



Primarias: Reglas Claras

Se trata de una decisión judicial importante no sólo porque recae sobre un proyecto de ley de gran trascendencia para el país, sino porque se pronuncia sobre reglas relevantes del sistema político.

El Tribunal Constitucional (TC) se pronunció recientemente en STC Rol N° 2324-12, de 20 de noviembre de 2012, en control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley que establece el Sistema de Elecciones Primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, Senadores, Diputados y Alcaldes (Boletín N° 7911-06).

Se trata de una decisión judicial importante no sólo porque recae sobre un proyecto de ley de gran trascendencia para el país, sino porque se pronuncia sobre reglas relevantes del sistema político (y electoral) en cuanto a las potestades del Servicio Electoral (“SERVEL”), la tipicidad de las sanciones a los partidos políticos, la responsabilidad en la identificación y exclusión de electores que el TC estima no debe recaer en los vocales sino en el órgano público.

1. Requerimiento de constitucionalidad para el control preventivo de proyectos de ley

El artículo 93 N° 1 de la Constitución Política de la República (CPR) establece que es atribución del Tribunal Constitucional efectuar el control preventivo de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación. Por mandato de la CPR, en este caso el TC debe examinar la constitucionalidad de la totalidad del proyecto¹.



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

La norma entrega una potestad normativa al SERVEL para regular ciertos aspectos de la elección, de forma específica o genérica.

2. Breve resumen del proyecto de ley

El proyecto de ley, en términos generales, establece un sistema de elecciones primarias voluntarias y vinculantes, como un mecanismo que pueden utilizar (voluntarias) los partidos políticos para nominar candidatos a Presidente de la República, Diputados, Senadores y Alcaldes. El partido que las realice queda obligado por sus resultados (vinculantes); los candidatos no electos en la primaria no pueden presentarse como candidatos en la elección general respectiva, con lo que se termina con la incertidumbre que generaba la ausencia de regulación, dando más garantías al sistema de partidos.

La elección primaria estará a cargo del SERVEL y tendrá lugar conjuntamente para todos los partidos y pactos, en forma simultánea en todo el territorio nacional, si es presidencial, en los respectivos distritos o circunscripciones si es parlamentaria, o en la comuna si es municipal. Los candidatos pueden ser militantes del partido o de partidos entre los que se haya celebrado un pacto, o independientes que adhieran a este. Tendrán derecho a votar en las primarias quienes sean definidos por los partidos². Las elecciones primarias están sometidas a la ley de gasto electoral.

3. Contenido de la sentencia

Tras pronunciarse el TC respecto de las normas declaradas constitucionales³ ⁴, y la norma que el TC declara constitucional con alcance (inciso final del artículo 4° del proyecto)⁵, la sentencia se pronuncia respecto de aquellas normas del proyecto que declarará inconstitucionales

a) *Potestad normativa del SERVEL*. El artículo 25 del proyecto establece que el SERVEL determinará el número de mesas receptoras de sufragios y el número de urnas que se instalarán por cada mesa; dispondrá los útiles electorales; y dictará las normas que rigen la propaganda electoral, la votación, el escrutinio y, en general, todo aquello relativo al acto electoralio (c13). Así, la norma entrega una potestad normativa al SERVEL para regular ciertos aspectos de la elección, de forma específica (propaganda electoral, votación y escrutinio) o genérica (“en general, todo aquello relativo al acto electoralio”). Para el TC, no existe inconveniente en que se entregue potestad normativa a un servicio público que, como potestad normativa secundaria,



Para el TC permitir que se pueda regular por el SERVEL “*todo aquello relativo al acto eleccionario*”, vulnera la Constitución.

debe sujetarse a la Constitución, la ley y a la normativa reglamentaria que dicte el Presidente de la República (c15 y c16). Sin embargo, esta facultad, en la forma que se otorga, “*deja un amplio margen para que dicha potestad normativa pueda definir lo que sea aplicable de ellas*” (c19). En este sentido, permitir que se pueda regular por el SERVEL “*todo aquello relativo al acto eleccionario*”, vulnera la Constitución porque esta dispone que estas materias sean reguladas, en general, por la LOC, siendo el legislador quien debe precisar las normas que regulan estas elecciones⁶.

b) Exclusión e identificación de electores. El artículo 29 del proyecto excluye la aplicación del procedimiento de identificación de electores establecido en el artículo 63 de la ley 18.700⁷ y la modalidad en que este problema debe ser resuelto; lo que el TC considera inconstitucional, por dos razones. Primero, respecto a la carga pública que recae en los vocales señala que “no es razonable que el peso de la organización electoral en la mesa de sufragio resida en ciudadanos en el ejercicio de una carga pública, se exonere a un organismo del Estado de un deber crucial de identificación del elector” (c25). Segundo, porque permite la ausencia de un órgano del Estado en el reconocimiento del derecho a sufragio de los ciudadanos, lo que determina si podrá ejercerse el derecho a sufragio en definitiva. Además, atenta contra la necesidad práctica de identificarse mediante recursos técnicos, lo que es muy relevante en primarias simultáneas, ya que “*necesariamente llevan a que la persona pueda votar una sola vez, excluyéndose de las otras*” y ello puede afectar el ejercicio de derechos políticos (derecho a voto) establecidos en la Constitución (c25-c28).

c) Sanciones a los partidos. Los artículos 44 y 45 del proyecto se refieren a las sanciones que pueden aplicarse durante el proceso de primarias a los partidos políticos, remitiéndose a otras normas que establecen faltas, delitos y el procedimiento. A juicio del TC, al no ser una remisión íntegra, sino que es “en lo que fuere procedente” no se precisa cuáles son las conductas lícitas y las prohibidas. Agrega que la tipicidad exige el conocimiento anticipado del comportamiento que se sanciona y establecer, a lo menos, el núcleo esencial de la conducta



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

Es relevante señalar que al declararse inconstitucional la remisión, la ley de primarias queda, en los hechos, sin conductas “típicas”, sin sanciones y sin procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad de quienes incumplen la norma.

punible, lo que no ocurre en este caso y que el TC estima que las normas referidas no determinan suficientemente la conducta punible, que el legislador “no puede disponer que se van a sancionar delitos y faltas en lo que fuere procedente” (c34). Considera entonces el TC que estos artículos del proyecto infringen el inciso final del artículo 19, N° 3, de la Constitución Política y deben ser suprimidos del proyecto de ley.

Sobre este punto es relevante señalar que al declararse inconstitucional la remisión, la ley de primarias queda, en los hechos, sin conductas “típicas”, sin sanciones y sin procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad de quienes incumplen la norma. En el mismo orden de ideas, será importante determinar quién aplicará las sanciones, si es un órgano administrativo con revisión judicial o directamente el poder judicial, lo que ameritaría probablemente un pronunciamiento del TC en cuanto si derecho administrativo sancionador es constitucional mientras cumpla con ciertas garantías específicas.

Lo anterior importa un desafío para el legislador que deberá solucionar estos vacíos con prontitud, para que el procedimiento de elecciones primarias pueda aplicarse en la oportunidad que está prevista.

4. Disidencias

a) A la constitucionalidad del artículo 27 (vocales). Los Ministros Venegas y Vodanovic estuvieron por declarar inconstitucional la norma que impone a las personas la carga de ser vocal de mesa porque resultaría contrario a la voluntariedad del voto, sin que puedan excusarse ejerciendo su derecho a no tomar parte del proceso electoral. En este caso además, la objeción se ve reforzada porque las primarias se refieren al quehacer de uno o más partidos políticos que se encuentran fundados en la libertad de asociación. Esta libertad garantiza que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación (partido) ni a trabajar para el cumplimiento de sus fines (por ejemplo primarias).

b) A la inconstitucionalidad de parte del artículo 25 (potestad normativa SERVEL). Se refiere a la frase “y dictará las normas que rigen la propaganda electoral, la votación, el escrutinio y, en general, todo aquello relativo al acto electoral”. Los Ministros Vodanovic, Viera-Gallo y Aróstica estimaron que la norma era



Los Ministros Venegas y Vodanovic estuvieron por declarar inconstitucional la norma que impone a las personas la carga de ser vocal de mesa porque resultaría contrario a la voluntariedad del voto.

orgánica constitucional y no es contraria a la CP, ya que se refiere no a las “votaciones populares”, que son definitivas, sino a las primarias. A las primeras se les aplicaría el artículo 18, inciso primero, de la CP⁸ que regula todo el sistema electoral y a las segundas se les aplicaría la segunda oración del párrafo quinto del N° 15 del artículo 19 de la CPR ya que, como no posee igual trascendencia que las elecciones periódicas que comprometen las bases de la institucionalidad, el constituyente optó por confiar al desarrollo posterior de la ley sólo lo concerniente al “sistema” de elecciones primarias –sus principios básicos y reglas generales– sin hacerlo extensivo a la organización” o la forma en que se realizarán (c4). En este sentido, estiman los disidentes, se encarga al Servicio Electoral “organizar” dichas votaciones, por lo que se entiende que se le faculte⁹ para dictar las normas administrativas que permitan materializar estos procesos. Finalmente, señalan que no puede sostenerse la inconstitucionalidad del artículo 25 por ser incongruente con el artículo 6° del mismo.

c) A la declaración de inconstitucionalidad del artículo 29 (identificación del elector). La Ministra Peña y los Ministros Viera-Gallo y Aróstica consideran que la norma es orgánica constitucional y no es contraria a la CP, ya que al asignar el peso de la organización electoral de las primarias en las mesas receptoras y excluir al Estado de la identificación del elector es una consideración de mérito sobre la obra del legislador que no puede ser cuestionada ya que el control jurisdiccional limita en el mérito del acto impugnado o controlado. El TC tampoco objetó la constitucionalidad de una norma similar, el denominado “voto asistido”, según la cual si hay duda respecto de la naturaleza de la discapacidad del ciudadano, el presidente de la mesa consulta a los vocales para adoptar su decisión final, por lo que no cabría aplicar criterios diferentes para situaciones similares (c3). Asimismo, la posible arbitrariedad con que pudiera actuar la mesa receptora se ve contrarrestada con las sanciones que se establecen para los miembros de las mesas. Finalmente, estiman que la decisión de excluir a los expertos en las primarias ha sido tomada por los poderes colegisladores dentro del ejercicio de sus facultades e independiente del juicio de mérito acerca de la conveniencia o inconveniencia de esa opción, ello no constituye una cuestión de constitucionalidad ni transforma al precepto en inconstitucional.



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

La Ministra Peña y los Ministros Carmona y García estimaron inconstitucional la oración del artículo 37 que señala “y territorio electoral”, porque esta norma establece los efectos vinculantes de las primarias.

d) A la constitucionalidad de parte del artículo 37 (territorio electoral). La Ministra Peña y los Ministros Carmona y García estimaron inconstitucional la oración del artículo 37 que señala “y territorio electoral”, porque esta norma establece los efectos vinculantes de las primarias, cuyos resultados producen dos efectos. Por una parte, los candidatos que participaron en la primaria y que no resultaron nominados, no pueden presentarse como candidatos a la elección definitiva por el mismo cargo. En este efecto hay una dimensión positiva y otra negativa. La positiva es que el ganador del proceso es el candidato del partido o del pacto y la negativa que el perdedor no puede ser candidato (c1). Por la otra, el partido o el pacto no pueden declarar como candidatos a otros distintos de los que resultaron ganadores. La CP al regular sistema de primarias establece elementos base (efectos vinculantes) y otros los entrega a la LOC. En este sentido el proyecto de ley agrega una limitación más a las contempladas en la CP, cual es que el perdedor no puede ser candidato no sólo en esa elección y al cargo que postuló, sino también únicamente en el “territorio electoral” correspondiente. Por ello, los disidentes consideran que este agregado vulnera la CP porque relativiza la inhabilidad y afecta la seriedad del proceso, al que se ingresa voluntariamente, utilizando bienes y recursos del Estado. “Si la Constitución establece que no pueden ser candidatos los perdedores, la ley no puede abrir una puerta para que sí puedan hacerlo por otra vía” (c9).

Para ilustrar lo anterior cabe señalar que la norma constitucional dispone que *“aquellos que no resulten elegidos en las elecciones primarias no podrán ser candidatos, en esa elección, al respectivo cargo”* por su parte la norma del artículo 37 del proyecto señala que *“Si en la elección primaria para la nominación de candidatos a los cargos de Presidente de la República o de Alcalde de un partido político o pacto electoral, hubiere resultado un candidato nominado de conformidad a lo señalado en el artículo 31, los demás candidatos que hubieran participado en dicha elección primaria y que no hubieren resultado nominados, no podrán presentarse como candidatos en la elección definitiva por el mismo cargo y territorio electoral,*

XX



Conforme a lo expresado, el TC interpreta el efecto vinculante de la norma constitucional, contra la opinión de los tres ministros disidentes, señalando que la limitación establecida en la CP es “en esa elección y al respectivo cargo”.

ni el partido político o pacto electoral podrá declarar otros candidatos”.

Conforme lo expresado, el TC interpreta el efecto vinculante de la norma constitucional, contra la opinión de los tres ministros disidentes, señalando que la limitación establecida en la CP es “en esa elección y al respectivo cargo”. Por ello, de interpretarse el proyecto de ley como la disidencia estima, la LOC establecería un impedimento mayor al consagrado en la CP, ya que no solo quedaría inhibido el candidato perdedor en una elección específica (por ejemplo parlamentaria en Valdivia) y por determinado cargo (diputado), sino en cualquier elección (parlamentaria en Viña del Mar) y cualquier cargo (Senado).

e) A la inconstitucionalidad de los artículos 44 y 45 (infracciones y sanciones). La Ministra Peña y el Ministro Viera-Gallo consideraron que los preceptos señalados son orgánicos constitucionales y no son contrarios a la CPR, ya que gozan de la tipicidad necesaria para cumplir el estándar constitucional. Así, señala los distintos deberes que se asignan a los partidos políticos que opten por realizar primarias y que la infracción de esos deberes será conocida y sancionada. Respecto de las sanciones, a su vez, estiman que es clara la remisión y que las expresiones “en lo que fuere procedente” y “en lo que corresponda”, tienen por objeto clarificar que la remisión se efectuará teniendo presente las particularidades de las elecciones primarias.

f) A la inconstitucionalidad del artículo 6°. Los Ministros señores Carmona y García, consideraron inconstitucional el artículo 6° porque el mandato de la CPR es que una LOC establezca el sistema de primarias mientras el proyecto, por una parte, establece directamente un régimen y por otra, establece indirectamente una regulación al remitir asuntos a otras leyes. Esta remisión es específica o genérica. La genérica establece cláusulas de salvaguardia (“en todo lo que no sea contrario a ella” o “en lo que le sea aplicable”) lo que no se ajusta a la CPR, porque ésta dispone que la ley orgánica establezca un sistema de elecciones primarias “lo que exige que el marco jurídico que lo regule no pueda generar incertidumbre”. (c11)



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

El fallo del TC, al evaluar la constitucionalidad del proyecto de primarias, se pronuncia en definitiva respecto de una serie de reglas del sistema político.

g) A la inconstitucionalidad del artículo 41 (gasto electoral). Los Ministros Carmona y García estuvieron por declarar la inconstitucionalidad de la remisión parcial que el artículo 41 hace a la Ley N° 19.884 porque el proyecto establece tres tipos de regulaciones diferentes para el gasto electoral en las elecciones primarias. Para los disidentes, esta remisión que se hace a la Ley N° 19.884, “en todo lo que no sea contrario a esta ley” y “en lo que le sea aplicable”, es inconstitucional, en primer lugar, porque no cumple el mandato de la CPR que obliga a la ley orgánica a establecer un sistema de elecciones primarias. Además, la CPR define las materias que puede abordar la LOC, lo que el legislador debe cumplir.

5. Conclusiones

El fallo del TC, al evaluar la constitucionalidad del proyecto de primarias, se pronuncia en definitiva respecto de una serie de reglas del sistema político. Se trata, por lo demás, de uno de los bienes públicos más relevantes que produce la justicia constitucional: interpretar reglas legales a la luz de la CPR y entregar certezas respecto de las reglas del juego en las que se enmarca el acceso competitivo y pacífico de las autoridades que ejercerán potestades públicas. Así sucede, por ejemplo, con la potestad normativa del SERVEL, que en cuanto órgano público, debe sujetarse a la Constitución, la ley y a la normativa reglamentaria que dicte el Presidente de la República. En este sentido el Tribunal advierte que ciertas materias no pueden ser entregadas por el legislador a la discrecionalidad de la autoridad administrativa, sobre todo en temas de tanta relevancia como el sistema de elecciones primarias, que hoy conforman una parte del sistema electoral que es pilar de nuestra institucionalidad político electoral.



El Tribunal advierte que ciertas materias no pueden ser entregadas por el legislador a la discrecionalidad de la autoridad administrativa.

Respecto del procedimiento de exclusión e identificación de electores, el TC también acierta ya que imponer cargas excesivas a los ciudadanos como llevar el peso de la organización electoral (a lo que se suma la carga de ejercer como vocal), cuando lo razonable es que el organismo del Estado es el que debe velar por el ejercicio del derecho a sufragio de las personas.

Asimismo, el Tribunal estima inconstitucional el sistema de sanciones contemplado en el proyecto ya que estimó que éstas no eran precisas, al aplicarse un mecanismo de remisión. La tipicidad, entendida para el TC como conocimiento anticipado del comportamiento que se sanciona es uno de los principios más relevantes de un Estado de Derecho y básico para una sociedad de libertades.

El fallo declara constitucional además, la norma que se refiere a la limitación del candidato que pierde las primarias, esto es, que no puede competir en la misma elección, mismo cargo y mismo territorio electoral. El TC interpreta el efecto vinculante de la norma constitucional, contra la opinión de los tres ministros disidentes, señalando que la limitación establecida en la CP es “en esa elección y al respectivo cargo” y limitarlo al territorio electoral, al contrario de lo que como la disidencia estima, la LOC establecería un impedimento mayor al consagrado en la CP, ya que no solo quedaría inhibido el candidato perdedor en una elección específica y por determinado cargo, sino en cualquier elección y cualquier cargo.

Cabe señalar, en todo caso, que la abundancia de opiniones disidentes sobre distintos preceptos del proyecto de ley no coopera en la comprensión del asunto e introduce un grado de incertidumbre regulatoria sobre varias de las normas que en definitiva se rechazan o aprueban. En el mismo sentido según la tendencia de mayoría o minoría crecen o decrecen las materias propias de LOC, que en materia electoral son muy importantes.



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

Urge sistematizar las normas declaradas inconstitucionales y el efecto que tendrán en el sistema de elecciones primarias por su pronta implementación en el país.

Por último, es necesario señalar que urge sistematizar las normas declaradas inconstitucionales y el efecto que tendrán en el sistema de elecciones primarias, ya que su pronta aplicación en nuestro país –la declaración de candidaturas se producirá la primera semana de mayo; las elecciones están fijadas para el 30 de junio– requiere de un procedimiento transparente, en el que no queden vacíos (en las sanciones, en la identificación y exclusión de electores, etc.) para que nuestras cuestionadas instituciones pasen ante la opinión pública el test de calidad.

¹ Normas de la Constitución que establecen el ámbito de las Leyes Orgánicas Constitucionales relacionadas con el contenido del proyecto de ley. Artículo 18, sobre sistema electoral, LOC sistema electoral, sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral. LOC sistema de registro electoral, bajo la dirección del Servicio Electoral. Artículo 19, N° 15, inciso quinto, LOC sistema de elecciones primarias, LOC partidos políticos. Artículo 95 inciso primero LOC Tribunal Calificador de Elecciones.

² Los partidos cuentan con diversas opciones. Las primarias pueden ser solo con militantes del partido; con militantes del partido e independientes sin militancia; con militantes de alguno de los partidos integrantes de un pacto; con militantes de alguno de los partidos integrantes del pacto, e independientes sin militancia inscritos y con derecho a sufragio; o todos los electores con derecho a sufragio, inscritos en el SERVEL.

³ Para efectos del análisis y tal como lo indica el TC, puede señalarse que: A.- las disposiciones de los artículos 1° a 47, y primero transitorio del proyecto de ley son propias de las leyes orgánicas constitucionales sobre Sistema Electoral Público; Sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral y Sistema de Registro Electoral. B.- Las disposiciones contenidas en los artículos 32 a 36 del proyecto son propias de la Ley Orgánica Constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones.

⁴ Las normas que el TC declara constitucionales son las contenidas en los artículos 1° a 3°; 4°, salvo su inciso final; 5° a 24; 25, salvo en la parte que dispone “; y dictará las normas que rigen la propaganda electoral, la votación, el escrutinio y, en general, todo aquello relativo al acto eleccionario”; 26 a 28; 30 a 43; 46; 47 y primero transitorio del proyecto de ley sometido a control de constitucionalidad, no son contrarias a la Constitución.



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

FICHA*:

Rol N° 2324-12: Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente subrogante, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por sus Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Empanza. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín. Redactaron la sentencia y sus prevenciones y disidencias los Ministros que, respectivamente, las suscriben.

⁵ En efecto, la norma que el TC declara constitucional “en el entendido que” corresponde al inciso final del artículo 4° del proyecto, que, para efectos de la elección de Alcaldes, el territorio electoral comprende la comuna o agrupación de comunas que son administradas por la respectiva Municipalidad, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 118 de la Constitución y en el artículo 1° de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

⁶ “no dejando en manos del Servicio Electoral definir ese marco jurídico en aspectos esenciales. El legislador puede establecer ese todo armónico y sistemático directamente o remitiendo a otras disposiciones legales. Pero no puede confiar esa tarea a la autoridad administrativa. En segundo lugar, tal potestad deslegaliza un ámbito que la Constitución reservó a la competencia del legislador orgánico. Cuando la Constitución encarga a la ley orgánica regular algo, el legislador debe hacerlo, sin que quepa que la potestad normativa secundaria pueda llenar ese vacío, pues ésta es de pormenorización o detalle de un contenido que la ley, en lo medular, ya reguló.” (c21).

⁷ Artículo 63 Ley 18.700: “Si a juicio de la mesa existiere disconformidad notoria y manifiesta entre las indicaciones del padrón de mesa y la identidad del elector, se recabará la intervención del experto de identificación que habrá en cada local de votación. El experto hará que el elector estampe su huella dactilar derecha al lado de su firma y la cotejará con la estampa en su cédula nacional de identidad o cédula de identidad para extranjeros”.

⁸ artículo 18, inciso 1°, prevé que una ley orgánica constitucional determinará la “organización y funcionamiento” de un sistema electoral público, la que asimismo regulará “la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución” (c2).

⁹ Artículo 25 del proyecto.