como criterio para habilitar un conjunto mínimo de firmas para ser candidato independiente o para inscribir un partido político”. En definitiva: “Con esto no se pretende desconocer la relevancia de la proyección sustantiva del voto igualitario, pero se ha de configurar como principio que es matizado por las dimensiones territoriales y las libertades de los individuos al ejercer su derecho de voto”. “En síntesis, el sistema electoral debe ser construido primariamente determinando sus objetos, en este caso, proporcional moderado como una decisión entregada en exclusividad al legislador” (c. 19º). El Tribunal entendió,

además, que “para la viabilidad de esta transformación se apoyó [el proyecto] en criterios prácticos que permitieron un acuerdo político con un quórum más exigente, propio de una reforma constitucional”.

En definitiva “no cabe continuar en un examen formal de igualdad puesto que estuvo lejos de satisfacer las exigencias que permitieran probar la desproporción” (c. 20). Pero, “a mayor abundamiento, un juicio sostenido en el principio de igual peso del voto no demuestra empíricamente que el sistema electoral aprobado sea injusto”.

Para llegar a tal conclusión, el Tribunal se apoyó, en primer lugar, en la jurisprudencia constitucional extranjera. Así, citando a la Corte Suprema de los Estados Unidos⁹ y al Consejo Constitucional francés¹⁰, señala como “criterio que algunas democracias estiman debe ser el más importante para configurar un distrito” el “establecerlo mediante reglas lo más proporcionales posibles sobre un equilibrio demográfico y no sobre proporcionalidad demográfica estricta, porque pueden existir límites por consideraciones de interés general”; y citando al Tribunal Supremo de Canadá¹¹ y al Tribunal Supremo de Australia¹² explica que también se ha entendido que:

“[U]n sistema electoral debe lograr una ‘representación eficaz’, esto es, una que logre una debida cuenta de la geografía, la historia, los intereses comunitarios y la representación de la minoría”.

Ahora bien, el Tribunal termina su análisis de la igualdad haciéndose cargo de las diferencias concretas acusadas por los requirentes. Así, “asumiendo como hipótesis de trabajo de este argumento *obiter dicta* que las varianzas porcentuales que marcan un límite de la desproporción poco razonable son del orden de un 20 a un 30%”, se ven “distorsiones aplicables a 7 distritos respecto de los cuales los requirentes dan por justificadas las desproporciones en 6 distritos, por cuestiones geográficas, quedando el dilema planteado en torno al distrito 4”. Mas, si “bajamos aún más criterios y los llevamos a un 25%, sólo cabría agregar los distritos restantes de Santiago y el de la XIV Región. Por tanto, sin entrar a ponderar criterios adicionales, si bien hay desproporciones, éstas ‘nacen’ justificadas internamente por los propios requirentes”. En efecto:

“Si aislamos y comparamos el distrito 4, por ejemplo, respecto de la Región XIV, cabe consignar que en el primero se cumple en mejor medida uno de los objetivos nuevos del sistema electoral, esto es, introducir competitividad frente a los incumbentes. En el caso de la Región XIV, los futuros 4 diputados calzan con los actuales representantes de los distritos 53 y 54. Allí la única incertidumbre nueva la agregan las cuotas de candidaturas femeninas, satisfaciendo uno de los objetivos del cambio electoral. Por tanto, el distrito 4 está plenamente justificado por competitividad, igualdad de oportunidades e inclusión social. En síntesis, éste es un mero ejercicio adicional del juicio de igualdad, pero que verifica que la demostración de la inconsistencia desproporcionada de algún distrito debía acreditarse sólida y contundentemente, siendo los factores geográficos los que anulan y explican razonablemente tales diferencias” (c. 23º, el destacado es nuestro).

Finalmente, el Tribunal se hace cargo de la acusación de inconstitucionalidad del sistema de redistritaje encargado al SERVEL, en los términos del proyecto, concluyendo que tal parte del

⁹ Fallos Reynolds v. Sims (1964) y Karcher v. Dagget (1983).

¹⁰ Decisión 86 – 218 DC, de 18 de noviembre de 1986.

¹¹ Reference Re Provincial Electoral Boundaries (Saskatchewan), 1991.

¹² Attorney-General of Commonwealth (ex rel McKinlay v. Commonwealth of Australia) (1975).

requerimiento debe ser rechazada por consistir en una cuestión de legalidad (cc. 24° y 25°). Los requirentes objetaron que sea fijado en 3 y 8 el piso y el techo de los escaños por distrito; esto sería para ellos una extensión del problema del sufragio igualitario, pues el proyecto “no contempla una determinación discrecional por parte del Consejo Directivo del Servicio Electoral”, quedando sujeto el redistritaje a “la aplicación de una fórmula matemática de prorrateo proporcional, y que el Consejo Directivo debe calcular periódicamente con la nueva información disponible y oficial de habitantes por distrito”. Luego, la consideración de los límites de la actualización implicaría para los requirentes que “el establecimiento de mínimos y máximos anula completamente la proporcionalidad que logra el método de D’Hondt”, incumpliendo de esa forma lo preceptuado por el artículo 15 constitucional. Sobre tal argumentación, el Tribunal señala que se trata en definitiva de un asunto de mera legalidad.

Lo anterior en base a dos razones: “Primero, porque es competencia del legislador orgánico definir la ‘fórmula electoral’”, como ya se vio. En el fondo:

“El cuestionamiento no radica en las modalidades de una actualización progresiva, basada en el factor demográfico, sino que simplemente impugna la modalidad de ‘proporcionalidad moderada’ del sistema electoral. Los ocurrentes no están de acuerdo con la fórmula adoptada, pero ello es un juicio de mérito y no de constitucionalidad”.

Para demostrar esto el Tribunal argumenta:

“Lo anterior se refuerza por el hecho de que el parámetro de enjuiciamiento es simplemente legal. No se puede invocar un parámetro de adaptación demográfica continua porque la Constitución no lo exige (...). El sistema de conversión de escaños bajo la fórmula D’Hondt es una fórmula puramente legal y que el legislador tiene pleno derecho a limitar”.

2. *Las cuotas de género*

Sobre este aspecto del requerimiento, el Tribunal concluyó que las normas sobre cuotas de candidatas a las primarias no vulneran la Constitución. Cabe recordar que el requerimiento acusa que la combinación de la cuota con la disposición transitoria nueva en la Ley de Primarias hace “irreconocible el derecho de los partidos de aspirar con completa libertad a un mecanismo de primarias vinculantes”. Es decir, no se cuestionó el mecanismo de cuotas, sino sólo la afectación del sistema de primarias.

Demostrando un correcto conocimiento del tema, el Tribunal parte refiriéndose a las acciones afirmativas en general, diciendo en su considerando 28°:

“Dicho sistema de cuotas está destinado a reservar determinados cupos a grupos o sectores de personas que han sido históricamente minusvalorados. Son mecanismos de acción afirmativa orientados a asegurar la efectiva igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2, de la Constitución). Existen respecto de grupos o colectivos cuya subordinación es histórica o prolongada, situación que los ha debilitado severamente, obligando a corregir o compensar dicha secular desventaja. La acción afirmativa supone un beneficio para ese colectivo, que sin el mismo permanecería en su situación de subordinación”.

Funda, a continuación, las acciones afirmativas en el artículo 1°, inciso final de la Constitución, pues “buscan que las personas tengas las mismas oportunidades en el punto de partida”; y en el

artículo 1º inciso cuarto, por cuanto “promueven sistemas de inclusión social, que el Estado debe contribuir a crear”. El caso particular de la cuota de género se basa además para la sentencia en el artículo 19 N° 2, por cuanto “establece que hombres y mujeres son iguales ante la ley”. Así, ante la circunstancia de que “las mujeres no tienen una representación adecuada en la política”, el mecanismo de la cuota “puede perfectamente establecerlo el legislador, toda vez que regula un ámbito entregado por el Constituyente a la definición de éste”.

Aunque breve, es importante la observación que el sentenciador hace en un considerando 29º: “Que tampoco el proyecto establece un porcentaje de diputados o senadores hombres o mujeres. Establece sólo una cuota de candidatos”.

Ahora bien, respecto a las primarias, el Tribunal recuerda que éstas se encuentran reguladas en la Constitución (art. 19 N° 15, que señala que es un procedimiento voluntario pero vinculante, regulado por una ley orgánica constitucional) y por la Ley N° 20.640 (que las definen como procedimientos voluntarios, oficiales, con calificación pública, únicos, nacionales y vinculantes). Luego, para el Tribunal el proyecto “no vulnera el mecanismo de primarias que la Constitución manda regular” (c. 33º).

Esto, pues “porque este mecanismo es voluntario (...). Por lo mismo, si el partido no está de acuerdo con el porcentaje de candidatas a diputados o senadores que puede someterse a tal mecanismo, por las razones que fuere, simplemente se puede marginar de él”. Además,

“el proyecto establece reglas que atenúan un impacto superior. Por de pronto, la norma transitoria establece que el 40% de los candidatos a diputados o senadores pueda elegirse bajo este mecanismo. No es una prohibición total. En el resto se debe aplicar la cuota, de modo que ni los candidatos hombres ni las candidatas mujeres superen el 60% del total. En seguida, dicha restricción es temporal, pues dura para las elecciones de los años 2017, 2021, 2025 y 2029”.

Luego, vuelve a reflexionar considerando el concepto de acciones afirmativas:

“En tercer lugar, porque el efecto de toda acción afirmativa es siempre afectar los procesos de selección, beneficiando a un grupo para compensar o corregir su situación histórica de discriminación. Por lo mismo, para garantizar el mecanismo de cuotas que el proyecto establece, no puede darse cauce libre a la aplicación de las primarias, porque eso podría implicar poner en peligro la cuota”.

Finalmente, los sentenciadores señalan que “tampoco consideramos que exista un peligro para el efecto vinculante de las primarias”, como acusaron los requirentes. Ello, primero, porque los partidos y la ciudadanía saben que ningún sexo puede superar el 60% de las candidaturas; y segundo, porque “la Constitución expresamente establece que el efecto vinculante puede tener las excepciones que establezca la ley. La Ley N° 20.640 consideró el fallecimiento o la renuncia dentro de estas causales de excepción (artículo 38). El proyecto establece otra causa de ajuste: el respeto a la cuota”.

Así, el Tribunal concluye que no se vulnera la regulación de las primarias que hace la Constitución con la incorporación de la cuota de género.

3. La igualdad entre los candidatos pertenecientes a partidos políticos y los candidatos independientes

Como se vio, los requirentes impugnaron la parte del proyecto que cambia uno de los requisitos para constituir partidos políticos, disminuyendo el porcentaje de afiliación requerido para su formación, pasando desde el 0,5% de los electores que efectivamente hubiesen sufragado en la última elección de diputados en cada una de las regiones en que se constituyere, a un 0,25% del mismo universo, por considerar que existirá una ventaja para la presentación de candidaturas a Presidente de la República o a parlamentario cuando el territorio electoral de éstos coincida con el de una región, por la vía de conformar un nuevo partido político en los territorios respectivos en lugar que presentarse como candidatos independientes.

El Tribunal Constitucional recuerda que se ha pronunciado en el pasado sobre el alcance de la igualdad entre independientes y miembros de partidos políticos, señalando que el deber de garantizar la plena igualdad “supone verificar si los supuestos normativos son los mismos”. Así, ya en su sentencia rol N° 53, razonó:

“1) que los independientes y los miembros de partidos políticos deberán tener en los procesos electorales igualdad de oportunidades para elegir y ser elegidos y para gozar de las facultades inherentes a esos derechos en sus aspectos básicos, sin que obsten a ello las diferencias que puedan producirse, en lo accidental, como consecuencia de la natural situación de unos y otros (...); 2) que las reglas que se den en materia de elecciones no pueden ser exactamente iguales a las que rijan en los plebiscitos, por la diferencia jurídica sustantiva que existe entre ellos, y 3) que la ley no puede crear privilegios en favor de unos y en perjuicio de otros que rompan el necesario equilibrio que debe existir entre los participantes de los actos electorales y plebiscitarios”.

Luego, la sentencia cita en el considerando 36° varios fallos anteriores del mismo Tribunal Constitucional. Así, cita el fallo rol N° 56, en que consideró conforme a la Constitución que el legislador estableciera menores requisitos a los “Grupos Independientes” para participar del plebiscito de 1988 que a los partidos políticos para su constitución, “habida consideración del escaso tiempo de que éstos dispondrán para cumplir con las exigencias legales y de su carácter eminentemente transitorio”; la sentencia rol N° 141, en que se declaró inconstitucional la regulación de los subpactos para acumular votaciones en la elección de concejales que restringía su posibilidad sólo a los candidatos miembros de partidos políticos o independientes subpactantes entre sí; la sentencia rol N° 228, que declaró inconstitucional el proyecto de reforma que establecía que “en caso de empate se prefiere al miembro de un partido político por sobre el independiente que obtuvo un número igual de sufragios”; el fallo rol N° 232, que declaró inconstitucional “el introducir al sistema vigente una desigualdad entre candidatos independientes y candidatos afiliados a partidos políticos, al exigir a los primeros 90 días de antigüedad en su condición de tales, y a los segundos sólo 60 días en la suya”; el fallo rol N° 301, que declaró inconstitucional el proyecto que contemplaba el reemplazo por fallecimiento del candidato a Presidente de la República, senador o diputado, en el evento de que su candidatura hubiese sido declarada por un partido político, pero a la vez lo prohibía tratándose de candidaturas independientes. Continuó citando el fallo rol N° 376, en el cual el Tribunal consideró constitucional la limitación de los gastos imputables al financiamiento público por cuanto se aplica tanto a los partidos como a los candidatos independientes. Finalmente, citó la sentencia rol N° 2487, que declaró

constitucionales las reglas de participación de independientes en las primarias, en la medida en que sean invitados por un partido político o configuren con éstos un pacto electoral, porque las primarias han sido definidas para los partidos.

En definitiva, de dicha jurisprudencia el Tribunal afirma haber “sostenido reiteradamente que los miembros de partidos políticos y los independientes tienen diferencias naturales y evidentes”, basada en la afiliación o no a una estructura política permanente con personalidad jurídica (el partido) y la sujeción o no a derechos y obligaciones emanados de dicha afiliación. “Estas diferencias, inherentes a la situación de cada uno de ellos, permiten afirmar que no toda desigualdad es contraria a la Constitución, siempre y cuando se garantice la igualdad en la presentación de candidaturas y en la participación en procesos electorales y plebiscitarios” (c. 37°).

Ahora bien, el Tribunal constata que “la norma del proyecto impugnada no introduce cambios en los requisitos para inscribir candidaturas electorales, ni en el caso de los partidos políticos, ni tratándose de independientes”. Luego, “el precepto impugnado no tiene la aptitud necesaria para generar desigualdades en la presentación de candidaturas” (c. 38°). Pero dado que la presentación de candidaturas “es uno de los muchos fines y facultades de los partidos políticos”, debe determinarse “si la modificación aludida afecta directamente a la igualdad” entre independientes y militantes (c. 39°). De inmediato el Tribunal responde que “el reemplazo de la cifra 0,5% por el guarismo 0,25% (...) considerado aisladamente, no influye de manera determinante en las condiciones de presentación de candidaturas”.

Con todo, es “la modificación introducida en el artículo 3° de la Ley 18.603, en el sentido de que baste constituirse como partido en una región del país, la que podría producir el problema planteado por los requirentes (c. 40°). Ahora, tratándose de candidatos al Congreso, el artículo 10 de la Ley N° 18.700 exige a los independientes el patrocinio de al menos el 0,5% de los votantes en el distrito o circunscripción en la elección anterior. “En un análisis puramente numérico, en los nuevos distritos 1°, 2°, 3°, 4°, 24°, 27° y 28°, y en todas las circunscripciones senatoriales, sería aparentemente más ventajoso constituir un partido político que presentar una candidatura independiente” (c. 41°). Pero “la ley regula la presentación de candidaturas independientes, mas no interviene en las actividades que un independiente o una agrupación independiente realiza más allá de proceso electoral o plebiscitario”. En cambio, los partidos políticos “son organizaciones intensamente reguladas, tanto a nivel constitucional como legal”, con una serie de limitaciones y prohibiciones así como un procedimiento reglado y complejo de constitución (c. 42°).

Luego, “si se considerara como única finalidad de los partidos políticos la presentación de candidaturas, claramente sería más simple presentar candidaturas independientes, aun considerando la disminución del porcentaje de afiliados introducida por el proyecto de ley en cuestión”. Con todo, y afirmándose en su propia jurisprudencia, el Tribunal sostiene que “los partidos políticos y la presentación de candidaturas independientes son cuestiones diametralmente distintas, que no pueden compararse o examinarse como situaciones iguales” (c. 43°).

Respecto de la elección del Presidente de la República, y considerando que ninguna norma relacionada a tal proceso es modificada por el proyecto, el requerimiento es igualmente injustificado. En efecto, aun cuando un partido pueda constituirse a partir de ahora con sólo un 0,25% de los sufragantes en la anterior elección de diputados en una región, para presentar una candidatura pre-

sidencial un partido que no esté constituido en todas las regiones del país requerirá el patrocinio de al menos un 0,5%, mismo número exigido a los candidatos independientes.

4. El financiamiento de las asignaciones parlamentarias

Finalmente, el Tribunal se pronunció sobre la parte del requerimiento que impugnaba el gasto asociado al incremento de parlamentarios. En opinión de los requirentes, el aumento del gasto por concepto de dietas podría sufragarse con reasignaciones internas en el presupuesto del Congreso; sin embargo, a su juicio el proyecto no contiene financiamiento para las asignaciones parlamentarias que se pagan en adición a la dieta, por cuanto no se establece con precisión las fuentes de los recursos necesarios para atender dichos gastos, vulnerándose así el artículo 67 de la Constitución.

El Tribunal, al respecto, recuerda que el Presupuesto de la Nación es anual, que el Presidente de la República tiene iniciativa exclusiva en materia de gasto y que en su elaboración se debe procurar mantener un equilibrio entre los ingresos y los gastos (ideas que justifican las disposiciones del artículo 67 de la Constitución). Por ello, el Congreso no puede aprobar ningún gasto sin indicar la fuente de los recursos necesarios para atenderlo, razón por la cual el artículo 14 de su Ley Orgánica Constitucional establece un mecanismo de evaluación de impacto regulatorio: los proyectos de ley deben acompañar un informe financiero. Por su parte, el artículo 68 de la LOC del Congreso dispone que cada Cámara debe establecer la forma en que se distribuyen los fondos que le corresponden de acuerdo a la Ley de Presupuestos, además de las normas sobre traspasos internos (cc. 47° a 49°).

Ahora bien, el Tribunal, comparando el caso en cuestión con el de su sentencia N° 242/1996, referida a un proyecto de traslado del Congreso a Santiago, rechaza la aplicación del precedente, pues recuerda que en aquel caso no se reconoció la existencia de un gasto ni se hizo referencia alguna a su financiamiento, como sí se hizo en el proyecto que ahora le tocó analizar. Además, el proyecto de traslado tuvo origen en el Parlamento; éste, en el Ejecutivo, el que sí cumplió con elaborar un informe financiero (c. 50°).

En el caso concreto, el Tribunal constató que se acompañaron los informes financieros correspondientes, en los que se contempló el mayor desembolso por concepto de dieta parlamentaria de los nuevos parlamentarios, dejándose constancia del acuerdo político de no incurrir en un mayor gasto fiscal por estos conceptos, razón por la cual se señaló que el cumplimiento del acuerdo debía ejecutarse en “el marco de la facultad que le da la Ley Orgánica del Congreso al propio órgano legislativo para establecer la forma en que se distribuirán los fondos que le corresponden”. Por su parte, el proyecto de ley contempla un artículo no impugnado, que indica que el aumento de gasto por dieta se financiará con cargo a los recursos contemplados en la Partida del Congreso Nacional de la Ley de Presupuestos. Así, “no se observa que el proyecto no indique la fuente de los recursos necesarios para financiar el mayor gasto por dietas y asignaciones, pues ellos provendrán del presupuesto del Congreso Nacional, mediante ajustes internos que esta Corporación puede perfectamente llevar a cabo” (c.54°).

IV. Comentario

La sentencia en comento es, sin duda, de la máxima trascendencia para nuestro Derecho Constitucional: no sólo por cuanto dejó a firme la discusión político-constitucional sobre la reforma del sistema electoral parlamentario impuesto por la dictadura militar, sino también porque el requerimiento sobre el que se pronunció le dio al Tribunal Constitucional la oportunidad de reflexionar y pronunciarse sobre temas de capital importancia en nuestro ordenamiento.

Vale la pena recordar que el proyecto cuya constitucionalidad se declaró en esta ocasión comenzó su tramitación mediante mensaje de la Presidenta de la República, con la expresa intención de generar un sistema electoral para elecciones político-parlamentarias más inclusivo y representativo que el binominal que nos rigió y mediante el cual se eligió –por última vez– la actual composición de las cámaras del Congreso Nacional. De esta forma, el Gobierno se hizo cargo de una de sus más comentadas promesas de campaña, contenida expresamente en el programa de gobierno de la Presidenta de la República, a la vez que de una vieja aspiración del discurso de la antigua Concertación y de la actual Nueva Mayoría.

Por lo demás, y como lo manifestó la Presidenta en su mensaje, el Poder Ejecutivo puso finalmente en discusión en el Congreso Nacional los resultados de muchos espacios de diálogo, especialmente los de la Comisión Boeninger, convocada por la misma Presidenta Bachelet en 2006, así como los proyectos de ley presentados por los gobiernos anteriores o por parlamentarios de diversos partidos políticos.

El sistema propuesto y aprobado es uno del tipo proporcional D'Hont, es decir, de la misma clase del utilizado en nuestro país para la elección de concejales y de consejeros. Mediante la reforma es esperable la representación en el Congreso Nacional de todas las corrientes políticas relevantes. Para cumplir con sus fines, la reforma implicó el aumento del número de diputados y senadores. Así, con su nueva formación, el país volvería a tener un Senado con tantos miembros como en 1973 y una Cámara de Diputados con un número similar, aunque ahora con una población mucho mayor.

1. La igualdad del voto en el nuevo sistema electoral

De la lectura del primer capítulo del requerimiento puede apreciarse fácilmente –como hizo el Tribunal en su sentencia– que los actores se basan en una errada concepción del derecho al sufragio y, particularmente, de lo que exige el constituyente al legislador al definirlo como “igualitario” en el artículo 15 de la Carta. En efecto, a fojas 13 del requerimiento, los requirentes sostienen que:

“El artículo 15 de la Constitución establece las características que debe contener el sufragio en las votaciones populares y que establecen un marco irrenunciable al legislador a quien está encomendada la regulación del sistema electoral. Dicha norma prescribe que el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario. En consecuencia, el legislador orgánico tiene como límite respetar el principio de la igualdad del voto, el que además se fundamenta en la igualdad ante la ley (artículo 19 N°2) y en el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (artículo 1° inciso 5)”.

Para entender qué significa que el sufragio sea igualitario, hay que tener presente que se trata un derecho político nacido en los albores del constitucionalismo cuajando con sus caracteres

fundamentales a partir de las revoluciones de 1848, y que evolucionó durante casi dos siglos para adquirir las características que actualmente lo configuran como un derecho universal e igualitario. El sufragio nació como un derecho de los varones mayores de edad rentistas o propietarios de la tierra alfabetos (sufragio censitario y capacitario) y lentamente pasó a ser un derecho de todos los ciudadanos, con independencia de su sexo, su capacidad económica, su nivel educacional o sus capacidades físicas. Esta evolución, que parece no ser comprendida por los requirentes, no ha sido obvia ni fácil: las características actuales del sufragio no se completaron sino hasta mediados del siglo XX en Occidente. Baste recordar que en Chile las mujeres recién pudieron participar de elecciones presidenciales en el año 1952, ya muy consolidado nuestro sistema institucional, a casi siglo y medio de la revolución de la independencia de la república.

Por ello se entiende que el constituyente defina al sufragio como igualitario, pero que ello no significa, como pretenden los requirentes, que cada parlamentario deba ser elegido con la misma cantidad de votos a su favor, sino que se refiere al viejo principio de que los votos “se cuentan y no se pesan”. En otras palabras, hace referencia a que el voto no es ni censitario ni plural. En efecto, en los sistemas de sufragio censitario y en los de sufragio plural, los electores no tienen el mismo derecho a votar: o algunos tienen derecho mientras otros no en atención a alguna calidad que sirva al constituyente para discriminar entre personas, o algunos tienen un “mejor derecho” que otros a votar. En la explicación ya clásica de Hernán Molina:

“Según sea el número de votos que otorgue, el sufragio puede ser sufragio igualitario o sufragio plural.

El sufragio igualitario o singular se fundamenta en el principio de la igualdad que informa al sistema democrático, y que se expresa en la frase: un hombre, un voto.

Todos, cualesquiera sean sus diferencias, electoralmente determinan en la misma medida la voluntad general. Es decir, los votos no se pesan, se cuentan.

El sufragio plural atribuye a todo elector un voto, pero si además reúne alguna calidad especial indicada por la ley, se atribuye uno o más votos suplementarios.

Así por ejemplo, la ley belga de 1893, derogada en 1919, otorgaba dos votos suplementarios a quienes tenían títulos universitarios. Otorgaba un voto suplementario a los propietarios de ciertos bienes, etc.

Variantes del sufragio plural son el sufragio múltiple y el sufragio familiar.

Sufragio múltiple. Mediante él el elector podría votar en varias circunscripciones en una misma elección, si tenía propiedades en distintas circunscripciones.

La ley de 1928 en Inglaterra redujo las franquicias a dos, y en 1948 se eliminó el sufragio múltiple.

Sufragio familiar. Mediante el sufragio familiar se otorga al jefe de familia tantos votos suplementarios como miembros haya en el grupo familiar, hijos menores¹³.

¹³ MOLINA (2006) p. 279.

Teniendo en consideración esta evolución histórica, se comprende entonces que el auténtico sentido del concepto “igualitario” con que el artículo 15 de la Constitución define el sufragio no implica un mandato al legislador de darle una igualdad de peso a cada elector al momento de transformar los votos en escaños, sino que simplemente reafirma la conquista del sufragio universal y la igualdad política.

En la teoría constitucional la igualdad presenta diversas dimensiones. En el caso del derecho a sufragio lo que se manifiesta es el principio de la igualdad política, que implica el derecho de todo ciudadano a postularse a cargos de elección popular. No es, como al parecer pretenden los requirentes, una manifestación de la igualdad formal, como lo son la igual repartición de las cargas públicas o el derecho a la no discriminación del Estado en materia económica. Así, la igualdad que exige el artículo 15 sobre el ejercicio del derecho a voto no es ni una igualdad formal (como la del artículo 19 N° 2) ni una igualdad material (propia del constitucionalismo social y de las acciones afirmativas), sino de una igualdad política que se expresa en la idéntica posibilidad para todos los ciudadanos de participar en la vida política de la Nación.

En definitiva, los requirentes malentendieron la igualdad política de la que es manifestación el sufragio, esperando que resultase en una igualdad de resultado en la elección. Vinculan injustificadamente –y por lo demás, sin argumentarlo debidamente– el derecho a sufragio con otras garantías constitucionales como la igualdad ante la ley y el mandato dado por el constituyente a los órganos del Estado de buscar la realización de las condiciones materiales y espirituales posibles que permitan a las personas participar efectivamente de la vida nacional.

Por otra parte, los requirentes también fundaron su recurso en una particular lectura del artículo 18 constitucional cuyo inciso primero, como se sabe, dispone lo siguiente:

“Habrá un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución y garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos. Dicha ley establecerá también un sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral”.

Pues bien, mediante dicha disposición la Constitución mandata al legislador orgánico constitucional a establecer un sistema electoral público, sin orientarlo más que en un sentido: la igualdad entre independientes y los militantes de partidos políticos. En esto la Constitución vigente se distancia de la Carta de 1925 que, como bien recuerdan los requirentes y luego hace el Tribunal en su sentencia, sí establecía parámetros a seguir en la configuración del sistema electoral, disponiendo en su artículo 25 que:

“En las elecciones de Diputados y Senadores se empleará un procedimiento que dé por resultado en la práctica una efectiva proporcionalidad en la representación de las opiniones y de los partidos políticos”.

Por su parte, la Constitución de 1980 da un amplio margen al legislador para establecer el tipo de sistema electoral que considere más adecuado a las condiciones del país. Al respecto, uno de los objetivos explícitos del proyecto cuya constitucionalidad se declaró en la sentencia es aumentar la competitividad e incertidumbre respecto de los candidatos finalmente elegidos. Esto, pues los resultados de las elecciones realizadas mediante el anterior sistema binominal –mayoritario pero con un subsidio

a la primera minoría mediante la regla del doblaje— pueden ser manejados con relativa facilidad por los partidos para, mediante la negociación previa de la planilla de candidatos, determinar los candidatos ganadores. En otras palabras: formados dos bloques de partidos y salvo que una de las dos listas principales doblara a la que le sigue en votos, cada una de las ellas elegía un candidato, el que, en la mayoría de los casos, era el privilegiado en la negociación previa. Aún más, en el sistema binominal es posible que una lista esté integrada por un solo candidato, siendo posible su virtual elección por el pacto electoral con prescindencia de la voluntad popular del distrito electoral, como fue el caso de la nominación de Andrés Allamand como senador por la 16ª circunscripción senatorial. Tal situación, conforme al Gobierno en su mensaje, desincentivaría la participación de la ciudadanía, a la vez que deslegitimaría al Congreso Nacional como espacio natural de la deliberación de los grandes asuntos de la República.

Al respecto, como se vio, el Tribunal definió que tal objetivo del legislador es legítimo y lo destacó para argumentar la constitucionalidad de la asignación de escaños del cuestionado distrito 4, del que se hizo cargo el Tribunal en el considerando 23º de la sentencia, ya reproducido, señalando que. “Si aislamos y comparamos el distrito 4, por ejemplo, respecto de la Región XIV, cabe consignar que en el primero se cumple en mejor medida uno de los objetivos nuevos del sistema electoral, esto es, introducir competitividad frente a los incumbentes”.

Por lo demás, basta recordar que en el considerando séptimo, también ya parcialmente transcrito, el Tribunal señaló respecto a los objetivos del legislador al determinar un sistema electoral:

“Que, en lo relativo a los objetivos de un sistema electoral, esto es, a las finalidades buscadas por el legislador en la regulación del sistema político, la Constitución no contiene ninguna referencia. No es posible deducir, directa o indirectamente, de alguna norma un criterio que apunte a dotar al sistema político democrático de mayor representatividad o, por el contrario, que sacrifique grados de inclusión política por adoptar un criterio fuerte de gobernabilidad”.

Reafirma lo anterior el hecho de que, tal como señala correctamente el Tribunal, citando las prevenciones de la sentencia de la causa Rol 2466-2013, para la elección de los consejeros regionales existe un mandato constitucional expreso respecto a que debe cuidarse “que tanto la población como el territorio de la región estén equitativamente representados”. Luego, cuando la Constitución ha querido señalar un requisito cualitativo de los resultados de un sistema electoral a definir para una elección a un cargo determinado, así lo ha hecho expresamente.

No cabe entonces sino concluir, como hizo en definitiva el Tribunal y a contrario de lo que afirmaron los requirentes, para definir el sistema electoral que servirá para determinar a las personas que ocuparán los escaños de diputados y senadores, el legislador orgánico constitucional goza de amplia libertad, tratándose, en definitiva, la decisión de mérito de una facultad que corresponde sólo a los legisladores. Por lo demás, y como no quisieron resignar los requirentes, en el juego democrático ha vencido una determinada opción de todas las múltiples posibles, cuestión que resulta ajena al examen de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional.

Para entender lo anterior vale recordar que un sistema electoral es una fórmula que se utiliza para traducir votos en escaños, intentando interpretar los resultados matemáticos de la elección para determinar quién ha resultado elegido según la decisión del cuerpo electoral. Sin embargo, para hacer

esta traducción existen variadísimos sistemas, cada uno con ventajas y desventajas. Por lo demás, en todos ellos existe algún grado de distorsión en el peso final del sufragio de cada votante al definir los cargos a integrar, salvo, como hace constar el sentenciador, en un sistema electoral mayoritario y con distrito único. Esta amplia variedad de sistemas está formada por ejemplos que se encuentran vigentes y aceptados en diferentes ordenamientos que valoran el voto igualitario, sin caer en el absurdo de confundir el concepto voto igualitario con igualdad en la elección social. Es más, los sistemas proporcionales por listas, como el que tiene ahora Chile –y como era, a su modo, también el sistema binominal–, no han sido cuestionados en otros países de la región por argumentos de voto igualitario.

El sufragio es la expresión directa de la ciudadanía, cuyo potencial igualador, del rico con el pobre, del académico con el analfabeto, del joven con el viejo, no encuentra símil en ningún otro derecho político. Pero el potencial igualador es igualador no en sentido matemático, sino en el sentido que en el ejercicio del sufragio nos podemos reconocer todos en el Estado, pues no sólo manifestamos nuestra voluntad como individuos –la dimensión del voto como derecho– sino que al votar cumplimos con un deber y ejercemos una función pública. Sólo si se satisface ese anhelo de autogobierno de la comunidad política, el sufragio vendrá a satisfacer la igualdad de base que supone la democracia.

2. La mención al derecho internacional de los derechos humanos en la discusión sobre la igualdad del voto en el nuevo sistema electoral

Como ya se vio, en el considerando 15° de su sentencia, tratando del capítulo del requerimiento dirigido contra la asignación de los escaños de los diputados entre los distritos, y tras afirmar que la Constitución chilena “no contiene un listado taxativo de factores que predeterminen un ejercicio especialmente cauteloso a la hora de hacer diferencias o distinciones en decisiones públicas o en leyes propiamente tales o en reglas de trato”, el Tribunal decide buscar esos criterios “en conjunción con los deberes estatales de respeto y promoción reconocidos en el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución”.

Como bien se sabe, la reforma constitucional de 1989, agregó al artículo 5°, inciso segundo, una interesante norma o cláusula garantista que se suma a la regla de incorporación de Tratados al Derecho Interno (recepción automática). Obviando el problema de la jerarquía normativa, competencia o aplicabilidad de tales Tratados sobre Derechos Humanos en nuestro ordenamiento, el artículo 5° en su texto vigente impone a los órganos del Estado un deber negativo de respeto y un deber positivo de promoción de las garantías constitucionales y de los derechos humanos consagrados en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, lo que modifica el “techo ideológico” de la Constitución agregando al componente liberal uno social. Tal garantía institucional debe ser reconducida en el derecho público interno a los órdenes competenciales específicos que imponen respetar y promover derechos fundamentales y derechos humanos.

Al respecto, cabe hacer una advertencia. Se pretende que las potestades públicas del Estado, como objeto de control de convencionalidad, comprenden un amplio abanico de decisiones, que son fruto del ejercicio de las potestades constituyente, legislativa, gubernativa, administrativa, judicial y de control. Es decir, el control de convencionalidad supone lógica y sistémicamente, en cuanto control de regularidad, en razón de las infracciones que se imputen al Estado, admitir en la práctica al derecho material interamericano, la Convención Americana o el “corpus iuris convencional” interamericano

como “supraconstitucionales”. Sin embargo, desconocemos, al menos en el orden doméstico, la razón que funda esta supuesta supraconstitucionalidad del ordenamiento interamericano: o la precisa fuente positiva de tal supraconstitucionalidad se encuentra muy oculta al observador crítico o se basa en el recurso al eterno derecho natural o a las cadenas ideológicas.

Como se sabe, las constituciones nacionales de los países americanos incorporan y/o jerarquizan los instrumentos internacionales de derechos humanos de cuatro maneras diferentes: con una jerarquía superior a la Constitución (supraconstitucional); con una jerarquía equivalente a la Constitución (constitucional); con una jerarquía inferior a la Constitución, pero por encima de las leyes nacionales (supralegal); y con una jerarquía equiparada a las leyes nacionales (legal).

En los sistemas de supraconstitucionalidad, los tratados internacionales de derechos humanos prevalecen por encima de la Constitución nacional, debido a que son los propios textos constitucionales los que disponen tal solución (como la Constitución de Guatemala de 1985 o la de Honduras de 1982). En los sistemas de constitucionalidad del derecho internacional de los derechos humanos, las constituciones nacionales colocan los tratados internacionales de derechos humanos en la misma jerarquía normativa de la constitución: Es, nuevamente, la propia Constitución la que concede a los tratados el rango constitucional (así, las constituciones de Argentina, reformada profundamente en 1994 y de Brasil de 1988). Cuando la jerarquía adoptada por la Constitución es la denominada supralegal o subconstitucional de primer grado, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden modificar la Constitución, porque se hallan por debajo de esta, pero sí prevalecen sobre las leyes nacionales (como las constituciones de Costa Rica, El Salvador, Colombia o Paraguay). Ahora bien, como se señaló también hay países con sistemas “legales” de incorporación de los tratados internacionales, en que la respectiva Constitución dispone que los tratados internacionales de derechos humanos tienen el mismo rango que la ley interna (como los casos de Estados Unidos, Uruguay y México).

En definitiva, como se aprecia, los tratados internacionales sobre derechos humanos y los órganos encargados del control del cumplimiento de las obligaciones que mediante tales instrumentos asumen los Estados pueden tener, en cada ordenamiento nacional, un rango superior, equivalente o inferior a la Constitución (y en este caso, superior o equivalente a la legislación ordinaria); pero tal situación es establecida por las propias constituciones de los Estados partes y no, en ningún caso, por el derecho internacional. En suma, independiente de la discusión entre monistas y dualistas, la solución al problema de la ubicación del tratado en el sistema de fuentes, y a la ficción acerca de la jerarquía del tratado internacional (y de derechos humanos) es nacional, y su raíz la Constitución estatal.

Pues bien, hecha esa aclaración, debemos mostrar nuestra satisfacción con que el Tribunal Constitucional se haya afirmado en el derecho internacional de los derechos humanos que, en virtud del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución han sido recibidos en nuestro ordenamiento interno; pero que, a la vez, haya dado a tal disposición –el mencionado inciso segundo del artículo 5°- la extensión precisa que emana de su texto, sin caer en los extremos aún presentes en nuestra doctrina de restarle valor o, más frecuente aún, entender que implica la asimilación automática de los tratados internacionales a la jerarquía de la Constitucional o, aun más, a una superior.

En efecto, el mencionado considerando 15° de la sentencia, si se lo lee detenidamente, señala que, a falta de los factores que, como veíamos al principio, el Tribunal señalaba que no existen en la Constitución, señala que éstos “hay que encontrarlos en conjunción con los deberes estatales de respeto

y promoción reconocidos en el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución”. En otras palabras, la sentencia reconoce que el inciso segundo del artículo 5º invocado establece dos obligaciones al Estado, una positiva y otra negativa, pero no más que eso.

En efecto, como se recordará, el tantas veces invocado inciso segundo dispone que:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Como se ve, impone al Estado una obligación negativa de respeto y una positiva de promoción de los derechos, tanto de los garantizados por la Constitución, como de aquellos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Probablemente, el mencionado considerando 15º en el que nos hemos detenido no haya sido tan valorado como lo hacemos en este momento. Pero a la ya vieja discusión sobre el real significado y extensión del inciso segundo del artículo 5º de la Constitución, el Tribunal Constitucional nos da una luz con la correcta aplicación que ha realizado.

3. Las cuotas de género y las acciones afirmativas: el llamado “principio de discriminación compensatoria”

No parece razonable discutir, hoy en día, la posibilidad de establecer formas de discriminación positiva para fomentar la inclusión de grupos tradicionalmente postergados de la sociedad, sea a través de políticas públicas o, como en el caso del proyecto planteado, a través de una ley de cuotas a favor de las mujeres. Esto es aún más palpable cuando se considera que las algunas normas que favorecerían la integración de mujeres al Parlamento (la limitación parcial a la posibilidad de los partidos para seleccionar sus candidatos mediante elecciones primarias así como el cuestionado “premio” a los partidos por mujer elegida, consistente en un mayor techo en la devolución de gastos electorales) son temporales, pues su fin no es limitar la soberanía del Pueblo en la libre determinación de sus representantes, sino agilizar el cambio sociocultural que implica el fin de los roles de género clásicos y los estereotipos ligados a ellos; y además, son proporcionales, pues dentro de los rangos planteados no implican una excesiva intromisión en la vida interna de los partidos y, por el otro lado, es un límite que funciona para ambos lados, pues en los términos planteados implica que ni hombres ni mujeres pueden superar el 60% de la planilla.

En tal sentido, es valiosa la sentencia en este ámbito. El Tribunal, en su razonamiento, parte exponiendo con un gran nivel de conocimiento en qué consisten las acciones afirmativas y luego explica por qué en nuestro ordenamiento constitucional vigente estas acciones –dentro de ciertos márgenes, claro está– son perfectamente legítimas. La sentencia se inscribe, así, dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se han referido a las acciones afirmativas y, en general, a las múltiples formas que el Estado tiene para combatir la discriminación de determinados grupos de la sociedad.

Al respecto, cabe recordar que en la Constitución el término “discriminación” se emplea en forma ambivalente: por una parte, en su acepción positiva se refiere a un trato diferenciado (artículo 19

N° 2 y 22) y por otra parte, en su acepción negativa implica un trato irrazonable o arbitrario (artículo 19 N° 16 y 109 inciso final). En este orden de ideas, nuestro Tribunal Constitucional ha definido la *igualdad ante la ley* en los siguientes términos:

“Las normas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes” (STC rol N° 53, c. 72°).

En otras palabras, el Tribunal desde temprano asumió un concepto de igualdad relativa. Por otra parte, ha entendido el *principio de no discriminación arbitraria* como la interdicción de una “diferencia irracional o contraria al bien común” (STC rol N° 203, c. 11°).

Ahora bien, es evidente la sobriedad extrema de nuestra doctrina y jurisprudencia en esta materia, lo que nos obliga, generalmente, a incursionar en la doctrina y jurisprudencia comparada cuando toca revisar el asunto. Por ello, aunque la objeción de la cuota a favor de candidatas mujeres pueda parecer un capítulo secundario del requerimiento, el fallo comentado sí da luces sobre un asunto que va ganando importancia en la agenda pública del país.

En general, lo que podemos concluir es que el concepto de igualdad relativa (del principio de igualdad ante la ley) autoriza al legislador y a la autoridad a discriminar o establecer diferencias. Lo anterior se enmarca perfectamente dentro de lo desarrollado, paralelamente, por el sistema interamericano de derechos humanos. Así, por ejemplo, la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-4/84, que afirma:

“No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresan de modo proporcionado una fundada conexión entre esas diferencias y los objetivos de las normas, las cuales no se pueden apartar de la justicia, de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera pugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. Si bien no puede desconocerse que la circunstancia de hecho puede ser más o menos difícil de apreciarse, si se está o no en presencia de una situación como la descrita (...) partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que se aparten de las consideraciones precedentes”.

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya en 1968 afirmó que:

“[L]a igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva o razonable. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Al indagar si, en un caso determinado, ha habido o no distinción arbitraria, el Tribunal no puede ignorar los datos de hechos y de derechos que

caractericen la vida de la sociedad en el estado en el que, en calidad de parte contratante, responde de la medida impugnada” (sentencia del TEDH en caso relativo a régimen lingüístico en Bélgica).

Utilizando el lenguaje de los derechos humanos, puede concluirse –con el Tribunal Constitucional, en el caso comentado– que, los fines de la legislación recurrida y, por tanto, las diferencias que plantea entre candidatos y candidatas, no se apartan de la justicia ni de la razón, ni persiguen fines arbitrarios, caprichosos, despóticos, ni pugnan “a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”. Tampoco la distinción realizada carece de justificación objetiva o razonable: ello se da probado por el Tribunal cuando hace referencia a la objetiva ausencia relativa de mujeres en nuestro Parlamento, desde que fue elegida la primera. Luego y en definitiva, las diferencias concretas establecidas por la cuota a favor de la inclusión de candidatas en las elecciones parlamentarias se encuadran en el marco constitucional chileno.

Al respecto no hay que olvidar que las desigualdades de una sociedad moderna compleja no se agotan en desigualdades y privilegios jurídicos: incluyen desigualdades muchas veces brutales, que obligan al Estado a discriminar, autorizando por ley beneficios directos o indirectos en favor de algún “sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras”, como lo señala el N° 22 del artículo 19 de nuestra Constitución. Con ello, la discriminación que autoriza el criterio de igualdad relativa, conecta con el principio de igualdad de oportunidades, que inclusive funda el principio de discriminación compensatoria (como lo llama Nagel¹⁴) o inversa (como lo denomina Singer¹⁵) o, en la terminología usada por el Tribunal, acción afirmativa (del inglés *affirmative action*). En nuestro medio Medina comenta al respecto:

“Además de esto, una elaboración más refinada de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos ha traído como consecuencia el establecer que los Estados no sólo no deben discriminar, sino que, además deben adoptar medidas especiales con el fin exclusivo de acelerar la igualdad de facto de ciertos grupos. Esto es lo que se denomina por algunos tratadistas, “discriminación positiva”, aun cuando la expresión no puede considerarse apropiada, ya que en el Derecho Internacional la palabra “discriminación” se usa corrientemente como equivalente de “diferenciación arbitraria”, y las medidas positivas que se adoptan en favor de sectores sociales postergados de hecho y de derecho, tales como las mujeres y las minorías raciales o religiosas en ciertos países, no constituyen una diferenciación arbitraria, sino que, por el contrario, el cabal cumplimiento de las obligaciones del Estado”¹⁶.

Hay que destacar el concepto de Rabossi, quien plantea el principio de igualdad así: “en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo”. Luego, el principio de igualdad supone un *tertium comparationis*, que generalmente se expresa en la ubicua regla de razonabilidad, de suerte que, toda decisión razonable (o irrazonable) se toma o presupone “valoraciones relevantes”, lo que plantea el problema moral de aceptabilidad de los “estándares relevantes”. De ello derivan dos consecuencias:

¹⁴ Vid. NAGEL (1977).

¹⁵ Vid. SINGER (1984).

¹⁶ MEDINA (1993) pp. 19-20.

“La primera es que el principio de igualdad parece incluir, como parte esencial, el reconocimiento de que los seres humanos puedan ser tratados de manera diferencial en tanto y en cuanto las diferencias en juego sean relevantes desde cierto punto de vista aceptable. La segunda consecuencia es la que más nos interesa en este contexto: se siguen del principio de igualdad, o se derivan o están conectados con él, dos principios importantes (...)”.

“Un primer principio es el principio de no discriminar, que como se suele decir, es algo así como el principio negativo del principio de igualdad, al prohibir diferenciaciones sobre fundamentos irrelevantes, arbitrarios o irrazonables. El segundo principio, que se suele llamar principio de protección, está diseñado con el objeto de imponer y lograr una igualdad positiva a través de lo que se denomina discriminación inversa o acción positiva”¹⁷.

Ahora bien, llegados a este punto no podemos evadir una cuestión. El principio de discriminación compensatoria, está unido a dos problemas que están en su base: la razonabilidad de la norma que establece diferencias y el principio de igualdad de oportunidades.

La razonabilidad de la norma emana del legislador o de la autoridad, es la regla o cartabón para medir la arbitrariedad que está prohibida constitucionalmente. Rubio Llorente nos recuerda que el problema es “si la razonabilidad requiere o no prueba y, en caso afirmativo, quién tiene la carga de ésta”¹⁸, cuestión crucial en los controles jurisdiccionales de constitucionalidad de la ley y en el control jurisdiccional de los derechos fundamentales.

En cuanto a la ley, si la desigualdad resulta de una distinción establecida por el legislador y cuya validez se impugna (como es el caso de autos), la carga de probar la razonabilidad de la diferencia (o discriminación) corresponde a quien defiende la ley, y si la ley ignora diferencias relevantes, quien impugna la validez de la ley debe aportar las razones por las que debió atribuirse relevancia jurídica a tales diferencias.

Por otra parte, el principio de igualdad de oportunidades autoriza a dar un paso adelante al autorizar discriminar, hacer diferencias, constituir privilegios de categorías sociales o minorías étnicas marginadas o desfavorecidas. El principio de igualdad de oportunidades tiene dos sentidos: acceso igual, es decir, igual reconocimiento a igual mérito, y comienzo igual o punto de partida iguales, es decir, condiciones materiales iniciales iguales para el acceso a las oportunidades¹⁹.

Igualdad relativa y principio de igualdad de oportunidades, se transforman en la base de un criterio de igualación (regla de igualdad) denominado “principio de discriminación compensatoria”, que autoriza las acciones o satisfactores sociales conducentes a promover y generalizar la justicia distributiva, en razón de tradicionales situaciones de discriminación de categorías sociales o de minorías étnicas. Para Sartori este criterio de igualación es un criterio de acción “afirmativa-discriminatoria” que consiste en que “las diferencias relevantes de raza y/o sexo deberían gozar de beneficios desiguales y, consecuentemente, las cargas desiguales recaerían sobre los grupos que son racial o sexualmente relevantes”.

¹⁷ RABOSI (1990) p. 177.

¹⁸ RUBIO LLORENTE (1993) p. 663.

¹⁹ SARTORI (1988) T. II, p. 423.

El problema es a la larga el “porqué esas diferencias y no otras (del mismo tipo) tienen que considerarse relevantes”, problema que en definitiva nos remite al ámbito de lo político condicionado por elementos de consenso y de fuerza.

Para el caso particular de las mujeres, la Declaración sobre Eliminación de Discriminación con la Mujer (1967) considera la discriminación contra la mujer como incompatible con la dignidad humana y con el bienestar de la familia y de la sociedad. Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), la cual ha sido firmada y ratificada por Chile, define el término “discriminación contra la mujer”:

“Denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Luego, si bien la sentencia –y a diferencia de lo realizado al analizar la eventual vulneración del principio de igualdad del voto- no analiza los compromisos internacionales asumidos por Chile aplicables a la materia, la misma Convención exceptúa del concepto discriminación, el principio de discriminación compensatoria, al prescribir:

“1.- La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato”.

“2.- La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”.

Ahora bien, reconocer como constitucionalmente lícito el principio de discriminación compensatoria, nos permite soslayar la eventual contradicción con el principio de igualdad. En este punto, caben dos argumentaciones para el operador jurídico, en especial para la jurisdicción constitucional: (a) El principio de interdicción de las discriminaciones arbitrarias (artículo 19 N° 2, inciso 2° de la Constitución), por la vía de la regla de razonabilidad permite aceptar como constitucionalmente válido hacer diferencias y fijar privilegios en razón de factores como el sexo, la edad o la etnia para categorías sociales desfavorecidas o marginadas; y (b) El principio de igualdad jurídico-político y social (artículo 19 N° 2, inciso 1° de la Constitución) excluye la existencia de personas o grupos privilegiados. Más aun, puede sostenerse que sexo, edad o etnia son criterios que constitucionalmente no autorizan a discriminar sin grave detrimento del principio-derecho de igualdad ante la ley.

En definitiva, el principio de igualdad y sus concreciones los derechos de igualdad (arts. 19 N° 2, 3, 17, 21) y sus garantías, entre las que contamos el principio de no discriminación arbitraria y el principio de discriminación compensatoria, tienen una estrecha ligazón con la forma política del Estado: la república democrática, en la medida que la prohibición de discriminaciones fundadas en factores como la raza, color, religión, edad, orientación sexual, origen étnico o nacional, condición jurídica, entre otros y, aunque con menor desarrollo en nuestro Derecho y aun en el derecho compa-

rado, discapacidad, sin respaldo en “estándares razonables”, hacen al pluralismo social y a la tolerancia, notas esenciales del orden democrático contemporáneo. Además, el principio de discriminación compensatoria o inversa, al permitir acciones positivas en favor de un grupo discriminado *de iure* o *de facto*, en razón de una igualdad material y formal, hace al Estado Social y Democrático de Derecho, forma jurídico-política que adopta hoy la democracia constitucional.

En este orden de ideas, la interdicción de las discriminaciones asentadas por estos factores se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico como imperativo constitucional; lo mismo que la posibilidad de adopción de “acciones positivas” para corregir desigualdades *de iure* o *de facto* que pugnen con el principio de igualdad (material y formal) y los derechos de igualdad. En este contexto, el valor-principio de igualdad (formal-material) y el principio de no discriminación arbitraria consagrado en nuestra Constitución Política, admiten o hacen constitucionalmente legítimo el principio de discriminación compensatoria consagrado en Convenciones Internacionales, partes integrantes del derecho interno, y más aun tratándose de Convenciones de derechos humanos, que en virtud del artículo 5°, inciso segundo de la Carta Fundamental imponen a los órganos del Estado chileno un deber negativo de respeto y un deber positivo de promoción de derechos fundamentales y de derechos humanos. Tales derechos incluyen las igualdades tradicionales y los derechos económicos, sociales y culturales, que nos permiten sostener un cambio en el “techo ideológico” de la Carta que configura al Estado como un Estado social y democrático de Derecho. En la referida apertura del “techo ideológico” de la Constitución debemos concebir la trilogía: principio de igualdad, derechos de igualdad y garantías, como el principio de no discriminación arbitraria y de discriminación compensatoria o inversa.

Finalmente, cabe considerar que existen algunos grupos tradicionalmente discriminados en las sociedades occidentales que se han visto beneficiados con un amplio desarrollo en el derecho internacional convencional y en el derecho constitucional comparado, como las minorías étnicas, las mujeres o la infancia y adolescencia; en cambio, existen algunos factores de discriminación que han sido menos tratados por ese mismo desarrollo, como han sido las personas discapacitadas o los adultos mayores. En general, podemos afirmar que los factores de discriminación más relevantes en ese desarrollo han sido los señalados expresamente por el artículo 2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es decir, “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica”. Sin embargo, hay otros factores como la edad, la condición civil y las falencias físicas que no tienen el mismo desarrollo específico, pudiendo ser subsumidos como factores de discriminación prohibida en la fórmula abierta de “cualquier otra condición” a que se refiere la Declaración Universal de 1948 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, tal como han entendido los organismos del sistema interamericano de derechos humanos.

De esa manera, y tal como observaron sectores de la actual oposición política durante la tramitación parlamentaria del proyecto, no sólo las mujeres son subrepresentadas en el Congreso. Así, dentro de los mismos argumentos dados en la discusión parlamentaria cabría la posibilidad de incluir incentivos a la inclusión de candidatas jóvenes o provenientes de los pueblos originarios; así como también dentro de los argumentos constitucionales de la sentencia del Tribunal. No es, evidentemente, la situación ideal la de un encapsulamiento permanente de la voluntad popular mediante cuotas ilimitadas en número y permanentes en el tiempo; sin embargo ha quedado abierta la puerta a la instauración en nuestro derecho de nuevas acciones afirmativas a favor de otros sectores tradicionalmente postergados de nuestra vida política, en múltiples sectores del ordenamiento y, especialmente, en nuestro sistema

electoral, siempre en ejercicio de la amplia libertad que el Tribunal ha reafirmado al legislador orgánico constitucional en materia electoral.

IV. Epílogo: la sentencia de control obligatorio del proyecto

Con fecha 21 de abril de 2015, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia rol N° 2776-15, de control obligatorio de constitucionalidad del mismo proyecto de ley que fue objeto del requerimiento de inconstitucionalidad. Sin que sea el ánimo de estas líneas hacer un comentario completo de dicho fallo, dada la evidente relación con la sentencia comentada se hace obligatorio destacar algunas ideas allí planteadas por el sentenciador.

En la sentencia, tras la reproducción de los preceptos constitucionales relevantes al asunto y de las normas del proyecto de ley sujetas al control obligatorio de constitucionalidad, el Tribunal procede, en el considerando 19°, a declarar constitucionales la mayor parte de los artículos y numerales del proyecto analizado; y en el considerando 20°, a señalar que no emitirá pronunciamiento respecto del artículo 5° del proyecto, referido a su financiación, por no regular una materia propia de ley orgánica constitucional. Luego, continuó, como corresponde en Derecho, a fundar la constitucionalidad de aquellos preceptos que fueron objetos de cuestiones de constitucionalidad durante su discusión.

Sin embargo, al hacerlo, hizo presente el requerimiento que inició los autos rol 2777-15, que fue resuelto anteriormente –y que fue objeto de análisis en las páginas anteriores–, el cual fue rechazado en todas sus partes y que contenía alegaciones que ya habían sido objeto de reservas de constitucionalidad durante la discusión en el Congreso Nacional, tanto respecto a la conformación de los nuevos 28 distritos para la elección de diputados y al número de escaños asignados a cada uno de ellos, así como al sistema que se establece para la distribución de escaños por distritos a partir del año subsiguiente al del censo oficial del año 2022. Luego, el Tribunal señala que en la sentencia rol 2777-15 el Tribunal:

“analizó el asunto, concluyendo que las normas del proyecto aludidas precedentemente se encuentran ajustadas a la Constitución, pues no vulneran los principios del voto igualitario ni de igualdad ante la ley, ya que en el proyecto el legislador orgánico constitucional ha configurado un sistema electoral que cumple, en cuanto a la distribución de los distritos y la asignación de escaños, con la proporcionalidad exigida por la Carta Fundamental, sin que se constituya una distribución arbitraria.

Asimismo, se concluye que el establecimiento de un régimen transitorio por el legislador para la asignación de escaños por distrito, no infringe la Carta Fundamental” (c. 28°).

Luego, hace presente que también se suscitó cuestión de constitucionalidad por la cuota de género y la limitación temporal y parcial a que los partidos políticos seleccionen a sus candidatos mediante elecciones primarias, cuestión que también fue objetada en el requerimiento y resuelta en la sentencia rol N° 2777-15. Por ello, el Tribunal estimó que:

“En consecuencia, encontrándose ya debidamente fundamentada la constitucionalidad de dichas normas, esta Magistratura ha dado cumplimiento a lo prescrito en el artículo 49, inciso quinto, de

su Ley Orgánica Constitucional, desestimando las cuestiones de constitucionalidad planteadas” (c. 32º).

Respecto de las demás cuestiones de constitucionalidad planteadas, el Tribunal omite pronunciamiento por considerar que éstas se esgrimieron “de modo genérico, bien sin aludir a normas concretas del proyecto de ley o bien sin hacer referencia a normas específicas de la Carta Fundamental, al tiempo que otras reservas son más bien alocuciones de mérito o políticas, propias de la discusión legislativa en el Congreso Nacional” (c. 33º).

Luego sólo se limita a comprobar que los quórums necesarios para la aprobación de las diversas partes del proyecto fueron debidamente cumplidos.

Pues bien, ante esta actitud sencilla, en que el Tribunal, si bien en varias páginas, se limita a remitirse al razonamiento ya realizado en un fallo anterior, los ministros Carmona (Presidente), Fernández, García Pino, Hernández Emparanza y Pozo previnieron que en efecto el Tribunal había ejercido el control de constitucionalidad de ciertas normas del proyecto de ley, algunas de las cuales ahora debían ser analizadas en control obligatorio.

Ahora bien,

“respecto del control preventivo obligatorio, la ley orgánica del Tribunal Constitucional resolvió el problema. Por una parte, al establecer que no cabe otro requerimiento (artículo 51). Por la otra, que no cabe recurso de inaplicabilidad por el mismo vicio (artículo 51). Lo mismo sucede respecto del control preventivo facultativo con la inaplicabilidad, pues la misma ley establece que si el Tribunal lo declara constitucional, no puede ser declarado inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva (artículo 71)”.

Pero destacan luego:

“Sin embargo, no existe una regla expresa que vincule el control preventivo facultativo con el control preventivo obligatorio, si éste sucede después”.

Pues bien, los ministros autores de la prevención señalan luego que “esta falta de regulación es sólo aparente”. Y acertadamente argumentan que:

“En primer lugar, porque debemos rechazar que el control preventivo facultativo sea inútil, en el sentido que no vincule a nadie (...). Resolver significa solucionar un asunto, decidirlo. Y eso no sucedería, si lo que el Tribunal estableció en la STC N° 2777/2015, no lo vincula en su decisión de control obligatorio (...)”.

Agregan:

“Que, en segundo lugar, no tiene sentido que la ley orgánica del Tribunal haya establecido que el control preventivo facultativo y el control preventivo obligatorio son vinculantes para el Tribunal cuando conoce de la inaplicabilidad, y no cuando ejerce, sobre los mismos preceptos, un control preventivo obligatorio después de uno facultativo”.

Añaden que el sistema apunta que los asuntos sean zanjados por el Tribunal Constitucional, pues contra sus sentencias no cabe recurso alguno, por lo que la “posibilidad de que el Tribunal pudiera fallar cosas distintas” en el control facultativo y en el obligatorio “implica generar una incertidumbre

jurídica” que atenta contra el sistema. Por lo demás, agrega que si al recurrir al Tribunal para que ejerza control facultativo la sentencia es vinculante para las Cámaras y el Ejecutivo, no tiene sentido que no lo sea para el propio Tribunal. Pero culminan haciendo una observación sencilla pero certera, por lo que vale la pena destacarla en esta oportunidad como se merece:

“Que, sin embargo, el hecho de haber emitido un pronunciamiento en el control preventivo facultativo sobre el fondo de las normas, declarando su constitucionalidad o inconstitucionalidad, no lo libera [al Tribunal] de ejercer el control preventivo obligatorio. Consideramos que el Tribunal en este caso, desde luego, debe verificar la naturaleza orgánica constitucional de los preceptos, aun respecto de aquellos que fueron objeto de requerimiento. Esa es una competencia ineludible, que le manda la Constitución (artículo 93, N° 1). También puede controlar otras normas distintas a las requeridas, pronunciándose sobre si son orgánicas o no, o sobre si son constitucionales o no. Asimismo, puede examinar los preceptos respecto de otros vicios de inconstitucionalidad de que puedan adolecer. Lo que no puede hacer es controlar las mismas normas y los mismos vicios. Eso quedó resuelto en el control preventivo facultativo”.

En efecto, el Tribunal debe interpretar sus propias facultades de acuerdo a su posición en el sistema jurídico nacional y no puede eludir su papel respecto al control obligatorio de constitucionalidad que debe realizar sobre los proyectos de ley que se refieran a materias que son propias de leyes orgánicas constitucionales. Pero tal control debe realizarse dentro del marco que el propio Tribunal ha impuesto a los demás órganos y personas y que, de paso, se ha autoimpuesto.

Siendo que muchas veces el Tribunal parece tener una jurisprudencia algo ambivalente, es valioso que los Ministros autores de la prevención se muestren conscientes sobre la coherencia que –sin perder de vista la tradición jurídica a la que pertenece nuestro Derecho– debe guardar la actuación del Tribunal con sus propios precedentes.

V. Referencias Bibliográficas

MEDINA, Cecilia (1993). “Estudio Preliminar”, en: *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago.

MOLINA GUAITA, Hernán (2006): *Instituciones políticas*, 11ª ed., LexisNexis, Santiago.

NAGEL, Thomas (1977). “EQUAL Treatment and Compensatory Discrimination”, en: MARSHALL COHEN ET. AL. (edits.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton.

NOHLEN, Dieter (1995): *Sistemas electorales y partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México.

RABOSI, Eduardo (1990): “Derechos humanos: el principio de igualdad y no discriminación”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 7.

RUBIO LLORENTE, Francisco (1993). “LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”, en: *La forma del Poder*, Madrid, Editorial CEC, 1993, p. 663.

SARTORI, Giovanni (1988), *Teoría de la Democracia*, Trad. de G. Sánchez G., Alianza Editorial, Madrid.

SINGER, Peter (1984), *Ética práctica*, Ariel, Barcelona.

VALLÉS, Josep y BOSCH, Agusti (1997), *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ariel, Barcelona.